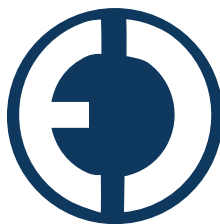


**REVISTA ELETRÔNICA  
DO TRIBUNAL REGIONAL  
DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO**



escola judicial

ANO 3 | Nº 4 | Junho 2014



## REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

### PRESIDENTE

Desembargador Valtécio Ronaldo de Oliveira

### VICE PRESIDENTE

Desembargadora Nélia de Oliveira Neves

### CORREGEDOR REGIONAL

Desembargador Luiz Tadeu Leite Vieira

### VICE CORREGEDOR REGIONAL

Desembargadora Yara Ribeiro Dias Trindade

### DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL

Desembargadora Luíza Aparecida Oliveira Lomba

### CONSELHO EDITORIAL

Ministro Cláudio Brandão  
Desembargador Edilton Meireles  
Juíza Andréa Presas  
Juiz Luciano Martinez  
Juiz Murilo Sampaio  
Juíza Silvia Teixeira

### ORGANIZAÇÃO

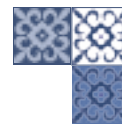
Ana Lúcia Aragão

### PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO

Marcelo Edington de Magalhães  
Emanoel Almeida

[www.trt5.jus.br/escolajudicial](http://www.trt5.jus.br/escolajudicial)





# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

## ARTIGOS

**PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR MEDIANTE TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À PREVENÇÃO DOS INFORTÚNIOS LABORAIS** | Aline Carneiro e Gisele Silami Magalhães p.6

**INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO PROCESSUAL: MAIS UMA CONSTRUÇÃO A FAVOR DA CELERIDADE DO PROCESSO TRABALHISTA** | André Pereira de Souza p.17

**HIPOTECA JUDICIÁRIA: A (RE)DESCOBERTA DO INSTITUTO DIANTE DA SÚMULA 375 DO STJ – EXECUÇÃO EFETIVA E ATUALIDADE DA HIPOTECA JUDICIÁRIA** | Ben-Hur Silveira Claus p.27

**O EFEITO HAWTHORNE NA PERICIA JUDICIAL AMBIENTAL** | Dario Reinaldo Cabrera Henríquez e Eniel do Espírito Santo p.37

**LIMITES DA JURISDIÇÃO A A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS** | Edilton Meireles p.43

**A LIMINAR NA AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO: O OLHAR DO JUIZ SOBRE A AMOR QUE ANIMA AS PARTES** | Geovane de Assis Batista p.55

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO** | Guilherme Guimarães Ludwig p.65

**RESPONSABILIDADE DO TOMADOR PÚBLICO, NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS, APÓS A DECISÃO DA ADC 16 DO STF** | Gustavo Menezes Diniz da Silva Segundo p.73

**BURLA AO CONCURSO PÚBLICO E SUAS REPERCUSSÕES NOS DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS** | Italvar Filipe de Paiva Medina p.80

**AVALIAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO E A EXTINÇÃO DO JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO** | José Dantas Gomes p.92

**INTIMIDADE GENÉTICA NA RELAÇÃO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR** | Leandro Fernandez p.101

**SISTEMA DE PRODUÇÃO CAPITALISTA: DA EXPLORAÇÃO ACHAPANTE AO CAPITAL ESCOLADO** | Luiz Fernando Lourenço Guimarães p.112

**PERÍCIAS MÉDICAS E DE SEGURANÇA DO TRABALHO: VIOLAÇÃO OU EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA, DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO?** | Marcelo Coutinho Vieira e Moacir dos Santos Martins Filho p.121

**O PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO COMO CRITÉRIO DETERMINANTE DA LEGITIMIDADE SINDICAL** | Mariana Larocca S. Rodrigues Mathias p.131

**O RETORNO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO DIREITO DO TRABALHO** | Murilo C. S. Oliveira p.136

**FUNDAMENTAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE** | Maurício de Melo Teixeira Branco, Renato da Costa Lino de Goes Barros e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho p.147

# SUMÁRIO

**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO** | Patrícia Santos de Sousa Carmo p.162

**REFLEXÕES SOBRE A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E SEUS EFEITOS NEGATIVOS NAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO** | Renato Grossi Braga p.170

**O PODER PRIVADO E A EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM BUSCA DE CRITÉRIOS PARA MENSURAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS** | Rodrigo José Rodrigues Bezerra p.176

**PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO DEVER DE PROTEÇÃO** | Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale p.181

## DECISÕES

**Processo nº 0130900-31.2012.5.17.0009** | Adriana Corteletti Pereira Cardoso p.195

**Processo nº 0125400-73.2012.5.17.0141** | Adriana Corteletti Pereira Cardoso p.200

**Processo nº TST-BR-459-68.2011.5.04.0102** | Claudio Brandão p.206

**Processo nº TS -RR-2306-42.2010.5.02.0023** | Claudio Brandão p.213

**Recurso Ordinário nº 0000751-20.2011.5.05.0007RecOrd** | Dalila Andrade p.228

**Dissídio Coletivo de Greve N.º 0000539-83.2012.5.05.0000 DCG** | Desembargadora Graça Bonnes p.233

**Recurso Ordinário nº 0000192-62.2013.5.05.0017RecOrd** | Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi p.244

**Recurso Ordinário nº 0001624-07.2012.5.05.0194RecOrd** | Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi p.246

**Recurso Ordinário nº 0000148-83.2012.5.05.0015RecOrd** | Jeferson Muricy p.249

**Recurso Administrativo nº 0000738-08.2012.5.05.0000RecAdm** | Lourdes Linhares p.259

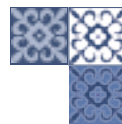
**Recurso Ordinário nº 0000063-45.2012.5.05.0194RecOrd** | Luíza Lomba p.266

**Recurso Ordinário nº 0000850-81.2011.5.05.0009RecOrd** | Luíza Lomba p.275

**Mandado de Segurança nº 0002113-44.2012.5.05.0000** | Luíza Lomba p.283

**Recurso Ordinário nº 0001249-08.2010.5.05.0022RecOrd** | Luíza Lomba p.293

**Recurso Ordinário nº 0000463-88.2011.5.05.0131RecOrd** | Norberto Frerichs p.313



# APRESENTAÇÃO

Ampliando cada vez mais o escopo e amplitude da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, a sua 4ª edição segue com a proposta de divulgar a produção acadêmica e jurisprudencial com temas relacionados ao Direito Trabalhista e áreas afins, contribuindo assim para a difusão do conhecimento.

Esta edição contou com uma variada gama de trabalhos, da Bahia e de outros Estados, tendo sido selecionados pelo Conselho Editorial 19 artigos e 12 decisões de alta qualidade. A publicação vai se consolidando, o que nos orgulha, ao mesmo tempo em que nos serve de estímulo para aprimorá-la ainda mais.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Valtércio Ronaldo de Oliveira  
Desembargador Presidente do TRT5

# PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR MEDIANTE TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À PREVENÇÃO DOS INFORTUNIOS LABORAIS,

## ALINE CARNEIRO MAGALHÃES

Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho, Modernidade e Democracia. Professora dos cursos de Direito e Administração da Faculdade Governador Ozanam Coelho, Ubá-Mg. Advogada. Contato: alinecmagalhaes@gmail.com.

## GISELE SILAMI MAGALHÃES

Mestre em direito privado pela pontifícia universidade católica de minas gerais, linha de pesquisa: direito do trabalho, modernidade e democracia. Analista judiciário no tribunal regional Do Trabalho Da 3ª região/mg. Contato: gisasm@yahoo.com

**Resumo:** Este artigo propõe uma reflexão sobre a efetividade do direito social fundamental à prevenção e redução dos riscos inerentes ao trabalho, como forma de promover o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantido, por meio da utilização da tutela específica prevista no art. 461 do Código de Processo Civil capaz de gerar a redução dos acidentes. Parte da análise histórica e estatística dos infortúnios laborais constatando que no contexto atual há um número elevado de acidentes do trabalho, fato que causa deletérios efeitos para toda a sociedade mas que, na maioria dos casos, poderia ser evitado. Na sequência examina o conteúdo do direito à saúde do trabalhador na ordem jurídica brasileira, em que este é direito de todos e dever do Estado. Tem como objetivo demonstrar a necessidade de implementação de um padrão prevencionista dos riscos ambientais e a adequação do uso da tutela jurisdicional específica para esse fim na medida em que o caráter extrapatrimonial do direito à saúde e segurança do obreiro não se concilia com a tutela padrão pelo equivalente pecuniário baseada no pagamento de indenização pelo dano já ocorrido, incapaz de trazer de volta a vida, saúde, integridade e capacidade para o trabalho do empregado.

**Palavras-chave:** Acidentes do trabalho. Prevenção. Tutela específica.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o momento histórico caracterizado pelo nascimento e incremento da industrialização, a problemática relacionada à saúde e à segurança no trabalho permeia as relações entre empregado e empregador. Apesar da alarmante e crescente ocorrência dos infortúnios no ambiente laboral, a conscientização da sociedade sobre a necessidade de adotar uma postura de prevenção vem sendo gradual.

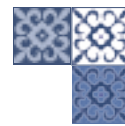
A busca dos empregados por melhores condições de trabalho e a consolidação dos direitos sociais na ordem jurídica, aliadas à conduta ativa do Estado na sua promoção, são fatores que contribuem continuamente para o desenvolvimento de um padrão comportamental sensível a essa realidade.

Esse estado de coisas motivou a consagração, em âmbito constitucional, do direito social fundamental à prevenção dos riscos inerentes ao trabalho, cuja compreensão se harmoniza com as normas, também constitucionais, de proteção ao meio ambiente, no qual se inclui o meio ambiente laboral. Trata-se de direitos fundamentados nos princípios cardeais da ordem constitucional, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

A efetividade do direito à implementação do padrão prevencionista encontra no instrumento processual da tutela específica e inibitória um grande aliado. O caráter extrapatrimonial do direito à saúde e à segurança do trabalhador não condiz com a tutela ressarcitória padrão, centrada no pagamento de adicionais pelo labor em condições inadequadas ou de indenizações por lesões já consolidadas.

Urge a prática de uma prestação jurisdicional hábil a compelir e promover, no âmbito das empresas, a adoção de medidas voltadas à redução dos riscos ambientais. O objetivo deste artigo é demonstrar que o Poder Judiciário e os agentes do processo podem e devem atuar nesse sentido, fazendo uso da tutela específica das obrigações de fazer consistentes na extinção ou redução máxima dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho.

Este trabalho parte da análise de dados históricos e estatísticos sobre os infortúnios laborais, demonstrando a gravidade da realidade brasileira. Em seguida, examina o tratamento conferido à saúde do trabalhador no ordenamento jurídico pátrio, ressaltando a importância legal dada ao tema. No tópico subsequente, trata do direito à prevenção como direito social fundamental e da necessidade da sua efetivação. Ao final, analisa as normas processuais sobre a tutela específica, importante instrumento processual capaz de dar concretude ao padrão prevencionista constitucionalmente garantido.



## 2. DADOS GERAIS SOBRE A INFORTUNÍSTICA LABORAL: ANÁLISE HISTÓRICA E ESTATÍSTICA

A questão dos infortúnios laborais não é nova, estando diretamente ligada à Revolução Industrial ocorrida na Europa no século XVIII. A partir desse momento histórico, foi possível observar inúmeras transformações na sociedade, como a construção e consolidação do sistema capitalista, os avanços tecnológicos, o incremento da industrialização e as mudanças nas relações intersubjetivas. Nasceu ali a figura do trabalhador e do empregador, ligados por interesses recíprocos, na medida em que, enquanto o obreiro necessitava do trabalho para prover o sustento próprio e o de sua família, o empregador necessitava de mão de obra para viabilizar seus ganhos.

Entretanto, essa relação nunca foi equilibrada e a gana pela maximização dos lucros fez com que o empregador buscasse seu objetivo, muitas vezes, às custas da saúde, integridade e vida dos obreiros. O ambiente laboral era extremamente insalubre e perigoso, sendo a rotina nas fábricas marcada por inúmeros acidentes, condições de trabalho precárias e toda a forma de desrespeito ao trabalhador que laborava em jornadas extenuantes, mediante uma remuneração que mal lhe permitia alimentar.<sup>2</sup>

Essa realidade se desenvolveu sob o signo do Estado Liberal, caracterizado pelo individualismo, não intervenção estatal, busca incessante por lucros, abstração da questão social e grande desigualdade entre muitos que viviam na pobreza e um pequeno grupo que gozava dos ganhos auferidos com o novo sistema. Esse modelo perdurou por longos anos e rendeu, entre outras consequências, um quadro de grandes mazelas para a maior parte da população.

O cenário somente passou a ser objeto de mudanças quando, de um lado, os trabalhadores começaram a se unir e a reivindicar condições de vida mais dignas (em especial, condições ligadas ao meio ambiente do trabalho) e, de outro, os governantes passaram a se conscientizar da necessidade de intervenção na sociedade. O Estado adotou uma postura mais ativa, buscando promover melhor distribuição de renda, assistência, acesso à saúde e educação, direitos trabalhistas e previdenciários.

Nesse contexto, também os valores da sociedade foram paulatinamente se alterando, com a ascensão de direitos imateriais em relação aos patrimoniais. O homem agora passa a ser o centro do ordenamento jurídico e a promoção de sua dignidade ganha contornos de direito fundamental. Segundo Gabriel Saad:

O direito à vida e à integridade psicofísica se sobrepõem ao direito de defesa ou ao direito de propriedade de que é titular o empresário, porque não resta dúvida de que a vida do trabalhador prevalece sobre qualquer interesse material ou econômico da empresa.<sup>3</sup>

Com o tempo, avanço e aprimoramento das legislações e dos valores escolhidos pelo homem como mais relevantes, a questão acerca da saúde e segurança do trabalhador ganhou novos contornos, passando a sociedade a se ocupar com esta temática.<sup>4</sup>

Apesar dos progressos observados ao longo dos anos, as estatísticas demonstram que os números dos acidentes de trabalho ainda são elevados e que, a cada minuto, muitos trabalhadores deixam de exercer o seu labor em face de infortúnios que poderiam ser evitados, pois, “a experiência demonstra que a maior parte destes acidentes são previsíveis”<sup>5</sup>. As estatísticas ainda demonstram que o Brasil ocupa hoje o quarto lugar na lista de países com maior número de acidentes do trabalho.<sup>6</sup>

Afirma Sebastião Geraldo Oliveira,<sup>7</sup> a partir de dados da OIT divulgados em 1985, que, a cada três minutos, um trabalhador perdia a vida em consequência de acidente do trabalho ou doença ocupacional e que, a cada segundo pelo menos, quatro trabalhadores sofriam algum tipo de lesão.

Assevera Arnaldo Sússekind,<sup>8</sup> com base em dados da Previdência Social, que, em 2002, ocorreram

2 O Filme “Daens: um grito de Justiça” retrata bem esse contexto no final do século XIX na Bélgica.

3 SAAD, E. Gabriel. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000, p.318.

4 De acordo com Sebastião Geraldo Oliveira (2009) a questão dos acidentes do trabalho que, no Brasil, até 1850 não tinha qualquer amparo legal, foi, aos poucos, passando a fazer parte do ordenamento jurídico. O Decreto Legislativo n. 3.724 de 15/01/1919 foi considerado a primeira lei acidentária pátria. Hoje, vigora a Lei n. 8.213, de 24/07/1991, estando os aspectos centrais do acidente do trabalho disciplinados nos artigos 19 a 23. No que tange a responsabilidade civil do empregador pelos infortúnios laborais, as fontes normativas são o artigo 7º, inciso XXVIII, da CR/88 e artigo 927, § único, do CC/02.

5 AL-TUWAIJRI apud OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: LTr, 2009, p.30.

6 De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira, o Brasil só perde para China, Índia e Estados Unidos. (Dado informado na palestra sobre “Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho”, proferida no dia 27 de abril de 2012, no I Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho promovido pelo TRT da 3ª Região).

7 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: LTr, 2009, p.29.

8 SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. Vol. II. 22. ed. (atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho).

387.905 acidentes de trabalho, sendo 46.621 a caminho do trabalho, 2.898 mortes de acidentados, 20.886 casos de doenças profissionais e 15.029 de invalidez permanente.

De acordo com Sebastião Geraldo Oliveira<sup>9</sup>, de 2002 a 2007, “a quantidade de acidentes voltou a subir de forma acentuada e sistemática (92%), deixando mais evidente a necessidade de adoção de medidas legais e governamentais urgentes para tentar reverter essa nova tendência”. Em 2007, por dia, 31 trabalhadores deixaram o mundo do trabalho, quer em razão da morte por acidente de trabalho (8 óbitos por dia), quer em razão da aposentadoria por incapacidade permanente, além de uma média de 772 trabalhadores que entraram em gozo de auxílio-doença acidentário com afastamento por mais de 15 dias.

Dados estatísticos do INSS apontam que, no Brasil, em 2009, ocorreu cerca de uma morte a cada 3,5 horas, motivada pelo risco decorrente dos fatores ambientais do trabalho. Por volta de 83 acidentes e doenças do trabalho foram reconhecidos a cada uma hora na jornada diária. No mesmo ano, por dia, em torno de 43 trabalhadores não retornaram ao trabalho devido à invalidez ou morte e os benefícios pagos pelo governo a esse título chegaram a 14 bilhões<sup>10</sup>.

Ainda de acordo com dados da Previdência Social, em 2010, ocorrem 701.496 acidentes do trabalho, dos quais resultaram 2.712 óbitos (aproximadamente 7 por dia) e 14.097 vítimas com incapacidade permanente (em torno de 38 pessoas por dia), sendo jovens de 25 a 29 anos os maiores atingidos, ou seja, aqueles que estão iniciando e consolidando sua vida profissional<sup>11</sup>.

Estes números demonstram que, ainda no contexto atual, em meio a tanta modernidade e sofisticação, com a possibilidade de pessoas se conectarem a outras em diferentes partes do mundo em tempo real, com a existência de maquinário de última geração, com pesquisas e avanços tecnológicos em diversos setores da atividade econômica, os acidentes do trabalho continuam ocorrendo em grande escala, causando deletérios efeitos em toda a sociedade.

Sob o aspecto social, é inadmissível que o trabalho – fonte de realização pessoal, material e profissional e meio de sustento – seja sinônimo de sofrimento, danos e mazelas<sup>12</sup>. Sob o aspecto econômico, bilhões são gastos em decorrência do pagamento de benefícios previdenciários, além das constantes e elevadas quantias pagas a título de indenização pelos infortúnios perante a Justiça do Trabalho. Tudo passível de ser evitado a partir da concretização do direito social à prevenção.

Independente do enfoque analisado, os efeitos dos acidentes do trabalho são sentidos por toda a sociedade. A história e as estatísticas demonstram que, desde a Revolução Industrial até os dias atuais, os trabalhadores convivem diuturnamente com os infortúnios laborais. A despeito dos avanços observados, quer na postura dos cidadãos frente ao tema, quer sob o aspecto legislativo, ainda há muito por fazer para reverter este quadro, em especial no que tange à prevenção, pois muitos desses acidentes podem (e devem) ser evitados.

### 3. O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde se classifica como direito subjetivo público, exigível do Estado. A Constituição da República de 1988 (CR/88), em seu artigo 196, estabelece, categoricamente, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Trata-se de um direito social fundamental, de acesso universal e igualitário (artigo 6º). A teor do artigo 197, as normas relativas à saúde são de ordem pública, porquanto regulam um serviço público essencial<sup>13</sup>.

A exigibilidade do direito à saúde também é claramente depreendida dos artigos 2º e 3º da Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para sua promoção, proteção e recuperação, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes<sup>14</sup>. Segundo tais dispositivos, o Estado tem o dever de executar

São Paulo: LTr, 2005, p.927.

9 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: LTr, 2009, p.13.

10 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/prevencao/noticia2.html>>. Acesso em: 05/11/2011.

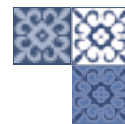
11 BRASIL. Anuário Estatístico da Previdência Social 2010. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1162>>. Acesso em: 20/04/2012.

12 Em palestra sobre “Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho”, proferida no dia 27 de abril de 2012 no I Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho promovido pelo TRT da 3ª Região, o Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira utilizou uma frase que, infelizmente, retrata o contexto atual acerca dos acidentes do trabalho: “O trabalhador sai de casa para ganhar a vida e encontra a morte.”

13 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 108-109.

14 “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo





políticas públicas e oferecer condições de acesso universal e igualitário, mas o direito à saúde também tem eficácia entre particulares e pode ser exigido das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Essas disposições, por óbvio, aplicam-se à saúde do trabalhador – espécie da saúde genericamente considerada – aliando-se a outras normas que, apesar de dispersas em diversos instrumentos legais, formam um consistente sistema voltado à prevenção dos riscos ambientais e à promoção de condições dignas de trabalho.

Na CR/88, o artigo 7º, inciso XXII, anuncia a norma de prevenção dos riscos laborais. O artigo 225 assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. E o artigo 200, em seu inciso VIII, atribui ao Sistema Único de Saúde o dever de colaborar na proteção do meio ambiente, compreendido o do trabalho.

No plano infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) contempla capítulo especialmente destinado às disposições sobre segurança e medicina do trabalho (Título I, Capítulo V, artigos 154 a 201). Outro importante núcleo normativo sobre o tema está nas Normas Regulamentadoras da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, por delegação normativa expressa do artigo 200 da CLT e outras leis ordinárias.<sup>15</sup>

A Lei 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Embora sem mencionar expressamente o meio ambiente do trabalho, ela estende sua proteção aos casos de degradação da qualidade ambiental que prejudique ou coloque em risco a saúde, a vida e a integridade física dos trabalhadores – o que decorre da interpretação conforme os artigos 225 e 200, inciso VIII, da CR/88, dispositivos que representaram grande avanço no tocante à proteção do meio ambiente em nosso país.<sup>16</sup>

No plano internacional, o Brasil ratificou algumas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre saúde, higiene, segurança e meio ambiente laboral.<sup>17</sup> São exemplos relevantes a Convenção 148, que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos provenientes da contaminação do ar, do ruído e das vibrações no local de trabalho; a Convenção 155, que determina que o país adote uma política nacional em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho; e a Convenção 161, que fixa orientações sobre a implantação de serviços de saúde no trabalho.<sup>18</sup>

Em 2006, a OIT aprovou a Convenção 187, com a ideia central de promover a melhoria contínua da segurança e da saúde no trabalho. A Convenção 187 visa à instituição de uma cultura de prevenção ininterrupta, de modo a reduzir sistematicamente as estatísticas acidentárias. Para tanto, o documento fixa ao país signatário uma linha básica de atuação:

- a) elaborar uma política nacional sobre segurança e saúde no trabalho e no meio ambiente do trabalho (art. 3);
- b) estabelecer, manter e desenvolver de forma progressiva, com reexame periódico, um sistema nacional de segurança e saúde no trabalho (art. 4);
- c) elaborar, aplicar, controlar e reexaminar periodicamente um programa nacional de segurança e saúde no trabalho (art. 5).<sup>19</sup>

Mesmo sem a ratificação da Convenção 187, o Brasil tem avançado nessa linha de atuação. A Portaria Interministerial n. 152/2008 instituiu a Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho, com o objetivo de revisar e ampliar a Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador (PNSST), propor o aperfeiçoamento do Sistema Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho e elaborar um Programa Nacional

anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”

15 Entre essas Normas Regulamentadoras, apresentam especial relevância as que dispõem sobre a implementação do SESMT – Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR-4), do PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (NR-7) e do PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (NR-9), tendo em vista que se trata de medidas preventivas para a defesa do meio ambiente de trabalho.

16 Segundo Raimundo Simão de Melo (2010, p. 46-47), deveriam ser mais seriamente observados e cumpridos os dispositivos que versam sobre a tutela penal do meio ambiente de trabalho. O artigo 132 do Código Penal criminaliza o ato daquele que expõe a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. O artigo 15 da Lei 6.938/81 define como crime a conduta do poluidor que expõe a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou que torne mais grave a situação de perigo já existente. Mais aprimorada, a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) estabelece, no artigo 3º, a possibilidade de estender as sanções penais, civis e administrativas às pessoas jurídicas, quando o ato for praticado por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade.

17 As Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil estão disponíveis em: < <http://www.oit.org.br/convention>>.

18 Outras tratam de regimes de proteção em circunstâncias específicas de trabalho, como as Convenções 115 (proteção contra radiação ionizante), 127 (peso máximo das cargas), 134 (prevenção de acidentes dos marítimos), 136 (prevenção contra os riscos de intoxicação pelo benzeno), 139 (prevenção e controle de riscos profissionais causados pelas substâncias cancerígenas), 162 (utilização de asbesto com segurança), 163 (proteção da saúde e assistência médica de trabalhadores marítimos), 167 (segurança e saúde na construção), 170 (segurança na utilização de produtos químicos), 174 (prevenção de acidentes industriais maiores), 176 (segurança e saúde nas minas) e 184 (segurança e saúde na agricultura).

19 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 87.

de Saúde e Segurança no Trabalho. Como resultado dessa iniciativa, a revisão da PNSST foi aprovada pelo Decreto 7.602, de 07/11/2011, com as seguintes diretrizes:

- a) inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;
- b) harmonização da legislação e a articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;
- c) adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;
- d) estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;
- e) promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;
- f) reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores;
- g) promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.

Estruturadas nesses moldes, as normas concernentes à saúde do trabalhador compõem um amplo sistema tendente à prevenção do risco e à promoção de condições dignas de trabalho. Oferecem base suficiente para a implementação do modelo prevencionista dos riscos ambientais, elevando-se a compreensão da saúde do trabalhador à aceção positiva de completo bem-estar físico, mental e social.

Segundo Sebastião Geraldo Oliveira,<sup>20</sup> o maior desafio não é mais o reconhecimento do direito à saúde do trabalhador, já que as normas jurídicas são numerosas e suficientemente claras a proclamá-lo. Para ele é lamentável a abordagem jurisdicional do direito à saúde, em que a tutela ressarcitória venha prevalecendo sobre a concepção da prevenção dos riscos. E ressalta: “O progresso ocorrido no direito material necessita de instrumentos processuais adequados e nova postura das partes, advogados, membros do Ministério Público e juízes, para não haver embaraço no caminho já pavimentado do direito à saúde.”

#### 4. A PREVENÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

O Estado Liberal, fruto do Iluminismo e das Revoluções Liberais, caracterizou-se pela criação de normas que anunciavam a liberdade do homem perante o Estado, a igualdade formal entre os cidadãos e a supremacia da propriedade privada – os denominados direitos de liberdade ou direitos fundamentais de primeira geração, em sua maior parte elencados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Mais adiante, as distorções provenientes da política do *laissez-faire* levaram à crise do Estado Liberal abstencionista e à formação do Estado Social, marcado pelo papel mitigador dos conflitos sociais e promotor de políticas públicas, justiça e paz social. Foi a Constituição do México de 1917 a primeira a demonstrar preocupação com os problemas sociais, prevendo normas referentes à igualdade substancial, aos direitos trabalhistas e abolindo o caráter absoluto da propriedade privada. Em 1919, a Constituição alemã de Weimar trilhou o mesmo caminho, contemplando direitos sociais.

Estava, desse modo, estabelecido um novo modelo, que, seguido por diversos países, consagrava no âmbito legal o que foi denominado de direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração.

Assim como os direitos de primeira geração, os direitos sociais têm como objeto a proteção do indivíduo, mas se diferenciam por atribuir ao cidadão o poder de exigir do Estado o cumprimento de prestações positivas. O Estado Social tem o dever de agir para promover o efetivo acesso do homem a direitos como educação, saúde, previdência, trabalho e lazer, que se realizam por meio de programas de ação do governo.

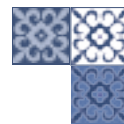
Nesse contexto, a propriedade precisa se submeter a uma função social; a liberdade contratual é mitigada por normas imperativas que ditam o contorno do pacto; a liberdade de expressão pressupõe uma formação intelectual decorrente do acesso à educação; a lei, em alguns casos, confere tratamento desigual para igualar, no plano jurídico, as desigualdades existentes no mundo dos fatos.

Percebe-se que a fruição dos direitos sociais possibilita a efetivação dos direitos individuais de primeira geração. Ou seja, o acesso a educação, saúde, direitos trabalhistas e previdência permite que a pessoa se desenvolva, possa criar uma consciência crítica e usufruir das liberdades preconizadas na lei. Sob essa perspectiva, há a noção de complementaridade dos direitos humanos.

O período de ascensão dos direitos sociais é marcado não só por sua constitucionalização, mas também por sua internacionalização, em especial com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pessoa jurídica de Direito Internacional Público de caráter permanente, responsável pela proteção do trabalhador em nível mundial, mediante o estabelecimento de um padrão digno e humano de trabalho. De acordo com José Luiz Quadros Magalhães,<sup>21</sup> “o Direito do Trabalho é o Direito Social por excelência.”

20 Ibidem, p. 416-417.

21 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p.31.



Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>22</sup> os direitos sociais foram consagrados em 1919 e reiterados após a 2ª Guerra Mundial, mas seu coroamento se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em que os direitos fundamentais de primeira geração (as liberdades) e os de segunda geração (os direitos sociais) passaram a conviver lado a lado, de maneira harmônica e interdependente.

Os direitos fundamentais caracterizam-se como “os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação”<sup>23</sup>.

Os direitos fundamentais estão ligados a valores escolhidos pelo homem, no decorrer da história, como imprescindíveis para a manutenção de uma vida minimamente digna.<sup>24</sup> Traduzem os anseios maiores da sociedade em determinado momento do tempo, a partir do seu desenvolvimento social, econômico e político. As gerações de direitos fundamentais apresentam, como dito, uma relação de interdependência, formando um todo unitário, indivisível e que, por representarem aquilo que é essencial para o ser humano, não podem ser renunciados, suprimidos ou diminuídos.

No plano interno, a CR/88 representou um marco na consagração dos direitos sociais, os direitos fundamentais de segunda geração.

O direito à prevenção dos infortúnios laborais está previsto no capítulo que trata dos direitos sociais, que, por sua vez, está inserido no título que elenca os direitos fundamentais. Donde se conclui,<sup>25</sup> que se trata de um direito fundamental de segunda geração, ou seja, direito social que visa permitir ao trabalhador gozar de uma vida saudável no ambiente de trabalho, em que haja respeito à sua integridade física e mental, saúde e dignidade.

A fundamentalidade do direito de redução dos riscos laborais se revela na mesma medida em que se constata ser a partir do trabalho, prestado à luz das normas trabalhistas e livre de infortúnios, que o homem tem condições de viver com dignidade, buscando uma existência melhor. Esse fim só é alcançado quando se está diante de um ambiente de trabalho seguro e saudável, que permita ao obreiro desenvolver seu labor diário livre da ameaça constante da ocorrência de infortúnios.

A definição do direito à prevenção dos acidentes tem estreita relação com o princípio da dignidade humana. O artigo 1º da CR/88 estabelece que são fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Essas condições são complementadas pelo artigo 170, que, ao tratar da ordem econômica, determina que a livre iniciativa seja exercida nos limites impostos pela defesa do meio ambiente e pela valorização do trabalho humano, de modo a assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.<sup>26</sup>

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,<sup>27</sup> a dignidade humana é o supraprincípio que confere unidade axiológica à ordem jurídica e deve ser aplicado na recriação dos institutos jurídicos: “será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”. Desse modo é que, fazendo opção axiológica pela dignidade da pessoa humana, a CR/88 enuncia a predominância das situações jurídicas existenciais sobre as patrimoniais:

(...) o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema.<sup>28</sup>

Desse modo é que a CR/88 deixa assente o direcionamento para a implantação, em caráter prioritário, do padrão prevencionista dos riscos ambientais do trabalho como medida de saúde pública. O artigo 7º, em

22 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 11. ed. (rev. e aum.). São Paulo: Saraiva, 2009.

23 COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 2. ed. (rev. e ampl.). São Paulo: Saraiva, 2001, p.26.

24 Segundo Alexandre de Moraes (1998, p.39), o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

25 Por meio da hermenêutica - técnica de interpretação das leis.

26 MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 63

27 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118-119.

28 Ibidem, p. 145.

seu inciso XXII, ao estabelecer como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, institui o princípio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas nos locais de trabalho.<sup>29</sup>

Além de anunciar o princípio da prevenção em conotação programática, o inciso XXII do artigo 7º da CR/88 também se reveste da força normativa própria dos direitos subjetivos.<sup>30</sup> Trata-se de um direito social fundamental,<sup>31</sup> a exigir a atuação positiva do Estado e dos indivíduos imbuídos do dever jurídico correspondente, de modo a alcançar sua concretização na realidade dos trabalhadores brasileiros.

Na lição de Luís Roberto Barroso,<sup>32</sup> efetividade significa a eficácia social da norma, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social: “Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. É esse desafio da efetividade que deve orientar a aplicação das normas sobre saúde do trabalhador e meio ambiente de trabalho.

Com o objetivo de conferir concretude ao direito de prevenção dos infortúnios laborais, ganha relevância o manejo da tutela específica e inibitória, instrumento processual voltado à tutela jurisdicional adequada dos direitos sociais – direitos que, por essência, não têm cunho patrimonial e, por essa razão, não se coadunam com a tutela ressarcitória na forma pecuniária. A tutela específica e inibitória tem caráter preventivo do dano e tende a compelir o devedor ao adimplemento da obrigação in natura. Serve, assim, à concretização do direito social à prevenção.

## 5. A TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA E A EFETIVIDADE DO DIREITO À PREVENÇÃO DOS RISCOS AMBIENTAIS E À SAÚDE DO TRABALHADOR

Na análise histórica do Direito Processual, a segunda metade do século XX foi marcada pela transição entre o positivismo conceitualista e o instrumentalismo substancial. Essa transformação denotou a preocupação dos processualistas com a necessidade de tornar efetiva a tutela jurisdicional – ou, em outras palavras, com a necessidade de fazer com que, por meio do processo, os direitos materiais, em suas diversas categorias e com suas mais distintas peculiaridades, fossem satisfeitos de modo tempestivo, adequado e eficaz.<sup>33</sup>

Considerando que as normas trabalhistas de direito material, assim como outros direitos sociais, são fruto do paradigma político do Estado Social, é certo que a aplicação do modelo processual típico do positivismo liberalista acabaria por esvaziar sua finalidade protecionista e inviabilizar sua adequada concretização. Para suprir o distanciamento entre os direitos fundamentais idealmente consagrados e os recursos processuais até então disponíveis, o Direito Processual assumiu a função instrumentalista ou teleológica, passando a ser visto como um conjunto ético de ações tendentes a promover o acesso à ordem jurídica justa.<sup>34</sup>

A ordem constitucional vigente empenha-se na realização da justiça substancial, garantindo meios adequados e efetivos de satisfação tempestiva dos direitos materiais. A superação das defasagens do processo clássico faz-se por meio da implementação das tutelas diferenciadas – por exemplo, as tutelas antecipada, específica, inibitória e metaindividual.

As técnicas de sumarização contidas nas tutelas cautelar e antecipada, que superam o padrão uniformizado no procedimento ordinário de cognição exauriente, visam a eliminar a defasagem quanto à duração do processo. Minimizam o distanciamento entre o momento em que o direito deveria ter sido usufruído pelo titular e o momento em que o provimento jurisdicional é realizado.<sup>35</sup>

A tutela específica abandona a conformação uniforme da tutela ressarcitória e visa a sanar a defasagem

29 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 123.

30 Na sistematização proposta por Barroso (2007, p. 90), as normas constitucionais classificam-se em: normas constitucionais de organização (que têm por objeto organizar o exercício do poder político); normas constitucionais definidoras de direito (que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos, quais sejam, os direitos políticos, individuais, sociais e difusos); e normas constitucionais programáticas (que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado).

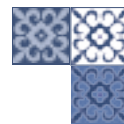
31 Sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, adota-se como premissa a lição de Sarlet (2007, p. 329): “[...] firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.”

32 BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 82-83.

33 PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. Revista do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, junho 2006.

34 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A efetividade do processo. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Curso de Direito do Trabalho – Vol. 4: direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 46.

35 PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. Revista do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, junho 2006, p. 107.



quanto ao objeto do processo, eliminando o distanciamento entre o que é prometido pelo direito material e o que é obtido por meio do processo<sup>36</sup>. A necessidade de proteção a direitos fundamentais extrapatrimoniais faz com que se priorize o cumprimento *in natura* da obrigação e exige que a prestação jurisdicional seja prestada em tempo razoável.

Se o direito demandado em juízo é extrapatrimonial, sua conversão em perdas e danos acaba por beneficiar o devedor inadimplente e consagra no ordenamento a prática da expropriação do direito fundamental<sup>37</sup>. Diante da insuficiência da tutela ressarcitória, a tutela específica representa a quebra do dogma liberal da intangibilidade da vontade do devedor, pois atua na esfera privada do réu, para obrigá-lo a cumprir determinada obrigação, fazendo uso, se necessário, de medidas coercitivas.

Em nosso ordenamento, a tutela específica foi inserida de forma isolada, em dispositivos reservados como os da Lei de Ação Civil Pública (LACP, Lei 7.347/85, artigo 11) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/90, artigo 84). Posteriormente, a regra foi generalizada nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil (CPC).

A decisão judicial que concede a tutela específica tem caráter mandamental ou executiva *lato sensu*<sup>38</sup>. O juiz fixa ao réu prazo para o adimplemento da obrigação e comina, para o caso de descumprimento da decisão, a aplicação de multa diária (*astreinte*) ou outra medida coercitiva a ser instituída conforme a necessidade e a conveniência do caso concreto<sup>39</sup>. As medidas de coerção (ou de execução indireta) contidas no preceito cominatório atuam sobre a vontade do devedor, procurando persuadir o renitente a adimplir.

Além das medidas coercitivas, o juiz ainda pode se valer das medidas sub-rogatórias, a exemplo da busca e apreensão, da remoção de pessoas ou coisas, da interdição de estabelecimento, da paralisação de atividade nociva e outras. Por meio dessas medidas, o Estado-juiz se sub-roga no papel do devedor para atingir seu patrimônio e fazer valer o provimento, independentemente do concurso da vontade do condenado. As medidas de sub-rogação (ou de execução direta) suprem o inadimplemento do devedor, satisfazendo o credor sem qualquer colaboração do obrigado<sup>40</sup>.

Nessa perspectiva, fica evidente a opção da lei processual pela prioridade jurídica da tutela específica. A esse respeito, é exaustiva a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento jurídico quer é que os deveres e obrigações se cumpram tais quais são. Se a alguém é dado pretender, segundo o direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que espera da abstenção – essa utilidade, e não outra, “equivalente” que seja, ou inculcada como tal. E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro: se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.<sup>41</sup>

No sistema da tutela específica, é natural que a conversão em perdas e danos ocupe o último lugar na preferência do legislador. Por isso é que, de acordo com o artigo 461, § 1º, do CPC, essa solução de “meia-justiça” somente pode ser imposta ao credor quando não for possível obter o resultado final desejado sequer mediante atuação das providências referidas no caput – ou, ainda, quando o próprio credor fizer opção válida

36 Não é outra a lição que se extrai do *tutto quello e proprio quello* de Chiovenda (apud DINAMARCO, 2009, p. 319-320): “o processo deve dar a quem tem direito, tanto quanto seja praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de conseguir”.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. (rev., atual.). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 354.

38 Dinamarco (2002, p. 230-231) explica que: “A mandamentalidade é uma eficácia, que certas sentenças têm, de mandar o sujeito desenvolver determinada conduta, não se limitando a declarar um direito, constituir uma situação jurídica nova ou a condenar, autorizando a instauração do processo executivo. O que valoriza a sentença mandamental, em sua capacidade de promover a efetivação dos direitos, é a imediatidade entre seu momento de eficácia e a execução.” O autor complementa: “O sistema repele, todavia, a existência de sentenças que sejam somente mandamentais, sem serem condenatórias. O mandamento, ou comando a ter determinada conduta, é em alguns casos acrescido à eficácia de condenação, mas sem excluí-la. Existem portanto sentenças condenatórias puras e sentenças condenatórias mandamentais; e a eficácia de comando, ou mandamento, é acrescida pela lei nos casos em que o legislador entende conveniente, com o objetivo de promover com mais rapidez e agilidade a efetivação do preceito contido em sentença.”

39 Importantes características em prol da efetividade da ordem judicial são a atipicidade e a plasticidade dos meios executivos, que permitem ao juiz escolher e determinar, de ofício ou a requerimento do credor, o meio mais adequado à satisfação do direito, ainda que não expressamente previsto em lei (PIMENTA, 1999, p. 42).

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 4. ed. (rev., atual.), 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 224.

41 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 31-32.

pela conversão<sup>42</sup>.

Na tutela do direito à saúde do trabalhador, a conduta prevencionista deve prevalecer sobre o padrão centrado no pagamento de adicionais remuneratórios e indenizações – que, em última análise, representa a venda da saúde do trabalhador.<sup>43</sup>

Não se ignora que o artigo 7º da CR/88, em seu inciso XXIII, expressamente institui o pagamento do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”. Tal dispositivo, porém, não pode ser interpretado como uma autorização para, em pagando o adicional, desvencilhar-se o empregador da obrigação de sempre atuar rumo à eliminação dos riscos ambientais.<sup>44</sup>

Os adicionais remuneratórios não são previstos para que se perpetuem na prática do contrato, mas para que onerem a mão de obra e, assim, convençam o empregador a providenciar a eliminação ou a neutralização das condições de trabalho que ensejam seu pagamento.<sup>45</sup>

Assim, a previsão de pagamento do adicional somente pode ser compreendida em cotejo com o inciso XXII do mesmo artigo 7º, que fixa, como direito do trabalhador, a redução dos riscos inerentes ao trabalho. “O empregado mais consciente não quer adicionais compensatórios para expor sua vida e saúde a perigo; ao contrário, prefere o ambiente de trabalho saudável, conforme lhe asseguram as normas jurídicas”<sup>46</sup>.

Sendo essa a correta base de interpretação da promessa jurídica de proteção à saúde do trabalhador e ao meio ambiente de trabalho saudável, a efetividade do direito material depende da adoção de instrumentos processuais hábeis a garantir o cumprimento das obrigações “tais quais são” – na expressão de José Carlos Barbosa Moreira.<sup>47</sup> Destaca-se, desse modo, a importância do sistema da tutela específica das obrigações de fazer como meio de implementação da redução dos riscos ambientais.<sup>48</sup>

Sebastião Geraldo Oliveira<sup>49</sup> expõe um rol exemplificativo de obrigações de fazer cujo cumprimento pode ser pleiteado na defesa da redução dos riscos ambientais, tais como: adequar o ambiente de trabalho às condições de salubridade; impedir o prosseguimento de atividade nociva ou perigosa; fornecer equipamento de segurança e proteção adequados; ministrar instruções sobre as normas de segurança; implantar e colocar em funcionamento a CIPA, o SESMT e o PCMSO; elaborar e implementar o PPRA; adequar o mobiliário às normas de ergonomia; conceder intervalo de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados nas atividades de entradas de dados, etc.

É sempre dada ao trabalhador a possibilidade de ajuizar reclamação trabalhista para pedir a condenação do empregador ou tomador de serviços em alguma obrigação de fazer ou não fazer atinente às condições de saúde, higiene e segurança nos locais de trabalho, inclusive mediante preceito cominatório. No entanto, como observa Sebastião Geraldo Oliveira, ações individuais com esse objeto raramente são vistas na Justiça do Trabalho:

E quais as razões dessa inércia? O receio de desemprego ou de retaliações por parte do empregador com certeza inibe as iniciativas dos empregados até mesmo de procurar o sindicato para busca de uma solução. Por outro lado, a condenação nas obrigações de fazer não implica valores patrimoniais, e, com isso, não há estímulos para advogados e sindicatos no patrocínio dessas reclamações. Ademais, o direito à saúde do trabalhador ainda é ignorado pela maioria dos empregados e sindicatos, não entra nos currículos das faculdades de Direito e dispõe de pouca elaboração doutrinária. Acrescente-se o fato de que a doutrina jurídico-trabalhista sempre esteve mais preocupada com a cultura dos adicionais compensatórios e não com a manutenção da saúde do trabalhador com o bem maior a ser tutelado.<sup>50</sup>

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 4. ed. (rev., atual.), 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 233.

43 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 130.

44 ANDRADE, Laura Martins Maia de. Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 55.

45 MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 191.

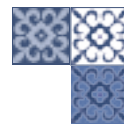
46 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 435.

47 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 31.

48 Para a aplicação subsidiária das regras do CPC no Processo do Trabalho, o fundamento está na releitura do artigo 769 da CLT. Segundo Chaves (2007, p. 84), a expressão “omissão” merece ser examinada à luz das modernas teorias das lacunas, de modo a preservar a efetividade e promover a revitalização do Direito Processual do Trabalho, a partir do influxo de novos valores, princípios, técnicas, institutos e ferramentas. A “lacuna jurídica” não se revela apenas na simples omissão normativa, mas também no distanciamento entre o regramento legal e a realidade social, como consequência do transcurso do tempo e do desenvolvimento das circunstâncias e dos valores. Sob essa inspiração, abrem-se as portas do Processo do Trabalho para os efeitos das ondas renovatórias do Processo Civil, substituindo normas processuais trabalhistas superadas pelo tempo e pela técnica.

49 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 434.

50 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010, p. 434, p. 434.



Nesse contexto, o manejo da ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85 e aperfeiçoada pela CR/88 e pela Lei 8.078/90, tem representado meio mais adequado e eficaz à tutela do direito em questão. Com efeito, a ação civil pública é um instrumento processual de extrema relevância na defesa dos direitos metaindividuais ou coletivos *lato sensu* (artigo 81, § único, do CDC) – ao lado do mandado de segurança coletivo e da ação popular (artigo 5º, incisos LXX e LXXIII, da CR/88).

Raimundo Simão de Melo<sup>51</sup> afirma que, desde a promulgação da CR/88, que alterou as funções do Ministério Público, e da Lei Complementar 75/1993, que as regulamentou, vem aumentando o número de ações coletivas no âmbito da Justiça do Trabalho. O autor relata que são comuns ações civis públicas que buscam o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer relacionadas à observância de normas trabalhistas, mediante multa cominatória, na forma do artigo 11 da LACP.

Na ação civil pública ambiental, também é viável pedir a interdição de obras, locais de trabalho ou de toda uma empresa, quando a ausência de requisitos mínimos de segurança ou as condições de atividade colocam em risco iminente a saúde e a vida dos trabalhadores<sup>52</sup>. Em casos como tais, as tutelas coletiva, específica e antecipatória se aliam em prol da efetividade – como autoriza o artigo 12 da LACP e os artigos 273 e 461, § 3º, do CPC. A tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, por óbvio, não exclui a possibilidade de condenação ao pagamento de indenizações genéricas pelos danos já causados ao meio ambiente do trabalho ou outro interesse metaindividual trabalhista<sup>53</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito social fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Do complexo de normas concernentes à saúde do trabalhador, depreende-se a orientação para a implementação, em caráter prioritário, do padrão prevencionista dos riscos ambientais. O objetivo é fazer com que, mediante a promoção de medidas de saúde, higiene e segurança do trabalho, reduzam-se as ocorrências de acidentes e doenças ocupacionais.

Esse objetivo deve repercutir no modo como se pratica a tutela jurisdicional. Se o valor máximo do ordenamento jurídico está centrado na dignidade da pessoa humana e se a preservação da saúde apresenta-se como elemento essencial de promoção da vida digna, está claro que o processo, como instrumento ético e deontológico que é, não pode permanecer alheio à opção axiológica da nação.

As ações em que se pleiteia o pagamento de adicionais remuneratórios e indenizações têm cunho meramente ressarcitório e não atendem propriamente à promessa legal de proteção e promoção da saúde. O ideal é que, a esse padrão ressarcitório, os sindicatos e o Ministério Público do Trabalho aliem ações em que busquem o cumprimento específico das normas de proteção.

O regramento processual – especialmente o sistema disposto no artigo 11 da Lei 7.347/85 e no artigo 461 do CPC – viabiliza que os legitimados acessem o Poder Judiciário e, pleiteando o cumprimento específico das obrigações de fazer voltadas à prevenção e à redução dos riscos ambientais, obtenham provimento adequado e efetivo.

## 7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Laura Martins Maia de. Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Anuário Estatístico da Previdência Social 2010. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1162>>. Acesso em: 20/04/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/prevencao/ /noticia2.html](http://www.tst.jus.br/prevencao/noticia2.html)>. Acesso em: 05/11/2011.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). Direito processual do trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p. 52-96.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. (rev. e ampl.). São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. (rev., atual.). São Paulo: Malheiros,

51 MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.132.

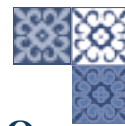
52 A possibilidade de interdição é prevista no artigo 161 da CLT: “Art. 161 - O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.”

53 MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 133.

2009.

- \_\_\_\_\_. A reforma da reforma. 4. ed. (rev., atual.), 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 11. ed. (rev. e aum.). São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.
- MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: LTr, 2009.
- \_\_\_\_\_. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010.
- PIMENTA, José Roberto Freire. A prisão como meio de efetivação da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no Processo do Trabalho. Revista Genesis – Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, v. 13, n. 73, p. 37-68, janeiro 1999.
- \_\_\_\_\_; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. Revista do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, junho 2006.
- SAAD, E. Gabriel. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: NETO, Cláudia Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2007, p. 321- 354.
- SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. Vol. II. 22. ed. (atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho). São Paulo: LTr, 2005.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A efetividade do processo. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Curso de Direito do Trabalho – Vol. 4: direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 46-135.





# INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO PROCESSUAL: MAIS UMA CONSTRUÇÃO A FAVOR DA CELERIDADE DO PROCESSO TRABALHISTA

## ANDRÉ PEREIRA DE SOUZA

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Servidor Público do TRT da 5ª Região, ex-advogado.

Contatos: andre.psouza@trt5.jus.br;  
andreperairadesouza2@gmail.com;  
andreperairadesouza@globo.com

Resumo: O artigo aborda o novo instituto da indenização por assédio processual e sua contribuição para a realização do princípio constitucional da celeridade. Visa lançar luzes e fomentar o debate acerca do tema, que se mostra como mais um salutar mecanismo à concretização de um processo que tramite em um tempo razoável e adequado. Isso porque às partes do processo judicial é garantido pela Constituição Federal o direito a uma tutela efetiva, no sentido de que não basta uma garantia meramente formal ao direito fundamental à jurisdição, mas sim há de ser afiançada, também, a efetiva realização desse direito, ou seja, uma garantia material, substancial, realizável do direito. O assédio

processual se mostra como uma verdadeira negativa a essas garantias constitucionais, visto que a postura asse-diante culmina por vergastar não só o direito das partes a terem um processo adequadamente rápido, mas também põe em cheque a credibilidade da própria Justiça. Trata-se de um fenômeno novo e que demanda mais atenção do meio jurídico e acadêmico, sobretudo no Processo do Trabalho.

Palavras-chave: Indenização. Assédio Processual. Processo do Trabalho.

## 1. INTRODUÇÃO

Diuturnamente constatamos, em processos judiciais trabalhistas, condutas intencionais e repetitivas oriundas de uma parte (normalmente ré e ex-empregadora) que, de maneira temerária e sob o pálio do direito à ampla defesa e contraditório, inflige ao ex adverso uma perturbadora e prejudicial postura assediadora ao se utilizar de meios processuais legítimos para protelar, ao máximo, o andamento do feito e, por consequência, o pagamento da condenação que lhe foi cominada.

Tal prática culmina por vergastar os mais mezinhos direitos e garantias constitucionais das partes, tal como o Princípio da Tutela Efetiva, que é corolário ao da Celeridade Processual, que, por sua vez, tem em vista a realização do Princípio Matriz da Dignidade da Pessoa Humana, mormente quanto se está a perquirir, no processo, parcelas trabalhistas - que têm natureza alimentar.

A jurisprudência e a doutrina vêm combatendo a morosidade processual, moldando mecanismos com fito de que o processo tenha uma tramitação em tempo razoável, em especial se construindo institutos a realizar a tão almejada celeridade. Justamente em face dessa constatação que este artigo ocupou-se em trazer à baila os contornos do instituto da indenização por assédio processual, que se mostra como mais um desses mecanismos.

O objetivo não é exaurir o tema, tampouco propor qualquer solução peremptória, pelo inverso, visa tão somente dar uma singela e pequena contribuição, na tentativa de fomentar o debate jurídico sobre o instituto.

Para tanto, abordaremos o assédio processual e os Princípios da Celeridade, do Contraditório, da Ampla Defesa e da Dignidade da Pessoa Humana, dando enfoque na busca incessante do “tempo adequado” do processo, esse entendido neste artigo como sendo aquele necessário e bastante para a solução das contendas, tempo esse parametrizado pelo que a sociedade entende como viável a se atingir a pacificação social, sem, no entanto, preterir o devido processo legal constitucional.

Ver-se-á, também, que o direito a um processo célere é, além de um direito fundamental constitucional, também uma garantia (dada pela Constituição Federal) à tutela efetiva, no sentido de que não basta uma garantia meramente formal ao direito fundamental à jurisdição, mas sim há de ser afiançada, também, a sua efetiva realização (garantia material, substancial, realizável do direito).

Também serão traçadas as diferenças e convergências com a litigância de má-fé, ressaltando que se trata de institutos diversos, inconfundíveis, porém que são mecanismos processuais complementares e não necessariamente excludentes entre si.

Vejam, então, as premissas da temática que ora se propõe para estudo e debate.

## 2. O ASSÉDIO PROCESSUAL E OS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO.

Tempo! Série ininterrupta e eterna de instantes; medida arbitrária da duração das coisas; prazo, demora;

época determinada em que se realizou um fato; vagar, ocasião, oportunidade; instante preciso do movimento em que se deve efetuar uma das suas partes; não o aproveitar enquanto é ocasião; trabalhar em vão; não ter bom êxito; demorar-se etc. Essas são algumas acepções do termo “tempo” ensinadas pelos nossos dicionaristas.

Transportando-o para o processo judicial podemos vislumbrar três vertentes opostas: o longo tempo, o tempo adequado e o curto tempo. Enquanto o primeiro mostra-se, regra geral, prejudicial à prestação jurisdicional, o último, por seu turno, pode revelar uma prestação injusta e destoante do objetivo de todo o Direito, qual seja a pacificação social, na medida em que muitas vezes o processo muito “curto” é eivado de vício e em prejuízo à parte sucumbente, na medida em que a quantidade de processos solvidos é supervalorizada em detrimento da qualidade das decisões, demonstrando uma verdadeira inversão de valores.

Resta-nos, então, o tempo adequado. E o que seria esse “tempo adequado” para o processo?

Podemos sinteticamente asseverar que o “tempo adequado” é o necessário e bastante para a solução das contendas, tempo esse parametrizado pelo que a sociedade entende como viável a se atingir a pacificação social, sem, no entanto, preferir o devido processo legal constitucional. É se equalizar o tempo e o processo, a quantidade e a qualidade. E para tanto necessário se faz a construção e maturação de mecanismos que, a par das regras sistemáticas processuais então vigentes, viabilizem e deem efetividade ao direito fundamental à celeridade, esse erigido a direito e garantia fundamental pela Constituição Federal no inciso LXXVIII do seu art. 5º.

O chamado princípio da celeridade - hoje direito e garantia fundamental posto em cláusula pétrea da Constituição Federal – encontra suas raízes no plano internacional. O art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 678/1992) já reconhece como direito fundamental de todo ser humano que o processo tenha um desfecho em tempo razoável, ou seja, em “tempo adequado”.

Nessa senda, diversos movimentos emergiram no sentido de modernizar o processo, tais como os Pactos Republicanos de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo. Esses Pactos consistem em acordo entre os três Poderes da República, no sentido de viabilizar a rápida aprovação de projetos de lei que visem a alterações legislativas, em especial processuais, no sentido de adequar nosso sistema processual à realidade atual.

E esse movimento não emergiu à toa. Teve em vista o fato de que nosso processo é anacrônico e não reflete à realidade atual. Exemplo clássico é o Processo de Trabalho que, de tão lacunoso, se vale do também antiquado Processo Civil comum. E o resultado, sabemos, é um Processo do Trabalho que mais parece uma colcha de retalhos. Isso, por certo, contribui negativamente para que o referido “tempo adequado” do processo não seja atingido.

Mas não podemos também deixar de registrar, que alguns princípios do Processo do Trabalho culminaram por ser adotados pelo Processo Comum quando das recentes e futuras reformas (está em tramitação o novo Código de Processo Civil), tais como o Princípio da Oralidade, Simplicidade, Conciliação, dentre outros.

Nessa toada, inclusive, a ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – sintetizou as sugestões dos juízes do trabalho de todo Brasil para a elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.<sup>1</sup>

A par desses movimentos, temos as diversas metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que visam, em suma, dar celeridade ao processo com fito de se atingir o “tempo adequado” à sua tramitação e, ao fim, dar a efetiva prestação jurisdicional.

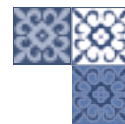
Nessa senda, esse chamado “tempo adequado” do processo, e a referida construção e maturação de mecanismos para lhe dar efetividade, não se resume a alterações legislativas; mas sim também, e principalmente, na atividade jurisdicional. Afinal é no Judiciário, em essência, que esse “tempo adequado” se materializa, que se trona concreto e efetivo.

A nossa Constituição Federal funda valores, princípios e regras que dirigem todas as atividades da sociedade, dentre as quais o processo judicial.

E essa regência pode se dar de forma direta, quando expressamente diz quais os direitos, quais as garantias processuais fundamentais a serem observadas; quando predetermina a composição das instituições necessárias à efetivação do Direito e etc. Ou de forma indireta, quando determina, por meio de seus princípios implícitos, que o juiz dê efetividade aos direitos fundamentais ao decidir um caso concreto.

E é justamente nesse Princípio Fundamental da Efetividade que o processo e o juiz encontram vital mecanismo para dar a prestação jurisdicional em “tempo adequado”.

1 Sugestões dos Juízes do Trabalho Para a Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.amatra.com.br/uploaded\\_files/Sugestões%20Anamatra%20CPC.pdf](http://www.amatra.com.br/uploaded_files/Sugestões%20Anamatra%20CPC.pdf)>. Acessado em: 07-02-2014.



Neste ponto há de se diferenciar o velho do novo. Ou seja, a ideia do positivismo cede espaço para o chamado *pós-positivismo*, ou *neoconstitucionalismo*, sendo que para essa doutrina os princípios ganham valor jurígeno.

Para o positivismo o Direito é lei estatal, tão-somente. Para ele a segurança jurídica somente é garantida por meio da lei. De acordo a essa corrente, outrora defendida por Kelsen e Bobbio, os princípios eram nada mais do que meios de colmatação de lacunas sem qualquer valor normativo cogente, ou seja, era fonte supletiva.

Não se quer aqui retirar o valor dos ensinamentos do positivismo, afinal cumpria e ainda cumpre um papel relevante no sistema. No entanto, aquela concepção fechada não coaduna com a realidade contemporânea.

Isso porque, a segurança jurídica tão buscada pelos positivistas culminou por fortalecer os regimes autoritários centralizados no Estado, pois, em nome da lei (*rectius*, positivismo) os déspotas cometeram atrocidades contra a humanidade – e quem não se lembra do nazismo e do fascismo!

A partir dessa constatação foi que o positivismo perdeu sua força e cedeu lugar ao chamado *pós-positivismo* ou *neoconstitucionalismo*. Consoante doutrina de Miguel Reale, essa visão unidimensional do direito preconizada pelos positivistas, cede lugar à visão multidimensional: é a chamada Teoria Tridimensional do Direito. Por essa o sistema jurídico compõe-se de um subsistema de normas, de um subsistema de valores e de um subsistema de fatos, todos com natureza cogente e jurígena.

Para essa visão *pós-positivista* os princípios cumprem função relevante dentro do sistema jurídico, ou seja, vai além de sua função integrativa (como entendia a doutrina positivista): cumprem eles a mesma função da lei, da norma jurídica; têm eles, pois, força cogente. Nos ensina J. J. Gomes Canotilho, que os princípios fundamentam as próprias regras (natureza normogenética).<sup>2</sup>

Ressalte-se, pois oportuno, ainda que não positivados, os princípios (chamados implícitos) possuem força normativa. Nas palavras de Eduardo Cambi:

Sob o aspecto filosófico, a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição. Pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta tendência é denominada de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.<sup>3</sup>

E esse movimento *pós-positivista* e *neoconstitucionalista* pauta-se sob uma premissa matriz, qual seja a dignidade da pessoa humana.

E esse Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi erigido a fundamento da República no art. 1º, III, da Constituição Federal, pelo que todo e qualquer direito, material ou processual, deve ser visto à luz desse Princípio-Matriz.

Nessa senda é que o Princípio Constitucional da Efetividade, aqui sobre seu viés processual, tem como lastro, ao fim e ao cabo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; tem nele sua fonte de inspiração. Visa, pois, realizar esse tão caro princípio fundante.

Entende-se como Princípio Constitucional da Efetividade, ou Princípio da Máxima Efetividade, como um comando que orienta “o interprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades”.<sup>4</sup>

O próprio processo também tem é orientado por tal princípio, mormente em sua fase de execução, na qual efetivamente entrega-se o bem da vida perquirido. Assim, podemos afirmar que, à luz do direito constitucional fundamental, temos o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.<sup>5</sup>

Podemos inferir do que até aqui foi esboçado, que direitos fundamentais, segundo ensinamentos de José Afonso da Silva, são prerrogativas e instituições básicas necessárias a uma convivência digna, livre e igual para todos, sem as quais a pessoa humana não se realiza como tal, ou seja, são direitos imprescindíveis e que devem ser reconhecidos não apenas formalmente, mas também e principalmente concretamente ou materialmente

2 Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65.

3 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Vitória: Panóptica, ano 1, n. 6, fev. 2007. p. 1-44. Disponível em: <<http://www.pnaoptica.org>>.

4 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivum, 4ª ed, 2010. p. 223/224.

5 Expressão utilizada por MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2008, v.1.

realizáveis; é a chamada tutela efetiva.<sup>6</sup> E para isso devem existir mecanismos para essa efetivação.

O direito a tutela jurisdicional está previsto no art. 5º, XXXV, da CF, sendo esse um direito fundamental, como já dito. Mas nada adianta esse direito se ele não pode ser efetivado. Não basta, pois, a garantia meramente formal ao direito fundamental a jurisdição; há de ser garantida também a efetiva realização desse direito (garantia material, substancial, realizável do direito). Ai reside o direito fundamental a tutela jurisdicional, ou seja, direito fundamental corolário e indissociável do direito a jurisdição e que visa lhe dar efetividade.

Aqui (efetividade dos direitos fundamentais) é que se realiza o chamado ativismo judicial, pois o juiz deve dar efetividade aos direitos fundamentais, ou seja, em face do caso concreto, o juiz deve determinar os meios para dar a total efetividade ao direito. Nas palavras de Marinoni:

[...] o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como ‘diretor do processo’, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais) [...].<sup>7</sup>

Nessa senda é que o tema ora em estudo se mostra, talvez, como mais um dos mecanismos que visam viabilizar essa garantia constitucional à efetividade da jurisdição; ou seja, a postura ativa do juiz (ativismo judicial – princípio que visa a dar concretude à Constituição Federal e à realização dos direitos humanos) por certo irá viabilizar a maturação do instituto da indenização por assédio processual que, como veremos, abrolha com mais um elemento à materialização do referido “tempo adequado” do processo, que, ao fim, tem como objetivo dar a completa prestação jurisdicional buscada que, por sua vez, a par do direito fundamental do acesso à justiça, tem como pano de fundo o princípio da celeridade.

Por certo que ele (o instituto da indenização por assédio processual) quiçá se mostre como mais um vetor do chamado direito fundamental a uma ordem jurídica materialmente justa, ou seja: o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF) vista sob sua dimensão concreta de um Direito justo, no sentido de que, para a efetivação do direito constitucional à efetividade da jurisdição, não basta a simples possibilidade de ingresso com uma ação judicial, mas também a maturação e construção de mecanismos e institutos bastantes a se tutelar, com eficácia, os direitos materiais perseguidos.

Afinal, “o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada”<sup>8</sup>

Não nos esqueçamos que o processo nada mais é do que um instrumento à realização do direito material, e essa instrumentalidade, como nos ensina Cândido Rangel Dinamarco,<sup>9</sup> tem dois aspectos: o negativo e o positivo; negativo no sentido de se negar (ou mitigar) e combater o formalismo processual, que muitas vezes acoberta práticas condenáveis de uma parte em detrimento de outra; e sob o ponto de vista positivo, dentre outros, que o processo deve ser um meio a se dar efetividade as decisões nele proferidas.

E o instituto ora em estudo se mostra como um desafio ao juiz, ao legislador, aos acadêmicos, e a todos que laborem com o Direito, para a realização do referido direito fundamental a jurisdição efetiva. Quem sabe, com ele, atingiremos o “tempo adequado” do processo.

Vejamos, sinteticamente, os contornos do assédio processual.

### 3. ASSÉDIO EM GERAL E ASSÉDIO PROCESSUAL

É cediço que, de um modo geral, o “assédio” é de amplo conhecimento.

Nos ensina Dallegrave Neto que:

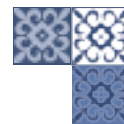
O vocábulo assédio remete à ideia de uma conduta intencional e repetitiva por parte de um agente e, ao mesmo tempo, perturbadora e prejudicial por parte de uma vítima. Assim é no Assédio Sexual onde o agente, aproveitando-se de sua condição de ascendência ou de superioridade hierárquica, chantageia a vítima a fim de obter favorecimentos sexuais egoísticos. Também é assim na figura do Assédio Moral, ou Mobbing, onde o agente persegue a vítima de forma reiterada, através de práticas de psicoterror, como apelidos jocosos e estigmatizantes, discriminações negativas ou desprezo acintoso sempre com o escopo de minar a auto-estima

6 Nas palavras de José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 137

8 Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffò. Lezioni Sul Processo Civile. Bolonia: Mulino, 1995. Pág. 62. In: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Vitória: Panóptica, ano 1, n. 6, fev. 2007. p. 1-44. Disponível em: <<http://www.pnaoptica.org>>

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 1996. p. 267-303



da vítima e, por conseguinte, excluí-la do mundo do trabalho.<sup>10</sup>

O assédio moral também é conhecido como *mobbing* (na Itália, Alemanha e países escandinavos), *bullying* (na Inglaterra), *harassment* (nos Estados Unidos), *harcèlement moral* (na França), *ijime* (no Japão), *psicoterror* laboral ou *acoso* moral (em países de língua espanhola), terror psicológico, coação moral, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa).<sup>11</sup>

Márcia Guedes nos traz que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2002, listou alguns atos que configuram assédio moral, tais como: medida destinada a excluir uma pessoa de uma atividade profissional; ataques persistentes e negativos ao rendimento pessoal ou profissional sem razão; a manipulação da reputação pessoal ou profissional de uma pessoa através de rumores e ridicularização; abuso de poder através do menosprezo persistente do trabalho da pessoa ou a fixação de objetivos com prazos inatingíveis ou pouco razoáveis ou a atribuição de tarefas impossíveis; e controle desmedido ou inapropriado do rendimento de uma pessoa. Leciona, ainda, que o objetivo é o de destruir a moral, a autoestima, a honra, a dignidade e demais direitos da personalidade do empregado.<sup>12</sup>

A r. autora traz, ainda, um dado interessante, no sentido de que ao contrário do assédio sexual (com previsão penal no Código Penal), o *mobbing* não tem previsão normativa geral. Mas em nosso ordenamento já existem leis locais que definem e visam coibir o assédio moral no serviço público, como leis dos Estados do Rio de Janeiro e leis municipais de São Paulo e Campinas, dentre outros projetos da mesma natureza em outros Estados.<sup>13</sup>

Traz a autora, ainda, uma classificação morfológica do assédio moral que é adota por grande parte dos operadores do direito. Diz que o assédio moral (ou *mobbing*) é um terror psicológico (ou *psicoterror*) infligido ao empregado de maneira silenciosa e paulatina, constituído por um conjunto de atos e comportamentos arditos por parte do assediante e desferidos lentamente, cujo objetivo é o de destruir a moral, a autoestima, a honra, a dignidade e demais direitos da personalidade do empregado; tem ele, pois, a seguinte morfologia (inaugurada pelo Direito Francês): *Assédio moral vertical*; *Assédio moral ascendente*; *Assédio moral horizontal*; *Assédio moral estratégico*; *straining* ou administração por estresse.<sup>14</sup>

Nesse contexto, o assédio processual (e sua indenização) mostra-se como um instituo novo (como outrora foi – ou quiçá o é – o instituto assédio moral) e que paulatinamente vem ganhando corpo, mormente em razão do novel princípio da celeridade alçado a direito fundamental no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Em síntese, podemos entendê-lo configurado quando uma parte, valendo-se do seu direito de defesa e contraditório, lança mão reiteradamente de medidas processuais depostas de fundamento e com o claro objetivo de tornar o processo moroso, causando prejuízo de ordem moral à parte contrária que, com isso, não consegue ver seu direito satisfeito de maneira célere.

Por certo que todo direito pode (e deve) ser exercido, porém, com limites postos no próprio ordenamento jurídico. E não seria diferente com o processo, mormente pelo seu caráter publicista, e na medida em que ele é um meio a se realizar a efetividade da jurisdição garantida constitucionalmente, como vimos alhures.

No caso de assédio processual estão em jogo dois direitos constitucionais: o direito a ampla defesa e contraditório da parte ré; e o direito a duração razoável do processo do autor. A solução desse conflito se dá com a ponderação desses dois interesses, sem que nenhum deles seja sacrificado completamente.

A parte ré, pelo princípio dialético, tem o direito constitucional de se utilizar de todas as faculdades processuais a defender-se. A ela é facultado todos os meios processuais para amplamente contraditar a tese autoral.

De outra banda, o autor também tem o direito que o processo tenha sua marcha em tempo razoável, no sentido de ver a prestação jurisdicional buscada adimplida em tempo aceitável, ou em “tempo adequado”.

Assim, deve-se ponderar esses dois interesses constitucionais. Se a parte ré se utilizar dos seus meios e faculdades processuais para retardar o andamento do processo, tal postura violará o direito do autor de ter um processo célere, o que, em síntese, configura abuso de direito. E para tal abuso de direito processual deve haver uma resposta proporcional. E a indenização por assédio processual é emblemática nesse sentido.

10 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos>>. Acessado em: 07-02-2014.

11 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. O Assédio Moral nas Relações Laborais e a Tutela da Dignidade Humana do Trabalhador. São Paulo: Ltr, 1ª ed., 2009. p. 36.

12 GUEDES, Márcia Novaes. Assédio Moral e Straining. In: Revista LTR, ano 74, fevereiro de 2010.

13 Idem.

14 Idem.

Nessa senda, podemos inferir que os elementos do assédio processual, *mutatis mutandis*, são equivalentes aos do assédio moral.

O Juiz do Trabalho Gustavo Chehab<sup>15</sup> traz clara síntese dos elementos caracterizadores do assédio processual. Diz ele que os requisitos à sua configuração são basicamente sete: *Elemento objetivo*, ou conjunto de atos praticados, no sentido de que não basta a existência de um ato isolado, mas sim de vários atos praticados pelo assediador; *Sujeito ativo*, que pode ser qualquer um que atue no feito; *Elemento anímico*, ou seja, necessário a presença da culpa ou dolo do atente em praticar o ato que vede o normal andamento do feito; *Dano processual*, no sentido de que os atos devem atingir a boa marcha processual; *Dano pessoal*, consistente em atos assediadores aptos a provocar danos patrimoniais ou morais à outra parte; *Sujeito passivo*, que pode ser a parte contrária, ou outros sujeitos que participem do processo, como peritos, testemunhas, e, também, o próprio Estado enquanto Justiça; *Ato ilícito*, pelo qual o abuso culmina por vergastar a boa ordem jurídica, a boa-fé processual, violando a ética e a Justiça.

Aqui vale transcrever, também, a brilhante conceituação da Juíza do TRT da 2ª Região, Dra. Mylene Pereira Ramos, que em um caso concreto (63ª Vara do Trabalho de São Paulo, Processo nº 02784200406302004) deu a sua exata dimensão, *in verbis*:

Praticou a ré ‘assédio processual’, uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.

Nesse contexto, tal postura resulta em flagrante prejuízo moral a parte adversa, na medida em que a conduta dolosa, temerária e reiterada da parte ré dilata a entrega da prestação jurisdicional, sendo que a reparação dá-se no campo da responsabilidade civil, visto que o assédio processual é uma vertente do abuso de direito (abuso do direito de utilização de seus poderes processuais), nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do CC/02.

Mas poder-se-ia indagar se o ordenamento já não prevê outros meios a se coibir tal prática, tais como a litigância de má-fé. É equivocada tal premissa, na medida em que são institutos diversos, como veremos mais adiante.

#### 4. O DESAFIO DA REVELAÇÃO OU CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO PROCESSUAL. EXEMPLOS CONCRETOS

Mesmo à luz da responsabilidade civil, a caracterização do assédio processual não é tarefa das mais fáceis: seja ante a falta de legislação específica pertinente, seja por que a doutrina ainda é embrionária no estudo da temática, ou, ainda, em face da parca jurisprudência correlata, em especial nos tribunais superiores.

Outro fator dificulta é que o assédio processual decorre de atos praticados pelo assediante sob o manto protetor do direito à ampla defesa e do contraditório, o que invariavelmente mascara a prática danosa, na medida em que tais atos se encontram, em tese, respaldados em lei. Porém, repise-se, o assédio processual pauta-se exatamente no abuso do direito, ou seja, a parte se utiliza de um direito que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico para galgar um fim ilícito: procrastinar o feito em prejuízo da parte adversa.

Como bem pontua Mauro Vasni Paroski:

A missão talvez se torne mais espinhosa pela inexistência de uma disciplina legal sobre o tema, o que implica na falta de critérios previamente estabelecidos pelo legislador para a configuração dos contornos desses institutos, deixando em aberto um enorme e perigoso campo para especulação de toda ordem, muitas vezes preenchido por elementos preponderantemente arbitrários.<sup>16</sup>

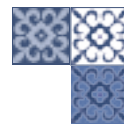
Não se quer, aqui, definir um critério científico a se conceituar o assédio processual do ponto de vista teórico – embora seja recomendável. O que se pretende é lançar luzes ao leitor para o fato de que se faz necessário mais e mais estudos, mais e mais decisões, mais e mais discussões acadêmicas a se sedimentar o instituto.

De qualquer sorte, tal fator não é, em hipótese alguma, óbice à sua aplicação. A definição, identificação e caracterização do assédio processual deve ocorrer no caso concreto e com lastro nos elementos gerais da responsabilidade civil – pois, como vimos, o assédio processual nada mais é do que uma espécie de assédio, que, por sua vez, encontra sua indenização respaldada na responsabilidade civil.

Trata-se de um instituto que visa reestabelecer o equilíbrio rompido, por meio de reparação pecuniária em

15 CHEHAB, Gustavo Carvalho. Celeridade e Assédio Processual. In: Revista LTr, ano 74, abril de 2010.

16 PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões Sobre a Morosidade e o Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12003>>. Acessado em: 21-01-2014.



razão de um dano causado, o que contribui para a harmonia social e, ao mesmo tempo, desestimula a reincidência.

Um exemplo concreto que se pode trazer à baila, que visou dar uma resposta à parte prejudicada além das “multas processuais”, trata-se do processo número 0017300-69.2009.5.05.0462 RTOrd, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia), que tem como partes: Reclamante Ciro Machado dos Santos e Reclamada Bombril S.A. Nele se discute a utilização, por parte da reclamada, de sucessivos recursos e meios processuais para retardar, ao máximo, o andamento do feito, sempre sob o manto protetor do devido processo legal.

A reclamada, malcontente com a condenação, interpôs Recurso Ordinário, conseguindo a reforma da sentença e livrando-se da condenação.

A despeito da reforma da sentença, o caso é emblemático e reflete o amadurecimento do instituto do assédio processual na doutrina de jurisprudência pátrias.

A referida ação, que aparenta ser um processo isolado, em verdade está inserido em um contexto de tantos outros que vêm sendo debatidos no meio jurídico, dentre os quais se destacam: o processo 02784-2004-063-02-00-4, cuja sentença foi de lavra da Juíza da 63ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Dra. Mylene Pereira Ramos; no 5º Regional (em outros processos), temos o julgamento do Recurso Ordinário n. 0138400-42.2008.5.05.0133, de relatoria da Desembargadora Graça Boness, da 4ª Turma, que manteve sentença de piso; também, o Recurso Ordinário n. 00369-2008-281-05-00-1; nessa mesma linha, o julgado do TRT da 9ª Região, sob a relatoria do juiz Tobias de Macedo Filho, Proc.: 00511-2006-562.09.00-3 - AC 33280/2008; DJPR de 16/09/2008; ainda nesse diapasão, vemos o julgado do TRT da 3ª Região, cujo relator na 4ª Turma foi o Juiz Jose Eduardo de R. C. Junior, Proc: 00760-2008-112-03-00-4 RO - DJMG 21-2-09, dentre tantos outros.

O Tribunal Superior do Trabalho, por seu turno, divide-se, ora aplicando, ora não aplicando o assédio processual.

O E. STF, em julgamento de Reclamação Constitucional, também julgou incidentalmente o tema: Rcl 4591 AgR/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 8-10-2009.

Por certo que a jurisprudência ainda é assimétrica acerca da temática, carecendo de amadurecimento. Porém, também é certo que, casuisticamente, vimos que se presentes o abuso do direito processual, a jurisprudência vem aplicando a indenização por assédio processual.

Enfim, a despeito da difícil tarefa de se delimitar o assédio processual, tal fator não pode e nem deve ser obstáculo à aplicação dessa novel vertente da responsabilidade civil. Como já dito, mostra-se ele como mais um do mecanismo a se atingir a tão almejada celeridade processual, ou como preferimos: a tramitação processual em “tempo adequado”.

## 5. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JURISDIÇÃO E ASSÉDIO PROCESSUAL

Vimos os contornos do assédio processual, mas em que medida ele se distingue da litigância de má-fé?

A boa-fé é uma cláusula geral pertencente à Teoria Geral do Direito e, como tal, irradia efeitos em todo ordenamento jurídico. Vista sob seu enfoque processual, ela impõe a todos os sujeitos que participam do processo que pautem sua conduta na eticidade, ou seja, na boa-fé objetiva. E tal comando é extraído do art. 14, II, do Código de Processo Civil, o qual determina que as partes procedam com “lealdade e boa-fé”.

Assim, a boa-fé é a regra, a má-fé exceção. Nesse sentido é o escólio de Cândido Rangel Dinamarco, que preleciona:

[...] constituem litigância de má-fé os atos infratores dos deveres diretamente arrolados no art. 14, ainda quando não constantes do elenco de infrações contido nos incisos do art. 17. Eventuais lacunas são só aparentes, porque a norma de encerramento contida no inc. II do art. 14 manda que todos procedam com lealdade e boa-fé, reputando-se litigância abusiva eventuais condutas sem lealdade ou sem boa-fé, ainda quando especificadas em tipos legais bem precisos [...].<sup>17</sup>

De acordo aos ensinamentos de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze,<sup>18</sup> o instituto da boa-fé é oriundo do Direito romano (que entedia ser um conceito eminentemente ético) e foi maturado ao longo do tempo, sendo

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2002. p. 67.

18 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2010.

que, no Direito alemão, culminou por ser judicializado, traduzindo-se em lealdade e confiança com as quais as partes devem pautar sua conduta. Hoje pode se dizer que a boa-fé é uma diretriz de cunho ético e moral que tem natureza jurídica cogente. Ou seja, é um princípio como outros, tal qual o da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

E a boa-fé tem funções relevantes para o tema ora em estudo, que são: *Função criadora dos deveres anexos de conduta*<sup>19</sup>, ou seja, dever de lealdade, confiança, sigilo, cooperação, informação etc.; *Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos*<sup>20</sup>, no sentido de que nenhum exercício de direito é ilimitado, pois, comete ato ilícito o titular do direito que o exerce excessivamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social (art. 187 do Código Civil); e a última (e mais relevante para o tema) é a sua *função reativa*, ou também chamada de figuras parcelares, como *vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium)*; *supressio*; *surrectio*; *exceptio doli*

É cediço que nosso Processo Civil classifica como antijurídicas algumas condutas. É como se vislumbra, v.g., nos arts. 14 a 18 do CPC.

Porém, esse plexo cominatório e processual não se mostra suficientemente adequado ao combate de posturas temerárias de uma parte em vergaste à dignidade do processo e em total prejuízo à parte adversa. Não é ele o bastante a conter os atos processuais danosos ao bom andamento do feito, ou seja, prejudiciais ao “tempo adequado” do processo.

Pelo inverso, tais cominações, por se mostrarem módicas em muitos casos (como naqueles processos no qual litiga uma grande empresa), resultam invariavelmente em uma espécie de “passe” para que o assediante continue na prática danosa.

Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior:

[...] a aplicação dos efeitos específicos da lei processual não elimina as repercussões necessárias para a correção de outras condutas que extrapolem os termos daquelas legalmente previstas.”<sup>21</sup>

Nesse contexto é importante que se diferencie, ainda que em síntese, o instituto do assédio processual do da litigância de má-fé, que aparentemente têm a mesma origem, mas em verdade a natureza jurídica e os objetivos são diversos, a despeito de decorrerem do mesmo processo.

Ambos não deixam de ser espécies de litigância temerária, porém o assédio processual é mais amplo e abrangente, na medida em que o ato é praticado reiteradamente, ao passo em que a litigância de má-fé consiste, em apertada síntese, em ato único e cujas cominações são previstas no sistema legal de ritos (arts. 14 e seguintes do CPC).

Também, a litigância de má-fé deve ser aplicada necessariamente no bojo do mesmo processo, ao passo em que a indenização por assédio processual pode ser buscada em ação própria. O assédio processual pode ser arbitrado para além dos limites impostos pelo CPC para a litigância, pois decorre da responsabilidade civil; a litigância, por seu turno, é cominação eminentemente processual. E, por fim, a pena litigância, por ser branda (a depender da capacidade financeira da ré), serve como uma espécie de salvo conduto para que o assediante continue a se utilizar abusivamente de suas faculdades processuais a obstar o andamento do feito, o que a indenização por assédio processual certamente freará.

Nos dizeres de Dallegre Neto:

O assédio processual, por sua vez, não deixa de ser também uma litigância maliciosa do agente, contudo mais ampla porque caracterizada pela sucessão intensa de atos processuais que, em conjunto, sinalizam para o propósito deliberado e ilícito de obstruir ou retardar a efetiva prestação jurisdicional e/ou prejudicar a parte ex-adversa. No caso do assédio não há multa, mas a fixação de uma indenização que possa reparar os prejuízos materiais e/ou compensar os danos morais decorrentes. E nem se defenda a aplicação analógica da multa prevista nos artigos 18 e 601, sob pena de ofensa à ordem constitucional na parte que preceitua inexistir pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).<sup>22</sup>

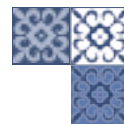
19 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2010.

20 Idem.

21 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Abuso Processual. Disponível em: <[www.conamat.com.br/teses/16042010175016.doc](http://www.conamat.com.br/teses/16042010175016.doc)>. Acessado em 07-02-2014.

22 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos>>. Acessado em: 07-02-2014.





Nesse diapasão, vê-se claramente que ambos são institutos diversos e complementares. Diversos por terem bases normativas distintas: o assédio na responsabilidade civil dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil; e a litigância nos arts. 14 e seguintes do CPC. Complementares por não se excluïrem, pelo inverso, a litigância reforça o contexto probatório a demonstrar a prática assediante.

Por fim, há se se destacar um ponto que se mostra relevante à diferenciação dos dois institutos: é o *quantum* indenizatório. Na litigância esse é limitado a 20%, nos moldes do art. 18, paragrafo único, do CPC. Já a indenização por assédio processual será fixada ao arbítrio do juiz (art. 944 do Código Civil), que analisará e ponderará o caso concreto, e fixará equitativamente (e em observância do caráter pedagógico da cominação) o *quantum* indenizatório, que não encontra limite algum na legislação.

Desse contexto é de fácil constatação que o assédio processual, a par da litigância de má-fé, é um instituto que, se bem aplicado e reiteradamente utilizado, por certo que contribuirá para a celeridade processual, ou seja, para o referido “tempo adequado” do processo.

## 6. CONCLUSÃO

Ao lume do exposto neste breve escrito, permite-se ventilar que o objetivo, conforme se infere, não é exaurir a temática, tampouco trazer soluções definitivas e estanques acerca da indenização por assédio processual, mas tão-somente dar uma singela e pequena contribuição na tentativa de fomentar o debate jurídico sobre o novel instituto.

E isso se justifica, pois, como ressaltado alhures, o instituto vem emergindo, na doutrina e na jurisprudência, como mais um dos mecanismos com vistas à tentativa de se concretizar o Princípio da Celeridade, esse erigido a direito fundamental pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Por certo que o assédio processual não é a única prática que contribui negativamente para o atingimento do que chamamos de “tempo adequado” do processo, mas é (como as outras posturas deletérias) uma prática nefasta que deve ter uma resposta do Estado-Juiz na proporção do dano causado. E entende-se como “tempo adequado”, como sendo o necessário e bastante para a solução das contendas, tempo esse parametrizado pelo que a sociedade entende como viável a se atingir a pacificação social, sem, no entanto, preterir o devido processo legal constitucional.

E por ser esse “tempo adequado” corolário do já referido princípio da celeridade, qualquer postura negativa adotada pelas partes do processo que venha a vergastar essa garantia constitucional, constitui-se abuso de direito, dando ensejo à indenização por responsabilidade civil, sobretudo por resultar em flagrante prejuízo moral à parte adversa (mormente em se tratando de parcela trabalhista, que é alimentar – art. 100 da CF).

Ressalte-se, pois oportuno, que a indenização por assédio processual, destarte, deve, preferencialmente, ser buscada em ação própria. Isso porque, se pleiteada no bojo do processo no qual ocorreu lesão (§2º do art. 18 do CPC), certamente ensejará o retardamento ainda maior da entrega da prestação jurisdicional – contribuindo para o resultado pretendido pelo ofensor, que é a protelação do feito - e, também, que a indenização ficará limitada ao percentual previsto no referido §2º do art. 18 do CPC.

Acentue-se que o interesse protegido pelo instituto em estudo vai além do da parte prejudicada. Isso porque, por realizar a celeridade processual, tal indenização alcança também o interesse público (e por consequência o interesse da Justiça), no sentido de que as demandas se encerrem no menor tempo possível - o que, ao fim e ao cabo, contribui para a paz social ao lado da economia que traz um processo célere - e, principalmente, protege o bem maior: a Dignidade da Pessoa Humana.

Enfim, conforme se depreende, a temática em tela foi escolhida numa singela tentativa de lançar luzes no meio jurídico-acadêmico acerca do instituto, que se mostra como mais uma ferramenta posta à disposição da parte (bem como do Estado-Juiz) para ver o direito à prestação jurisdicional efetivado em “tempo adequado”.

Fica, assim, para debate e reflexão!

## 7. REFERÊNCIAS

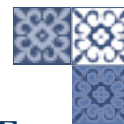
BELMONTE, Alexandre Agra. O Assédio Moral nas Relações de Trabalho: Uma Tentativa de Sistematização. *In: Revista LTr*, v. 72, nº 11, novembro de 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Vitória: Panóptica, ano 1, n. 6, fev. 2007. p. 1-44. Disponível em: <<http://www.pnaoptica.org>>.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. Celeridade e Assédio Processual. *In: Revista LTr*, ano 74, abril de 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivum, 4ª ed, 2010.

- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos>>. Acessado em: 07-02-2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora Juspodium, v.1, 11ª Ed., 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2010.
- GUEDES, Márcia Novaes. Assédio Moral e Straining. *In*: Revista LTr, ano 74, fevereiro de 2010.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. O Assédio Moral nas Relações Laborais e a Tutela da Dignidade Humana do Trabalhador. São Paulo: Ltr, 1ª ed., 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2008, v.1.
- PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. O Assédio Processual no Processo do Trabalho. *In*: Revista LTr, v. 70, nº 9, setembro de 2006.
- PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões Sobre a Morosidade e o Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12003>>. Acessado em: 21-01-2014.
- SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 3ª Ed., 2010.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 18ª ed., 2000.
- SOUTOMAIOR, Jorge Luiz. Abuso Processual. Disponível em: <[www.conamat.com.br/teses/16042010175016.doc](http://www.conamat.com.br/teses/16042010175016.doc)>. Acessado em 07-02-2014.
- \_\_\_\_\_ Sugestões dos Juízes do Trabalho Para a Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.amatra3.com.br/uploaded\\_files/Sugestões%20Anamatra%20CPC.pdf](http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/Sugestões%20Anamatra%20CPC.pdf)>. Acessado em: 07-02-2014.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 50ª Ed, 2009.



# HIPOTECA JUDICIÁRIA: A (RE)DESCOBERTA DO INSTITUTO DIANTE DA SÚMULA 375 DO STJ – EXECUÇÃO EFETIVA E ATUALIDADE DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

**BEN-HUR SILVEIRA CLAUS**

Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região) e mestre em direito pela Unisinos.

*A hipoteca judiciária é plus - cria vínculo real, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de sequela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirido sem fraude à execução. Não há boa-fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. [...]*

*O exequente tem o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado. (Pontes de Miranda)*

**RESUMO:** O presente artigo fundamenta a utilização da hipoteca judiciária como medida útil à efetividade da execução, sobretudo após o advento da Súmula 375 do STJ. Além de assegurar ao autor da ação direito de sequela sobre os bens objeto do gravame, a hipoteca judiciária inibe fraude à execução.

**Palavras-chave:** Hipoteca judiciária. Efetividade da jurisdição. Execução trabalhista. Execução efetiva. Fraude à execução. Direito de sequela. Processo de resultados.

**Sumário:** Introdução. 1. A Súmula 375 do STJ: proteção ao terceiro de boa-fé. 2. A hipoteca judiciária como remédio contra os males da Súmula 375 do STJ. 3. As sete virtudes capitais da hipoteca judiciária. Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Instituto previsto no art. 466 do Código de Processo Civil<sup>1</sup>, a hipoteca judiciária não tem sido utilizada por magistrados e advogados, em que pese sua utilidade para a efetividade da execução. O advento da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, entretanto, veio a resgatar a atualidade deste instituto esquecido pela prática judiciária.<sup>2</sup>

A afirmação de que o advento da Súmula 375 do STJ veio a resgatar a atualidade do instituto da hipoteca judiciária reclama explicação. É o que tento fazer a seguir.

## 2. A SÚMULA 375 DO STJ: PROTEÇÃO AO TERCEIRO DE BOA-FÉ

A Súmula 375 do STJ assenta o entendimento de que “[...] o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”<sup>3</sup>

A leitura do verbete revela que a Súmula 375 do STJ visa a proteger o terceiro que adquiriu de boa-fé o bem do executado. Há uma clara opção pela segurança jurídica do negócio celebrado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé.

Editada em 30-03-2009, a Súmula 375 do STJ teve inspiração no art. 240 da Lei dos Registros Públicos (LRP) e no art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil.

O art. 240 da Lei Registros Públicos estabelece: “Art. 240. O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.”

Já o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil atribui ao credor o ônus de registrar a penhora no cartório de registro de imóveis. Isso para que se estabeleça presunção absoluta de conhecimento por terceiros da existência da penhora. A atual redação do § 4º do art. 659 do CPC foi dada pela Lei nº 11.382, de 06-

1 CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou 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 hipoteca judiciária:

I – embora a condenação seja genérica;

II – pendente arresto de bens do devedor;

III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.”

2 PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 112: “Fundamento da hipoteca judiciária, no direito brasileiro, é permitir-se que o vencedor da ação não vá, desde logo, às medidas constritivas cautelares ou de execução (arresto, penhora), alarmando os credores do condenado ou diminuindo-lhes, com tais medidas judiciais, o crédito. Aguarda-se melhor momento para a execução. Por outro lado, pode munir de garantia o vencedor, antes de se julgar em último grau a ação, e o arresto não impediria que o condenado contraísse outras dívidas. Ressalta, assim, a função econômica e jurídica da hipoteca judiciária.”

3 Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” A Súmula 375 do STJ foi editada em 30.3.2009.

12-2006: “§ 4º. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.”

Como é de intuitiva percepção, é muito difícil para o credor prejudicado provar que o terceiro adquirente agiu de má-fé ao adquirir o bem do executado. De acordo com inteligência da súmula, cabe ao credor prejudicado provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da ação movida contra o executado-alienante. A má-fé do terceiro adquirente caracteriza-se pela prova de que ele tinha ciência da existência de demanda contra o executado por ocasião da aquisição do bem. Esse ônus de prova é atribuído ao credor.

A comprovação do conhecimento da existência da ação caracteriza a má-fé do terceiro adquirente. Não havendo tal comprovação, a diretriz da súmula é a de não reconhecer fraude à execução, preservando-se a eficácia do negócio realizado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé - em detrimento do interesse do credor prejudicado pela alienação do imóvel do executado.

### 3. A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO REMÉDIO CONTRA OS MALES DA SÚMULA 375 DO STJ

Contudo, se, por ocasião da sentença, o juiz tomar a iniciativa de determinar o registro da hipoteca judiciária na matrícula dos imóveis da empresa reclamada, a existência desse gravame será considerada de conhecimento geral, pois o cartório de registro de imóveis é um registro público, que pode ser consultado por todas as pessoas. A iniciativa do juiz de determinar o registro da hipoteca judiciária é providência expressamente prevista no art. 466 do CPC<sup>4</sup>, a ser realizada de ofício.

Feito o registro da hipoteca judiciária, o terceiro adquirente já não mais poderá alegar a condição de adquirente de boa-fé, pois tinha acesso à informação<sup>5</sup> da existência de ação judicial contra a empresa alienante (a futura executada), situação em que o terceiro adquirente passa a ser considerado adquirente de má-fé.<sup>6</sup> Em outras palavras, o registro da hipoteca judiciária esvazia a alegação de ter o terceiro adquirido o imóvel de boa-fé e atua para fazer caracterizar fraude à execução no negócio celebrado entre a empresa reclamada e o terceiro adquirente.

A teoria jurídica identifica a hipoteca judiciária como efeito anexo imediato da sentença condenatória.<sup>7</sup> Tal identificação decorre de expressa previsão legal (CPC, art. 466). Na lição de *Luiz Guilherme Marinoni* e de *Daniel Mitidiero*, “a eficácia anexa é aquela que advém da lei, sem necessidade de pedido.”<sup>8</sup> A previsão legal é a de que a sentença condenatória “[...] valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária” (*caput*). A previsão legal é completada pela afirmação de que “A sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária” (parágrafo único). É dizer, a simples publicação da sentença condenatória produz a hipoteca judiciária.

Publicada, a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária cuja eficácia é imediata quanto ao réu, que é parte no processo.

Entretanto, a eficácia da hipoteca judiciária quanto a terceiros - que não são parte no processo - depende do respectivo registro no cartório imobiliário no qual estão registrados os imóveis da empresa reclamada. Realizado tal registro, presume-se em fraude à execução a alienação superveniente do imóvel hipotecado judiciosamente.

A pessoa que adquire o imóvel da empresa reclamada é considerada terceiro; trata-se do terceiro adquirente.

Apesar das virtudes da hipoteca judiciária, para a efetividade da execução, registra-se grande timidez dos magistrados trabalhistas na utilização dessa útil ferramenta. Observação semelhante é feita por Carlos Zangrando: “Não compreendemos a razão pela qual a garantia da hipoteca judiciária não é utilizada na prática, tanto no Processo do Trabalho quanto no Processo Civil. Talvez a resposta esteja no seu desconhecimento; ou talvez na vã concepção de que se possa alegar ‘fraude à execução’, se o réu se desfizer dos seus bens após demandado (CPC, art. 593, II). Infelizmente, a prática nos ensinou que, quando o processo chega a um estágio em que é necessário ao credor tentar anular a venda dos bens de devedor, tudo indica que a situação já se

4 CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.”

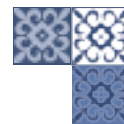
5 . Com o registro da hipoteca judiciária, o terceiro passa a ter a possibilidade de informar-se, junto ao Cartório do Registro de Imóveis, da existência de ação judicial contra o executado.

6 PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111.

7 . SILVA, Antônio Álvares da. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 104: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC.”

8 . MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

9 . TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1291: “Este é, sem dúvida, um dos mais expressivos efeitos secundários da sentença condenatória e sua compatibilidade com o processo do trabalho parece-nos incontestável.”



deteriorou a tal ponto que os riscos de frustração na execução aumentaram exponencialmente.”<sup>10</sup>

Nada obstante a jurisprudência do TST já estar pacificada a respeito da licitude da aplicação de ofício da hipoteca judiciária ao processo do trabalho,<sup>11</sup> ainda é bastante restrita a utilização dessa medida pelos juízes.

O advento da Súmula 375 do STJ, porém, opera como um importante estímulo à (re)descoberta da hipoteca judiciária. Isso porque os prejuízos que a Súmula 375 do STJ acarreta à efetividade da execução podem ser atenuados pelas virtudes do instituto da hipoteca judiciária. Em 08-11-2013, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Rio Grande do Sul, editou a súmula regional nº 57 sobre a matéria, com o seguinte teor: “HIPOTECA JUDICIÁRIA. A constituição da hipoteca judiciária, prevista no artigo 466 do CPC, é compatível com o processo do trabalho.”

#### 4. AS SETE VIRTUDES CAPITAIS DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

A timidez dos juízes do trabalho na utilização desse instituto jurídico pode ser mais facilmente vencida, na medida em que sejam percebidas as virtudes da hipoteca judiciária para a efetividade da execução trabalhista, virtudes a seguir resumidas.

##### 4.1 A PRIMEIRA VIRTUDE: A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONSTITUI A HIPOTECA JUDICIÁRIA

A primeira virtude do instituto está na circunstância de que a hipoteca judiciária é constituída pela simples publicação da sentença condenatória.

A hipoteca judiciária é *efeito anexo imediato* da sentença estabelecido em lei: a mera publicação da sentença condenatória *constitui* a hipoteca judiciária, por força de previsão legal. A previsão legal está no *caput* do art. 466 do CPC: “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.” Segundo a doutrina de *Luiz Guilherme Marinoni* e de *Daniel Mitidiero*, “exemplo típico de eficácia anexa é a produção de hipoteca judiciária (art. 466, CPC).”<sup>12</sup>

Ratificando a previsão de que a sentença condenatória *constitui* hipoteca judiciária, o parágrafo único do art. 466 do CPC explicita tal *efeito anexo imediato* da sentença, ao estabelecer que “A sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária”. O verbo *produz* está para *efeito anexo imediato*, como a metáfora está para a poesia. Daí a assertiva categórica de *Moacyr Amaral Santos*: “Do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força de lei, hipoteca judiciária sobre os imóveis do condenado, e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz.”<sup>13</sup>

Portanto, a *constituição* da hipoteca judiciária decorre do mero advento da sentença condenatória, embora seja necessário o respectivo registro na matrícula dos imóveis da empresa reclamada no Cartório do Registro de Imóveis, a fim de valer contra terceiros - vale dizer, a fim de valer contra o terceiro adquirente.<sup>14</sup>

##### 4.2 A SEGUNDA VIRTUDE: A IMPLEMENTAÇÃO DE OFÍCIO

A segunda virtude da hipoteca judiciária é sua implementação de ofício, pelo juiz.

Com efeito, o *caput* do art. 466 do CPC atribui ao magistrado a iniciativa para o ato, ao estabelecer que a inscrição da hipoteca judiciária “[...] *será ordenada pelo juiz* na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.” Ao comentar o instituto da hipoteca judiciária, *Pontes de Miranda* identifica a inscrição da hipoteca judiciária como um *dever do juiz* estabelecido pela lei processual quando se tratar de sentença condenatória: “O elemento mandamental da sentença de condenação é tornado bastante, pelo art. 466, parágrafo único, para a inscrição. Há dever do juiz.”<sup>15</sup>

A implementação da hipoteca judiciária é realizada de ofício pelo juiz, dispensando pedido da parte beneficiária da condenação. A doutrina de *Antônio Álvares da Silva* é precisa a respeito: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC. Portanto independe de requerimento

10 Processo do Trabalho – Processo de conhecimento. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1240.

11. Os seguintes acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais nº 1 do Tribunal Superior do Trabalho são representativos da posição hoje pacificada sobre a matéria no âmbito da SBDI-1 do TST, favorável à aplicação da hipoteca judiciária de ofício ao direito processual do trabalho: TST-SBDI-1-E-RR 98600-73.2006.5.03.0087; TST-SBDI-1-E-ED-RR 24800-64.2007.5.03.0026.

12 . MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

13 Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426.

14 Nesse sentido é o magistério de SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426 e de TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1291: “c) para que produza efeitos com relação a terceiros, é indispensável que a hipoteca judiciária seja inscrita no registro competente, nos termos da Lei de Registros Públicos.”

15 . Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111.

da parte. É uma consequência da sentença.”<sup>16</sup> No mesmo sentido alinha-se a doutrina de *Luiz Guilherme Marinoni* e de *Daniel Mitidiero*: “Exemplo típico de eficácia anexa é a produção de hipoteca judiciária (art. 466, CPC). A constituição de hipoteca judiciária independe de pedido da parte. A sentença de procedência produz a hipoteca judiciária ainda que a condenação seja genérica, pendente arresto de bens de devedor ou quando o credor possa promover a execução provisória da sentença (art. 466, parágrafo único, CPC).”<sup>17</sup>

A jurisprudência do TST é pacífica,<sup>18</sup> a respeito: não é necessário requerimento da parte para o registro da hipoteca judiciária.<sup>19</sup> A iniciativa é do juiz: basta expedir o mandado de registro da hipoteca judiciária; se os imóveis da empresa reclamada estão localizados fora da área de jurisdição da Vara do Trabalho, expede-se carta precatória de registro da hipoteca judiciária. Alguns cartórios de imóveis aceitam registrar a hipoteca judiciária por simples ofício expedido pelo juízo, o que simplifica ainda mais o procedimento. A determinação de expedição de mandado de registro da hipoteca judiciária deve constar da sentença.

### 4.3 A TERCEIRA VIRTUDE: CONFERE DIREITO DE SEQUELA SOBRE OS IMÓVEIS GRAVADOS

A terceira virtude da hipoteca judiciária é conferir ao credor direito de sequela sobre os imóveis gravados pela hipoteca judiciária.

Ao conferir ao credor direito de sequela sobre os imóveis gravados pela hipoteca judiciária, o instituto previsto no art. 466 do CPC potencializa o cumprimento da sentença. Isso porque, na lição de *Francisco Antonio de Oliveira* acerca da hipoteca judiciária, o credor poderá “... opô-la a terceiros e sujeitar à execução, com direito de sequela, os bens do devedor que restarem vinculados ao julgado.”<sup>20</sup> Logo se percebe a potencialidade que o instituto da hipoteca judiciária pode aportar à concretização da garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e à realização da garantia constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

O gravame da propriedade imobiliária da empresa reclamada estimula ao cumprimento da sentença e desestimula recursos protelatórios,<sup>21</sup> além de potencializar a perspectiva de uma execução exitosa mediante o gravame prévio de bens imóveis que ficarão legalmente vinculados ao cumprimento da respectiva sentença. Com efeito, “a hipoteca judiciária - a ponderação é de criterioso pesquisador do tema da efetividade da jurisdição trabalhista - se constitui em mais uma ferramenta auxiliar à difícil tarefa de imprimir efetividade às resoluções judiciais. Mais do que isso, ainda na fase de pronunciamento do direito - que é a sentença -, reconhece-se a necessidade de sujeição do demandado, agora potencial devedor, aos termos da decisão, assinalando o dever de cumprir com as ordens emanadas do Poder Judiciário.”<sup>22</sup>

Identificada por *Ovídio A. Baptista da Silva* como o caso mais comum de efeito anexo da sentença, a hipoteca judiciária produz uma eficácia - a doutrina denomina essa eficácia de direito de sequela - da qual não se poderão desvencilhar nem partes nem terceiros. Tal ocorre em razão de que é a própria lei a fonte

16 . Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 104. No mesmo sentido alinha-se o magistério de Luciano Athayde Chaves: “A hipoteca judiciária constitui, à vista desse dispositivo legal, uma eficácia anexa ou secundária da sentença, porquanto independe de pedido da parte” (Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). Curso de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 969).

17 . MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

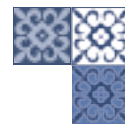
18 . Devemos a Antônio Álvares da Silva a redescoberta da hipoteca judiciária no âmbito da jurisdição trabalhista. Na condição de desembargador relator de recursos ordinários, Antônio Álvares da Silva passou a determinar, de ofício, a expedição de mandado de registro da hipoteca judiciária. Os acórdãos respectivos passam a ser objeto de Recurso de Revista. Inicialmente majoritário, hoje já se tornou unânime na SBDI-1 do TST o entendimento pela compatibilidade da hipoteca judiciária com o direito processual do trabalho (CLT, art. 769). A alegação recursal de julgamento extra petita é rejeitada pela SBDI-1 sob o fundamento de que a hipoteca judiciária é efeito anexo imediato da sentença e pode ser determinada de ofício pelo juiz, conforme a expressa previsão do art. 466 do CPC. A título de ilustração, confirmam-se os seguintes acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais nº 1 do Tribunal Superior do Trabalho: TST-SBDI-1-E-RR 98600-73.2006.5.03.0087; TST-SBDI-1-E-ED-RR 24800-64.2007.5.03.0026.

19 . Como é evidente, a parte poderá requerer a providência caso o juiz não tenha tomado a iniciativa de mandar registrar a hipoteca judiciária constituída pela sentença condenatória.

20 . OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Execução na Justiça do Trabalho. 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 161.

21 . A hipoteca judiciária atua no sentido de distribuir equitativamente, entre as partes, o tempo do processo judicial. A arguta observação é do magistrado CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). Execução Trabalhista. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 495: “É necessário distribuir equitativamente o ônus da demora do processo, e o registro da sentença como hipoteca judiciária também alcança esse desiderato, pois parcela do patrimônio do vencido será objeto de ônus real, assim que publicada a sentença condenatória, até que haja o pagamento do credor.”

22 . CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). Curso de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 972.



produtora do efeito anexo da sentença representado pela hipoteca judiciária: “... o efeito anexo é previamente determinado pela lei, e, como tal, ocorre necessariamente pela simples verificação da sentença. Ao contrário da eficácia reflexa, o efeito anexo é invulnerável quer pelas partes, quer por terceiros.”<sup>23</sup>

A potencialidade que o instituto da hipoteca judiciária pode aportar à efetividade da execução decorre da circunstância de que a hipoteca judiciária confere ao autor da ação direito de sequela sobre os bens gravados. Vale dizer, o autor da ação poderá fazer penhorar os bens que foram gravados com a hipoteca judiciária, obtendo mais efetividade na execução, na medida em que os imóveis gravados com a hipoteca judiciária responderão pela execução da sentença *ainda que tenham sido transferidos a terceiros*. Essa é a consequência jurídica do direito de sequela que a hipoteca judiciária confere ao credor enquanto efeito anexo da sentença condenatória.<sup>24</sup>

No dizer de *Pontes de Miranda*, a hipoteca judiciária “[...] cria vínculo *real*, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de sequela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirido sem fraude à execução. Não há boa-fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. [...] O exequente tem o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado”.<sup>25</sup>

No mesmo sentido alinha-se o magistério de *Moacyr Amaral Santos*. Ao definir a natureza do instituto da hipoteca judiciária, o autor esclarece que o direito de sequela então criado em favor do vencedor da demanda permite-lhe levar à praça o bem gravado pela hipoteca judiciária mesmo quando o bem tenha sido adquirido por terceiro: “Como *hipoteca judiciária* se entende a produzida pela sentença condenatória, autorizando o credor a perseguir o bem imóvel do condenado onde se encontre.”<sup>26</sup>

Ainda que a alienação do imóvel não tenha caracterizado fraude à execução por não ter produzido a insolvência do alienante, ainda assim o bem imóvel gravado pela hipoteca judiciária responderá pela execução; significa dizer, o terceiro adquirente não terá êxito nos embargos de terceiro. Porque a aquisição do imóvel ocorreu de má-fé. A alternativa do terceiro adquirente será remir o bem pelo valor da avaliação, para não perder o bem imóvel adquirido sob hipoteca judiciária.<sup>27</sup>

#### 4.4 A QUARTA VIRTUDE: INIBIR FRAUDE À EXECUÇÃO

A quarta virtude da hipoteca judiciária é a sua potencialidade para inibir fraude à execução.

A doutrina identifica a hipoteca judiciária como instituto jurídico que atua como *meio preventivo contra a fraude*.<sup>28</sup> Isso porque o registro da hipoteca judiciária sobre os imóveis da empresa reclamada estabelece presunção de que o terceiro adquirente tem conhecimento da existência da ação trabalhista, o que esvazia a alegação de boa-fé do terceiro adquirente e atua para fazer caracterizar a fraude à execução. *Pontes de Miranda* utiliza estas palavras para definir a eficácia produzida pela hipoteca judiciária: “A inscrição determina restrição ao *poder de dispor*, por parte do dono do imóvel, de modo que o adquirente não pode alegar boa-fé”.<sup>29</sup>

Se a hipoteca judiciária já cumpria importante papel no combate à fraude patrimonial, com o advento da Súmula 375 do STJ o instituto adquiriu importância para coibir a fraude à execução em particular.<sup>30</sup> Em artigo

23 Sentença e coisa julgada. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 113.

24 . ZANGRANDO, Carlos. Processo do Trabalho – Processo de conhecimento. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1240. Para o autor, a hipoteca judiciária confere ao credor também direito de preferência.

25 . Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111-112.

26 . SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426.

27 O terceiro adquirente terá direito regressivo contra o alienante nessa hipótese (CC, art. 346, II).

28 . SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 427. ZANGRANDO, Carlos. Processo do Trabalho – Processo de conhecimento. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1240.

29 . Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 118. O entendimento de Pontes de Miranda é compartilhado pela doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (Curso de direito processual civil. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 373): “Seu principal objetivo é prevenir a fraude à execução, autorizando o credor a perseguir o bem onde quer que se encontre (direito de sequela).”

30 . Com a superveniência da Súmula 375 do STJ, de 30-03-2009, que exige prévio registro da penhora para caracterizar-se fraude à execução, perde atualidade a observação de Manoel Antonio Teixeira Filho no sentido de que a hipoteca judiciária é “de pouca utilidade”, na medida em que o credor pode invocar medida mais eficaz - a ocorrência de fraude à execução (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1292) . Formulada em obra publicada no início de 2009, a observação do autor é anterior ao advento da Súmula 375 do STJ e tem por fundamento o argumento de que o credor dispõe do instituto da fraude à execução para coibir a fraude patrimonial. O argumento, contudo, restou afetado pela superveniência do verbete sumular do STJ. Daí nossa afirmação de ter a S-375-STJ resgatado a utilidade do instituto da hipoteca judiciária para a efetividade da execução, instituto jurídico a ser redescoberto pela magistratura. Contudo, na 11ª edição da obra Execução no processo do trabalho, publicada em 2013, o autor sustenta a necessidade de valorizar-se a hipoteca judiciária diante dos termos da S-375-STJ. Antes, porém, opina pela inaplicabilidade da Súmula

elaborado antes do advento da Súmula 375 do STJ, *Luciano Athayde Chaves* assim identificava essa virtude da hipoteca judiciária: “[...] o registro da hipoteca tem o mérito de reduzir os casos de fraudes à execução, consubstanciados na alienação ou oneração de bens do devedor durante o curso da ação, situações de grande embaraço e retardamento dos feitos judiciais.”<sup>31</sup> Inibir a fraude à execução é o principal objetivo da hipoteca judiciária, de acordo com a doutrina de *Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira*.<sup>32</sup>

As consequências jurídicas decorrentes da Súmula 375 do STJ revelam essa quarta virtude da hipoteca judiciária de forma mais evidente quando o tema da fraude à execução é contextualizado sob o influxo do elemento cronológico. Trata-se do tempo de tramitação do processo. Explico. Desde a publicação da sentença até o advento da penhora e seu registro, costuma decorrer o tempo de alguns anos. A alienação de imóvel que a empresa reclamada faça nesse interregno de tempo estará a salvo da ineficácia jurídica inerente à fraude à execução, de acordo com a orientação adotada na Súmula 375 do STJ.<sup>33</sup>

Admita-se que esse interregno de tempo na tramitação do processo seja de dois (2) anos. Durante esses dois (2) anos, a alienação de bem imóvel pela empresa reclamada não caracterizará fraude à execução,<sup>34</sup> por ter ocorrido *antes* do registro da penhora. Esse prazo pode variar para mais ou para menos; geralmente, para mais...

Contudo, se, por ocasião da publicação da sentença, o juiz determinar o registro da hipoteca judiciária na matrícula dos imóveis da empresa reclamada, o terceiro adquirente já não mais poderá alegar a condição de adquirente de boa-fé e ter-se-á por caracterizada fraude à execução, de modo a esterilizar - em parte - o efeito prejudicial que a aplicação da Súmula 375 do STJ acarreta ao credor. Em parte, porque a alienação realizada *antes* do registro da hipoteca judiciária - a ser ordenada na sentença - não caracteriza fraude à execução, de acordo com a orientação da Súmula 375 do STJ.

#### 4.5. A QUINTA VIRTUDE: É INSTITUTO DE ORDEM PÚBLICA

A quinta virtude da hipoteca judiciária está em ser instituto de ordem pública concebido em favor da autoridade da sentença e na tutela do credor.

Essa virtude da hipoteca judiciária pode ser haurida com maior profundidade pela jurisdição trabalhista a partir da consideração da circunstância histórico-teórica de que se trata de instituto do processo comum, concebido para valorizar a sentença da Justiça Comum e para tutelar o credor não privilegiado.

Se uma tal intervenção na esfera patrimonial do réu foi outorgada pelo legislador em favor da autoridade da sentença da Justiça Comum e na tutela de credor não privilegiado, é intuitiva a conclusão de que a efetividade da jurisdição cível lá pretendida pela atuação do art. 466 do CPC de ofício, encontra nos fundamentos do direito processual do trabalho o substrato axiológico mediante o qual se faz imediata a positiva resposta pela compatibilidade do instituto de ordem pública da hipoteca judiciária com o direito processual trabalhista (CLT, art. 769).<sup>35</sup>

A imediata resposta positiva pela compatibilidade do instituto de ordem pública da hipoteca judiciária

---

375 do STJ ao processo do trabalho, por incompatibilidade (Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201/2). A necessidade de valorização da hipoteca judiciária é apresentada pelo jurista na seguinte passagem: “Considerando que o nosso entendimento quanto à inaplicabilidade da Súmula n. 375, do STJ, ao processo do trabalho possa não vir a ser aceito, seria o caso de valorizar-se a hipoteca judiciária de que o trata o art. 466, do CPC” (p. 202).

31 . CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: Curso de processo do trabalho. CHAVES, Luciano Athayde (organizador). São Paulo: LTr, 2009. p. 972.

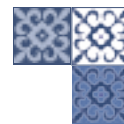
32 . Curso de direito processual civil. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 373.

33 . Tanto a hipoteca judiciária quanto a averbação premonitória prevista no art. 615-A previnem fraude patrimonial. Tratando-se de processo de conhecimento, a hipoteca judiciária é mais eficaz, pois permite o registro do gravame na matrícula do imóvel logo após a sentença (CPC, art. 466), ao passo que a averbação premonitória do art. 615-A do CPC pressupõe - de acordo com a literalidade do preceito - a existência de processo em fase de execução. Portanto, a hipoteca judiciária atua antes da averbação premonitória do art. 615-A do CPC. O mesmo se pode dizer quanto à medida de indisponibilidade de bens do devedor prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional. Aplicável ao processo do trabalho por força da previsão do art. 889 da CLT, a indisponibilidade de bens é medida útil à execução trabalhista e pode ser combinada com a hipoteca judiciária. Contudo, sua implementação também pressupõe estar o processo na fase de execução, porquanto a previsão do art. 185-A do CTN estabelece que a indisponibilidade de bens tem lugar quando o devedor, citado, deixa de pagar ou de apresentar bens à penhora.

34 . A afirmação tem como pressuposto a aplicabilidade da diretriz da Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” É bem verdade que não é uniforme a jurisprudência a esse respeito. Contudo, no TST predomina o entendimento pela aplicação da Súmula 375 do STJ à execução trabalhista. No âmbito da Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, também é predominante o entendimento pela aplicabilidade da S-375-STJ ao processo do trabalho.

35 . A autonomia científica do direito processual do trabalho inspira-se à assimilação dos institutos do processo comum capazes de instrumentalizar sua ontológica vocação de processo de resultados.





com o processo do trabalho é potencializada pela contemporânea hermenêutica constitucional que atribui aos direitos do trabalho a hierarquia de direitos fundamentais sociais (CF, art. 7º, *caput*).<sup>36</sup>

É digno de anotação o registro histórico de que a razoável duração do processo somente viria a ser elevada à condição de garantia constitucional trinta (30) anos depois de atribuir-se à sentença condenatória o efeito de hipoteca judiciária.<sup>37</sup>

O registro histórico permite aquilatar a profundidade da intervenção judicial - outorgada pelo legislador nos idos de 1973 - realizada na esfera patrimonial do réu mediante a utilização da hipoteca judiciária de ofício em favor da efetividade da jurisdição comum e em favor de credor não privilegiado. Isso numa época em que ainda estava por se afirmar o entendimento de que a garantia constitucional de acesso à justiça deveria evoluir de uma concepção meramente formal de acesso à jurisdição para uma concepção de real acesso à jurisdição efetiva.

#### 4.6 A SEXTA VIRTUDE: O RECURSO NÃO SUSPENDE SUA EFICÁCIA IMEDIATA

A sexta virtude da hipoteca judiciária radica na circunstância de que sua imediata eficácia não se suspende pela interposição de recurso.

A imediata eficácia da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária não é paralisada pela interposição de recurso. Isso porque da dicção do parágrafo único do art. 466 do CPC – “a sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária” - decorre a interpretação de que esse efeito imediato da sentença não é atingido pelo recurso interposto contra a sentença. Não se exige trânsito em julgado para que a sentença produza tal efeito. Basta a sua publicação.<sup>38</sup>

Ainda que o recurso interposto seja dotado de efeito suspensivo, o que não ocorre com o recurso ordinário previsto no art. 895 da CLT (CLT, art. 899), tal efeito suspensivo não neutraliza a imediata eficácia jurídica que o art. 466 do CPC confere à sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária. Na interpretação do art. 466 do CPC, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que o efeito suspensivo do recurso não impede a imediata eficácia jurídica da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária, conforme revela a seguinte ementa: “Hipoteca judiciária. Recurso pendente. O efeito da condenação a que alude o CPC, art. 466, não se suspende com o advento do recurso” (RT 511/125).<sup>39</sup>

A interposição de recurso não suspende a imediata eficácia da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária porque o instituto da hipoteca judiciária foi concebido pelo legislador como instituto de ordem pública de natureza acautelatória do direito do credor, com a finalidade de proporcionar imediata garantia ao credor da sentença condenatória. Essa garantia é realizada tanto por assegurar-se a futura execução mediante o direito de seqüela, que se forma sobre os bens gravados pela hipoteca judiciária, quanto pela inibição à fraude à execução prevenida pelo gravame da hipoteca judiciária registrada na matrícula do imóvel do réu.

A questão foi abordada de forma didática por *Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira*: “O efeito suspensivo atribuído ao recurso não impede a produção da hipoteca judiciária porque ele apenas suspende os efeitos principais da decisão recorrida, isto é, aqueles que decorrem do seu conteúdo. Não suspende os efeitos anexos, porque esses decorrem, como já se viu, da simples existência da decisão judicial.”<sup>40</sup>

Se a interposição de recurso suspendesse tal eficácia, a garantia do credor não seria imediata conforme a concebera o legislador, com o que retardar-se-ia a pronta operatividade do efeito anexo da sentença previsto

36 A compatibilidade da hipoteca judiciária com o direito processual do trabalho é praticamente pacífica na doutrina. A título de ilustração, confira-se a posição de CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). Curso de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 970: “A hipoteca judiciária não encontra previsão expressa no Direito Processual do Trabalho, mas sua aplicação aqui é possível por força da cláusula geral de supletividade (art. 769), já se constitui medida de inteira pertinência teleológica com a tutela adjetiva trabalhista; portanto, não apresenta, dessa forma, qualquer atrito ou incompatibilidade.” A mesma orientação encontra-se no ensaio de CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). Execução Trabalhista, 2 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 494: “Em síntese, o instituto da hipoteca judiciária mostra-se compatível com o Processo do Trabalho, pois visa garantir o sucesso da execução, prevenir a fraude à execução, impor direito de preferência ao credor na excussão do bem hipotecado, além de conferir o direito de seqüela.” Em sentido contrário à compatibilidade, está o artigo de Fábio Luiz Pereira da Silva (Necessária revisão da aplicabilidade da hipoteca judiciária no processo judiciário do trabalho. Revista LTr, São Paulo. In: Revista LTr, v. 75, n. 8, p. 959-962. ago-2011).

37 A hipoteca judiciária foi instituída pelo Código de Processo Civil de 1973. A garantia constitucional da razoável duração do processo foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004.

38 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. vol. II. São Paulo: LTr, 2009. p. 1292. SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 428: “... a produção da hipoteca judiciária não depende do trânsito em julgado da sentença...”

39 A ementa é citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 466 do CPC, na obra Código de Processo Civil comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 677.

40 Curso de direito processual civil. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 377.

no art. 466 do CPC, efeito que a doutrina qualifica como *automático*<sup>41</sup>, mera consequência da publicação da sentença condenatória.<sup>42</sup>

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero são categóricos acerca da matéria, assentando o entendimento de que “o recebimento do recurso de apelação com efeito suspensivo (art. 520, CPC) não impede a inscrição da hipoteca judiciária no registro competente (STJ, 3ª Turma, REsp 715.451/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 06.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 310).”<sup>43</sup>

É o que restou assentado na ementa do acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 596/99: “Hipoteca judiciária. Inscrição com recurso pendente. A hipoteca judiciária, que tem natureza acautelatória do direito do credor, pode ser inscrita, desde que ajuste às disposições legais, independentemente da pendência ou não de recurso, pois é resultante de um efeito imediato da decisão, que surge com ela, para oferecer pronta garantia à disponibilidade do credor”.<sup>44</sup>

#### 4.7 A SÉTIMA VIRTUDE: UMA GARANTIA QUE NÃO EXCLUI OUTRAS

A sétima virtude da hipoteca judiciária repousa na sobreposição das garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC.

A expressiva intervenção que o instituto da hipoteca judiciária produz na esfera patrimonial do réu revela-se mais eficaz pela lícita sobreposição às demais garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC em favor do vencedor da demanda condenatória.<sup>45</sup> Isso porque o registro da hipoteca judiciária constituída pela sentença condenatória não exclui outras garantias que a ordem jurídica outorga ao vencedor da demanda; portanto, a hipoteca judiciária acumula-se com medida cautelar de arresto e com execução provisória, sem que resulte *bis in idem* dessa sobreposição de garantias que a ordem jurídica outorga ao vencedor da demanda.<sup>46</sup> É nesse sentido o magistério de *Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira*: “A hipoteca judiciária pode ser efetivada ainda que a condenação contida na sentença seja ilíquida e careça de posterior liquidação (art. 466, par. ún, I, CPC). Deve ser efetivada também ainda que haja outros bens arrestados em garantia do mesmo crédito (art. 466, par. ún., II, CPC).”<sup>47</sup>

A conclusão não se altera pelo fato de o processo do trabalho exigir depósito recursal como pressuposto objetivo de admissibilidade dos recursos do empregador na fase de conhecimento (CLT, art. 899, §§ 1º e 2º).<sup>48</sup> A garantia do depósito recursal soma-se às demais garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC. Estabelecida em lei, a exigência de depósito recursal corresponde à assimetria da relação de emprego e

41 . SILVA, Antônio Álvares da. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 104: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC. Portanto independe de requerimento da parte. É uma consequência da sentença.”

42 . SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426: “Do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força de lei, hipoteca judiciária sobre os imóveis do condenado, e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz.”

43 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

44 . A ementa é citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 466 do CPC, na obra Código de Processo Civil comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 677.

45 . Na doutrina, há autores que sustentam a aplicação da hipoteca judiciária mesmo quando a demanda não seja condenatória. É o caso de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Para esses autores, o fato de a demanda mandamental poder vir a ser resolvida mediante indenização justifica o entendimento pela aplicabilidade da hipoteca Judiciária também nessa espécie de demanda. Vale conferir o que dizem os referidos autores, que se caracterizam por uma concepção teórica dirigida a outorgar a jurisdição a máxima eficácia possível: “Na realidade, havendo possibilidade de resolver-se a obrigação originária em perdas e danos, a sentença de procedência produz a constituição de hipoteca judiciária. Daí a razão pela qual não só a sentença condenatória ao pagamento de quantia tem por eficácia anexa a constituição de hipoteca judiciária, mas também a sentença mandamental que impõe um fazer ou não fazer (art. 461, CPC) e a sentença executivo lato sensu que tem por objeto a tutela do direito à coisa (art. 461-A, CPC), porque em todos esses casos a tutela específica pode acabar se tornando de impossível obtenção, não restando ao demandante outra saída que não a obtenção de tutela pelo equivalente monetário (arts. 461, § 1º, e 461-A, § 3º, CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445).

46 . ZANGRANDO, Carlos. Processo do Trabalho – Processo de conhecimento. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1240.

47 . Curso de direito processual civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 376.

48 . Não há exclusão de garantias. As garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC combinam-se em favor do credor. Como preleciona Antônio Álvares da Silva, “Essas duas providências – depósito e hipoteca judiciária – nada têm a ver com a penhora proveniente de execução provisória, pois cada uma das três medidas têm uma proveniência jurídica diversa e se superpõem sem nenhum bis in idem.” (Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007. p. 104).



justifica-se em face da natureza alimentar do crédito trabalhista reconhecido na sentença condenatória,<sup>49</sup> crédito representativo de direito fundamental social (CF, art. 7º).

Em outras palavras, o vencedor da demanda condenatória pode se valer, simultaneamente, de hipoteca judiciária, de arresto e de execução provisória (CPC, art. 466, parágrafo único, II e III), ainda que a condenação seja genérica (I), hipótese em que se observará o valor arbitrado à condenação para efeito de registro da hipoteca judiciária.<sup>50</sup> Os emolumentos cartorários ficam “... por conta de devedor condenado”, conforme o magistério de *Pontes de Miranda*.<sup>51</sup>

## 5. CONCLUSÃO

A hipoteca judiciária pode contribuir para combater o principal problema do sistema judicial: a falta de efetividade da jurisdição. A falta de efetividade da jurisdição aparece de forma incontornável no expressivo número de processos trabalhistas arquivados com dívida na fase de execução.<sup>52</sup>

Se é certo que fatores metajurídicos<sup>53</sup> contribuem para conformar o quadro de falta de efetividade da jurisdição, também é certo que as potencialidades do direito positivo devem ser otimizadas - e redescobertas - para melhorar a performance da jurisdição trabalhista.

Para tanto, é necessário combinar todas as medidas legais capazes de dotar a jurisdição de maior poder de coercibilidade, na fase de execução. Entre as medidas previstas no direito positivo para aumentar a efetividade da execução, está a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC. Mas a hipoteca judiciária não deve ser considerada de forma isolada. Aplicar apenas a hipoteca judiciária é insuficiente à efetividade da execução. A efetividade da execução reclama a aplicação articulada das diversas medidas de coerção previstas em lei para fazer cumprir as decisões judiciais. Em outras palavras, é necessário aplicar a hipoteca judiciária, ao lado de outras medidas previstas no direito positivo, para tornar a execução mais efetiva.

Combinada com outras medidas legais como a remoção imediata dos bens móveis penhorados (CPC, art. 666, II), a atribuição de efeito não suspensivo aos embargos à execução (CPC, art. 475-M e art. 739-A), a alienação antecipada de bens (CPC, art. 670 e art. 1113), o redirecionamento da execução contra os sócios mediante a desconsideração da personalidade jurídica de ofício (CC, art. 50; CPC, art. 592, II e art. 596; CDC, art. 28, caput e § 5º)<sup>54</sup>, o protesto extrajudicial da sentença (Lei nº 9.492/97, art. 1º) e a pesquisa de ofício de bens por meio de ferramentas eletrônicas (CLT, arts. 765 e 878)<sup>55</sup>, a hipoteca judiciária contribui para melhorar a performance da execução trabalhista. São ferramentas a serem utilizadas de forma combinada, para reforçar a capacidade de coerção própria à execução forçada, a qual se impõe em face da recusa do réu em cumprir a obrigação de forma espontânea. Essa compreensão que se faz imperativa em face da dimensão objetiva que o direito constitucional reconhece às garantias fundamentais, no caso a garantia fundamental da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), combinada com a garantia fundamental da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

A preeminência que a ordem jurídica confere aos créditos trabalhistas (CF, art. 100, § 1º; CTN, art. 186; CLT, art. 449, § 1º) implica uma hermenêutica que extraia a máxima eficácia da norma do art. 612 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769), potencializando a diretriz normativa de que a execução realiza-se no interesse do credor. Se no âmbito do processo comum está positivada, na condição de regra geral, a norma de que *a execução realiza-se no interesse do credor* (CPC, art. 612), não pode haver dúvida de que essa regra geral deve operar com maior profundidade no âmbito do processo do trabalho, de modo a produzir uma clara opção pelo princípio da execução mais eficaz, em detrimento da exceção da execução

49 A exigência de depósito recursal constitui traço identificador da autonomia científica do direito processual do trabalho.

50 . SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 427: “... mesmo no caso de condenação genérica, portanto, ilíquida, a sentença produz hipoteca judiciária (art. 466, parágrafo único, nº I), valendo o valor da causa para os efeitos da inscrição.”

51 . PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 118: “As custas de inscrição são por conta do devedor condenado.” No mesmo sentido, CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. in: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). Execução Trabalhista, 2 ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 496: “As despesas com o registro da sentença como hipoteca judiciária serão computadas na conta geral do crédito exequendo e cobradas do executado.”

52 . Os dados divulgados pelo TST revelam que no ano de 2011 tramitavam 2.926.413 processos na fase de execução no país. Desses, 2.118.325 processos permaneceram tramitando, enquanto que 808.088 processos foram arquivados com dívida no ano de 2011. As estatísticas dos anos anteriores guardam a mesma proporção entre o número de processos em tramitação e o número de processos arquivados com dívida. Esses números indicam a baixa efetividade da jurisdição.

53 Entre os fatores metajurídicos, estão os fatores de macroeconomia, a legislação, a terceirização de serviços e outros.

54 . CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – aspectos teóricos e aplicação em situações concretas. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. nº 38. Porto Alegre: HS Editora, 2010. p. 61.

55 CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração inversa da personalidade jurídica da execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados. In: Revista LTr. nº 1. Ano 77. Janeiro de 2012. São Paulo: LTr. p. 35.

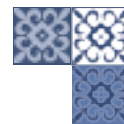
menos gravosa (CPC, art. 620).<sup>56</sup> É nesse contexto hermenêutico que a hipoteca judiciária pode emergir como instrumento de efetividade da jurisdição trabalhista.

Se nos faltava motivo para (re)descobrir o instituto da hipoteca judiciária, já não falta mais: as consequências jurídicas decorrentes da Súmula 375 do STJ exigem o resgate da hipoteca judiciária como medida legal voltada a inibir a fraude à execução, fraude que agora tende a generalizar-se. Essa é apenas uma das virtudes do instituto, quase tão importante quanto o direito de seqüela que a hipoteca judiciária cria para o vencedor da demanda, permitindo-lhe executar o bem hipotecado judiciarmente ainda que já tenha sido transferido para terceiro (nesse caso, terceiro adquirente de má-fé).

## 5. REFERÊNCIAS

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Sentença e coisa julgada. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). Curso de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – Um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. nº 39. Porto Alegre: HS Editora, 2011.
- \_\_\_\_\_. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – aspectos teóricos e aplicação em situações concretas. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. nº 38. Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. A desconsideração inversa da personalidade jurídica da execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados. In: *Revista LTr*. nº 1. Ano 77. Janeiro de 2012. São Paulo: LTr.
- DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Execução na Justiça do Trabalho. 6 ed. São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SANTOS. Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- SILVA, Antônio Álvares da. Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA, Fábio Luiz Pereira da. Necessária revisão da aplicabilidade da hipoteca judiciária no processo judiciário do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo. In: *Revista LTr*, v. 75, n, 8, p. 959-962, ago. 2011.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. vol. II. São Paulo: LTr, 2009.
- \_\_\_\_\_. Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- ZANGRANDO, Carlos. Processo do Trabalho – Processo de conhecimento. vol. 2. São Paulo: LTr, 2009.

56 . CLAUS, Ben-Hur Silveira. A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – Um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. nº 39. Porto Alegre: HS Editora, 2011. p.101.



# O EFEITO HAWTHORNE NA PERÍCIA JUDICIAL AMBIENTAL

## DARIO REINALDO CABRERA HENRÍQUEZ

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduada em Direito Público e Privado.

## ENIEL DO ESPÍRITO SANTO

Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em Direito Privado e Processo Civil pela UGF, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

**Resumo:** A metodologia a seguir na perícia judicial encontra-se no Código do Processo Civil – CPC o qual regulamenta os prazos e a atuação pericial; determina que as partes integrantes do processo judicial sejam avisadas da data, horário e local em que o perito efetuará as diligências de campo. Esta metodologia, obedece ao princípio de ampla defesa na vez de consagrar a transparência das diligências periciais. Na prática, e embora o aviso oficial da efetivação da vistoria pericial por parte do juízo para as partes acontece com antecedência mínima de cinco (05) dias; a realidade é que as partes têm conhecimento informal da sua efetivação, muito antes do aviso e determinação oficial. Como efeito colateral indesejado, existe a descaracterizando das condições ambientais, objeto da denúncia, seja por causas naturais e ou antrópicas. Apresentando-se ao perito um ambiente aprimorado que não representa as reais condições pretéritas e conseqüentemente o laudo por ele emitido é divorciado da realidade fática que deveria representar; prestando falsas informações e induzindo a erro do julgador, contribuindo para o descredenciamento da justiça e da perícia como um todo e da imagem profissional

do perito atuante em particular. Neste sentido, apresentam-se algumas ferramentas que podem auxiliar ao perito na busca da verdade fática.

Palavra Chave: perícia; perito; vistoria; vistoria ambiental; vistoria pericial.

## 1. PERÍCIA AMBIENTAL

O presente estudo, objetiva identificar a ocorrência de descaracterização da realidade fática no ambiente periciado, no transcurso temporal acontecido entre a instauração do processo judicial e a ocorrência da vistoria pericial de campo.

Envolve a relevância de utilizar um planejamento e metodologia pericial própria a cada situação periciada, quanto à realidade fática observada pelo perito no ambiente periciado.

Os profissionais que adquirem titulação em nível de pós-graduação com especialização em perícia e auditoria ambiental, possuem os conhecimentos gerais necessários ao exercício da atividade pericial na área ambiental, sendo sua competência técnica e legal própria a sua formação acadêmica básica.

Diferentemente, o múnus de perito judicial requer conhecimentos que ultrapassam a competência técnica, exigindo do profissional que atua nesta condição, domínio da legislação ambiental própria ao tema objeto da perícia e do código do processo civil, o qual rege e norteia, mesmo que parcialmente, a atuação pericial.

O conhecimento do jargão próprio do meio jurídico e legal é mais uma barreira a ser vencida por quem anseia atuar na condição de perito judicial; no mesmo patamar de importância encontra-se a postura ética e comportamental esperada do perito judicial, assim como a clareza na redação e objetividade empregada no laudo a ser emitido.

Notório é o fato que, na maioria das vezes o perito tem que enfrentar dificuldades inesperadas em decorrência de mudanças de origem natural e ou antrópicas, seja por mudanças tecnológicas e ou propositais, para efeitos de descaracterizar a condição básica objeto da denúncia e da perícia.

O presente trabalho preceitua fornecer orientação geral aos profissionais que se iniciam na atuação pericial; preenchendo lacunas relacionadas principalmente na sistemática da investigação pericial e em especial na problemática decorrente do aviso prévio aos interessados, quanto à data, horário e local de vistoria e suas implicações na ocorrência de eventuais modificações da realidade fática denunciada na petição inicial e conseqüentemente a instauração do devido processo legal, e a data em que efetivamente o perito comparecerá no campo para verificar a realidade fática pretérita.

A carência de uma metodologia para efetuar a vistoria de campo no ambiente objeto de conflito, o Perito Ambiental encontra-se exposto ao risco de ser induzido a erro material ao se encontrar com um ambiente cujas condições foram submetidas a mudanças; sejam naturais e ou antrópicas, dado o transcurso temporal entre a data da denúncia e do efetivo comparecimento no ambiente.

A perícia, ao constatar uma situação irreal, acabará por concluir em discordância da realidade fática;

sendo descredenciada pelos conhecedores dessa realidade fática; descredenciamento este, que recai sobre o profissional que atuou como perito e contribui ao ceticismo do sistema judicial como um todo.

A atuação pericial nos processos relacionados à incipiente matéria do meio ambiente requer cada vez mais profissionais altamente preparados e especializados no desempenho do múnus, sendo constatada na prática, a necessidade de maior preparo dos profissionais, com finalidade de apresentarem laudos que atendam os requisitos legais e técnicos, dada a ausência de normas técnicas e de orientação específica quanto à atividade pericial na área do meio ambiente.

Especial dedicação e habilidade requerem as perícias em ambientes, cujas condições, objeto da queixa inicial, encontram-se descaracterizadas seja por razões naturais, acidentais e ou antrópicas, acontecidas no interstício decorrido entre a detecção do fato gerador e a efetivação da perícia no ambiente; a inexistência de ferramentas periciais apropriadas junto à atuação de perito indevidamente preparado traz como consequência uma perícia divorciada da realidade fática pretérita.

## 1.1 REVISÃO TEÓRICA

A metodologia processual encontra-se estabelecida no Código do Processo Civil – CPC, regulamentando os prazos, e inclusive, a atuação pericial. Na prática, e embora o aviso oficial da efetivação da vistoria pericial por parte do juízo para as partes acontece com antecedência mínima de cinco (05) dias; a realidade é que as partes têm conhecimento informal da sua efetivação, muito antes do aviso e determinação oficial, a parte autora tem por obrigação peticionar na inicial a necessidade de realização da prova pericial, fato este que ratificado ao apresentar a petição oficial ante a Justiça.

Na sua vez, a parte reclamada toma conhecimento a partir da instauração do devido processo legal e da notificação oficial da Justiça para contestar e ou concordar com a petição inicial e apresentar as provas que achar necessário, estabelecendo o controverso; o Juiz dá prazo à parte autora com finalidade de se manifestar sobre a contestação formal e os documentos por ventura anexados.

O rito processual determina que a parte autora peça e demonstre a necessidade da prova pericial, a parte ré tem ciência da necessidade de tal diligência, assim que toma conhecimento formal da petição inicial; embora a perícia possa ser indeferida pelo Julgador; para Naufel (1988, p. 766) prova é tudo que nos pode convencer da certeza de algum fato, circunstância, ou proposição controvertida; as provas por tanto, são elementos que determinam a convicção do Juiz; sendo certo que a prova pericial é um estudo técnico conclusivo de lavra do perito.

Primo (1996, p. 25) define a perícia como o exame de situações ou fatos relacionados a coisas e pessoas, praticado por especialista na matéria que lhe é submetida, com o objetivo de elucidar determinados aspectos técnicos especializados, neste caso são os especialistas em matéria própria a perícia ambiental.

A certeza absoluta da efetivação da realização da perícia, acontece com a determinação do julgador, que ao decidir a realização da prova pericial, abre prazo de normalmente trinta dias para as partes depositem o valor parcial dos honorários periciais; efetuado o depósito, o juízo determina que ambas as partes apresentem quesitos e indiquem assistente técnico no prazo variável de cinco a quinze dias ou mais, a depender das circunstâncias próprias ao processo e determinação do Julgador; transcorrido os prazos; segundo Prunes (1995, p. 36) a escolha do perito compete ao juiz, embora a lei não aponta especificamente quem deve ou possa ser o escolhido. Por certo, são exigidos alguns requisitos, embora numa última instância o julgador nomeará um perito da sua confiança cujo trabalho lhe conhecido; desta nomeação das partes serão oficialmente informadas, a fim de aceitarem e ou discordarem da indicação.

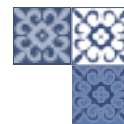
Não havendo suspeição, impedimento e ou discordância com o Perito nomeado, é o mesmo notificado para informar ao juízo da data, horário e local da vistoria.

Pela praxe existente, é certo que tais prazos encontram-se na casa dos meses, permitindo, quando não obrigando, as empresas ou responsáveis a tomarem providências quanto a mudanças no ambiente laboral controlando e ou eliminando as condições em discordância a legislação; até porque em determinadas circunstâncias, se não eliminar o risco, facilita a ocorrência de infortúnios similares, no caso de acidentes e ou perpetuar as condições contribuintes ou geradoras de ambientes de riscos e ou de não conformidade com a legislação e ou normas técnicas, além de cumprir o princípio de lógica empresarial pela procura do desenvolvimento e melhoramento contínuo.

O interstício decorrente entre a proposta da ação e a efetiva realização da Vistoria Técnica no ambiente laboral, nas mais das vezes tem permitido a descaracterização do ambiente, como bem relata Yee (2005), na forma a seguir transcrita:

As perícias de indenização por acidente de trabalho, via de regra, referem-se a acidentes que ocorreram no passado, e não raras vezes em datas já remotas, em função do prazo prescricional das ações da espécie, da data do ajuizamento da ação. Dada esta peculiaridade, não obstante os elementos trazidos aos Autos, são dados trazidos pela parte ativa da demanda e/ou da percepção do seu patrono, que não são necessariamente coincidentes. Por outro lado, do lado passivo da demanda, há nos Autos dados que talvez não tenham necessariamente ocorrido da forma descrita, ou vice-versa.

A importância do estado na garantia dos direitos fundamentais e sua obrigatoriedade de manter e



assegurar o devido processo legal, incluído aqui à necessidade da questão probatória na jurisdição ambiental; segundo Pery (2009) a sociedade reclama novas atribuições ao Estado com uma postura voltada a atender a problemática ambiental, capaz de lidar com as peculiaridades da sociedade de risco. Neste sentido, então, se fala em Estado de Direito Ambiental.

Para Teixeira Filho (1983, p 29) o objeto da prova são os fatos (do latim “factum”, de “facere” = fazer, causar) narrados pelo autor, pelo réu ou por terceiros, aqui incluído especialmente o perito judicial; cuja atuação profissional é aqui o objetivo de maior preocupação.

## 1.2. METODOLOGIA

Independentemente do campo do saber a que se destina uma determinada pesquisa, existem a necessidade de aplicar um sistema ordenado e próprio para apresentar à problemática objeto do estudo; diversos autores tem se dedicado a tecer inúmeras teorias, para Bell (2008) os problemas a serem enfrentados são sempre similares e pelo mesmo as metodologias a serem aplicadas são coincidentes, esquematizando o trabalho com a escolha do tema, identificar os objetivos do estudo, planejar e esquematizar a metodologia mais adequada, criar os instrumentos, negociar o acesso a instituições, materiais e pessoas, coletar, analisar e apresentar as informações, para finalmente, produzir o relatório final.

A metodologia a ser aplicada neste estudo monográfico, será a revisão da bibliografia especializada, pesquisas através de trabalhos publicados e disponíveis na internet sejam em sites oficiais e de instituições e universidades de reconhecida idoneidade; ademais de livros, serão utilizadas revistas, artigos, perícias e sentenças judiciais; incluídas as apostilas e conhecimentos disponibilizados pelos professores das diversas disciplinas do curso de especialização MBA – Perícia e Auditoria Ambiental, que deu origem ao presente trabalho.

Será aproveitado o conhecimento especializado compartilhado que para Lamy (2011) pode ser entendido como conhecimento sensível ou senso comum, também denomina “vulgar” ou empírico, sendo assim entendido o conhecimento do dia a dia e que se obtém pela experiência cotidiana; neste conceito será valorizada a experiência profissional do autor como perito judicial na Justiça do Trabalho; iniciada em 1988 realizando milhares de perícias nas matérias de insalubridade, periculosidade, investigação de acidentes, nexos causal entre o ambiente laboral e ocorrência de doenças do trabalho, condições ambientais de segurança e higiene do trabalho.

## 1.3. OBJETIVO GERAL

O presente estudo objetiva identificar a ocorrência de descaracterização da realidade fática no ambiente periciado, no transcurso temporal acontecido entre a instauração do processo judicial e a ocorrência da vistoria pericial de campo.

Envolve a relevância de utilizar um planejamento e metodologia pericial própria a cada situação periciada, quanto à realidade fática observada pelo perito no ambiente periciado.

## 1.4. OBJETIVO ESPECÍFICO

- a) Conceituar os elementos próprios a perícia ambiental.
- b) Elaborar uma proposta metodológica para diferenciar eventuais mudanças acontecidas no ambiente periciado.
- c) Valorizar a atividade pericial auxiliando ao perito na investigação de eventuais mudanças do ambiente periciado, diferenciando as mudanças naturais das antrópicas.
- d) Fornecer ferramentas capazes de verificar o efeito HAWTHORNE no transcurso das diligências periciais e na sua ocorrência quais as formas capaz de neutralizá-lo.

## 2. EFEITO HAWTHORNE

Quando no ano de 1924 o Professor Elton Mayo e seus colegas da Faculdade de Administração de Empresas da Universidade de Harvard, iniciaram seus estudos na Fabrica Hawthorne, da Companhia Western Electric, na cidade de Cícero, Illinois, Estados Unidos; pretendiam exclusivamente medir o efeito da iluminação da área de produção sobre a produtividade dos empregados; os resultados obtidos ultrapassaram todas as expectativas, concluindo que as atitudes dos empregados em relação à gerência e a seus próprios colegas afetavam significativamente a quantidade e a qualidade do trabalho realizado. Posteriormente, foi utilizado o termo “Efeito Hawthorne” como uma suposição inquestionável de o que, ao dedicar maior atenção a cada empregado, a gerência poderia influenciá-lo a aumentar sua produtividade. Posteriormente passou a ser utilizado no amplo sentido para definir qualquer mudança no comportamento do trabalhador quando se sabe observado.

No presente trabalho utiliza-se o “Efeito Hawthorne” no sentido restrito a definir as mudanças acontecidas no ambiente objeto da perícia, no transcurso de tempo acontecido entre o fato a ser periciado e a efetivação da perícia.

### 3. EFEITO HAWTHORNE NA PERÍCIA JUDICIAL AMBIENTAL

No interstício temporal acontecido entre a necessidade da perícia e a efetiva ocorrência, da vistoria nas áreas a serem periciadas, as mudanças acontecidas serão diretamente proporcionais ao tempo decorrido. Num primeiro instante acontecem mudanças antrópicas, frutos de eventuais obras e construções (estradas, ferrovias, portos, etc.) nas imediações do ambiente; mudanças na exploração das áreas (implantação de mineração, projetos florestais, introdução de cultivos alienígenas, ocupação das áreas para moradia e ou implantação de indústrias, etc.); acontecimentos climáticos naturais extremos e ou fora do normal (chuvas, enchentes, secas, geadas, etc.); dentre outros que escapam a vontade e ou ingerência das partes interessadas, dada sua natureza imprevisível.

Em relação às mudanças possíveis de serem introduzidas pelos interessados e ou participantes diretos da perícia, encontram-se o proprietário do empreendimento, seus prepostos e funcionários diretos e ou mudanças introduzidas no objetivo final do empreendimento; devendo ser necessariamente consideradas as mudanças próprias a cultura local, tais como emprego, uso e fabricação de fogos de artifício em determinadas épocas do ano, por exemplo; mudanças estas que podem acontecer por razões sazonais (produção e ou cultivos), paradas de equipamentos produtivos (ambientes próprios a empreendimentos industriais) e ou acontecimentos sociais, tais como greves, situações de risco social (assaltos) e ou de revoltas populares, eleições, comícios, eventos de festas populares: carnaval, micareta, padroeira da cidade, show dentre outros eventos similares; que podem alterar a situação fática a ser vivenciada.

A realidade vivenciada na vistoria técnica encontra-se sujeita a mudanças que podem em maior e ou menor grau, interceder na apreciação da realidade fática entre o quanto vivenciado pelo perito e objeto de mudanças entre o que se seja provar e o que efetivamente foi constatado pelo perito no instante da perícia.

Como caso anedótico e que servem para provar as mudanças objeto de estudo, transcreve-se situação acontecida em diligências periciais efetuadas pelo autor em perícia trabalhista realizada na Cidade de Guanambi (BA) e que serve para ilustrar as mudanças que podem acontecer no ambiente a ser periciado quando os interessados têm conhecimento prévio da data e horário das diligências periciais; na época em que as pericias eram realizadas sem o prévio aviso as partes e por tanto aconteciam de imprevisto, este perito no período matutino do dia 27/03/2007 periciou uma empresa dedicada e recauchutagem de pneus, atividade em sim mesma geradora de intensa poeira de borracha própria as atividades de lixamento e retirada do excesso de material, a empresa estava notoriamente contaminada com poeira em todos os locais, inclusive as áreas administrativas, sendo os materiais e pneus em serviço armazenados em forma absolutamente aleatória sem qualquer ordem lógica, além dos trabalhadores trabalharem sem qualquer equipamento de proteção individual, nem mesmo farda; \*posteriormente no ano de e agora com a praxe das partes terem sido informadas, voltou a mesma empresa numa segunda feira as oito horas da manhã, estava sendo aguardado pelo proprietário da empresa e os advogados das partes; para sua surpresa constatou que todos os trabalhadores estavam devidamente fardados com uniformes as claras, novos e sendo este seu primeiro dia de uso, ao adentrar na empresa notou a limpeza e arrumação, interrogada a primeira testemunha em relação a ordem, limpeza ambiental e o uso de fardas, (que confessou-se crente e pelo mesmo não podia mentir) informou terem iniciado a arrumação e limpeza desde a quinta feira e continuado durante todo o fim de semana sendo as fardas entregues no final da sexta feira. Como comentário conclusivo ao respeito do fato foi que, pelo menos alguma coisa boa já estava acontecendo com a perícia.

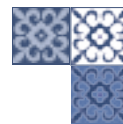
Num outro caso também acontecido com este autor, foi mais representativo da mudança comportamental do ator quando se sabe observado, aconteceu numa perícia relacionada a um motorista de ônibus urbano, inicialmente este perito acessou o ônibus na condição de passageiros sem se identificar como perito e pode observar a forma de conduzir, arrancadas e aceleração violenta a partir da segunda e terceira marchas, mantendo alta rotação do motor, pouco ou mau uso da embreagem (ruído característico de engrenagem se batendo por falta de sincronia), passou por fora do ponto de parada em mais de duas oportunidades, os níveis máximo de ruído dimensionados atingiram até 87,3 dB(A) no instante da aceleração máxima e na troca de marchas com o uso indevido da embreagem. Chegando no terminal (de Piraja em Salvador), procurou o despachante, identificou-se sendo perito judicial e foi apresentado ao mesmo motorista; desta vez até parecia que fosse um outro profissional ao volante, uma verdadeira dama, além de atencioso com os passageiros, não saia antes de estarem acomodados, parando nos pontos perto da soleira, todas as vezes inicio a partida de velocidade zero na primeira marcha, nenhuma vez esticou as marchas e ou manteve súbita aceleração e ou freada, os níveis de ruído dimensionados foram sensivelmente abaixo de 80 dB(A).

Demonstrado se encontra desta forma, a existência de possíveis causas que podem levar a mudar a realidade fática objeto da perícia; cabe ao perito ter o necessário discernimento para poder obter a verdade verdadeira, que é o objeto maior de uma perícia técnica; para o qual além da experiência do profissional que atua como perito poderá utilizar-se de ferramentas próprias a cada caso específico.

A inteligência do legislador previu a ocorrência de situações similares as ora expostas, estabelecendo no art. 429 do CPC autorização para o Perito solicitar documentos que estejam em poder das partes a fim de viabilizar as diligências periciais; segundo transcreve-se:

Art. 429. Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos





que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças.

Embora o perito tenha competência legal para solicitar documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, não é menos certo que sua petição não tem a força de uma ordem judicial emitida pelo Juiz, que na forma do art. 355 do CPC, pode ordenar e não apenas solicitar os documentos.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Sendo a competência para ordenar as partes a exibir os documentos que se achem no poder das partes do JULGADOR; o Perito deverá dirigir a ele petição relacionando cada um dos documentos que no seu entendimento sejam imprescindíveis ao esclarecimento da matéria, informando qual órgão e ou parte que deverá anexar os documentos relacionados; o Perito pode até solicitar diretamente as partes documentos, mais os resultados nunca atendem a contento as expectativas periciais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela importância política, social, legal e econômica da relevância da perícia ambiental que represente fielmente as reais condições do ambiente periciado, fica demonstrada a necessidade de novos e especializados estudos que levem em consideração inclusive outros fatores contribuintes a descaracterização do ambiente, impossíveis de serem analisados em profundidade neste trabalho. Dentre os fatores de mudanças não considerados, encontram-se as mudanças antrópicas, frutos de eventuais obras e construções (estradas, ferrovias, portos, etc.) nas imediações do ambiente; mudanças na exploração das áreas (implantação de mineração, projetos florestais, introdução de cultivos alienígenas, ocupação das áreas para moradia e ou implantação de indústrias, etc.); acontecimentos climáticos naturais extremos e ou fora do normal (chuvas, enchentes, secas, geadas, etc.); dentre outros fatores que poderão ser objeto de estudo por pesquisadores interessados na temática exposta.

As presentes considerações alertam para algumas das mazelas que maculam a atividade do perito judicial, e que contribuem para induzir a erro de apreciação e de julgamento no relacionado à matéria objeto da perícia técnica.

Serve como guia para o profissional que se adentra na atividade pericial, na identificação das dificuldades a serem por ele enfrentadas no decorrer das atividades de campo no instante da vistoria das condições periciadas.

Serve como incentivo para novas pesquisas relacionadas ao trabalho pericial, objetivando facilitar a confrontação da realidade jurídica com os empecilhos encontrados na atividade pericial, e que contribuem nas dificuldades encontradas pelos peritos na interpretação da realidade e sua transferência para o laudo e conclusão pericial.

## 6. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: normas para apresentação de trabalhos acadêmicos (ABNT/NBR-14724, Dezembro 2005)

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: normas para apresentação de trabalhos acadêmicos (ABNT/NBR-6023, Agosto 2002)

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 13752: normas para Perícias de engenharia na construção civil (ABNT/NBR-13752, Dezembro 1996)

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 5.869 de 1973. Brasília, DF : Casa Civil, Su 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Lei 10.358 de 2001. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS\\_2001/L10358.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10358.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2011.

ALVIN, ARRUDA. PROVA : repertório de jurisprudência e doutrina / Arruda Alvin, Teresa Arruda Alvin Pinto – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira. Fundamentos de metodologia científica / Aidil Jesus da Silveira Barros, Neide Aparecida de Souza Leffeld. – 3ª Ed. – São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2007.

BELL, Judith. Projeto de Pesquisa : guia para pesquisadores iniciantes em educação, saúde e ciências sociais / Judith Bell ; tradução Magda França Lopes. – 4ª ed. – Porto Alegre : Artmed, 2008.

BRANDIMILLER, Primo A. Perícia judicial em acidentes e doenças do trabalho /Primo A. Brandimiller. – São Paulo : Editora SENAC São Paulo. 1996

BUONO NETO, Antonio. Perícias judiciais na medicina do trabalho / Antonio Buono Neto, Elaine Arbex Buono. – 2ª ed. – São Paulo : Editora LTr, 2004

LAMY, Marcelo. Metodologia da pesquisa jurídica : técnicas de investigação, argumentação e redação /

Marcelo Lamy. – Rio de Janeiro : Elsevier. 2011

MELLO, Luiz Fernando de. Prática jurídica em perícias / Luiz Fernando de Mello. – São Paulo : Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.

NÁUFEL, José, Novo dicionário jurídico brasileiro. 8ª ed. Ver., atual. e ampliada. São Paulo : Ícone, 1988.

PRUNES, José Luiz Ferreira. A prova pericial no processo trabalhista : atualizada pela Lei n. 8455 / José Luiz ferreira Prunes. – São Paulo : Editora LTr, 1995.

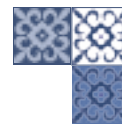
SARAIVA, Neto Pery. A prova na jurisdição ambiental / Pery Saraiva Neto. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio, A prova no processo do trabalho / Manuel Antonio Teixeira Filho. – São Paulo : Editora LTr, 1983.

VENDRAME, Antonio Carlos F. Curso de introdução à perícia judicial / Antonio Carlos F. Vendrame. – São Paulo : Editora LTr, 1997

YEE, Zung Che. Perícias indenizatórias por acidente de trabalho / Zung Che Yee./ 1ª ed. (ano 2004), 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2005. 200p.

YEE, Zung Che. Perícias de Engenharia de Segurança do trabalho / Zung Che Yee./ 1ª ed. (ano 2002), 3ª tir./ Curitiba: Juruá, 2005. 194p.



# LIMITES DA JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

## EDILTON MEIRELES

Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do IBDP. Membro da Associação Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região).

**RESUMO:** No presente trabalho o autor discute sobre os limites da função jurisdicional e sobre a proteção dos direitos subjetivos. O autor sustenta que o Poder Judiciário, em sua função jurisdicional, pode substituir os demais poderes estatais sempre que estes violem o direito subjetivo de outrem, inclusive aqueles previstos na Constituição.

**PALAVRAS-CHAVES:** jurisdição – direitos subjetivos

**ABSTRACT:** In this paper the author discusses the limits of the judicial function and the protection of subjective rights. The author defend that the Judiciary may, in its judicial functions, can replace other state powers if they infringe the subjective rights of others, including those set forth in the Constitution.

**KEYWORDS:** Jurisdiction – subjective rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Teoria da separação dos poderes. 3. Definição da função jurisdicional. 4. A atividade substitutiva. 5. Objeto da jurisdição. 6. A atuação da jurisdição para eficácia do direito subjetivo: a perinorma. 7. Força normativa da Constituição e os direitos subjetivos constitucionais. 8. Conclusões. 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Questão bastante controversa em nossa doutrina é a relativa à extensão e poderes da função jurisdicional, em especial diante das regras constitucionais que estabelecem competências exclusivas.

Com fundamento na teoria da separação dos poderes, muito se aponta os limites à função jurisdicional.

Procurando apontar nosso entendimento a respeito, suscitando o debate respectivo, tratamos desse tema relacionado à teoria do Estado. Tendo como premissa a atuação do Judiciário para defesa do direito subjetivo.

## 2. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes (funções) remonta à Grécia antiga. Aristóteles, a ela já se referia, verbis:

Há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça”<sup>1</sup>.

John Locke, por sua vez, já no Século XVII, remonta a ideia da divisão das funções estatais. Contudo, ele não se refere ao Judiciário. Ele reparte as funções estatais entre os poderes legislativo, executivo e federativo. Ao poder federativo competiria, em sua visão, “a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil”<sup>2</sup>.

Posteriormente, Jean-Jacques Rousseau, em 1762, retorna a esse tema. Em sua obra ‘Do Contrato Social’, refere-se à divisão dos poderes estatais, referindo-se mais especificamente ao poder legislativo e executivo,<sup>3</sup>

É com Montesquieu, no entanto, que a teoria da separação dos poderes alcança sua aceitação. Em sua obra ‘O Espírito das Leis’, Montesquieu, ao tratar da liberdade, buscar apontar que, sem a divisão das funções estatais, ela estaria em risco ou não seria assegurada. Daí porque ensinar que, verbis:

quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao

1 Nascido em Estagira, 384 a.C. e morto em Atenas, 322 a.C.

2 Livro Quatro, Capítulo XI, § 1, 1298ª, p. 97.

3 Nascido em Wrington, 29 de agosto de 1632. Morto em Harlow, 28 de outubro de 1704.

4 Segundo tratado sobre o Governo Civil, p. 75.

5 Nascido em Genebra, 28 de Junho de 1712. Morto em Ermenonville, 2 de Julho de 1778.

6 Livro II, Parte I, Capítulo I, p. 55-59.

7 Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Brède et de Montesquieu, nasceu próximo a Bordeaux, na França, em 1689, tendo falecido em Paris em 1755.

executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>8</sup>

Montesquieu acabou sendo consagrado como grande teórico da separação dos poderes, apesar de remontar à antiguidade, isso devido à sua implantação nos Estados Unidos da América. A aceitação dessa teoria nos EUA, no entanto, não passou sem o crivo crítico dos federalistas. Com eles surge a preocupação de o Poder Legislativo acabar por dominar o Estado. Daí porque a sua divisão em duas casas, de modo a enfraquecê-lo, bem como o poder de veto ao projeto de lei concedido ao presidente.

Os federalistas, então, sustentavam, verbis:

Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.

(...)

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes”<sup>9</sup>.

Esses doutrinadores, no entanto, estavam mais preocupados em evitar a tirania, defendendo a divisão das funções estatais. Eles, porém, não se preocuparam em definir o que seria a função jurisdicional. Em suma, quando ela deveria atuar, quais seu limite, etc.

Tal tarefa, porém, coube aos doutrinadores mais modernos, em especial aos processualistas.

### 3. DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Vários são os processualistas que se referem ao conceito de jurisdição e que procuram, ainda, traçar suas características e limites.

Giuseppe Chiovenda, por exemplo, ao se referir à atividade jurisdicional, define-a como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”<sup>10</sup>.

Enrico Tullio Liebman, por sua vez, destaca que “há um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade. Esses são os órgãos judiciários e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (iurisdictio)”<sup>11</sup>.

Ressalte-se que, como ensina Liebman, a jurisdição “desenvolve-se em direção dupla, através da cognição (giudizio) e da execução forçada”<sup>12</sup>. Sendo que, “mediante a execução forçada, os órgãos judiciários tratam de dar atuação prática e efetiva aquilo que a lei dispõe para os casos concretos”<sup>13</sup>.

Leo Rosenberg, dentre os alemães, por sua vez, entende que a jurisdição é a “atividade do Estado dirigida a realização do ordenamento jurídico; uma parte da atividade executiva que deve diferenciar-se da legislativa”<sup>14</sup>.

Jaime Guasp, por sua vez, sinteticamente e mais processualista, define a jurisdição como “a função específica estatal pelo qual o Poder Público satisfaz pretensões”<sup>15</sup>. Neste sentido, sustenta que “a função jurisdicional se propõe à satisfação de uma pretensão, comparando-a, geralmente, com normas já existentes”<sup>16</sup>.

8 O espírito das leis, o. 169-170.

9 O federalista, p. 130-131.

10 Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 3.

11 Manual de direito processual civil, vol. I, p. 3.

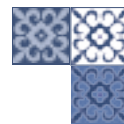
12 Manual de direito processual civil, vol. I, p. 3.

13 Manual de direito processual civil, vol. I, p. 4..

14 Tratado de derecho procesal civil, Tomo I, p. 85. Tradução do Autor.

15 Derecho procesal civil. Tomo I, p. 93. Tradução do Autor.

16 Derecho procesal civil. Tomo I, p. 94. Tradução do Autor.



Já procurando ser mais completo na sua definição, Eduardo Couture leciona que a jurisdição é uma “função pública, realizada por órgãos competentes do estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude do qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes, com o objeto de dirimir conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução”<sup>17</sup>.

Leciona, ainda, que o “fim da jurisdição é assegurar a efetividade do direito”. “A jurisdição assegura a continuidade da ordem jurídica” ...; “assegura não só a continuidade do direito, senão também sua eficácia necessária”<sup>18</sup>.

É neste mesmo sentido que Piero Calamandrei sustenta que “esta posterior atividade do Estado, direcionada a colocar em prática a coação ameaçada e a fazer efetiva a assistência prometida pelas leis, é a jurisdição. Na vida do estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato (...), atividade jurídica: primeiro ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como a necessária prossecução da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade”<sup>19</sup>.

Ela, portanto, sustenta-se na coercibilidade (possibilidade de coação) das normas. “Se falta a observância espontânea, a observância do direito deve ser obtida mediante a força”<sup>20</sup>. A norma, pois, é dotada dessa garantia dada pelo Estado. A garantia jurisdicional contra a inobservância do direito objetivo<sup>21</sup>. Daí que, “a finalidade última para a qual tende a garantia jurisdicional é a de operar na vida das relações humanas no sentido de conseguir, prescindindo da vontade do obrigado, o mesmo resultado prático (ou um resultado equivalente) que teria sido (...) obtido se a norma jurídica tivesse sido observada voluntariamente...”<sup>22</sup>.

Entre nós, Cândido Rangel Dinamarco define a jurisdição como a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”<sup>23</sup> ou, ainda, “a atividade pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”<sup>24</sup>.

A partir das lições acima, portanto, temos que a jurisdição é uma função estatal, precipuamente conferida ao Poder Judiciário, e que tem por finalidade fazer com que a norma seja concretizada sempre que descumprida pelo obrigado à atividade. Como ressaltou Piero Calamandrei, a jurisdição é a garantia do direito objetivo. Violado este, cabe ao Estado-juiz torná-lo concreto.

Essas definições, apesar de distinguir a função jurisdicional das demais funções estatais, não aponta, concretamente, em que consiste, basicamente, a atividade do juiz. Daí porque é importante destacar a sua característica substitutiva.

#### 4. A ATIVIDADE SUBSTITUTIVA

Quem bem caracterizou a função jurisdicional, diferenciando-a das demais atividades estatais, foi Giuseppe Chiovenda. Para este, na “essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição: é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia”<sup>25</sup>. Seja na cognição, quando a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes. Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força de sua própria, automaticamente... Na sentença, o juiz substitui para sempre a todos no afirmar existente uma obrigação de pagar, de dar, de fazer ou não fazer... quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não entendamos em representação de outros)<sup>26</sup>.

O mesmo sustenta Cândido Rangel Dinamarco, para quem, “pelo aspecto técnico, a atividade jurisdicional é sempre substitutiva das atividades dos sujeitos envolvidos no conflito, a quem a ordem jurídica proíbe atos generalizados de autodefesa”<sup>27</sup>.

17 Fundamentos del derecho procesal civil, p. 40. Tradução do Autor.

18 Fundamentos del derecho procesal civil, p. 44. Tradução do Autor.

19 Direito processual civil, vol. I, p. 107.

20 Piero Calamandrei, Direito processual civil, vol. I, p. 106.

21 Piero Calamandrei, Direito processual civil, vol. I, p. 111-115.

22 Piero Calamandrei, Direito processual civil, vol. I, p. 115.

23 Instituições de direito processual civil, vol. I, p. 305.

24 Fundamentos do processo civil moderno, p. 290.

25 Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 11.

26 Giuseppe Chiovenda, Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 11.

27 Instituições de direito processual civil, vol. I, p. 306.

A atividade substitutiva se revela mais facilmente na execução. Ela se mostra visível, por exemplo, quando o juiz apreende o bem do devedor, vende-o e entrega o produto da venda ao credor. Neste caso, esperava-se que a atividade de pagar fosse voluntariamente exercida pelo obrigado. Diante de sua recusa, o juiz se coloca no lugar do devedor (o substitui), vende o bem (com auxílio do leiloeiro), como se fosse o verdadeiro proprietário, para obter o dinheiro necessário ao adimplemento da obrigação. Recebido o dinheiro pela venda, entrega este ao credor, tal como deveria ter sido feito pelo devedor.

Tal substituição também se verifica quando a obrigação é de fazer ou de não fazer. Por exemplo: o sujeito contratou uma construção. Não o fez. O juiz lhe substitui e realiza a obra, ainda que com auxílio de outrem (um terceiro construtor). Da mesma forma: o obrigado deveria lavrar a escritura de venda prometida em contrato irrevocável. Recusa-se a comparecer ao cartório. O juiz, então, o substitui e ordena que seja lavrada a escritura pelo tabelião, mas como não pode assiná-la em nome do vendedor, expede ordem para que conste na escritura que ela foi lavrada por ordem judicial. Mesmo sem a assinatura do vendedor, na prática, se obteve o resultado buscado pelo credor, que, neste caso, em verdade, seria a declaração de vontade de vender, prestada perante o tabelião.

A atividade do juiz, assim, sempre será substitutiva de alguma atividade do obrigado. O juiz age em seu nome, colocando-se em seu lugar, praticando a atividade que pelo obrigado deveria ter sido realizada. Substitui-o. O juiz propicia ao credor “o bem em substituição à atividade omitida pelo réu ou proibida a ele”<sup>28</sup>.

“Por isso, o juiz se substitui às partes em conflito e, como órgão de aplicação do Direito, dá a cada um o que é seu, solucionando o litígio”<sup>29</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que essa substituição se realiza mesmo em face do Estado. Isso porque, “quer figure como autor, quer apareça como réu, o Estado será sempre um simples litigante, vinculado aquilo que for praticado pelos órgãos judiciários no exercício pleno da jurisdição”<sup>30</sup>.

Mas a atividade substitutiva que caracteriza a jurisdição não esclarece, por si só, a função de julgar. É preciso, então, destacar a finalidade ou objeto da jurisdição.

## 5. OBJETO DA JURISDIÇÃO

Controvertido também tem sido se definir o objeto ou finalidade da função jurisdicional.

Dentre os italianos, Elio Fazzalari lembra que “o objeto da tutela jurisdicional civil é o direito subjetivo”<sup>31</sup>. No mesmo sentido segue José Garberí Llogregat na doutrina espanhola<sup>32</sup>.

Elio Fazzalari esclarece, todavia, que para “tal tutela do direito subjetivo o processo civil é institucionalmente endereçado, ainda que, no concreto, ele possa concluir-se sem atingir o resultado (por exemplo, o juiz declara que o direito não subsiste; ou, antes, que ele não é competente; ou porque o direito controverso não é objeto do processo)”<sup>33</sup>.

Leo Rosenberg menciona que “a jurisdição consiste na aplicação do direito objetivo ao caso concreto”<sup>34</sup>. Nesta esteira, Pontes de Miranda sustenta que “a finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos”<sup>35</sup>.

Fredie Didier, por sua vez, sustenta que cabe à jurisdição reconhecer, efetivar e proteger as situações jurídicas<sup>36</sup>. Opondo-se a quem sustenta que ele se limita à proteção dos direitos subjetivos, entende que neste conceito deve se incluir todas as situações jurídicas ativas, “individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. Todas sem exceção.”

Dois reparos, em nosso entendimento, devem ser feitos.

Primeiro, como esclarece José Frederico Marques, a jurisdição tem como causa “a composição justa do litígio, motivo pelo qual aplica as normas do direito objetivo”<sup>37</sup>. Ele não tem por objeto ou finalidade o direito objetivo, mas, sim, o direito subjetivo. Ele protege o direito subjetivo a partir da aplicação do direito objetivo. Logo, a finalidade (visa a proteger) ou objeto (apreciado) da jurisdição é o direito subjetivo. Óbvio, no entanto, que basta alguém alegar que é titular do direito subjetivo para a atividade jurisdicional ser exigida.

Fredie Didier, no entanto, como já dito, sustenta ser objeto qualquer situação jurídica, ao que parece

28 Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, vol. I, p. 307.

29 José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, p. 109.

30 José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, p. 109.

31 Instituições de direito processual, p. 156.

32 In Constitución y derecho procesal, p. 42.

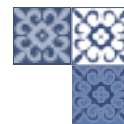
33 Elio Fazzalari, Instituições de direito processual, p. 157.

34 Tratado de derecho procesal civil, Tomo I, p. 86. Tradução do Autor.

35 Comentários ao Código de Processo Civil, p. 77.

36 Curso de direito processual civil, vol. I, p. 83.

37 Manual de direito processual civil, p. 109.



distinguindo os direitos subjetivos do direito potestativo.

O segundo esclarecimento deve ser mencionado. Em verdade, entre os doutos reina verdadeira divergência quanto a definição de direito potestativo. Orlando Gomes, por exemplo, entende que direito potestativo é aquele na qual “a faculdade de agir do titular não se correlaciona a uma prestação de outrem”, daí porque não se constitui em direito subjetivo.<sup>38</sup>

Pietro Perlingieri, nesta linha, entende que “o chamado direito potestativo, dito também direito discricionário ou poder formativo, representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder”<sup>39</sup>.

Francisco Amaral, por sua vez, sustenta que “direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera alheia de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir”<sup>40</sup>.

Para ele, o direito potestativo distingue do direito subjetivo, já que a este se contrapõe o dever, enquanto que naquele se impõe a sujeição.<sup>41</sup>

O doutrinador português José Oliveira Ascensão, por sua vez, sustenta que direitos potestativos “são verdadeiros direitos subjetivos”. Direitos subjetivos entendidos como “uma posição individual e concreta que assegura um círculo de autodeterminação, no sentido de uma atuação livre para a prossecução de interesses próprios, ainda que por interposição duma vontade alheia”<sup>42</sup>.

Neste caminho também leciona António Menezes Cordeiro, para quem, “o direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermediar de normas permissivas, isto é: ao titular cabe, segundo seu livre-arbítrio, atuar ou não o poder que a norma lhe conceda. Por essa via, o poder que a lei confira ao titular é visto como um bem, que ele aproveitará, ou não, como quiser. Deste modo, se poderá compreender a inclusão dos ‘direitos potestativos’ na figura mais extensa dos direitos subjetivos”<sup>43</sup>.

Esclarecedor, porém, é a opinião de Ana Cristina Costa Meireles<sup>44</sup>, verbis:

É comum, ainda, a doutrina dizer que os direitos potestativos não seriam direitos subjetivos por não ser exigida qualquer prestação da outra parte da relação jurídica, ou seja, não haveria qualquer dever que viesse a ser dotado de pretensão, pois a posição do sujeito passivo deveria ser de mera sujeição.<sup>45</sup>

Segundo a definição que a doutrina dá dos direitos potestativos, estes seriam os direitos que ‘[...] permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse’<sup>46</sup>.

Os sujeitos passivos não podem se irresignar contra essa manifestação de vontade, cabendo-lhes, então, apenas a sujeição a esta vontade.

38 Curso de direito civil, p. 103-104.

39 Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional, p. 123.

40 Direito civil, p. 201.

41 Idem, p. 201.

42 Direito civil, p. 71 e 79.

43 Tratado de direito civil português, Parte Geral, p. 336.

44 In A eficácia dos direitos sociais, p. 182-184.

45 Conferir a propósito: Francisco Amaral: “O direito potestativo distingue-se do direito subjetivo. A este contrapõe-se um dever, o que não ocorre com aquele, espécie e poder jurídico a que não corresponde um dever mas uma sujeição, entendendo-se, como tal, a necessidade de alguém suportar os efeitos do exercício do direito potestativo. Como não lhe corresponde um dever, não é suscetível de violação e, por isso, não gera pretensões” (op. cit., p. 201); Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela: Há relações em que ao titular passivo não correspondem um dever jurídico e sim, um mero estado de sujeição: um não poder ele impedir que determinada modificação se produza na sua esfera jurídica, mediante a simples manifestação da vontade do titular activo da mesma relação ou mediante o concurso dessa vontade com uma decisão judicial” (Noções fundamentais de direito civil. vol. I. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1957, p. 214); André Fontes segundo quem apenas as relações que contenham direito subjetivo podem ser consideradas como geradoras de pretensão, razão pela qual estão excluídas as relações de subordinação (sujeição) que são dotadas de direito potestativo (A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: DelRey, 2002, p. 25).

46 Fernando Noronha, Direito das obrigações, p. 56.

Ora, será que ao sujeito passivo dessa relação jurídica não caberia um dever de se abster de impedir que o titular do direito dito potestativo exercesse a sua manifestação de vontade? Pensamos que sim.

O mesmo ocorre com o exercício de direitos absolutos como, por exemplo, o de propriedade. O sujeito ativo não precisa da colaboração de ninguém (no sentido de comportamento ativo) para exercer o seu direito. O sujeito passivo há, isto sim, de se abster de impedir o respectivo exercício.

Nos chamados direitos potestativos, a sujeição, aí, seria mera consequência da manifestação de vontade. A interferência da esfera jurídica do outro é apenas efeito do ato e, não, o ato em si. Manifestada a vontade e, por isso mesmo, extinta ou modificada determinada relação jurídica, há um fato jurídico que enseja novos direitos e novos deveres: o direito de que o sujeito passivo se comporte conforme os efeitos da declaração de vontade e o dever do sujeito passivo de observar o comportamento com ela compatível (que significa sujeitar-se aos seus efeitos).

Mas a primeira relação jurídica de que se tratou teve, sim, direito e dever: direito de manifestar a vontade neste ou naquele sentido; dever de não impedir tal manifestação.

Na doutrina, encontramos, neste sentido, a opinião de Pontes de Miranda de que há confusão, por parte dos juristas, entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão. No seu entender, o sujeito passivo tem, sim, de se abster de impedir ou de dificultar o exercício do direito potestativo<sup>47</sup>.

Melhor seria, então, a nosso ver, sob essa perspectiva, encarar os direitos como potestativos e não potestativos: potestativos seriam aqueles cuja manifestação de vontade teriam, por si só, o efeito de extinguir ou modificar as relações jurídicas; não potestativos os que não tivessem tal conteúdo. Mas, ambos, data venia, continuam sendo direito subjetivo e têm deveres correlatos.

Vê-se, então, que dizer que um direito é ou não potestativo tem mais a ver com a natureza da faculdade derivada daquele direito. Assim, quando a faculdade que se contém no direito tem como efeito a extinção ou modificação de uma relação jurídica, tem-se o direito potestativo<sup>48</sup>.

Entendido dessa forma, em verdade, temos que o denominado direito potestativo não passa de um direito subjetivo, aqui entendido como uma situação jurídica na qual a um sujeito é devida uma prestação. Prestação essa entendida como uma conduta humana, seja qual for a sua modalidade, de dar, fazer ou não fazer (se abster; se sujeitar). Ou em outras palavras, direito subjetivo é “a posição de um sujeito que se vê dotado de faculdades jurídicas (modo de interagir), que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”<sup>49</sup>.

Em suma, quando estamos diante de uma situação na qual, em face da conduta (vontade) de uma pessoa, se constitui, modifica ou se extingue uma relação jurídica, independentemente da vontade alheia, que está obrigado a aceitar a nova situação surgida, estar-se-á diante de um direito subjetivo titularizado naquele primeiro. Logo, de tal direito surge o dever de outrem em aceitar a nova situação jurídica.

Luiz Guilherme Marinoni chega a sustentar que a jurisdição não protege o direito subjetivo. Afirma que a “tutela jurisdicional do direito não tem qualquer relação com a noção clássica de direito subjetivo”. Sustenta, a partir de exemplo, que “o empresário X tem direito à tutela jurisdicional do seu direito não porque tem um poder sobre a conduta do empresário Y, mas sim porque é titular de uma posição jurídica que lhe dá o direito de obter a tutela jurisdicional do seu direito. E nesse caso se está falando de um direito à tutela que decorre do próprio direito material. Se o direito material deve ser protegido ou tutelado, é dele que deflui o direito à sua tutela”<sup>50</sup>.

Data venia, creio que aqui há uma confusão. Primeiro, quando se fala que “se o direito material deve ser protegido ou tutelado, é dele que deflui o direito à sua tutela”, somente podemos ter em mente que ele está se referindo ao direito subjetivo que deve ser tutelado ou protegido. Até porque, quem não alegar que seja titular de um direito subjetivo não tem sequer interesse para agir judicialmente. O que se tutela é o direito material

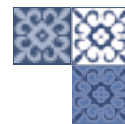
47 MIRANDA, Pontes. Tratado das ações: ação, classificação e eficácia. vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 66. Encontramos, ainda, na doutrina referência de um jurista Português que, pelo conceito que revela acerca do direito subjetivo, parece englobar os direitos potestativos nessa categoria. O seu conceito é o seguinte: “[...] a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto da sua vontade – com ou sem formalidades-, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública (decisão judicial), produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte)” (ANDRADE, Manuel A Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Sujeitos e Objetos. vol. I. Coimbra: Almedina, 1987, p. 3). Este autor, no entanto, subdivide os direitos subjetivos em direitos subjetivos propriamente ditos e direitos potestativos (op. cit., p. 10).

48 Esse pensamento está de acordo com o entendimento de Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho ao classificarem o “poder jurídico” que emana do direito subjetivo, conforme a direção que tome em poder de dominação, de modificação jurídica e de pretensão. Sem entrar no mérito da classificação, observa-se que ela revela que a concepção dos citados juristas é de que o direito potestativo é uma forma de manifestação de poder. Embora os juristas neguem que o direito potestativo seja um verdadeiro direito subjetivo – e, sim, meras faculdades reconhecidas pela ordem jurídica – a sua classificação vem a confirmar a nossa tese de que o direito potestativo é direito subjetivo com uma particularidade no efeito das faculdades que engloba (ESPÍNOLA, Eduardo; Espinola Filho, Eduardo. Tratado de direito civil brasileiro. vol. IX. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 616-617 e 625).

49 Ana Cristina Costa Meireles, ob. cit., p. 179.

50 Curso de processo civil, p. 136.





subjetivo da pessoa assegurado pelo direito objetivo.

Outrossim, o titular do direito (credor) não tem o poder (império) de exigir uma conduta, ele tem a faculdade de exigir determinada conduta do devedor (me pague; me dê; me faça; não faça). E, não observada a conduta, o credor não tem direito à autotutela.

Outrossim, qualquer pessoa também tem o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Logo, o empresário X pode exercer seu direito subjetivo em face do Estado pedindo a este que lhe seja entregue uma prestação jurisdicional consistente numa atividade substitutiva à conduta do empresário Y em decorrência do direito subjetivo que possui em face deste último. Dois distintos direitos subjetivos. Um do credor em face do devedor; outro do jurisdicionado (credor-demandante) em face do Estado-juiz, sendo que este último é totalmente independente daquele primeiro, tanto que, como o próprio Marinoni ensina, “a jurisdição atua em nome da tutela dos direitos mesmo quando o direito material não é reconhecido”. Ou seja, ainda que não haja o direito material subjetivo (eu tenha inventado um “direito” com base numa lei inexistente), ainda assim, tenho o direito subjetivo de exigir do Estado uma prestação jurisdicional tendente a proteger o que alego ser meu direito subjetivo.

A jurisdição, portanto, tem por matéria a ser analisada, tem como material a ser trabalhado, apreciado, a alegação do direito subjetivo. E mais. Quando o Estado diz que o autor não possui direito subjetivo, julgando improcedente a demanda, ele, em verdade, acaba por reconhecer que o réu tem um direito subjetivo a ser protegido. Isso porque, da mesma forma que o credor tem a faculdade de exigir uma conduta do seu devedor, o não-devedor tem o direito de exigir do seu não-credor uma conduta de abstenção; conduta de se abster (de não me perturbar; de não importunar) em cobrar o que nada deve. Não à toa se tem a ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

Numa ação declaratória de negativa de débito tributário, por exemplo, o que se pede é que o Estado declare que o autor tem o direito subjetivo de não ser cobrado pela Fazenda Pública por débito que afirma não ter. O reconhecimento deste direito de não-dever o tributo impõe uma conduta ao Estado: o de não exigir o pagamento do tributo (dever de abstenção).

Em suma, repetimos, para tanto se concluir basta lembrar que se alguém não afirmar ser o titular de um direito subjetivo sequer terá interesse para agir processualmente.

O poder judicial, pois, pauta-se na defesa e garantia do direito subjetivo.

## 6. A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO PARA EFICÁCIA DO DIREITO SUBJETIVO: A PERINORMA

Sem querer adentrar nas diversas teorias que tratam da formalização da norma jurídica, é certo que, em geral, ela se apresenta conforme o esquema da endonorma “dado fato temporal deve ser prestação por alguém obrigado em face de alguém pretensor”<sup>51</sup>.

Por exemplo: dada a venda, deve ser prestação (pagamento do preço) pelo comprador em face do vendedor; dada lesão, deve ser prestação (indenização) pelo ofensor em face do lesado; dada a necessidade, deve ser prestação de alimentos pelo pai em face do filho; dado o casamento, deve ser fidelidade pelo cônjuge em face do outro; dada a ignorância, deve ser a educação pelo Estado em face do analfabeto; dada a doença, deve ser o serviço de saúde pelo Estado em face do doente, etc.

Tal formalização da norma jurídica, porém, deve ser complementada pela perinorma para que ela possa alcançar eficácia, já que, diante da não-prestação a formalização da norma no esquema da endonorma, por si só, não satisfaz o direito subjetivo. Daí porque, conforme lições de Carlos Cossio, impõe-se a previsão da sanção. A endonorma, pois, deve ser acrescida a disjunção *ou* e a perinorma para termos a formalização da norma segundo o seguinte esquema: “dado fato temporal deve ser prestação por alguém obrigado em face de alguém pretensor ou dada não-prestação deve ser sanção pelo funcionário obrigado em face da comunidade pretensora”<sup>52</sup>.

Deve ficar esclarecido, de logo, que por sanção se deve entender “a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”<sup>53</sup>. Ela, pois, não se confunde com a sanção enquanto punição, pena. Seu conceito é mais amplo, pois se refere à consequência jurídica pelo não cumprimento de um dever. Assim, é sanção tanto a indenização devida em caso de dano causado a outrem (não-cumprimento do dever de respeitar a propriedade ou a saúde alheia), como a execução forçada (consequência jurídica) da prestação contratual inadimplida.

Daí temos que, por exemplo, dada a venda, deve ser prestação (pagamento do preço) pelo comprador em face do vendedor ou dada a não-prestação (não pagamento do preço) deve ser sanção (condenação/execução da prestação) pelo funcionário obrigado (juiz) em face da comunidade pretensora (credor).

Conforme este esquema, pois, a endonorma alcançará sua eficácia através da atuação da perinorma.

E o Judiciário atua justamente a partir desta perinorma, pois ele é a garantia contra a inobservância do

51 Antonio Luís Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 138.

52 Antonio Luís Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 138.

53 Antonio Luís Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 191.

direito objetivo e da violação do direito subjetivo. E para tanto o Estado está obrigado a agir quando demandado.

A par de teorias discrepantes, pois, é certo é que toda norma jurídica e a atuação do Judiciário se pautam neste esquema normativo. O juiz age, pois, a partir da incidência da perinorma, ou seja, a partir da não-prestação.

## 7. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

Também sem pretensão de se alongar nas diversas teorias que tratam da eficácia ou não das normas constitucionais, parece-nos certo, seguindo a linha da doutrina alemã, que todo e qualquer texto normativo, mais ainda o constitucional, produz eficácia jurídica.

No atual estágio do direito constitucional cada vez mais fica claro que, num Estado democrático de direito, especialmente naquele que assume seu caráter social, o texto constitucional não se apresenta como mera carta de intenção. Suas normas não são meramente programáticas. Ao contrário, elas, tal como qualquer norma inferior, estabelecem direitos e obrigações. Dela decorrem direitos subjetivos, obrigações, deveres, etc.

Assim é que, quando a Constituição, por exemplo, estabelece que compete à União legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I), ela não está apenas facultando ou prevendo uma possibilidade de o Estado legislar sobre essa matéria. Antes disso, desse texto constitucional se retira o dever do Estado em legislar sobre direito do trabalho e o direito dos trabalhadores em exigir uma legislação trabalhista. Não à toa, Ernst-Wolfgang Böckenförde lembra que o primeiro direito trabalhista reivindicado pelo movimento socialista foi o direito social à tutela, considerado em si como verdadeiro direito humano.<sup>54</sup> E, de fato, pode-se dizer que o primeiro e principal direito do trabalho é o da tutela estatal, ou seja, o da existência de um corpo de normas especiais que garanta à dignidade da pessoa do trabalhador através do acesso a bens vitais.

Partam desse exemplo: quando a Constituição prevê a competência para a União legislar sobre direito civil e do trabalho (art. 22, inciso I) ela apenas está facultando (sem exigir) o exercício dessa atribuição pelo Estado ou está obrigando-o a legislar sobre essas matérias?

Parece-nos, que, por óbvio, a Constituição, em verdade, está estabelecendo uma obrigação ao legislador infraconstitucional, até porque, se não fosse para legislar especificamente sobre direito do trabalho bastava a regra de competência para legislar sobre direito civil. Quando a Constituição, no entanto, distinguiu o direito do trabalho do direito civil (separando aquele deste, que eram unidos, no Brasil, até 1937), quis estabelecer, em verdade, que os trabalhadores devem ser destinatários de uma legislação protetora. Daí porque a lição de que o direito à tutela estatal foi o primeiro direito trabalhista jusfundamental. O primeiro direito social elencado nas cartas constitucionais.

Podemos assim, enquadrar a referida regra constitucional no esquema normativo: dada a necessidade dos trabalhadores à tutela estatal, deve ser prestação (legislação) pelo obrigado (poder legislativo/executivo) em face dos trabalhadores. Tal ocorre, ainda, em relação a todos os ramos do direito cuja competência para legislar estão previstos na Constituição.

O direito objetivo existe (prevendo a legislação trabalhista). O direito subjetivo em tese está patente (dever/obrigação e direito/prestação à legislação do trabalho). A questão, então, a ser decidida é se a obrigação está sendo descumprida. Mas aqui é uma questão de análise do juiz no caso concreto.

Na atual Constituição também podemos citar o exemplo da legislação do consumidor. Ainda que não expressamente mencionado no art. 22 da CF/88 como ramo do direito a ser legislado pela União, o art. 170, inciso V, de nossa Carta Magna estabelece que a ordem econômica deve se pautar na “defesa do consumidor”.

Tal princípio é mera norma programática? Não, em verdade, o constituinte estabeleceu uma regra impondo ao legislador infraconstitucional o dever de legislar em defesa do consumidor. Dever de um (Estado), direito subjetivo do outro (consumidor). Daí porque Fredie Didier destaca que, hoje, não se pode interpretar a cláusula da separação dos poderes tal como se fazia há 200 anos, dada a “valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas”; “o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagraram, independentemente de intermediação legislativa”; a “criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa”<sup>55</sup>.

Aliás, o caso do mandado de injunção bem revela a extensão dos poderes do Judiciário na proteção do direito subjetivo.

Vejam: a Constituição assegura a eficácia de suas normas. Ela prevê, por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos civis (grande conquista do Estado democrático em contraposição ao Estado autoritário anterior), mas acrescentou que a parada deveria ser exercida “nos termos e nos limites definidos em lei específica” (inciso VII do art. 37 da CF).

54 Ernst-Wolfgang Böckenförde, I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione, p. 189-190.

55 Curso de direito processual civil, vol. I, p. 83.



Desse texto Constitucional, pois, retiramos o direito à legislação para regulamentar o direito de greve dos servidores civis. O Estado brasileiro, no entanto, estava em débito. Não cumpria com sua obrigação, de modo a satisfazer o direito subjetivo dos servidores civis. Impetrou-se o mandado de injunção. E que se pede no mandado de injunção? Pede-se que o Judiciário assegure ao credor o bem da vida negado pelo devedor. Neste caso, o bem da vida era uma lei. Reconhecido o direito subjetivo do autor da demanda, qual, então, o bem da vida deve ser assegurado pelo Judiciário? Pela lógica, a prestação devida, ou seja, a publicação de uma lei.

Pois bem. E o que o STF decidiu nos mandados de injunção 670 e 708? Simplesmente, substituindo o Poder Legislativo e o Poder Executivo, aprovou e sancionou a lei requerida, ainda que o tenha feito de forma tímida, utilizando-se de técnica equivocada. No caso, caberia ao STF, substituindo os obrigados (Poderes Legislativo e Executivo) fazer tal como eles deveriam ter agido, qual seja, após aprovação de um projeto de lei, sancioná-lo e, em seguida, ter mandado publicar no Diário Oficial o texto normativo respectivo. Deveria fazer igual ao juiz que condena a pagar, apreende o bem, vende e entrega o dinheiro; ou ainda, igual ao juiz que reconhece o débito, apreende o dinheiro do devedor e com ele paga o credor. Ou seja, fazer o que o devedor deveria ter feito.

Apegado às teorias tradicionais o STF, no entanto, timidamente (como quem querendo dizer que não estava legislando), preferiu apenas fixar na decisão que se aplicava, no que coubesse, a lei de greve dos trabalhadores privados. Contudo, foi mais além. Além de legislar sobre o direito material, editou verdadeira lei sobre a competência para os dissídios de greve dos servidores civis.

O STF, porém, fez tudo isso de uma forma atécnica, incorporando ao texto da decisão a “lei” que aprovou. Deveria ter sido mais técnico, editando um texto normativo na forma de lei, tal como deveria ter sido decretada e sancionada pelos Poderes Legislativo e Executivo, com publicação no Diário Oficial.

Porém, ainda que agindo sem a técnica devida, da leitura dos respectivos acórdãos o que se extrai das decisões nos mandados de injunção ns. 670 e 708 é que o STF assim decidiu:

O Supremo Tribunal Federal, no uso de suas atribuições conferidas pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, aprova e sanciona a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica assegurado o direito de greve dos servidores civis, aplicando, no que couber, a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989<sup>56</sup>.

Art. 2º. Quanto à competência para o dissídio de greve, observar-se-á o seguinte<sup>57</sup>:

I - “se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça”;

II - “se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais”;

III - se a greve for de servidor civil estadual, municipal ou distrital, “se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça”;

IV - “as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais”.

Art. 3º - Considerada a competência definida no art. 2º, “a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste”.

Parágrafo único - “A deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho”.

Art. 4º - “Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como:

I) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paradedista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação;

II) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente

56 Aqui, o STF, ao invés de dispor detidamente sobre os termos e limites do direito de greve, preferiu aplica, analogicamente, a lei de greve dos trabalhadores privados.

57 A partir daqui repetimos trechos das ementas dos MI’s 670 e 708.

tomados por grevistas; e

III) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em suma, ainda que o STF não tenha mandado publicar a lei que aprovou e sancionou, ela decidiu tal como descrito no esquema normativo acima. O STF substituiu os Poderes Legislativo e Executivo e aprovou e sancionou a lei de greve dos servidores civis, que continuará em vigor até que lei posterior venha a revogá-la. Se o Legislativo e Executivo aprovarem e sancionarem nova lei, esta irá revogar aquela expedida pelo STF. Tudo muito simples!

Pode-se afirmar que o STF não decidiu no esquema acima traçado (editando uma norma em forma de lei), mas, na prática, o que ele fez foi isso. Editou uma lei.

A pergunta, então, que se faz, é a seguinte: e o Judiciário está autorizado constitucionalmente a substituir os demais Poderes estatais em suas atribuições privadas ou exclusivas, fora do alcance do mandado de injunção?

Minha resposta é afirmativa. Pode substituir sim, se no exercício de sua atividade típica de julgar reconheça a violação ao direito subjetivo de outrem. E tal poder deriva do inciso XXXV do art. 5º da CF que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Michele Taruffo, interpretando a nossa Carta Magna, chega a afirmar que “a Constituição brasileira ao atribuir ao juiz o poder de assegurar a realização dos direitos fundamentais – ante a ausência de normas legais ordinárias que os prevejam – não quer mais do que atribuir à jurisdição uma função supletória em relação aos outros poderes do Estado, precisamente com o fim de assegurar que os direitos fundamentais cheguem a se realizar”<sup>58</sup>.

Mas, assim como no direito à legislação (através do mandado de injunção), o Judiciário poderá sempre, em qualquer hipótese, substituir qualquer pessoa, pública ou privada, por mais exclusiva que seja a declaração de vontade exigida do obrigado, desde que reconheça o direito subjetivo.

Para tanto, ainda, o Judiciário poderá se valer da técnica mencionada no § 5º do art. 461 do CPC, isto é, “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

A princípio, cabe ao juiz, substituindo o obrigado, fazer o que ele deveria ter feito, concedendo a prestação especificamente pedida. Não sendo possível, naquelas hipóteses de obrigações personalíssimas, cabe, então, para obtenção do resultado prático equivalente, adotar medidas para alcançar o mesmo desiderato. Se você não quer assinar a escritura, eu mando o tabelião lavrar a escritura mesmo assim; se você não quer desembaraçar o bem importado, eu desembarço; se você não quer soltar o preso, eu abro a porta da prisão; se você não quer pagar, eu apreendo seu bem, vendo-o e com o dinheiro pago seu credor; se você não quer pagar, eu apreendo seu dinheiro e com ele seu credor; se você não quer nomear e dar posse ao servidor, eu nomeio e dou posse, etc, etc.

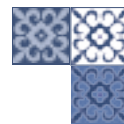
Poderiam perguntar: e essa atribuição, esse poder tão extenso, se sustenta diante da teoria da separação dos poderes? Creio que sim. Isso porque, em verdade, em nenhum momento, nem na doutrina dos seus criadores, se afirmou que o juiz não poderia substituir o Poder Executivo ou Legislativo obrigado a uma prestação.

Vejam, ao Judiciário, sempre e sempre, foi reservada a competência para fazer observar o direito objetivo, quando diante de um direito subjetivo. E tal decorre da separação dos poderes. Seu poder é realizar o direito subjetivo. Assim é hoje, assim era no passado.

Contudo, no passado, seja por força da cultura jurídica acanhada, seja especialmente por força da ideologia dominante, especialmente nos estados autoritários e liberais, não se retirava dos textos constitucionais direitos subjetivos, especialmente quando se tratava de direitos sociais ou direitos que tinham o Estado como devedor. Entendia-se que as muitas regras constitucionais eram meramente programáticas. Não estabeleciam direitos; eram mera carta de intenções.

Da mesma forma, em decorrência de ideologia corrente (que sufragam a supremacia do Estado), sempre se entendeu que outras cláusulas constitucionais, especialmente as que tratam da estrutura e organização do Estado, não geravam direitos aos administrados. Por exemplo, quando a Constituição afirma que compete à União “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (inciso XXIV do art. 21) se tinha (e os mais conservadores assim ainda pensam) que essa cláusula não gerava qualquer obrigação para o Estado. Moderna teoria, no entanto, vê, neste dispositivo, o direito à organização e procedimento. Em suma, do referido texto constitucional surge o direito dos trabalhadores em exigir que o Estado organize, mantenha e execute a fiscalização do cumprimento da legislação do trabalho (direito à organização e procedimento, na linha da doutrina de Robert Alexy). Direito subjetivo de um (dos trabalhadores), dever do outro (do Estado).

O mesmo se diga da cláusula que estabelece a competência para União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios” (art. 21, inciso



XIII). E se a União não organizasse o Poder Judiciário do Distrito Federal, ficaria por isso mesmo? Valeria a vontade do “ditador” (presidente) de plantão? Não poderia o STF substituir o obrigado e adotar providências para a organização e manutenção do Poder Judiciário do Distrito Federal? Estamos ou não diante de um direito subjetivo do administrado de acesso à justiça (direito primário de organização dos órgãos judiciais e direito à criação de procedimentos para defesa dos meus direitos).

A jurisdição, pois, volta-se à aplicação da regra da perinorma: “dada não-prestação deve ser sanção pelo funcionário obrigado (juiz) em face da comunidade pretensora”. Ou, em outras palavras, reconhecido o direito subjetivo, cabe a atuação do juiz. A questão, pois, está em reconhecer ou não o direito subjetivo.

A extensão e limite do Poder Judiciário, assim, medem-se pelo direito subjetivo. Se estiver diante do direito subjetivo, cabe-lhe satisfazer a obrigação/prestação respectiva, colocando-se no lugar do devedor, realizando a atividade que deveria ter sido realizada por este, tal como se fosse o próprio obrigado, seja quem ele for, particular ou Poder Público.

## 8. CONCLUSÕES

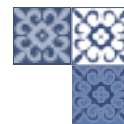
Do exposto, podemos concluir:

- a) a teoria da separação dos poderes, em sua origem, apenas se preocupava em evitar a tirania dos governantes;
- b) a teoria da separação dos poderes, em momento algum, rejeitou a possibilidade do Poder Judiciário substituir os demais Poderes estatais quando estes não cumprem com suas obrigações/deveres;
- c) a jurisdição é a função do Estado que tem por objetivo tornar concreta a vontade da norma jurídica;
- d) no exercício dessa atividade, o Poder Judiciário age em substituição às partes, devendo realizar a atividade devida pelo obrigado, ainda que através de medidas prática equivalentes para se alcançar o resultado equivalente ao adimplemento;
- e) o Judiciário tem o dever de atuar quando diante da alegação do direito subjetivo violado;
- f) das normas constitucionais se extraem direitos subjetivos, inclusive o direito à legislação e o direito à organização do Estado;
- g) o Judiciário pode atuar em substituição aos Poderes Executivo e Legislativo, mesmo nas tarefas de competência exclusiva, quando diante da violação do direito subjetivo de outrem.

## 9. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, Manuel A Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Sujeitos e objetos. vol. I. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. A política. Trad. Nestor Silveira, São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.
- ASCENÇÃO, José Oliveira. Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas. Vol. III, Coimbra: Editora Coimbra, 2002.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione. In: Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Milão: Giuffrè, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. Vol. I. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de direito civil português. Parte Geral. V. I. 3ª ed. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.
- COUTURE Etcheverry, Juan Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1969.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Vol. II, Trad. J. Guimarães Menegale. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- DIDIER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I. 12ª ed. Salvador: Podivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ESPÍNOLA, Eduardo; Espínola Filho, Eduardo. Tratado de direito civil brasileiro. vol. IX. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual, Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FONTES, ANDRÉ. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: DelRey, 2002.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson/Civitas, 2009.
- GOMES, Orlando. Curso de direito civil. Introdução. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- GUASP Delgado, Jaime. ARAGONESES, Pedro. Derecho procesal civil. Tomo I. 7 ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson/Civitas, 2005.
- HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. O federalista. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, s/d.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. Teoria geral do processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Vol. I. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: Podivm, 2008.
- MONTESQUIEU, Barão de Brède et de (Charles-Louis de Secondat). O espírito das Leis. Trad. Pedro Vieira Mota. 8 ed. Saraiva: São Paulo, 2004.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. vol. I., São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. 3 ed. Atual. Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- \_\_\_\_\_. Tratado das ações: ação, classificação e eficácia. vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.
- MACHADO NETO, Antonio Luís. Compêndio de introdução à ciência do direito. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Trad. Angela Romera Vera. Tomo I, Lima: Ara, 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Trad. Edson Bini. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.
- TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Proceso y derecho. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- VARELA, João de Matos Antunes. LIMA, Fernando Andrade Pires de. Noções fundamentais de direito civil. vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1957.



# A LIMINAR NA AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO: O OLHAR DO JUIZ SOBRE O AMOR QUE ANIMA AS PARTES

**GEOVANE DE ASSIS BATISTA**

Juiz do Trabalho Substituto (TRT5 - BA).  
Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando  
em Filosofia (UCSF — Orientador: Dr.  
Juan Carlos Pablo Ballesteros). Contatos:  
philogeo@yahoo.com.br; geovaneab@  
yahoo.com.br.

**RESUMO:** O presente texto tem por escopo trazer à luz duas paixões iminentes ao homem em seu estado pré e social (*o amor de si e o amor próprio*) para demonstrar que o conhecimento dessas causas determinantes dos conflitos intersubjetivos coletivos pode subsidiar o Juiz do Trabalho em suas recorrentes aporias jurídicas nas ações de interdito proibitório, mormente quando cumuladas com pedido de concessão de liminar sem a audiência do sindicato, sob a alegação de prática de turbação ou esbulho possessório pelos trabalhadores em greve.

**PALAVRAS-CHAVE:** Greve. Interdito possessório. Liminar. Amor. Rousseau.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Posse e propriedade. 2.2. Interdito proibitório. 2.2.1. Conceito, requisitos e cabimento. 2.4. A greve. 2.4.1. Histórico, legislação, justificativas, natureza jurídica e conceito. 2.4.2. Ocupação da empresa ou do estabelecimento e piquetagem. 2.5. A medida liminar sem a audiência da outra parte. 2.5.1. Concessão da liminar: ato judicial vinculado, ou facultativo? 2.6. Amor-de-si e o amor-próprio. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O sindicalismo contemporâneo brasileiro costuma ganhar visibilidade pública no período que antecede a data base da categoria profissional, quando a greve se revela um instrumento de reação coletiva ao insucesso das reivindicações socioeconômicas durante as negociações com vistas ao concerto de acordo, ou convenção coletiva.

Fazendo frente ao movimento paredista, a categoria econômica tem inovado sua atuação mediante o uso da ação de interdito proibitório com pedido liminar sem a audiência do Sindicato, sob a alegação de se encontrar sob a ameaça de esbulho ou turbação na posse do estabelecimento.

A processualística trabalhista conhece do poder acautelatório geral do juiz, facultando-lhe, inclusive, a possibilidade de conceder liminar *inaudita altera parte*, sobretudo quando presentes os requisitos legais, como sói ocorrer nas ações de interdito proibitório.

Para além dos requisitos legais, o objetivo deste artigo é apresentar ao leitor uma paixão iminente ao homem (o amor) e demonstrar como essa dimensão passional pode subsidiar o Juiz do Trabalho em suas recorrentes aporias, ao se deparar com pedido liminar, sem audiência da outra parte, nas ações de interdito possessório, sob o fundamento de moléstia na posse provocada pelo movimento paredista.

Pode parecer estranho o juiz ter de se reportar ao amor com vistas à perfectibilidade de sua decisão, na arte jurídica de fazer justiça, sobretudo porque as paixões não costumam ocupar o centro das prioridades analíticas dos juristas.

Pode mesmo revelar-se paradoxal buscar a epistemologia de um fenômeno a-jurídico, na medida em que o conflito de interesses resistidos nas querelas possessórias trabalhistas apresenta como pano de fundo não a paz ou a harmonia, ou o próprio amor, mas a guerra, ou seja, uma tensão intersubjetiva de interesses contrários.

É mesmo curioso falar de amor quando os agentes envolvidos não se encontram em paz, mas em estado de guerra.

Pede-se calma ao leitor, porque não se falará aqui daquele amor<sup>1</sup> que designa a relação intersexual, que exige a presença da amizade e por afetos como a solicitude e a ternura; tampouco daquele relacionado às relações interpessoais, como o amor entre pais e filhos, entre cidadãos, entre cônjuges; menos ainda do amor por coisas ou objetos inanimados, a exemplo do amor ao dinheiro, a livros, obras de arte; ou do amor a objetos ideais, como o amor à justiça, ao bem, à glória; e de modo algum do amor às atividades ou formas de vida, como o amor ao trabalho, à profissão, ao jogo, ao luxo, ao divertimento; de amor à comunidade ou a entes coletivos, à pátria, ao partido político; ou, minimamente, do amor a um ser transcendente que a tradição chama de Deus.

Falar-se-á, sim, de duas paixões iminentes ao homem, onde uma é natural e a outra, artificial; onde a primeira é inata e a segunda, germinada no seio da sociedade. Uma, a tradição filosófica chama de *amor de si* e a outra, de *amor próprio*.

Para consecução desse objetivo, far-se-á rápida incursão conceitual sobre a posse, a propriedade, a greve, o instituto do interdito proibitório e, sobremaneira, a medida liminar, momento em que será investigado o alcance do poder acautelatório judicial.

1 Consultar os estudos de Abbagnano (2003 p.38-39).

Na perspectiva filosófica, tomar-se-á de empréstimo a filosofia de Jean-Jacques Rousseau, introduzindo os conceitos de amor de si e amor próprio para demonstrar porque essas paixões humanas não podem passar ao largo do Juiz do Trabalho, especialmente quando tomados pela dúvida hiperbólica que o arrasta no momento de decidir acerca da concessão ou não de medida liminar *inaudita altera parte*.

Justifica-se a leitura porque ao estudioso das coisas jurídicas não é dado desconhecer do vínculo necessário entre a moral e a ética e entre estas e o Direito.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. POSSE E PROPRIEDADE

*Posse* é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica.<sup>2</sup> A posse pode ser civil, clandestina, contínua, de boa fé, de fato, de má-fé, direta ou imediata, equívoca, ilegítima, indireta ou imediata, injusta, justa, legítima, material ou formal, precária.

Segundo Clóvis Beviláqua,<sup>3</sup> a posse diz-se também mansa, pacífica ou tranquila, ou seja, quando isenta de violência, no seu início e enquanto perdura. A posse também pode ser violenta quando adquirida pela força. Para Clóvis,<sup>4</sup> a violência empregada pelo possuidor na defesa da posse, quando turbada ou para reavê-la, incontinenti, do esbulhador, não constitui vício.

Quem detém a posse é chamado de posseiro, ou possuidor. Será o primeiro quando possui a posse de terras particulares ou devolutas sem legítimo título. O segundo, quando detiver de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade.<sup>5</sup>

Juridicamente, diz-se propriedade o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral.<sup>6</sup> Propriedade é também o poder de ocupar a coisa, tirando dela os proveitos, os produtos, periódicos ou não, os acréscimos, podendo modificá-la, dividi-la, aliená-la ou destruí-la (salvo as restrições legais); enfim, de reivindicá-las de terceiros.<sup>7</sup>

No *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Rousseau crítica a propriedade por considerá-la um dos sinais mais evidentes do progresso das desigualdades e do processo de alienação das liberdades entre os homens, precisamente por fortalecer a desigualdade entre poderosos e fracos.

Para esse pensador, a propriedade não é um direito natural, mas convencional, porque fruto da manifestação volitiva dos homens. Daí concluir que a propriedade nasceu com a sociedade, e seu verdadeiro fundador foi:

[...] o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acredita-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes de que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!” Grande é a possibilidade, porém, de que as coisas já então tivessem chegado ao ponto de não poder mais permanecer como eram, pois essa ideia de propriedade, dependendo de muitas ideias anteriores que só poderiam ter nascido sucessivamente, não se formou repentinamente no espírito humano. Foi preciso fazer-se muitos progressos, adquirir-se muita indústria e luzes, transmiti-las e aumenta-las de geração para geração, antes de chegar a esse último termo do estado de natureza.<sup>8</sup>

Não obstante a crítica rousseuniana, o direito de propriedade, entre nós, constitui garantia fundamental de envergadura constitucional,<sup>9</sup> sendo dado ao cidadão defendê-lo pela via judiciária, mediante a ação de interdito proibitório.

### 2.2. INTERDITO PROIBITÓRIO

#### 2.2.1. CONCEITO, REQUISITOS E CABIMENTO.

2 Jhering, apud Clóvis Beviláqua, referido por Náufel (1984, p. 745).

3 Apud: NÁUFEL, 1984, P. 746

4 Ibidem.

5 (NÁUFEL, 1984, p. 746-747).

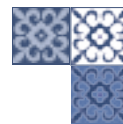
6 Clóvis Beviláqua, apud (NÁUFEL, 1984, p. 764).

7 Ortolan, apud Leo Caldas Renault: referidos por (idem).

8 (ROUSSEAU, 1978b, p.259-230). (grifo nosso).

9 Inc. XXI, do art. 5º da CF/88.





A CLT não cuidou do instituto do interdito proibitório. Fê-lo, porém, o Código Civil<sup>10</sup>, prescrevendo que o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

No caso de turbação ou esbulho, o possuidor poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo, sendo que os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Sem embargo, prescreve o CPC que o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante *mandado proibitório*, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito<sup>11</sup>.

Para Houaiss<sup>12</sup>, o interdito possessório ou proibitório é a ação em que o possuidor, com justo receio de ver sua posse turbada, pede à autoridade judicial para que sejam previstas penalidades aplicáveis contra o réu, caso este intente turbar ou esbulhar a posse do autor.

[...] interdito proibitório é a ação cabível quando houver contra o possuidor direto ou indireto a ameaça de turbação (perturbação) ou esbulho (ofensa efetiva que impede o exercício regular da posse). É uma forma de defesa indireta, cujo objetivo é repelir algum tipo de ameaça à posse de determinado possuidor. Ameaça esta que não pode ser apenas uma desconfiança, mas sim um receio evidente de turbação ou esbulho combatido, através de mandado judicial.<sup>13</sup>

Nesse contexto legal, doutrinário e jurisprudencial, o interdito proibitório, isto é, a interdição proibitiva judicial terá cabimento toa vez que a posse sobre a coisa estiver sob a ameaça de violência ou de violência iminente<sup>14</sup>. Portanto, constituem requisitos da ação de interdito proibitório: (a) o justo receio de turbação ou esbulho na posse; (b) e que moléstia constitua ameaça de violência ou de violência iminente sobre a posse.

Com esteio na Lei de Greve<sup>15</sup>, há quem entenda que, havendo abuso ou irregularidade no exercício do direito de greve, com manifesta ameaça ou iminência concreta de esbulho ou turbação na posse do imóvel do empregador, um dos remédios jurídicos preventivos seria a ação de *interdito proibitório* com pedido liminar *inaudita altera parte*.

Antes, porém, de investigar se existem condições de possibilidade para justificativa dessa proposição, algumas palavras serão necessárias sobre a greve, mormente no que diz respeito ao *modus operandi* dos grevistas no aliciamento dos não grevistas nas portas das empresas ou estabelecimentos.

## 2.3. A GREVE

### 2.3.1. HISTÓRICO, LEGISLAÇÃO, JUSTIFICATIVAS, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Segundo os estudos de Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>16</sup>, a greve era um fenômeno desconhecido na antiguidade, uma vez que não existia a liberdade de trabalho. A fuga era a forma de abstenção do trabalhador. Para realização da greve, imprescindível se revela a existência do fator psicológico da consciência de classe e o senso de antagonismo de interesses.

No Brasil contemporâneo, o direito de greve é assegurado pela CF de 1988<sup>17</sup>, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, sendo que abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Segundo essa orientação, a lei<sup>18</sup> assegurou aos grevistas o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve, com advertência de que os meios adotados por empregados e empregadores não poderão violar ou constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem.

Ainda é da lei de greve a vedação às empresas na adoção de meios para constringer o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

Preconiza, também, a lei que as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

10 Art. 1.210 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002).

11 Art. 932

12 Idem.

13 Processo 0001265-47.2010.5.05.0026 RO, ac. nº 161620/2013, 4ª. TURMA, DJ 10/09/2013.

14 Processo 0137700-51.2007.5.05.0020 RO, ac. nº 032539/2008, 2ª. TURMA do TRT5, DJ 12/03/2009.

15 § 3º, do art. 6º, da Lei n. 7783/89.

16 (2002, p.595).

17 Caput do art. 9º e § 2º.

18 Art. 6º, da Lei nº 7.783 de 28 de Junho de 1989.

Da tolerância à proibição e desta ao reconhecimento, os estudos de Orlando Gomes e Elson Gottschalk revelam que a doutrina elegeu três critérios para o exercício do direito de greve, a saber: jurídico, político e social. Pelo primeiro, o trabalhador é livre para não trabalhar nas condições oferecidas<sup>19</sup>.

Politicamente, justifica-se como “imposição do regime democrático”, ou “tática e estratégica do Partido comunista”, ou “elemento de diálogo”, ou “direito de resistência à opressão”, ou “direito de guerra”<sup>20</sup>.

Quanto ao critério sociológico, pauta-se a justificativa na ideia de que as perturbações produzidas pelos conflitos trabalhistas derivam de um desajuste germinado entre o sistema jurídico estabelecido sob o pressuposto da isonomia de direitos e realidade social do empobrecimento e miséria do povo.

Muitos autores veem na natureza jurídica da greve um *direito* e outro, um *fato social*. Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>21</sup> não tem dúvida de que a greve corresponde a um fato tomado em consideração pelo Direito, porque a história das greves mostrou que, entre nós, o sujeito ativo desse direito não é o indivíduo, mas, sim, o sindicato, situação que não autoriza falar-se em direito subjetivo de greve senão onde está em jogo o interesse coletivo do grupo profissional. Portanto, para esses doutrinadores, o titular do direito de greve é quem se investe, por força de lei, na representação desses interesses coletivos.<sup>22</sup>

Tem-se, assim, que a declaração da greve constitui um negócio jurídico coletivo; uma declaração unilateralmente receptícia, por implicar exercício de um direito potestativo com modificação futura das condições de trabalho, produzidas somente após a comunicação do estado de greve ao empregador.

Para Délio Maranhão e Rivero, a greve é uma declaração sindical que condiciona o exercício individual de um direito coletivo de suspensão temporária do trabalho, visando à satisfação de um interesse profissional.<sup>23</sup>

### 2.3.2. OCUPAÇÃO DA EMPRESA OU DO ESTABELECIMENTO E PIQUETAGEM

Muita vez, o exercício do direito de greve constitui um incômodo ao empregador, especialmente quando antecipado ou seguido de atos de violência contra a posse ou bens do empregador, como a sabotagem, a boicotagem, a ocupação da empresa ou estabelecimento e também a piquetagem<sup>24</sup>.

Segundo a doutrina de Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>25</sup>, a ocupação da empresa ou do estabelecimento é uma forma de ação direta cujo exercício implica invasão das fábricas e escritórios pelos grevistas, aí permanecendo sob o mote de proteção e vigilância das instalações industriais.

Noticiam esses estudiosos que a ocupação é prática condenada como manifestação de violência contra os bens de propriedade do empresário, ensejando-lhe ação judiciária civil visando à expulsão, sem embargo da responsabilidade criminal.

Já a *piquetagem* consiste “[...] na organização de grupos de grevistas, que vigiam o ingresso na empresa ou estabelecimento para impedir o acesso dos não grevistas [...] para exercer persuasão ou coação.”<sup>26</sup>

A piquetagem pode ser um recurso pacífico, ou violento. O aliciamento por piquetes pacíficos, “[...] com objetivo de propaganda, cartazes, locução. Emprego de meios não ofensivos ou violentos, mas apenas persuasivos, constitui a piquetagem uma das garantias dos grevistas (art. 19, II, Lei n 4.330).”<sup>27</sup> Entretanto, havendo coação e violência sobre as pessoas, é considerada ação criminosa, na forma do inc. I, do art. 197, do Código Penal brasileiro.

Sob o discurso de a piquetagem constituir sempre uma ameaça ou violência consubstanciada no esbulho ou turbação da posse, os empresários vêm tornando recorrente o expediente da ação de interdito possessório com pedido liminar de interdição proibitiva do movimento paredista nas portas das empresas ou estabelecimentos.

### 2.4. A MEDIDA LIMINAR SEM A AUDIÊNCIA DA OUTRA PARTE

Com esteio no ordenamento civil<sup>28</sup>, movida a ação de interdito proibitório, e estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração.

[...] a defesa preventiva da posse, ante a ameaça de turbação ou esbulho. Consiste em armar o possuidor de mandado judicial, que a resguarde da moléstia iminente. Não é necessário que se aguarde a turbação ou o

19 “Concepção filosófico-individualista do direito de não trabalhar”: (GOMES e GOTTSCHALK, 2002, p. 598).

20 “[...] constituindo um tertium genus: à guerra interindividual ou internacional agrega-se a guerra intersindical” (GOMES e GOTTSCHALK, 2002, p. 599).

21 (2002, p. 601).

22 Ibidem.

23 Apud Orlando Gomes e Elson Gottschalk, obra citada.

24 (Gomes & Gottschalk, 2002, p.613-614).

25 (2002, p. 613)

26 (GOMES & Gottschalk, 2002, p. 614).

27 Idem.

28 Art. 928 do Código Civil.



esbulho. Pode antecipar-se ao cometimento da violência, e obter um julgado que o assegure contra a hipótese de vir a acontecer, sob pena de o réu pagar multa pecuniária, em favor do próprio autor ou de terceiro. Com a cominação do preceito, o réu se contém, e se não se abster de a moléstia, automaticamente, incidirá na pena [...]”.<sup>29</sup>

Mas caso a ação não esteja devidamente aparelhada,<sup>30</sup> o julgador determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Constata-se, portanto que a lei processual estabeleceu duas modalidades de concessão de medidas preventivas, das quais uma comporta a instrução probatória e a outra se satisfaz com a prova fornecida pelo requerente.<sup>31</sup>

#### 2.4.1. CONCESSÃO DA LIMINAR: ATO JUDICIAL VINCULADO, OU FACULTATIVO?

Ouvir ou não ouvir a parte contrária? Eis uma questão que se apresenta ao Juiz no momento em que aprecia o pedido de concessão da liminar nas ações proibitivas. Tratando dessa temática, a doutrina tem envergado um duro debate na tentativa de estabelecer se, em casos que tais, a audiência da parte contrária constitui ato judicial vinculado, ou facultativo.

Seguindo o processo cautelar vigente, o *juiz poderá* determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.<sup>32</sup>

Dispõe, ainda, que, para evitar eventual dano, o *juiz poderá* autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ou ordenar, por exemplo, a guarda judicial de pessoas.<sup>33</sup> Nessa mesma linha, preconiza que somente em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, o juiz determinará medidas cautelares sem audiência das partes.<sup>34</sup>

Curioso observar que a lei sempre se reporta ao verbo “poder” no futuro: “poderá”. Com efeito, ao engendrar as normas cautelares no interdito proibitório, o legislador facultou ao juiz a possibilidade de conceder medida liminar com a seguinte proposição: “Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração [...]”.

Parece, então, autorizada a inferência no sentido de que se vinculado fosse o ato judicial, o imperativo categórico seria o verbo “dever”, situação em que a expressão “o juiz poderá” seria substituída pela locução “o juiz deverá” conceder o mandado proibitivo.

Não obstante, podem argumentar — e não sem razão — que o poder judicial sofre do vício da antinomia, exatamente por conceber a existência “casos excepcionais” em que o juiz poderá conceder a liminar prescindindo da oitiva da outra parte. Como se vê, a questão não é fácil de ser resolvida.

Para o objetivo deste trabalho, revela-se irrelevante se o poder acautelatório geral do juiz, nas ações de interdito proibitório, cumulativas com pedido liminar, constitui um poder, ou um dever, pois, conforme Francisco Raitani,<sup>35</sup> o direito não fixa ao juiz limites muitos estreitos, que não podem ser ultrapassados, já que ele dispõe de liberdade para mover-se — e nisso atua sua vontade.

Para Raitani, o importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem. Sustenta que um dos grandes dramas do *nacional-socialismo* foi ter criado uma doutrina autoritária do direito, fazendo do juiz *Fürer* do processo — concepção trágica onde os homens eram manejados pelo sistema. Mas, adverte, no dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo.<sup>36</sup>

Portanto, aqui é questão desinflante, embora carregada de importância doutrinária, perquirir sobre a existência (da e na lei), das condições de possibilidades para concessão da liminar sem ouvir a outra parte.

Parece despertar mais interesse conhecer o que determina o homem na defesa dos interesses individuais e coletivos, no exercício do direito de greve e de resistência a ela mediante o uso do instituto do interdito proibitório.

Parafraseando Rousseau no *Contrato social*, é do homem que se deve cuidar. Mas não do homem onde a vontade, a ação, o interesse, o direito subjetivo sejam escravos das próprias inépcias; e sim do homem artífice, autoral; enfim, do homem que se movimenta e que não se dá nem se vende e que não aliena a vontade, a autoridade

29 (PEREIRA, 998, p. 55).

30 Art. 927 do Código Civil (sem a prova da posse, ou da turbação e/ou esbulho praticado pelo réu; ou ainda, sem a indicação da data da turbação ou do esbulho; ou, também, sem a prova da continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; ou, finalmente, a perda da posse, na ação de reintegração).

31 (RAITANI, 1987, p.970).

32 Art. 789 do CPC

33 Art. 790 do CPC

34 Art. 797 do CPC.

35 (1987, p. 16)

36 Eduardo J. Couture. Introdução ao estudo do processo civil, tradução Victor Russomano, p. 87-8 — Apud: (RAITANI, 1987, p. 17).

e a autonomia — seja quando exercita o direito de greve, de um lado, ou o de interdito proibitório, de outro.

Olhar para o homem é compreender que por trás das reivindicações trabalhistas e possessórias que os animam jazem paixões que contaminam as pessoas jurídicas e que não podem ser ignoradas pelo julgador. A tomada de consciência dessas paixões revelará um juiz animado pelo respeito à opinião do outro e pelo princípio constitucional da igualdade de direitos entre os homens.

## 2.5. O AMOR DE SI E O AMOR PRÓPRIO

Pode parecer estranho ter o juiz de se reportar ao amor com vistas à perfectibilidade de sua decisão, na arte jurídica de fazer justiça. Pode mesmo revelar-se paradoxal a busca epistemológica de um fenômeno a-jurídico, na medida em que o conflito de interesses resistidos nas querelas possessória trabalhistas tem como pano de fundo não a paz ou a harmonia, mas, irredutivelmente, a guerra, ou melhor, uma tensão subjetiva radicada no confronto de dois amores. Seria mesmo possível falar de amor quando grevistas e empregador se encontram em conflitos trabalhistas?

Pede-se calma ao leitor, porque não se falará aqui daquele amor<sup>37</sup> que designa a relação intersexual, que exige a presença do da amizade e por afetos como a solicitude e a ternura; tampouco daquele relacionado às relações interpessoais, como o amor entre pais e filhos, entre cidadãos, entre cônjuges; menos ainda do amor por coisas ou objetos inanimados, a exemplo do amor ao dinheiro, a livros, obras de arte; ou do amor a objetos ideais, como o amor à justiça, ao bem, à glória; e de modo algum do amor às atividades ou formas de vida, como o amor ao trabalho, à profissão, ao jogo, ao luxo, ao divertimento; de amor à comunidade ou a entes coletivos, à pátria, ao partido político; ou, minimamente, do amor a um ser transcendente que a tradição chama de Deus.

Falar-se-á, sim, de duas paixões imanentes ao homem, onde a primeira é natural — o amor de si — e a segunda, artificial, ou seja, daquela paixão germinada no seio da sociedade, a saber: o amor próprio.<sup>38</sup>

Pois bem.

A partir da concepção de uma liberdade radicada nos estágios pré e social do homem, Rousseau<sup>39</sup> enfatiza no *Contrato social* que o ente livre constitui corolário da natureza do próprio homem, e que sua primeira lei consiste em zelar pela própria conservação, e que seus primeiros cuidados são aqueles que se deve a si mesmo, e assim que alcança a idade da razão, sendo o único juiz dos meios adequados para conservar-se, torna-se, por isso, senhor de si.

Para Rousseau, a liberdade de agir sempre estará imbricada com o *amor de si*, pois, conforme anota Luiz Roberto Salinas Fortes<sup>40</sup>:

Até aqui a “alma” humana foi considerada em relação às suas faculdades, por assim dizer, superiores, tal como eram qualificadas pela filosofia de Platão: a Razão e a vontade livre. Agora Rousseau volta-se para consideração da energia propulsora, daquilo que faz o homem agir. Quais seriam os apetites, os impulsos, os desejos primordiais, em uma palavra, as paixões primitivas do homem? Ao lado de sua inteligência potencial e da sua vontade livre, os homens são ainda dotados de disposições que os impulsionam em determinadas direções. É para atender às determinações de suas paixões que o homem age.

Nesse agir moralmente livre, Rousseau volta ao estado de natureza para resgatar no homem-primevo um sentimento que pudesse blindar o homem-civil de toda força que o levasse à escravidão pessoal ou real, seja na lida de suas paixões consigo mesmo, ou nas relações com o Estado, porquanto o homem nascera livre e dotado de paixão natural:

Essa liberdade comum é uma conseqüência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em zelar pela própria conservação, seus primeiros cuidados são aqueles que se deve a si mesmo, e, assim que alcança a idade da razão, sendo o único juiz dos meios adequados para conservar-se, torna-se, por isso, senhor de si.<sup>41</sup>

A essa paixão inata, que protege o homem na sociabilidade adquirida e que nunca o abandona, servindo-lhe de instrumento para preservação da própria vida; a essa paixão constitutiva do direito natural, Rousseau<sup>42</sup> chamou de *amor de si* — amor que diz ser sempre bom e sempre conforme a ordem; e que, estando cada qual encarregado de sua própria conservação, o primeiro e mais importante de seus cuidados é e deve ser zelar por ela continuamente.

Na leitura de Genildo Silva<sup>43</sup>, Rousseau reduz as paixões primárias (alegria, tristeza, desejo e indolência

37 Consultar os estudos de Abbagnano (2003 p.38-39).

38 Filósofo (1712 – 1778).

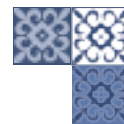
39 (1978, p. 23).

40 (2007, p. 64).

41 (ROUSSEAU, 1978c, p. 23).

42 (2004, p. 287).

43 (2004, p. 101).



etc) ao instinto natural, sendo todas derivadas do *amor de si*, ou seja, do sentimento primariamente máximo que dá origem a outros sentimentos ou a conceitos morais.

Segundo Grotius,<sup>44</sup> Marcus Tullius Cicero significou o *amor de si* como um “princípio primitivo”, segundo o qual todo animal, desde o momento de seu nascimento, se torna caro a si mesmo; é sempre levado a se conservar e a amar seu estado e tudo que tende a mantê-lo; tem horror à destruição e a todas as coisas que parecem capazes de eliminá-lo.

Para o jurista holandês, o primeiro dever do homem é o de conservar-se no estado em que a natureza o colocou; de reter o que é conforme a natureza e de repudiar as coisas que lhe são contrárias.

Mas o filósofo de Genebra soube transcender as ideais de Grotius, ao defender<sup>45</sup> que, para nutrição e cuidado do que conserva o homem, é preciso que ele saiba amar esse bem, porque o amor de si, que só ao homem mesmo considera, fica contente quando suas verdadeiras necessidades são satisfeitas.

O pano de fundo do amor de si ou dos primeiros cuidados que o homem deve a si mesmo — tornando-se senhor de si e de sua autopreservação no estágio natural e sedimentada com a idade da razão — só pode residir no primado da liberdade<sup>46</sup>.

Entretanto, o homem possuidor e senhor do sentimento do amor de si, vivendo no estado de natureza, via-se frente a frente com obstáculos nocivos à própria conservação, obstáculos esses que, pela natureza que encerravam, poderiam sobrepujar as forças de que dispunha para se manter nele.

Assim, com o incremento desses obstáculos, e não podendo o homem gerar novas forças, senão unir e dar direção às já existentes, Rousseau compreende que esse homem do estado pré-social já não tinha outro meio de se conservar senão formando, por agregação, um conjunto de forças que pudesse sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto social, cujo somatório dessas forças só poderia originar-se do concurso de muitos — onde a força e a liberdade de cada indivíduo constituíssem os instrumentos primordiais de sua conservação.

Se, no estado de natureza, o homem nasce livre e vive sob o condão do *amor de si*, ao ingressar no estágio civil, passa a conhecer e a coexistir com outra paixão chamada de *amor próprio* — amor que não se confunde com o *amor de si*, porque distintos entre si e em seus efeitos. Explica o genebrino que o amor de si mesmo é um sentimento natural que leva todo e qualquer animal a cuidar de sua própria preservação e que, guiado no homem pela razão e modificado pela compaixão, cria humanidade e virtude.

[...] porque ese amor es aquel estado de conciencia en el cual (como se expresa Del Vecchio) el hombre prescinde de lo que constituye su individualidad em el orden empírico, obra como si en él obrase la humanidad; su voluntad se purifica, se hace absoluta; el sujeto llega a encontrar en si mismo en principio común de todos los seres y a abarcar con su determinación un mundo entero. Para Rousseau, en el amor de si el hombre siente el valor universal de la interioridad, siente palpitar y vivir en si la humanidad y el Gran Ser universal.<sup>47</sup>

Já o *amor próprio* germina na sociedade e, por isso, constitui um sentimento relativo, pois que sua manifestação se verifica apenas quando o homem passa a se relacionar com seu semelhante, fazendo do amor próprio uma potência, onde cada homem valoriza a si mesmo, levando-o a todos os males que uns fazem com os outros, pois, logo que os homens passaram a se apreciar mutuamente e se lhes formou no espírito a idéia de consideração, cada um pretendeu ter direito a ela e a ninguém foi mais possível deixar de tê-la impunemente.<sup>48</sup>

Afastando-se do isolamento em que se encontrava no estado de natureza, e jogado às teias da sociabilidade sob o manto do *amor próprio*, o homem passa a se relacionar com outros homens, deixando de olhar apenas para si mesmo e, desnaturando-se, começava a lançar seu olhar para seus pares e, no comparar-se com o outro, alimentava o sentimento de ser o primeiro e, mais que isso, de ser o melhor.

Com o *amor próprio*, o homem passa a interagir o seu “eu” com o “eu” do “outro”; o seu *eu natural* com o *eu artificial*, desejando, nesse novo *modus vivendi*, a hegemonia do seu “eu” sobre o “eu” de outrem.

O *amor de si*, ao contrário do *amor próprio*, constitui um sentimento natural que leva todo e qualquer animal a cuidar de si mesmo, evitando o que se lhe apresentar danoso à sua vida. Assim, ao ingressar na sociedade, esse sentimento de proteção e autopreservação constitui inclinação constante, levando o homem, inclusive, a providenciar todo o instrumental necessário para manutenção e satisfação da vida, como o trabalho e a propriedade.

44 (2004, p. 99).

45 (2004, p. 289).

46 (ROUSSEAU, 1978, p. 23).

47 (MONDOLFO, 1962, p.45-46).

48 (1978c, p. 263).

## 2.6. O OLHAR JUDICIAL SOBRE O AMOR DAS PARTES.

A propriedade e a greve constituem duas garantias constitucionais. Ao exercitá-los, o empregador e o empregado não se desligam das paixões. Por elas determinados — com ou sem o freio da razão — a eles é dado preservar não só os bens patrimoniais como também os extrapatrimoniais, como a igualdade, a liberdade ou, ainda e mais importante, a própria vida, podendo, inclusive, fazer uso da força, quando as circunstâncias autorizarem.

Dessas paixões, o amor de si e o amor próprio constituem afetações incrustadas na sociabilidade com grande repercussão mundo jurídico, especialmente no que tange à proteção da vida consubstanciada no direito ao trabalho, à alimentação, à posse e à propriedade. Afinal, que é a legítima defesa senão uma das expressões mais sintomáticas do *amor de si* pela preservação da própria vida ou de outrem.

O amor de si e o amor próprio são paixões experienciadas pelo homem que conseguem transcendê-lo e contaminar, com igual magnitude, até as pessoas artificiais, como o sindicato e a empresa comercial.

A inclinação natural do homem à preservação da vida se diz de vários modos, ora quando vende a força trabalho e exercita o direito de greve com vistas à manutenção ou incremento das garantias salariais relacionadas ao bem estar social; ora, quando se vale do mandado proibitório para alijar da posse a ameaça de esbulho ou turbação pelos grevistas.

Nessa quadra, a ação de interdito proibitório, agitada com pedido de liminar, sem a ouvida do sindicato da categoria profissional que se encontra em greve, revela ao juiz trabalhista irreduzível oportunidade de observar a existência de conflitos de interesses entre dois bens da vida de caráter eminentemente constitucional, a saber: a greve<sup>49</sup> e a propriedade<sup>50</sup>.

Mas fazer justiça distributiva, equitativa ou isonômica, sobretudo quando em xeque bens que gozam de envergadura constitucional, implica maior acautelamento judicial na distribuição da proporção inerente a cada litigante: *suum cuique tribuere*.

O juiz não pode perder de vista que, quando o possuidor busca a proteção possessória, sem a ouvida do sindicato, o requerente age motivado pelo amor de si e pelo amor próprio; e, nessa mesma linha, o requerido; igualmente, que um e outro envidam todos os esforços para alcançar os fins determinados razão, ou paixão.

Nesse olhar lógico, deferir incontinentemente a liminar *inaudita altera parte*, mormente quando persiste a dúvida hiperbólica sobre a situação hipotética narrada na preambular possessória, poderá revelar indícios de que o juiz decidiu levado pelo calor das paixões do Requerente.

Não se pode esquecer que o juiz é humano e como tal também é senhor e possuidor do amor de si e do amor próprio; outrossim, que esses amores não podem ser confundidos com os das partes.

No momento em que se encontra no exercício da prestação jurisdicional, o amor que deverá prevalecer exclusivamente é o amor de si. Mas não o amor de si para conservação dos interesses próprios — hipótese em que daria lugar ao amor próprio —, e sim os da justiça.

No dever jurisdicional, o olhar fenomenológico do juiz deve compreender as paixões das partes e, mantendo-se equidistante, transcendê-las em prol do bem da vida que deverá ser defendido e preservado: a justiça.

Malgrado o homem-juiz não esteja imune às facetas do amor próprio — sobremaneira pela pertença à sociedade pós-moderna, onde o imperativo tem sido o egoísmo — o juiz-homem dele deverá manter-se distante, sobretudo daquele que afeta os litigantes, pois que, muita vez, se revela incompatível com o ideal de justiça, já que tende a garantir a maior proporção em proveito próprio.

Nessa textura, atender a pretensão possessória *inaudita altera parte* pode representar um duro golpe à justiça, cuja essência deve ser preservada, desvelando os fatos como ordinariamente se apresentam ao mundo sensível. Como sabido, onde há fatos, há também interpretações e versões que, levadas pela força do amor próprio, não raro, tendem a discrepar da realidade empírica, ensejando ao juiz uma falsa percepção (sensitiva ou racional), exatamente por tomar a mimese ou simulacro narrado na inicial como verdade, sem se dá conta de que pretensa verdade não passa de maquinação ou hipótese ou fantasia enganadora.

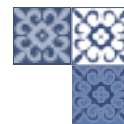
O olhar do juiz sobre o amor de si e o amor próprio que as partes carregam — como o caracol carrega sua casa nas costas — é cautela que se harmoniza com a observância do princípio do contraditório, princípio que também não pode ser olvidado no enfrentamento das ações de interdito proibitório, principalmente quando agitadas com pedido de interdição liminar.

Portanto, a cognição a *posteriori*<sup>51</sup> desses dois amores em harmonia como princípio do contraditório é proteção acautelatória que agasalha o juiz, haja vista a versão unilateral de ameaça de esbulho ou turbação não

49 Art. 9º, da CF/88.

50 Inc. XXII, do art. 5º, da CF/88. É verdade que a propriedade é sempre significada pela presença de um título imobiliário a posse, pela ocupação do imóvel. Mas parece intuito o sentimento de propriedade radicado no possuidor. Segue-se, daí, que, quando se defende a posse da ameaça de esbulho ou turbação, remotamente também se está defendendo a propriedade.

51 Não perder de vista que a *posteriori* significa agir “com experiência, isto é, com apoio nos fatos dados”; e a *priori*, “sem experiência”.



autorizar a crença justificada de que os fatos ocorreram ou que estejam ocorrendo, ou que ocorrerão nos moldes desenhados na peça promocional.

Não raro, a pretensa situação fática desenhada na proemial não passa de um pseudoproblema. Isso porque eventual alegação de exercício abusivo do direito de greve pode decorrer de mera indução, que, como tal, não passa de probabilidade de existência. Decerto, a indução não garante a verdade: apenas evidencia um procedimento lógico *a priori* da arte de pensar.

Em *A lógica da pesquisa científica*, Karl Popper<sup>52</sup> assevera que a experiência de um caso singular não legitima inferir um enunciado universal, mas tão somente um enunciado particular. Para Popper, basta o aparecimento de um cisne preto para que a proposição segundo a qual todo cisne é branco perca a validade.

Mesmo que existam dez mil cisnes brancos, ainda assim não será possível assegurar que “todos os cisnes são brancos”. Qualquer conclusão nesse sentido pode revelar-se falsa, pois, “[...] independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos.”<sup>53</sup>

Nessa lógica popperiana, dizer que o exercício do direito de greve sempre revelará ameaça de violência ou violenta incontinente à posse do estabelecimento empresarial, é indução particular que não autoriza o enunciado universal de que todas as greves de uma determinada categoria profissional façam uso da força ou da violência para conquista dos fins.

Não basta supor, com apoio em experiências passadas, que os ilícitos penais praticados pelos grevistas em uma dada oportunidade voltarão a se repetir. Ainda que a alegação de esbulho ou turbacão possessória se revele carregada de dados verossímeis, categoricamente não se pode concluir que a simples notícia de deflagração de uma nova greve implique violência.

Ainda que se alegue que o germe da violência já se encontra entranhado no movimento grevista, e, por isso mesmo, a qualquer momento possa eclodir em detrimento do estabelecimento trabalhista, a ameaça que se possa intuir dessa ilação não legitima a crença justificada de que efetivamente esteja ocorrendo, ou que ocorrerá.

Aliás, o julgamento de dissídios coletivos, nas cortes pretorianas trabalhistas, corrobora essa assertiva, já que, circunstancialmente, pode declarar, ou não, a abusividade da greve com efeitos pecuniários e penais. A sentença normativa editada, sobretudo quando há alegação de que a greve operara com atos de violência ao patrimônio empresarial, necessariamente será sempre uma decisão *a posteriori*.

De mais a mais, a concessão de liminar, sem ouvir a parte contrária, na ação de interdito proibitório, pode implicar plena satisfação do objeto não só da medida liminar como também da própria ação principal, hipótese em que a natureza satisfativa da questão meritória implicará manifesto prejuízo ao Requerido, desvirtuando flagrantemente o *telos* da liminar: a exequibilidade do processo principal.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se deseja com o artifício do amor de si e do amor próprio (sublimados pelo princípio do contraditório), engessar a racionalidade judicial, impedindo-a de conceder a liminar *inaudita altera parte*. Não é esse o desejo deste texto.

Ao contrário, visa subsidiar o juiz, trazendo à luz sentimentos humanos invisíveis e por ele sabidos, cuja percepção sensorial ou racional não pode deixá-los inertes n'algum cantinho da mente ou do cérebro.

É preciso que o juiz volte seu olhar para as paixões das partes e, no silêncio, detecte se há ou não, falsas comiserações subliminarmente radicadas nos pleitos liminares. Sob a linha delgada que separa a mentira da verdade, ouvir a outra parte parece ser o caminho da justiça.

Ainda que se diga que o ato judicial de não conceder liminarmente o mandado proibitório *inaudita altera parte* constitua justiça tardia, mormente se a ameaça transmuta-se em violência à posse, no transcurso do prazo assinado à outra parte, essa suspeita — por mais factível que seja — não pode ferir a reta razão do julgador, ao ponto de ignorar o que o outro tem a dizer acerca da versão empresarial. Ouvir o outro não pode ser entendido como a negação sub-reptícia e liminar da medida liminar perseguida.

Ouvir o outro — ainda que o juiz já se encontre convencido de que os requisitos para concessão da liminar estejam presentes; ou que, levado pelo princípio de caridade, tome como verdadeira a versão prefacial — deve ser significado como direito judicial à suspensão momentânea do juízo de convicção, visando com isso tornar cristalinos e distintos os conflitos que impulsionam os litigantes. O diferimento ou adiamento da concessão da liminar revela acautelamento judicial consubstanciado na dúvida metódica, já que deve tender sempre à busca da verdade.

Registre-se, por oportuno, que não será a simples decisão judicial quem garantirá a efetividade da posse mansa, pacífica e tranquila do possuidor esbulhado ou turbado. A ameaça de violência (presumida ou exercitada)

52 (1902-1994). (1972, p. 27-28).

53 Idem.

poderá ocorrer independentemente da interferência proibitiva do Estado-Juiz, uma vez que a manifestação do amor de si e do amor do grevista e, na linha oblíqua, do sindicato profissional que o representa, não surtirá efeito imediato com a mera coação judicial — mesmo que se jogue sobre o sindicato o peso das *astreintes*.

Cumpra lembrar que a proteção possessória editada pela decisão judicial não é exclusiva, mas concorrente. Dito de outro modo, a decisão monocrática não tem o condão de afastar a concorrência das polícias estatais. Se a ameaça de esbulho é violenta, melhor que o possuidor recorra à polícia pública e requirite ação preventiva. Não se trata de força contra força, mas de uma resposta incontinenti do Estado, até que a Justiça diga com quem está a verdade.

A segurança não é dever exclusivo do Estado como também direito e responsabilidade de todos na busca da preservação da paz e da ordem pública, enquanto garantes da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Nesse sentido, o próprio Requerente pode contribuir para inibir a violência excitando dos poderes públicos que apresente respostas remotas e imediatas.

O problema passará a existir se o juiz, fazendo ouvidos moucos à subjetividade passional do leitor, interdite ou proíba, liminarmente, seu direito de externar ponto de vista contrafeito à versão aqui articulada.

#### 4. REFERENCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/> Acesso em 15.01.2014.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/> Acesso em 18.01.2014.

\_\_\_\_\_. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.01.2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.01.2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/> Acesso em 28.02.2014.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.1108.

NÁUFEL, José. Novo dicionário Jurídico Brasileiro. São Paulo: Parma, 1984.

RAITANI, Francisco. Prática de processo civil. São Paulo: Saraiva, V. I e II, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POPPER, Karl R. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1972.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Lourdes Santos Machado; 2ª ed.; São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).

\_\_\_\_\_. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Lourdes Santos Machado; 2ª ed.; São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).

\_\_\_\_\_. Emílio ou da Educação. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, – 3ª ed., 2004.

Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em <http://www.trt5.jus.br>. Acesso em: 02.02.2014.





# EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO

## LUDWIG

Juiz do Trabalho no TRT da 5ª Região/BA, Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – EMATRA5 (a partir de 2012), Ex-membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (2005-2011), Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Mestre e Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a discutir a possibilidade de cumulação da multa destinada aos embargos de declaração manifestamente protelatórios diretamente com a indenização prevista nas normas gerais que tratam da litigância de má-fé (art. 18), como autêntica aplicação do princípio da eficiência nas decisões jurisdicionais, evitando o desvio e o desperdício de recursos humanos e materiais do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** embargos de declaração – má-fé processual – indenização – eficiência

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Eficiência, duração razoável e combate à má-fé processual. 3. Cabimento dos embargos de declaração e protelação. 4. Cumulação da multa dos embargos de declaração manifestamente protelatórios com a indenização pela litigância de má-fé em geral. 5. Conclusões. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Embora os embargos de declaração correspondam, em tese, a um importante mecanismo de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, a realidade concreta vem demonstrando inúmeros casos em que a oposição deste remédio ocorre com propósito meramente desviante, em busca de simples protelação do processo. Esta premissa mais é justificável quando se considera que, de acordo com o Código de Processo Civil, “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes (CPC, art. 538)”, regra aplicável a quaisquer embargos de declaração opostos – embora desde que conhecidos. Por outro lado, a multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, limitada inicialmente a apenas 1% (um por cento) sobre o valor da causa – majorada a até 10% somente na hipótese de reiteração –, não tem se mostrado eficiente para coibir ou ao menos desestimular, por si só, a má-fé processual neste particular.

Este trabalho se propõe a discutir a possibilidade de cumulação desta multa destinada aos embargos de declaração manifestamente protelatórios *diretamente* com a indenização prevista nas normas gerais que tratam da litigância de má-fé (art. 18), como autêntica aplicação do princípio da eficiência nas decisões jurisdicionais, evitando o desvio e o desperdício de recursos humanos e materiais do Poder Judiciário.

Inicialmente o combate à má-fé processual será relacionado com a concretização dos princípios da duração razoável e da eficiência, ambos aplicáveis ao processo. Em um segundo momento haverá um estudo sobre generalidades acerca dos embargos de declaração, especialmente no que diz respeito às hipóteses tipificadas de cabimento, visando a melhor aferir as situações em que ocorre o intuito protelatório. Por derradeiro, discutir-se-á a viabilidade da cumulação das duas consequências processuais em foco, destacando-se, no campo hermenêutico, a compatibilidade pela diferenciação entre a natureza jurídica de cada uma delas.

## 2. EFICIÊNCIA, DURAÇÃO RAZOÁVEL E COMBATE À MÁ-FÉ PROCESSUAL

O uso com fins protelatórios das vias recursais agride essencialmente os princípios constitucionais da eficiência (art. 37) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). Quando, no entanto, se discute a questão do tempo no processo é inicialmente necessário deixar claro que nem todos que deste participam desejam ou procuram a sua célere solução.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “não há eficiência tardia. Não há justiça no atraso da prestação pleiteada. [...] Há que se buscar, pois, a eficiência da prestação jurisdicional, a fim de que tenha assegurado o

1 Noutro trabalho, entendeu-se que “qualquer decisão de não conhecimento de qualquer recurso, inclusive dos embargos de declaração, é de índole declaratória e, conseqüentemente, de eficácia retroativa (ex tunc). Logo, este provimento não tem o efeito de obstar a formação da coisa julgada, não sendo possível interpretação do art. 538 do CPC no sentido de estender, aos embargos não conhecidos, o efeito de interromper o prazo para interposição de outro recurso, não submetendo a tutela dos direitos fundamentais do trabalhador a dilatações desnecessárias”. Conferir LUDWIG, Guilherme Guimarães. Negativa de admissibilidade em embargos de declaração e a ausência de efeito de interrupção para interposição de outros recursos. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Bahia. n.3, jun 2004. Salvador: AMATRA5, 2004, p. 49.

direito constitucionalmente estabelecido e havido como ‘inviolabilidade’<sup>2</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira qualifica, todavia, como “um mito” a ideia de que a solução rápida dos litígios é querida por todos os jurisdicionados, pois, na maioria dos casos, em termos reais e concretos, pelo menos um dos litigantes tem interesse que o feito se prolongue ao máximo possível,<sup>3</sup>

A duração razoável do processo constitui-se objetivo, em primeiro lugar, do juiz na condução do processo, enquanto sujeito ao qual foi constitucionalmente endereçada a missão de pacificação social. É dele a perspectiva macroscópica do quanto uma postura ineficiente em cada processo individualmente considerado pode repercutir de forma muito mais grave nos processos sob a sua jurisdição quando conjuntamente considerados.

Ademais, na atualidade não cabe mais ao juiz mostrar indiferença às transformações sociais e aplicar mecanicamente a norma jurídica. Neste contexto, se é do juiz o papel de transformação da realidade, ele é que se mostra como o principal interessado na entrega em tempo razoável da prestação jurisdicional.

Em segundo lugar, interessa também, em princípio, à parte que tenha tido o seu direito lesionado a rapidez na restituição ou no ressarcimento. O mesmo não pode ser dito, porém, da parte contrária, que tem ciência de que promoveu a lesão. Esta última não possui nenhum interesse em cooperar com a rápida solução do litígio, especialmente quando acredita na impunidade ou na probabilidade alta de que a protelação lhe renda maiores vantagens, seja ganhando tempo para tentar subtrair o patrimônio da esfera de constrição judicial, seja quando, em termos contábeis, a aplicação dos recursos objeto da condenação possa significar lucros superiores ao quanto pagará ao final como compensação legal pela demora do processo.

Em determinadas circunstâncias, entretanto, não apenas quem promoveu a lesão, mas também o próprio lesionado pode possuir interesse em procrastinar o feito e não cooperar com a Justiça. Basta imaginar, por exemplo, que a sentença lhe tenha sido desfavorável, motivo pelo qual oponha embargos de declaração manifestamente infundados apenas objetivando a interrupção do prazo recursal e acreditando na impunidade quanto à prática de tal conduta, baseado no escudo retórico justamente de que é quem mais tem interesse na rápida solução.

É imprescindível à garantia da eficiência do processo judicial<sup>4</sup> que haja rigorosa punição da prática da má-fé processual, inclusive quando manifestada na oposição de embargos de declaração, conferindo assim eficácia real aos dispositivos normativos sancionadores.

O acesso à Justiça não se confunde, para Cândido Rangel Dinamarco, apenas com o mero ingresso em juízo, mas com o acesso a uma *ordem jurídica justa*, sendo necessário que as pretensões apresentadas perante o Poder Judiciário cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar artificialmente a tramitação do processo.<sup>5</sup>

Consoante Marcos Neves Fava, a partir do fenômeno da publicização do processo, os instrumentos de acesso à Justiça já não mais se inserem exclusivamente na esfera restrita dos direitos privados individuais, atingindo e se estabelecendo abrangentemente na órbita dos direitos públicos, com ênfase ao interesse concorrente entre litigantes e do Estado. Isso motivou a transposição do dever geral de boa-fé também para os atos procedimentais praticados em Juízo.<sup>6</sup>

Por outro lado, como destaca José Rogério Cruz e Tucci,

ao lado da intolerável demora na prestação jurisdicional, nada tem desgastado mais o Judiciário do que o escárnio diante de determinada ordem judicial, que acaba se traduzindo em um cômodo instrumento de pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário – exatamente aquele beneficiado pela decisão não cumprida – os termos da rendição... Cumpre, pois, ao ordenamento processual atender, de modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa.

No diploma processual civil brasileiro há a previsão, como norma geral, de um catálogo de condutas desviantes, que podem ser observadas quando a parte: deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou

2 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 106.

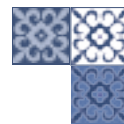
3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: \_\_\_\_\_. Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.3-4.

4 De um modo geral, temos entendido que, na perspectiva de um processo justo, “o princípio da eficiência direciona os órgãos judiciais do Poder Judiciário a potencializar, pela via interpretativa e aplicativa, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os procedimentos e técnicas idôneas a obter a solução ótima à consecução do pleno acesso à Justiça e a concretização de direitos fundamentais”. Conferir LUDWIG, Guilherme Guimarães. Processo trabalhista eficiente. São Paulo: LTr, 2012, p. 153.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil. v. I. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.115.

6 FAVA, Marcos Neves. Execução trabalhista efetiva. São Paulo: LTr, 2009, p.155.

7 TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.23.



fato incontroverso, altera a verdade dos fatos, usa do processo para conseguir objetivo ilegal, opõe resistência injustificada ao andamento do feito, age de modo temerário, provoca incidentes manifestamente infundados ou se utiliza de recursos com intuito manifestamente protelatório (art. 17). Reconhecida a prática da má-fé processual, o enunciado do dispositivo legal prevê duas normas distintas, correspondentes a consequências jurídicas em dois níveis:

a) A primeira, de caráter *disciplinar*, sob a forma de multa pela litigância de má-fé, em valor não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa (art. 18, caput).

b) A segunda, de caráter *ressarcitório*, sob a forma de indenização pelos prejuízos causados no processo, em valor não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento (art. 18, caput §2º).

Existe ainda a disciplina de normas especiais de combate à má-fé processual, nos casos de oposição de embargos de declaração com manifesto intuito protelatório (art. 538, parágrafo único), além da prática de atos atentatórios ao exercício da jurisdição (art. 14, V e parágrafo único), em relação ao descumprimento de provimentos mandamentais, e de atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, art. 600), na fase de execução, ambos inspirados no *contempt of court* anglo-americano.

Em todas as oportunidades em que essas hipóteses são configuradas o conteúdo ético do processo é afrontado, ao mesmo tempo em que os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário são desviados e desperdiçados em direções estranhas e contrárias à autêntica finalidade da jurisdição, o que não atende à necessidade de concretização do princípio da eficiência na atividade jurisdicional do Poder Judiciário. A conduta do litigante de má-fé, especialmente aqui considerado o que opõe embargos de declaração com finalidade manifestamente protelatória, é um grave percalço para a realização do Direito, apenas contribuindo para ampliar o nível de congestionamento e dificultar a entrega da prestação jurisdicional.

Se a eficiência, no âmbito das decisões jurisdicionais, implica em potencializar os procedimentos e técnicas idôneas a obter a solução ótima à consecução do pleno acesso à Justiça e a concretização de direitos fundamentais, é inadmissível a tolerância à utilização desviante do aparato judicial. A aplicação das sanções cabíveis representa também, em última análise, uma atitude pedagógica em favor da eficiência e do bom manejo dos recursos oriundos do erário público.

Não se trata aqui, é importante ressaltar, da parte que faz valer legitimamente uma pretensão recursal sustentável em termos razoáveis, cujo destino se mostre, porém ao final, na rejeição de sua tese pelo Poder Judiciário. Pelo contrário, a má-fé processual é revelada no desvio ou no abuso do direito de recorrer, sempre com uma finalidade deturpada e desleal, notas estas características que são extraídas das circunstâncias do caso concreto. Em consequência desta prática, é gerada uma demanda artificial a logicamente contribuir para a morosidade do processo como um todo, prejudicando, na mesma medida, a apreciação da pretensão daqueles que a deduzem de boa fé em juízo.

### 3. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PROTELAÇÃO

Adota-se neste trabalho a premissa doutrinária de que os embargos de declaração tem a natureza jurídica de *recurso*, enquadrando-se perfeitamente no conceito geral proposto por José Carlos Barbosa Moreira: “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.

Ao esclarecer que o relevante para identificar a natureza de um instituto é o regime jurídico ao qual ele se submete, Roberto Luis Luchi Demo justifica a natureza recursal dos embargos de declaração sob os fundamentos de que eles:

“postergam a relação processual, vale dizer, os embargos se dão na mesma relação jurídico-processual em que foi proferida a decisão objurgada; são um prolongamento procedimental

8 Na doutrina processual, em sentido da natureza recursal dos embargos de declaração: ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito processual do trabalho. 4.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 783; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 880-881; MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. Primeiras linhas de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 557; SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 879-880. Em sentido contrário, CAIRO JÚNIOR, José. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2012, p. 680-681. Para Júlio César Bebbber, porém, a natureza recursal apenas é reconhecida quando se destina a sanar falhas de percepção material. Conferere BEBBBER, Júlio César. Recursos no processo do trabalho. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011, p. 267.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil, v. V. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 231. Em sentido similar, Bernardo Pimentel Souza conceitua o recurso como o “remédio jurídico que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e por terceiro prejudicado, apto a ensejar a reforma, a anulação, a integração ou o esclarecimento da decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou de tribunal ad quem, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do inconformismo”. Conferere SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 24-25.

da situação jurídico-processual das partes no processo, de sorte que impedem a preclusão (em sentido lato, incluindo-se o trânsito em julgado), instaurando tão-somente um novo procedimento (o procedimento recursal); devem ser fundamentados, trazer o porquê dessa nova provocação jurisdicional (ainda que do mesmo Juízo), da continuidade da relação jurídico-processual e são ônus processual da parte”<sup>10</sup>.

Trata-se de um recurso pelo qual o próprio órgão prolator de determinada decisão é convocado a reexaminá-la, para propiciar seu aperfeiçoamento formal, saneando vícios que prejudiquem sua clareza, sua coerência ou sua completude. A presença de tais defeitos é reclamada entre aqueles tipificados na lei, daí porque este remédio processual é classificado como de *fundamentação vinculada*.

Assimila os mesmos fundamentos políticos presentes na origem dos demais recursos: a falibilidade humana e o inconformismo da parte prejudicada. Diferencia-se, entretanto, dos demais, na medida em que não torna necessária a ativação de uma segunda instância para a reapreciação do comando judicial. Ao contrário, como antes referido, é o próprio julgador que efetivamente avalia a existência de fundamentos à pretensão, efetuando, sendo o caso, o julgamento de mérito recursal. Acumula-se, na origem da decisão, a dupla função típica da instância superior, quanto à admissibilidade e ao mérito recursais.

Nas palavras de José Carlos Arouca, é possível:

“qualificar os embargos como modalidade de recurso, sem sua força total para a revisão do julgado, mas como autêntico meio-recurso capaz de aperfeiçoá-lo, diante do juízo de retratação que o qualifica (...). Mas elevado a esfera recursal, nem assim atrai os pressupostos extrínsecos que se tornam exigíveis na oportunidade de aviamento do remédio revisional, como custas e depósito”<sup>11</sup>.

Na perspectiva de um recurso de fundamentação vinculada, os defeitos que autorizam a oposição dos embargos de declaração estão consignados em lei – basicamente no Código de Processo Civil: “cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (art. 535)”. Tal norma jurídica se aplica também ao processo do trabalho diante da omissão e evidente compatibilidade (CLT, art. 769).

É que, no processo do trabalho, a norma celetista não elenca, de forma direta e rigorosamente, hipóteses de cabimento<sup>12,13</sup>. Pelo contrário, disciplina especialmente que será “admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso (CLT, art. 897-A)”. Ressalve-se, porém, quanto a este último vício mencionado – e inexistente no rol do diploma processual civil –, que aqui sim é percebida uma inserção oblíqua nas hipóteses autorizativas da oposição deste remédio.

São quatro, assim, as hipóteses permissivas de cabimento dos embargos de declaração:

- a) Obscuridade;
- b) Contradição;
- c) Omissão; e
- d) Manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Para detectar e compreender o uso irregular e ilegítimo dos embargos de declaração, deve ser delimitado, ao revés, quando tal se dá de modo regular e legítimo – o que significa alcançar o conteúdo de cada um dos conceitos principais que autorizam a oposição deste remédio processual.

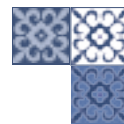
*Obscuridade* é a consequência mais direta da falta de clareza. Obscuro é o ambiente desprovido de luz. Pela linguagem metafórica aplicada ao Direito, obscura é a decisão cujo entendimento é dificultoso ou confuso. Neste caso, tanto faz em que parte da sentença a obscuridade resida, desde que a compreensão do

10 DEMO, Roberto Luis Luchi. Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.27.

11 AROUCA, José Carlos. Embargos de declaração na justiça do trabalho. Revista LTr, v. 65, n. 5, maio/2001, p.537.

12 Este não é o pensamento de José Carlos Arouca, ao referir-se às hipóteses previstas no Código de Processo Civil, concluindo que, “diante da literalidade dos dispositivos transcritos, que todos perderam espaço no processo do trabalho que tem previsão própria para as situações de que cuidam. Portanto, não há mais que se apontar a obscuridade para justificar o pedido de correção”. Todavia, mais adiante, para solucionar a questão da efetiva existência de obscuridades na sentença, o mesmo jurista propõe que: “a obscuridade quando importa em incompreensão total eiva a decisão de nulidade porque fundamentação que não se entende é o mesmo que nenhuma. Logo, existindo omissão de fundamento válido, possível será a correção do decidido através dos embargos, a menos que a obscuridade resulte de subjetivismo da parte”. Conferere AROUCA, José Carlos. Embargos de declaração na justiça do trabalho. Revista LTr, v. 65, n. 5, maio/2001, p.539.

13 Na doutrina, reconhecendo a obscuridade como hipótese de cabimento dos embargos de declaração no processo do trabalho: ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito processual do trabalho. 4.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 782; BEBBER, Júlio César. Recursos no processo do trabalho. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011, p. 270-271; CAIRO JÚNIOR, José. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2012, p. 680; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 883; MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. Primeiras linhas de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 556; SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 880-881.



conteúdo decisório esteja irremediavelmente prejudicada. Entre as causas mais frequentes da obscuridade estão os termos ou expressões que geram ambiguidade.

Se, por um lado, a linguagem técnica é a salvaguarda contra os ruídos de comunicação da linguagem leiga; por outro, desprover a linguagem do operador do Direito de seu caráter hermético é garantir ao cidadão o acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) em sua concepção mais ampla. A redação deve assim primar pela clareza, na harmonia possível entre o uso da linguagem técnica e os termos que não dificultem a inteligência pelo jurisdicionado. Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira destaca que: “*em qualquer caso, a simplicidade – que não exclui a elegância – será preferível ao rebuscamento pedante*”<sup>14</sup>. Deve tornar tecnicamente preciso o conteúdo decisório, sem prejuízo da perfeita compreensão do julgado.

Conforme as circunstâncias do caso concreto, pode ser identificado o manejo com objetivo estritamente protelatório, por exemplo, quando, a pretexto de suposta obscuridade, a parte recorrente apenas argumenta em sentido contrário ao não acolhimento da tese jurídica sustentada em sua postulação, repetindo o quanto ali alegado ou mesmo trazendo novos elementos para rebater a fundamentação adotada em sentença.

Contradição, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “*representa incongruência lógica entre os distintos elementos da decisão judicial, que impedem o hermenêutico de apreender adequadamente a fundamentação dada pelo juiz ou tribunal*”<sup>15</sup>. Coerente é a sentença que não traga consigo contradições entre seus próprios termos. Entende-se aqui, por contradição, uma exclusão recíproca e necessária entre duas proposições constantes do texto da sentença. Não se trata apenas, em qualquer caso, de uma análise em termos puramente lógicos, podendo ocorrer também no campo qualificado da lógica jurídica.

Por evidente, todavia, não há falar em contradição entre simplesmente o resultado decidido pelo juiz e a pretensão desejada pela parte, ou ainda entre os argumentos jurídicos adotados na decisão e aqueles apresentados na postulação. Não existindo, a partir de parâmetros mínimos de discernimento do homem médio, nenhum espaço para dúvida razoável acerca do quanto decidido, a finalidade meramente protelatória pode estar também aqui configurada.

*Omissão* ocorre, segundo José Carlos Barbosa Moreira, quando o juízo não aprecia questões relevantes para o julgamento da lide, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício, ou quando deixa de pronunciar-se acerca de tópico da matéria submetida à sua apreciação,<sup>16</sup>

Na sentença o juiz deve apresentar os fundamentos necessários e suficientes a dirimir o feito, apreciando todas as questões relevantes para o julgamento da lide: tanto as suscitadas pelas partes, quanto as examináveis de ofício. O rol de questões suscitadas pelas partes, quanto a um mesmo ponto, encontra limite a sua apreciação justamente na relevância em relação ao julgamento. Não há omissão se a apreciação de uma questão suscitada ficou prejudicada em face de outra decisiva ao deslinde do feito. É que indiretamente as teses logicamente contrapostas estão sendo repelidas, sem que esteja ausente a fundamentação expressa.

Destaque-se, neste particular, conforme o entendimento pacífico no Tribunal Superior do Trabalho, que “*incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão (Súmula 297 do TST)*”. Trata-se da utilização da via recursal dos embargos de declaração para fins de *pré-questionamento*, diante da omissão acerca da adoção de tese explícita acerca de matéria ou questão na decisão impugnada. Pré-questionar, porém, apenas é cabível na hipótese de subsequente necessidade de interposição de recurso de *natureza extraordinária e fundamentação vinculada* (recurso de revista, por exemplo), sem efeito translativo.

A indicação inverídica de que a sentença é omissa em relação a determinado pedido ou tese da parte quando, em verdade: ou há clara e inequívoca apreciação por parte do órgão julgador, ou sequer foi formulado o suposto pedido ou apresentada a suposta tese; pode também configurar, de acordo com a situação em exame, a oposição dos embargos de declaração com finalidade meramente protelatória.

O mesmo se diga acerca do caráter protelatório quando é buscado desnecessário pré-questionamento na decisão de primeiro grau de jurisdição,<sup>17</sup> como se o recurso ordinário não devolvesse necessariamente ao Tribunal toda a matéria impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*), todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro ou ainda que o órgão julgador tenha acolhido apenas um dos fundamentos dos pedidos ou da defesa (CPC, art. 515, caput e §§1º e 2º c/c CLT, art. 769).

Por fim, a norma celetista confere ao órgão julgador a possibilidade de retratação diante de *manifesto equívoco, em decisão interlocutória reconhecedora ou denegatória de admissibilidade, quanto ao exame dos pressupostos extrínsecos do recurso*. Como é claro, a norma almeja simplesmente a diminuir o número de idas e vindas entre o juízo a *quo* e o *ad quem*, ao evitar a interposição de agravo de instrumento, quando evidente o erro no juízo de admissibilidade.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil, v. V. 7.ed. Rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 539.

15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Curso de processo civil. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 546.

16 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil, v. V. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 539.

17 DEMO, Roberto Luis Luchi. Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.140.

Cumpra enfatizar que o parágrafo único do art. 897-A da CLT, ao referir que “os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”, pela própria literalidade de seu enunciado, não traz ao processo nenhuma hipótese nova de cabimento dos embargos de declaração,<sup>18</sup> mas simplesmente repete a mesma norma contida no art. 463, I do CPC, correção esta que pode ser pleiteada por simples petição. Em verdade, o erro material apenas atrai a oposição dos embargos de declaração (e eventual efeito de interrupção do prazo recursal) se corresponder necessariamente a alguma das hipóteses anteriormente analisadas.

Diante deste restrito rol de hipóteses tipificadas é facilmente observado que a pura e simples reapreciação das provas produzidas ou uma nova discussão acerca das teses adotadas para decidir o feito escapam completamente do alcance e do objetivo desta via recursal. É inadmissível a oposição dos embargos de declaração, como esclarece José Cairo Júnior, “com o único objetivo de alterar o convencimento do juiz e, conseqüentemente, modificar a decisão equivocada ou injusta pela via inapropriada”<sup>19</sup>.

Quando são manifestas a inadmissibilidade ou a ausência de qualquer das hipóteses legais permissivas deste recurso, o intuito protelatório da parte recorrente torna-se evidente e deve ser reprimido.

#### 4. CUMULAÇÃO DA MULTA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIOS COM A INDENIZAÇÃO PELA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM GERAL

No que se refere aos embargos de declaração, diante da sua possível utilização desviante em decorrência do efeito interruptivo do prazo para interposição de outros recursos, é reforçada a defesa da boa fé processual, pela previsão de uma multa específica (responsabilidade penal em sentido amplo), para a hipótese de reconhecimento de protelação manifesta.

Conforme estabelece o Código de Processo Civil,

“quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo (Art. 538, parágrafo único)”.

No que tange a esta norma disciplinar, é preciso notar que ela não se confunde e tampouco repete a hipótese do art. 17 do mesmo diploma, segundo a qual “*reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...] interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório* (inciso VII)”. Isto porque os embargos de declaração não são recurso *interposto*, mas sim *oposto*, pois, como já visto, é o próprio julgador que efetivamente avalia a existência de fundamentos à pretensão e, sendo o caso, decide acerca do mérito recursal.

Logo, diante da interpretação restritiva que deve ser dada às normas disciplinares, tornava-se necessário que o legislador destacasse – *para fins de aplicação da multa* –, como norma especial, um tipo próprio a abranger a oposição deste específico recurso com intuito manifestamente protelatório.

Quanto à norma geral indenizatória prevista no art. 18 do Código de Processo Civil, sua previsão não se deve propriamente à necessidade de mera afirmação do dever de ressarcir o prejuízo decorrente do ato ilícito, uma vez que esse imperativo se constitui mesmo como um princípio geral do direito, pelo qual aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a reparar (CC, art. 927).

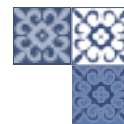
Tal dever é condição inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, não sendo possível conclusão contrária em âmbito estritamente processual, até porque a multa não visa à finalidade de reparação. Em verdade, sob a perspectiva do legislador racional, a norma processual em comento almeja apenas tarifar os valores correspondentes a esta indenização na hipótese de má-fé processual em geral, disciplinando assim uma base de cálculo e uma alíquota máxima.

Desta forma admite-se a possibilidade de cumulação da multa destinada aos embargos de declaração manifestamente protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único) diretamente com a indenização prevista nas normas gerais que tratam da litigância de má-fé (art. 18), como autêntica aplicação do princípio da eficiência nas decisões jurisdicionais, evitando o desvio e o desperdício de recursos humanos e materiais do Poder Judiciário.

Não se faz necessário sequer concomitante enquadramento em qualquer das condutas tipificadas no art. 17 do mesmo Código de Processo Civil – argumento específico pelo qual discordamos parcialmente do

18 Na doutrina processual trabalhista, omitindo tal hipótese do elenco do cabimento: BEBBER, Júlio César. Recursos no processo do trabalho. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011, p. 280; CAIRO JÚNIOR, José. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2012, p. 681-682; MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. Primeiras linhas de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 556. Em sentido contrário, entendendo pelo cabimento dos embargos de declaração no processo do trabalho em caso de erro material: ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito processual do trabalho. 4.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 781; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 884-885; SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 881.

19 CAIRO JÚNIOR, José. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2012, p. 680.



entendimento doutrinário de Mauro Schiavi, embora este autor seja favorável à cumulação das sanções<sup>20</sup>.



Não há superposição de normas na hipótese, na medida em que a multa do parágrafo único do art. 538 e a indenização geral do art. 18 possuem, por definição, *naturezas jurídicas distintas*, sendo perfeitamente conciliáveis diante de um mesmo fato que enseja simultaneamente as responsabilidades penal (em sentido amplo) e civil – circunstância esta que afasta, inclusive, o argumento de indevido *bis in idem* na conduta sancionatória, tal como sustentado por Cleber Lúcio de Almeida na doutrina processual trabalhista<sup>21</sup>.

Não há tampouco violação do princípio da especificidade, pois, entre as regras que regulam os embargos de declaração, não existe disposição legal específica disciplinando a indenização pelo prejuízo, motivo pelo qual pode ser aplicada a norma geral. O ato processual é o mesmo, mas as consequências jurídicas são distintas. Como *pena*, o recorrente protelador pode ser sancionado com a multa prevista somente na norma especial. Deve ainda, porém, por outro lado, pagar indenização ao recorrido pelo prejuízo experimentado e decorrente de sua conduta desviante, em conformidade estrita com a norma geral que trata da litigância de má-fé como um todo.

Embora não haja entendimento jurisprudencial pacífico sobre o tema, é possível identificar, na Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais Tribunal Superior do Trabalho, entre outros, os seguintes julgados:

“Os Embargos de Declaração não se prestam para simplesmente rediscutir a matéria decidida, instituindo um segundo turno de julgamento, pelo mero inconformismo da parte. O princípio da celeridade processual entronizado agora na altitude do art. 5º, inciso LXXXVIII da Constituição da República recomenda que o julgador reprima todos os atos infundados e manifestamente protelatórios que possam retardar a concessão efetiva da tutela jurisdicional. Constatado que os Embargos ostentam natureza nitidamente recursal, fora dos limites legais para sua oposição, é cabível a condenação do Embargante na multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, cumulada com a indenização estipulada no art. 18 do mesmo diploma legal”<sup>22</sup>.

“Sendo o magistrado o responsável pela direção do processo, deve utilizar-se de todos os meios legais colocados à sua disposição, a fim de evitar que as partes utilizem-se de meios desleais ou manobras ardilosas objetivando induzir o julgador a erro, ou procrastinem o andamento do feito, frustrando a realização da justiça. Da leitura da nova redação do caput do artigo 18 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei nº 8.952/94, verifica-se que o primeiro destinatário da norma é o juiz, que tem o dever de condenar o litigante de má-fé, independentemente de requerimento da parte prejudicada. Os embargos declaratórios, por sua vez, devem ser utilizados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, implicando desvirtuamento do seu fim qualquer outro objetivo, tendo por escopo a norma prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, obstar a oposição de embargos declaratórios com intuito procrastinatório. Nesse contexto, as penalidades a que se referem os citados dispositivos (arts. 18 e 538, parágrafo único, do CPC) podem ser cumuladas, conforme já decidiu esta Corte Superior, ao julgar embargos de declaração, através da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais”<sup>23</sup>.

Raciocinar em sentido da impossibilidade de cumulação, aliás, implicaria mesmo em reconhecer a possibilidade de existência de dano decorrente de conduta ilícita processual sem correspondente dever de reparação, argumento que não se coaduna com a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, tampouco com a necessária aplicação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional, direcionando os órgãos judiciais a potencializar, pela via interpretativa e aplicativa, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os procedimentos e técnicas idôneas a obter a solução ótima à consecução do pleno acesso à Justiça e a concretização de direitos fundamentais.

## 5. CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

20 SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 884-885.

21 ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito processual do trabalho. 4.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 787.

22 TST. 129300-16.2005.5.05.0021. SDI1. Rel. Des. Convocado Sebastião Geraldo de Oliveira. DEJT 14.10.2011.

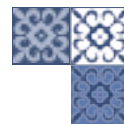
23 TST. E-RR 1066/2006-020-03-00. SDI1. Rel. Min. Horácio Senna Pires. DEJT 21.08.2009.

- 5.1. É imprescindível à eficiência do processo judicial que haja rigorosa punição da prática da má-fé processual, conferindo eficácia real aos dispositivos normativos sancionadores, inclusive diante de medidas de proteção do processo pela via recursal.
- 5.2. Reconhecida a prática da má-fé processual, a norma processual civil prevê consequências jurídicas em dois níveis: A primeira, de caráter disciplinar, sob a forma de multa pela litigância de má-fé, em valor não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa. A segunda, de caráter ressarcitório, sob a forma de indenização pelos prejuízos causados no processo, em valor não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.
- 5.3. Quando são manifestas a inadmissibilidade ou a ausência de qualquer das hipóteses legais permissivas do manejo deste recurso, o intuito protelatório da parte recorrente torna-se evidente.
- 5.4. Em caso de prejuízo à parte contrária, é cabível a cumulação da multa específica prevista no parágrafo único do art. 538 com a indenização geral decorrente da litigância de má-fé prevista no art. 18, não sendo sequer necessário concomitante enquadramento em qualquer das condutas tipificadas no art. 17 do mesmo Código de Processo Civil.
- 5.5. Não há superposição de normas na hipótese, na medida em que a multa do parágrafo único do art. 538 e a indenização geral do art. 18 possuem, por definição, naturezas jurídicas distintas, sendo perfeitamente conciliáveis diante de um mesmo fato que enseja simultaneamente as responsabilidades penal (em sentido amplo) e civil.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Direito processual do trabalho. 4.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.
- AROUCA, José Carlos. Embargos de declaração na justiça do trabalho. *In*: Revista LTr, v. 65, n. 5, maio/2001, p. 537-542.
- BEBBER, Júlio César. Recursos no processo do trabalho. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011.
- CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito processual do trabalho**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2012.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. I. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAVA, Marcos Neves. Execução trabalhista efetiva. São Paulo: LTr, 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. Negativa de admissibilidade em embargos de declaração e a ausência de efeito de interrupção para interposição de outros recursos. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Bahia. n.3, jun 2004. Salvador: AMATRA5, 2004, p.43-50.
- \_\_\_\_\_. Processo trabalhista eficiente. São Paulo: LTr, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. Curso de processo civil. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELES, Edilton; BORGES, Leonardo Dias. Primeiras linhas de processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil, v. V. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. *In*: \_\_\_\_\_. Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 95-116.
- SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6.ed. São Paulo: LTr, 2013.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.





# RESPONSABILIDADE DO TOMADOR PÚBLICO, NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS, APÓS A DECISÃO DA ADC 16 DO STF

## GUSTAVO MENEZES DINIZ DA SILVA SEGUNDO

Doutorando pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Graduado pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Especialista em “Direito Individual e Coletivo do Trabalho”, pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva – em convênio com a Escola Judicial do TRT5; Especialista em “Direito Processual – Grandes Transformações”, pela Rede de Ensino LFG. Graduado em Direito na Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Assistente de Juiz da 15ª Vara do Trabalho de Salvador-BA.

**RESUMO:** O fenômeno da terceirização é uma realidade neste país e como rende, para um lado, lucro, e para o outro, exploração da mão de obra alheia, termina por ocasionar uma série de pretensões postas em Juízo, diuturnamente. Trata o presente trabalho de uma análise acerca do posicionamento do Poder Judiciário nos casos em que a empresa se utiliza do artifício da Terceirização, e, em contrapartida, a responsabilização daqueles a quem se aproveita a mão de obra alheia, em todos os ramos, concedendo enfoque maior, porém, ao Tomador Público, após a decisão da ADC 16, do Supremo Tribunal Federal.

## 1. TERCEIRIZAÇÃO: PROLEGÔMENOS

O dinamismo do mundo contemporâneo impõe uma série de posturas à empresa moderna. Não se admite, hodiernamente, características típicas de iniciantes, no desenvolver das atividades empresariais. É dizer, a qualificação do serviço ou maior concentração na elaboração de produtos induz o empresário a uma centralização de esforços no que realmente deve influenciar na consecução resultado final, e escopo específico da referida atividade: a obtenção do lucro. Neste panorama de preocupações com os fins, desviam-se os esforços das atividades meio a terceiros, de forma que estes, por sua vez, são os verdadeiros especializados na atividade. Surge, assim, o fenômeno da Terceirização.

A doutrina, de forma geral, é homogênea em relação ao conceito da terceirização. A título representativo, Alice Monteiro de Barros, remetendo-se a Washington Monteiro de Barros, delimita o fenômeno referido como sendo a transferência a outrem de algumas atividades consideradas como secundárias, de forma que a empresa principal possa se concentrar em sua atividade-fim. Esta, por sua vez, deve ser entendida como “*aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas*”.

A conceituação do instituto, conquanto tenha sido perfeitamente delimitada socialmente, como se observou supra, pode ser complementada, quando se insere o aspecto jurídico. É dizer, nas palavras do doutrinador pátrio Maurício Godinho Delgado,

(...) terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe 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,<sup>2</sup>

Em síntese apertada e simplória, a terceirização nada mais é que a relação jurídica realizada entre três sujeitos, de forma que cada um dos feixes da triangulação guarda direitos e obrigações específicos, os quais não podem restar desvirtuados, sob pena de ilegalidade do mecanismo, com conseqüências jurídicas avassaladoras para as empresas envolvidas.<sup>3</sup>

## 2. CONTEXTO LEGAL

Inicialmente, cumpre ressaltar que o mecanismo da Terceirização é a exceção, na qual a regra é a relação

1 TRINDADE, Washington L.da. Os Caminhos da Terceirização, Jornal Trabalhista. Brasília. 17.8.1992. ano IX, n.416, p.869. apud MONTEIRO DE BARROS, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 5ed. São Paulo: LTr, 2009. p.452.

2 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

3 Citadas conseqüências serão analisadas ainda no corpo deste trabalho.

jurídica empregatícia formada entre dois sujeitos, empregado e empregador. Esta situação encontra-se prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 2º, caput e 3º, caput. Mister ressaltar, no entanto, que a própria CLT prevê o que, doutrinariamente, entende-se como espécie de terceirização, qual seja o contrato de empreitada e subempreitada, previsto nos arts. 455 e 652, “a”, inc. III, do referido diploma legal.

Desta forma, excluindo-se as relações de empreitada e subempreitada que, a nosso sentir, não atacam diretamente a delimitação do instituto, mas sim as conseqüências práticas de uma execução do contrato retocitado, qualquer conjugação de elementos fáticos que fuja a esta previsão não deve ser considerada, salvaguardada a hipótese de criação, por política legislativa, de exceções legais. Foi nesta conjuntura, de evolução social e “atraso” legislativo em relação a novos aspectos sócio-econômicos, que foram editadas algumas normas-regras de proteção aos sujeitos envolvidos, legitimando situações.

A primeira das normas editadas remonta ao Decreto-Lei nº200/67, segundo a qual permite-se à Administração Pública possibilidades de descentralização administrativa. Assim impera o diploma, para a realização de tal mister, no §7º do art.10:

(...) §7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e 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, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução(...).

Ora, tendo em vista que à Administração Pública somente é dado o exercício do que é permitido na Lei, com base no Princípio da Legalidade, a partir desta normatização concedeu-se uma gama de possibilidades ao Gestor, de forma a concentrar-se especificamente à consecução dos objetivos primários do Estado.

Ocorre, porém, que não restava claro, à época, quais eram as atividades que, efetivamente, autorizava-se a terceirização. Na tentativa de exaurir as dúvidas a este respeito, foi editada a Lei nº5645/70, segundo a qual, de forma exemplificativa, relaciona as atividades de apoio permitidas à Administração Pública terceirizar a sua execução. Senão, vejam-se:

Art.3º, Parágrafo Único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.<sup>55</sup>

De outra banda, já no aspecto privado, a normatização da terceirização surgiu em, principalmente, duas legislações, quais sejam a que trata do Trabalho Temporário (Lei nº6.019/74) e do Trabalho de Vigilância Bancária (Lei nº7.102/83). Estas duas leis, inclusive, por certo tempo, foram as únicas que autorizavam a manobra do triangulação da relação empregatícia e, por esta razão, deviam ser interpretados de forma estrita. Cumpre ressaltar que, à época, editou-se a Súmula nº256 do TST (atualmente cancelada), tratando sobre o assunto:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº6.019, de 03/01/1974, e 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviço.

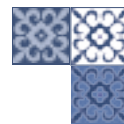
Naquele momento, importante assinalar, a edição da súmula conduzia ao aplicador do Direito a interpretar os dispositivos referidos de forma restritiva.

Mais adiante, a Constituição Federal de 1988 impera a necessidade de prévio concurso público para a admissão/investidura em cargo ou emprego público, junto à Administração pública direta indireta de qualquer dos Poderes, em todas as esferas. E, ainda no fervor do momento, edita-se a Lei nº 8.036/90, ao abarcar o entendimento de empregador à pessoa jurídica de direito privado e a de direito público; e a Lei nº 8.212/91, a qual disciplina o sistema contributivo previdenciário, ao prever a possibilidade de cessão de mão-de-obra, elencando os serviços considerados como possíveis de cessão.

Em verdade, apropriadamente relacionada à temática do presente trabalho, encontra-se a “norma” prevista na Súmula de nº331 do TST, em que há previsão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando esta se constituir em tomadora. Importante analisar, antes, no entanto, as formas de terceirização, debatidas na doutrina.

4 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De10200compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200compilado.htm).

5 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm). Necessário constar que o referido parágrafo foi revogado pela Lei nº9.527/97, o que não significa a extinção das possibilidades de terceirização pelo Estado.



### 3. TERCEIRIZAÇÃO – SOB UM VIÉS DOUTRINÁRIO E JURÍDICO

Inicialmente, cumpre ressaltar que, como já se afirmou acima, a terceirização se trata de uma exceção, em que a regra é a bilateralidade da relação trabalhista. Por isto mesmo, nem todas as relações terceirizadas podem ser consideradas legítimas ou legais, de forma que, a depender do caso, ocorrerá a consequência jurídica de resvalar na vala comum da regra: a formação do vínculo. É o que se diferencia, doravante, subdividindo-se em dois grandes grupos: Terceirização Lícita e Ilícita.

Naturalmente, como a denominação já direciona o entendimento, a Terceirização Lícita é constatada quando estiverem reunidos todos os requisitos fundamentadores da exceção à relação bilateral. Para tanto, a Jurisprudência, de forma muito esclarecedora, indica as hipóteses permissivas desta manobra social, sob a forma da Súmula nº331 do TST, que ora se transcreve:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Como se pode observar, o TST, de modo simples, indicou quatro grandes grupos: trabalho temporário, serviço de vigilância, serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. É dizer, consideram-se lícitas aquelas terceirizações que são realizadas tomando-se como base os parâmetros da Súmula nº331 do TST. A resvalar para fora destes limites, considera-se como ilícita a terceirização e consequentemente a formação do vínculo empregatício diretamente com a tomadora.

Importante consignar que a doutrina acima expendida é capitaneada por Alice Monteiro e Maurício Godinho, segundo os quais as terceirizações somente podem pertencer a dois grandes grupamentos: as lícitas e as ilícitas. Nada obstante, há quem entenda que melhor classificação se encontra com a subdivisão terceirização regular e irregular, o que, de forma superficial, analisa-se adiante.

Entende-se por terceirização regular como sendo aquela (a) prevista em lei ou, (b) ainda que não prevista legalmente, for exercida em atividades-meio, nas hipóteses de não serem observados com a tomadora os requisitos dos arts.2º 3º da CLT. Por outro lado, a terceirização irregular pode ser configurada quando (a) fere o previsto legalmente, (b) na ausência dos requisitos da CLT, é exercida em atividades-fim e, (c) nos casos de exercício em atividades-fim na Administração Pública.

### 4. RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Preliminarmente, necessário considerar que a terceirização irregular/ilícita possui efeitos distintos, quando a tomadora da mão de obra é de direito privado ou se trata de Administração Pública, nas suas mais diversas facetas. Além disto, em relação ao Poder Público, a depender da época em que se presta o trabalho terceirizado, se antes ou após a Constituição Federal, os resultados são diferentes em cada caso. É o que se analisa, doravante.

#### 4.1. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRIVADA

A Súmula nº331 do TST, de forma clara, informa, desde logo, a principal consequência da contratação

de trabalhadores por empresa interposta, considerando a ilegalidade desta manobra, que se trata da formação de vínculo diretamente com a tomadora. Necessário ressaltar, no entanto, que este vínculo é aquele que é formado, quando a tomadora for pessoa física ou jurídica de direito privado (não prestadora de serviços públicos).

Neste mesmo sentido, o quanto sumulado induz ao entendimento de que a responsabilidade pelos débitos oriundos da relação empregatícia é da empresa prestadora e, de forma categórica, acaso esta não venha a honrar as obrigações, caberá à empresa *tomadora* o pagamento das verbas, em sua totalidade (observado-se o período da prestação), ou seja, de forma subsidiária, desde que tenha participado da relação jurídica processual. É dizer, para que seja obedecido o benefício de ordem, em se responsabilizar primeiro a empresa prestadora, necessário que a empresa tomadora esteja incluída no título executivo judicial.

Convém consignar que há entendimentos jurisprudenciais no sentido de responsabilizar solidariamente a empresa tomadora (na terceirização), nos casos de acidente de trabalho ou, até mesmo, em todos os casos.

Enunciado nº 44 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomados e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos art.932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Enunciado nº 10 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

De qualquer forma, para haver responsabilidade subsidiária ou solidária, é assentado o entendimento de que, para que isto ocorra, imprescindível que a empresa tomadora tenha tido a oportunidade de se pronunciar no processo judicial, na fase de conhecimento, preservando-se, assim, o direito ao contraditório e ampla defesa.

## 4.2. CONSEQÜÊNCIAS, EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpra, preliminarmente, observar que a Constituição Federal foi um marco histórico, em relação à terceirização de serviços na Administração Pública. A partir da Carta Magna o vínculo empregatício com o Poder Público somente se observa através de concurso público, conforme prescreve o art. 37, II, além do que impera a Súmula nº331 do TST, em seu inciso II, mais acima colacionada.

Ocorre porém, que, antes da promulgação da atual Constituição, a realização de prévio concurso público não se constituía em requisito e, por esta razão, salvo nos casos específicos de trabalho temporário e vigilância, em que o vínculo empregatício não era formado mpor expressa previsão legal (Leis nº6.019/74 e nº7.102/83), nas hipóteses de contratação irregular, incluindo-se por meio de empresa interposta, era possível a declaração do vínculo com a Administração Pública. Oportuno informar que é este o entendimento encrustado na seguinte Orientação Jurisprudencial:

Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI – I do TST. Vínculo empregatício com a administração pública. Período anterior à CF/88.

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nº6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público em relação ao período anterior à vigência da CF/88.<sup>7</sup>

Por outro lado, a partir da promulgação da Lei Maior, no Brasil, aplica-se em todos os casos, o entendimento sumulado, em seu inciso II, é dizer, “a contratação irregular, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”<sup>8</sup> (art.37, II da CF/1988).

## 4.3. ADC 16, DO STF E SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

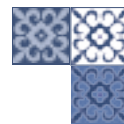
Conquanto seja pacífica na doutrina e jurisprudência a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas, nas hipóteses de terceirização, é necessário que seja constatada a conduta culposa do Poder Público, de acordo com o que prescreve a Súmula nº331, V, do TST.

Situação que gera dúvidas, em verdade, foi trazida após a edição da Lei nº 8666/92, em seu art.71, §1º. Segundo citado dispositivo:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acessado em 14-02-2014.

8 Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988.



transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.<sup>9</sup>

Em síntese, a Administração Pública passou a ser isenta de responsabilidade pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora, quando a contratação for oriunda de regular processo licitatório.

Ocorre, no entanto, que, em resposta à Ação Direta de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em que se discutia a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações. Em princípio, os defensores da *irresponsabilidade* trabalhista consistia nos seguintes fundamentos:

a) O processo licitatório afasta a culpa do Estado; b) A responsabilidade subsidiária representaria um duplo pagamento pelos encargos trabalhistas, uma vez que o poder público já havia pago pelos serviços prestados; c) A Administração segue o princípio da legalidade, respeita o art.71 da Lei de Licitações.<sup>10</sup>

No fervor das “discussões” jurisprudenciais e manifestações doutrinárias, sempre houve defensores, tanto da inconstitucionalidade<sup>11</sup> do art.71 da Lei nº8666/92, quanto aqueles que defendem a responsabilização solidária<sup>12</sup> entre a empresa prestadora de serviços e a Administração.

As discussões sobre este dispositivo foram superadas com a decisão prolatada pelo STF, no dia 24/11/2010, nos autos da ADC nº16 em que se declara a constitucionalidade do multicitado dispositivo. É dizer, a mera inadimplência pela empresa prestadora dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, quando da existência de terceirização, não tem o condão de transferir ao ente público tomador a responsabilidade subsidiária pelos mesmos.

Pelas razões acima, inclusive, o TST, em 31/05/2011, promoveu à modificação da redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação, para adequar à decisão exarada na ADC nº16 do STF.

Oportuno colacionar, somente para ilustrar, ementa de Acórdão prolatado pelo E. TRT da 5ª Região, em que se aprecia a questão:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. Em razão de reiteradas divergências quanto à aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, foi movida ação declaratória de constitucionalidade - ADC nº 16 - pelo Governador do Distrito Federal, com o objetivo de ter reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Foi proferido acórdão e, com base neste, foi elaborado o Informativo nº 610 do STF, que traz, em seu texto, a seguinte observação: “Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade” (Processo 0000396-14.2012.5.05.0641 RecOrd, ac. nº 144472/2013, Relatora Desembargadora NÉLIA NEVES, 4ª. TURMA, DJ 29/04/2013).<sup>13</sup>

Importante observar que, na prática da aplicação do Direito, os magistrados devem envidar esforços no sentido de apreciar as provas, e constatar (ou não) a eficácia na fiscalização pelo Poder Público no adimplemento

9 BRASIL. Lei 8666/92.

10 MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

8 11 MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.216 apud MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

1 12 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acessado em 14-02-2014. Enunciado nº11 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho do TST. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio da concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público”

13 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Disponível em [www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br). Acessado em 14-02-2014.

das obrigações contratuais celebradas entre a empresa prestadora e o empregado.

Ora, a Administração Pública, ao celebrar um contrato administrativo, mormente quando antecedido por procedimento licitatório, possui todos os instrumentos suficientes para a fiscalizar o cumprimento das obrigações legais trabalhistas, de modo, inclusive, a encerrar ou suspender o contrato firmado, com base em eventual descumprimento do contrato pela empresa contratada. É dizer, desde o momento em que se elabora uma minuta de contrato administrativo, frise-se, redação realizada pela própria Administração, há possibilidade de se incluírem cláusulas específicas de modo a garantir o cumprimento da legislação trabalhista. Para além desta situação, ainda que não tenha havido qualquer cláusula administrativa neste sentido, é de curial importância ressaltar que não é permitido o descumprimento da norma trabalhista, sob qualquer fundamento.

Partindo-se do pressuposto de que cabe à administração realizar corretamente o procedimento licitatório, com a escolha das empresas mais indicadas para a prestação do serviço, incluindo-se cláusulas assecuratórias dos direitos trabalhistas e que, além disto, deve fiscalizar o cumprimento da legislação obreira na execução do contrato, com a possibilidade de interrupção e ou suspensão da avença, qualquer descumprimento da Lei (em relação ao contrato administrativo celebrado) deve ser imputado à Administração como culpada *in vigilando* ou *in contraendo*, resultando em sua responsabilização subsidiária.

Para tanto, transcreve-se decisão prolatada pela Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Ilhéus, Dra Nélia Maria Oliveira dos Santos Hudson, em que, modificando entendimento anterior, passa a reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador (no caso, Município de Ilhéus):

(...)2.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO DE ILHÉUS – O Município de Ilhéus arguiu que não foi empregador do Reclamante; não existiu relação de emprego ou de trabalho entre as partes. Acontece que a pretensão do autor diz respeito à declaração de responsabilidade subsidiária do ente público, com base na súmula 331, inciso IV, do TST –confira-se a inicial.

O Município arguiu ainda, a vedação expressa de transferência da responsabilidade de pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais à Administração Pública, em caso de inadimplência do contratado, a teor do parágrafo 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93.

Com efeito, em 24/11/2010, o Supremo Tribunal Federal, julgou a ADC nº16 e por maioria, declarou a constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93, mas argumentou que há possibilidade de responsabilização da Administração Pública, em caso de terceirização, desde que demonstrada falha ou ausência de fiscalização no cumprimento das obrigações trabalhistas.

Em decisão recente –nos autos da ação 0000481-33-2010-5-05-0491 RTOrd –adotei entendimento no sentido de declarar a ausência de responsabilidade do ente público – tendo em vista a recente decisão do STF.

Mutante, repensei a questão.

Reconheço e declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE ILHÉUS tendo em vista que não existiu eficácia na fiscalização do cumprimento do contrato celebrado através de licitação, incorrendo em culpa “in vigilando” e “in eligendo”, quando contratou a empregadora do Reclamante, que não adimpliu os créditos trabalhistas do empregado. Mantenho no pólo passivo o MUNICÍPIO DE ILHÉUS. Declaro a responsabilidade subsidiária do MUNICÍPIO DE ILHÉUS

(...)14

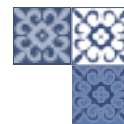
A decisão citada, já transitada em julgado não enfrentou o mérito referente da responsabilização do ente público.

## 5. CONCLUSÃO

As discussões acerca da responsabilização do tomador público não se exaurem, por si só, após a decisão da ADC 16 do Supremo Tribunal Federal. Conquanto tenha sido um marco histórico na matéria terceirização de serviços na Administração Pública, não foi o suficiente para espantar o assunto, junto aos tribunais.

O STF, apesar do esforço em aclarar a situação e declarar a constitucionalidade na norma-regra, perdeu a oportunidade de elencar, de forma mais concreta, os requisitos pertinentes para que fosse possível a responsabilização subsidiária do Poder Público. É dizer, ao simplesmente deixar em aberto a possibilidade do magistrado analisar no caso concreto, a existência de culpa *in vigilando* ou *in contraendo*, abre-se aresta para,

14 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Disponível em [www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br). Acessado em 14-02-2014. Decisão na íntegra pode ser encontrada nos autos do Processo 0000626-55.2011.5.05.0491 RTOrd, Juíza NÉLIA OLIVEIRA, Data 13/04/2012. Disponível para consulta no site [www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br).



de igual forma, existirem uma gama de decisões contraditórias, sob os mesmos fatos.

Desta forma, longe de resolver a situação, entendemos que os aplicadores do Direito, com base no Princípio da Proteção ao Trabalhador, devem realizar a análise da situação *sub judice* com olhos voltados para o Obreiro, de forma a evitar qualquer tipo de fraude contra o Empregado, ainda que a situação provoque uma responsabilização da própria Administração Pública.

## 6. REFERÊNCIAS

CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm).

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em 21-10-2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Disponível em [www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br). Acessado em 14-02-2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acessado em 14-02-2014.

MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST. Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às Súmulas do TST. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.216 *apud*

MIESSA DOS SANTOS, Élisson; CORREIA, Henrique. Súmulas e Orientações jurisprudenciais do TST.

Comentadas e organizadas por assunto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TRINDADE, Washington L.da. Os Caminhos da Terceirização, *Jornal Trabalhista*. Brasília. 17.8.1992. ano IX, n.416, p.869. *apud* MONTEIRO DE BARROS, Alice. Curso de Direito do Trabalho. 5ed. São Paulo: LTr, 2009. p.452.

# BURLA AO CONCURSO PÚBLICO E SUAS REPERCUSSÕES NOS DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS

## ITALVAR FILIPE DE PAIVA MEDINA

Analista processual do Ministério Público da União. Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho, com Formação para o Magistério Superior, na área do Direito, pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

**RESUMO:** O presente estudo pretende contribuir para o esclarecimento das repercussões da burla ao concurso público nos direitos trabalhistas fundamentais, buscando identificar a resposta que melhor se harmonize com os preceitos da Constituição Federal e da legislação ordinária, interpretados sistematicamente. Em função da nulidade resultante da fraude ao certame, desenvolveram-se teses que afastam direitos significativos dos servidores irregularmente admitidos. Uma delas, inclusive, é predominante na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, encontrando-se consagrada em sua Súmula n. 363. Identificam-se, contudo, correntes que destas se distanciam, as quais têm se fortalecido no Supremo Tribunal

Federal, especialmente a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 596.478/RR. Dentre as críticas direcionadas aos posicionamentos que restringem direitos trabalhistas em função da inobservância do processo seletivo, destacam-se a confusão efetuada entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos, o enriquecimento sem causa da Administração Pública, a presunção de má-fé do trabalhador, a ofensa à máxima da proporcionalidade e a existência de incongruências entre na Súmula 363 do TST e outros verbetes da mesma Corte. A partir da análise das diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, em cotejo com o ordenamento jurídico, conclui-se que o desrespeito ao dever de realizar concurso público impõe a extinção dos vínculos de labor, mas devem ser preservados os direitos dos trabalhadores, excetuando-se apenas a percepção de verbas típicas da dispensa injusta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fraude ao concurso público. Nulidade. Efeitos jurídicos. Direitos trabalhistas fundamentais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A teoria justralhista de nulidades. 3. Aplicação restrita da teoria justralhista de nulidades. 4. Críticas ao posicionamento prevalente. 4.1. Confusão entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. 4.2. Enriquecimento sem causa da Administração Pública. 4.3. Presunção absoluta de má-fé do trabalhador. 4.4. Desrespeito à máxima da proporcionalidade. 4.5. Contradições na jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho. 4.6 O reconhecimento pelo STF de direitos trabalhistas fundamentais a servidores públicos irregularmente admitidos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 surgiu imbuída do nobre propósito de promover efetiva tutela do direito de acesso livre e igualitário dos cidadãos aos quadros de pessoal da Administração Pública. Além de consagrar, no inciso I do art. 37, o princípio da ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas, instaurou importante marco ao firmar o concurso público de provas ou de provas e títulos como a grande regra a ser reverenciada para a investidura tanto em cargos quanto em empregos públicos.

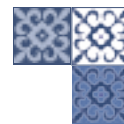
Simultaneamente, foi a Carta que mais avançou na consagração de direitos trabalhistas fundamentais, ao conferir prestígio sem precedentes à valorização do trabalho humano e garantir expressivo rol de direitos mínimos para o trabalhador, admitindo o acréscimo de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Tem sido corriqueira, entretanto, a perpetração, pelos administradores pátrios, de fraudes ao mandamento do concurso público, com a conseqüente admissão irregular de grande massa de funcionários, dos quais, não raro, são sonogados diversos direitos.

A Lei Maior, em que pese ter cominado nulidade aos atos que importem em vilipêndio ao dever de realizar o certame, foi lacônica no que concerne às suas repercussões nos direitos dos servidores. A fim de dirimir as controvérsias que surgiram a respeito do tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou o seu Enunciado n. 363. A questão, todavia, não está pacificada, identificando-se, na doutrina e na jurisprudência, variados entendimentos que dele se distanciam.

Desse modo, o presente estudo pretende, a partir da análise das diversas teses existentes, contribuir para a elucidação dos efeitos da burla ao concurso público sobre os direitos trabalhistas fundamentais, buscando identificar a resposta que melhor se harmonize com os preceitos da Constituição Federal e da legislação ordinária, interpretados de forma sistemática. Para tanto, é analisado, inicialmente, o tratamento que tem sido





dado às nulidades na seara do Direito do Trabalho. A seguir, procede-se à exposição das teses que sufragam o afastamento de direitos trabalhistas significativos como resultado ausência do obrigatório certame. Por derradeiro, propõe-se a revisão de tais posicionamentos, a partir da detalhada e sistematizada apreciação de cada uma das críticas que lhes são dirigidas.

## 2. A TEORIA JUSTRABALHISTA DE NULIDADES

A doutrina e jurisprudência majoritárias sustentam que, no Direito do Trabalho, vigora teoria especial a respeito das nulidades. Partem da premissa de que o Direito Civil adota o critério da fulminação, desde a origem, dos efeitos dos atos jurídicos nulos, o qual implica a devolução de prestações porventura recebidas em função deles. Tal consequência, todavia, não é compatível com as relações laborais, visto que para o trabalhador é “impossível receber de volta a prestação entregue, que é sua força pessoal de trabalho”<sup>1</sup>.

Seria, assim, traço peculiar da teoria justralhista de nulidades a adoção do parâmetro da irretroatividade da nulidade declarada. Com base nessa diretriz, o contrato nulo produz todos os seus efeitos até o instante da declaração da nulidade, a qual tem o condão de inviabilizar apenas a produção de novas repercussões jurídicas. Tal teoria se ampara, segundo Mauricio Godinho Delgado, em três fundamentos principais: a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, a vedação ao enriquecimento ilícito do empregador e a valorização conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalho humano<sup>2</sup>.

Aplica-se a teoria justralhista de nulidades, preservando-se os efeitos produzidos pelo contrato, às situações de trabalho proibido, aquele cujo exercício não é vedado pelo Direito Penal, mas afronta normas jurídicas que proíbem que seja desenvolvido por certas pessoas ou em determinadas circunstâncias<sup>3</sup>, do qual é exemplo o labor prestado por crianças. Ela não incide, porém, nas hipóteses de trabalho ilícito - cuja prática é ofensiva à legislação penal<sup>4</sup> -, a menos que o trabalhador tenha agido de boa-fé, ignorando o fim a que se destinava a prestação de serviços<sup>5</sup>. Esse tipo de atividade, afinal, “conspira francamente contra o interesse público, não merecendo, a qualquer fundamento, proteção qualquer da ordem jurídica”<sup>6</sup>.

A prestação de serviços à Administração Pública em inobservância da exigência de prévia aprovação em concurso insere-se entre as hipóteses de trabalho proibido, pois seu desempenho não configura ilícito penal. A nulidade, em tal hipótese, prevista no art. 37, § 2º, da CF/88, emana de vício de forma, da preterição de solenidade imposta pelo Constituinte, equivalendo à contemplada pelo art. 166, V, do CC<sup>7</sup>. Não obstante, há resistências ao reconhecimento de plenos efeitos trabalhistas a esse tipo de vínculo.

## 3. APLICAÇÃO RESTRITA DA TEORIA JUSTRABALHISTA DE NULIDADES

O TST consolidou o entendimento de que sobre trabalhadores admitidos pela Administração Pública em violação ao dever de realizar prévio concurso sempre devem recair consequências gravosas, resultantes da nulidade absoluta do ato. Tal concepção encontra-se consubstanciada na Súmula n. 363, transcrita abaixo:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Funda-se esse verbete em mitigação da teoria trabalhista de nulidades. A Corte tem se recusado a aplicá-la em sua plenitude nas situações de burla ao certame, por compreender que, em tal contexto, o ingresso dos servidores atentaria contra interesses de toda a sociedade, destinatária do direito de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, assim como do direito à prestação de serviços públicos por aqueles que demonstrem, mediante a aprovação em processo seletivo, ser os mais capacitados para tanto. Considera, ademais, que ao servidor não seria dado “alegar o desconhecimento da lei, e nem que estava prestando serviços de boa-fé, para o reconhecimento do vínculo e pagamento das verbas rescisórias”<sup>8</sup>.

A jurisprudência do TST, de início, firmou-se no sentido da quase ineficácia dos contratos de emprego

1 PINTO, José Augusto Rodrigues. Tratado de Direito Material do Trabalho, p. 283.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 478 et seq.

3 CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho, p. 266.

4 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho, p. 170.

5 MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do trabalho: volume I, p. 254.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 481.

7 RIBEIRO, Bernardo Guimarães Carvalho. Fundamentos para uma eficaz proteção dos servidores empregados contratados sem concurso público, p. 24.

8 SANTOS, Élisson Messia dos; CORREIA, Henrique. Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto, p. 192.

celebrados. Reconheceu ao trabalhador, conforme a redação original da citada súmula, somente o direito ao pagamento “dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada”. Este seria devido sob o fundamento de que “o ato nulo não gera efeitos”, mas, para evitar o enriquecimento sem causa do empregador, a força de trabalho deve ser indenizada, “e o parâmetro único que se possui é, sem dúvida, o salário”<sup>9</sup>.

O enunciado, depois, foi alterado, passando preceituar que a contraprestação a ser destinada ao obreiro deveria respeitar o salário mínimo/hora. Posteriormente, com o advento da Medida Provisória n. 2.164-41/2001, que inseriu o art. 19-A na Lei n. 8.036/90, foi novamente modificado para contemplar o direito aos valores referentes aos depósitos de FGTS.

Ainda conforme a tese majoritária, parcelas trabalhistas diversas das mencionadas na Súmula n. 363 que eventualmente tenham sido pagas por força da prestação de serviços decorrente de contrato nulo não precisam ser restituídas pelo servidor. Isso porque, devido à natureza alimentar que elas ostentam, presume-se “que foram consumidas pelo *accipiens* para prover o próprio sustento, não se podendo, por conseguinte, exigir-lhe a devolução sem comprometer sua subsistência”<sup>10</sup>.

De acordo, portanto, com a inteligência perfilhada pelo TST, todos os direitos trabalhistas fundamentais que não a contraprestação básica, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e os depósitos de FGTS devem ser denegados aos obreiros, com a ressalva feita às verbas já adimplidas espontaneamente pela Administração Pública. Os trabalhadores, inclusive, não poderiam nem mesmo ter o vínculo registrado na CTPS e não fariam jus sequer ao recolhimento de contribuições previdenciárias referentes ao labor prestado, por se entender que, como o contrato nulo é “inoperante”<sup>11</sup>, não poderia ser oficializado, e as verbas deferidas nos moldes da Súmula n. 363 não teriam caráter salarial, mas sim indenizatório.

Filiam-se à corrente que endossa a Súmula n. 363 do TST os autores Alice Monteiro de Barros<sup>12</sup>, Renato Saraiva<sup>13</sup>, Luciano Martinez<sup>14</sup>, Raymundo Antonio Carneiro Pinto e Cláudio Brandão<sup>15</sup>.

Segunda vertente defende que não deveriam ser concedidos os valores referentes aos depósitos de FGTS. Sufraga que o art. 19-A da Lei n. 8.036/90 seria inconstitucional, por incentivar a contratação sem concurso<sup>16</sup> e “estender direitos trabalhistas a um contrato que não é de trabalho, já que nulo de pleno direito”<sup>17</sup>. Esse dispositivo é, atualmente, objeto da ADI n. 3.127-DF, ainda pendente de apreciação. O STF, contudo, já se pronunciou favoravelmente à sua constitucionalidade no julgamento do RE 596.478/RR, ao qual foi conferida repercussão geral, oportunidade em que salientou, com acerto, “tratar-se, na espécie, de efeitos residuais de fato jurídico que existira, não obstante reconhecida sua nulidade com fundamento no próprio § 2º do art. 37 da CF”<sup>18</sup>. Assim também entende o Superior Tribunal de Justiça, como se infere de seu Enunciado n. 466.

Por fim, a terceira dentre as correntes que defendem a restrição de direitos trabalhistas chega ao extremo de negá-los por completo aos servidores admitidos em vilipêndio ao obrigatório certame público. A ela adere Sergio Pinto Martins, segundo o qual, “se não há vínculo de emprego, por falta de concurso público, não deveria ser paga qualquer verba ao trabalhador. A falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração quanto para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode alegar a ignorância da lei”<sup>19</sup>.

## 4. CRÍTICAS AO POSICIONAMENTO PREVALENTE

### 4.1. CONFUSÃO ENTRE OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS

9 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em recurso de revista n. 146430/1994. Relator: Ministro Vantuil Abdala. 9 mar. 1998. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2175.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 29 dez. 2013.

10 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 365.

11 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 95300-79.2002.5.19.0061. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. 3ª Turma. Diário de Justiça da União, Brasília, 22 nov. 2006.

12 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho, p. 416.

13 SARAIVA, Renato. Direito do trabalho: versão universitária, p. 121.

14 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho, p. 540.

15 PINTO, Raymundo Antonio Carneiro; BRANDÃO, Cláudio. Orientações jurisprudenciais do TST: comentadas, p. 241 et seq.

16 SANTOS, Élisson Messia dos; CORREIA, Henrique. Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto, p. 192.

17 CASSAR, Vólia Bomfim. Curso de direito do trabalho, p. 564.

18 BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 596.478/RR. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>> Acesso em: 12 fev. 2014.

19 MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às súmulas do TST, p. 261.



As teses que restringem direitos trabalhistas fundamentais em função da burla ao concurso público têm sido objeto de críticas por outras parcelas da doutrina e jurisprudência, que apontam equívocos nas premissas em que se assentam. O primeiro a ser estudado consiste na confusão entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos.

Segundo explanado alhures, a jurisprudência do TST tem entendido que, nos termos da tradição civilista, os atos nulos seriam inoperantes, deveriam ser fulminados desde a origem, como se nunca tivessem existido. Considera, porém, que, no Direito do Trabalho, é inviável a recondução ao *status quo ante*, pois o empregado não pode ter restituída sua energia laboral. Por essa razão, abranda o rigor normativo, mediante o que se convencionou chamar de “teoria justralhista de nulidades”, a qual é aplicada de forma mitigada em caso de inobservância do concurso público.

Essa compreensão do Direito Civil, porém, com a devida vênia, não é acertada, conforme se demonstrará doravante. Impende, de início, desmistificar a vinculação necessária e inafastável que tem sido feita entre invalidade e ausência de produção de efeitos.

Pontes de Miranda já advertia que “a confusão entre nulidade e ineficácia agravou-se no direito comum. Chegou-se a definir o nulo pelo ineficaz (nulo igual ao que não tem efeitos) e chamou-se de nulos a muitos casos de ineficácia sem nulidade”<sup>20</sup>. Deveras, ainda hoje, autores consagrados em suas áreas de estudo, ao invés de conceituarem a nulidade absoluta a partir de sua causa ensejadora – desconformidade com norma de ordem pública –, incidem na incorreção de defini-la com base em seus supostos efeitos.

O sistema jurídico, entretanto, por ser regido pela lógica da imputação, em que as consequências de cada fato jurídico são moldadas de acordo com a vontade do legislador,<sup>21</sup> prevê diversas hipóteses nas quais são reconhecidas repercussões jurídicas aos atos nulos. Orlando Gomes, inclusive, é enfático ao asseverar que o postulado segundo o qual estes são ineficazes não resiste a mais aprofundada análise, citando os seguintes exemplos: “a) a prescrição se interrompe por citação nula; b) declaração feita em negócio nulo serve como começo de prova; c) o parentesco por afinidade sobrevive a casamento nulo”<sup>22</sup>.

Além disso, o Código Civil reconhece, em seu art. 182, que, apesar de a consequência natural da invalidade ser a restituição das partes ao estado anterior à realização do ato viciado, se não for possível restituí-las, será devida indenização equivalente às prestações porventura adimplidas. Percebe-se, assim, que a teoria justralhista de nulidades, em verdade, nada tem de especial, porquanto o critério por ela adotado extrai-se de disposição do próprio diploma civilista. Outro não é o posicionamento de Estêvão Mallet, segundo o qual:

[...] Não existe, pois, peculiaridade do regime das nulidades no campo trabalhista nem cabe falar em mitigação dos princípios estabelecidos no direito comum, diferentemente do que às vezes se afirma. Pelo contrário, o próprio regime do direito comum, aplicado na sua devida extensão, é que atenua as consequências, no plano da eficácia, da nulidade do contrato de trabalho, por força do disposto no art. 182 do Código Civil e da impossibilidade de restabelecimento do estado anterior.<sup>23</sup>

Também do Código Civil se obtém a solução para os casos de trabalho ilícito, que é fornecida pelo art. 883, *caput* e parágrafo único, nos termos dos quais “não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”, e, nesse caso, “o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”. Não se poderia, de fato, tutelar trabalhador que tenha sido contratado para cometer crime ou contravenção. Como, no entanto, a avença existiu e repercutiu no plano dos fatos, em virtude do labor prestado, não se pode compactuar com o enriquecimento sem causa do empregador, beneficiário da prestação inidônea. Por esse motivo, o valor a ela correspondente deve ser revertido em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.<sup>24</sup>

É evidente, assim, que os planos da validade e eficácia dos atos jurídicos são díspares, de sorte que cada um deles reclama exame individualizado. Consoante lição de Pontes de Miranda, a nulidade “pode produzir ou não produzir ineficácia. Há atos anuláveis – e até nulos! – eficazes. A ineficácia não é, de modo nenhum, sinal de que o negócio jurídico seja nulo. Por outro lado, a nulidade não basta, em todos os casos, para se afirmar a ineficácia”<sup>25</sup>.

A preservação de efeitos dos contratos de trabalho de servidores admitidos em infringência ao dever

20 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Geral, p. 26.

21 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 86 et seq.

22 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 431.

23 MALLET, Estêvão. Nulidade decorrente da contratação de empregado sem realização de concurso público. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 81 et seq.

24 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 395.

25 Ibid., p. 24.

de realizar concurso público, portanto, em nada se incompatibiliza com a nulidade de pleno direito cominada pela Lei Maior. O art. 182 do Código Civil, afinal – que repete regra do art. 158 do Código de 1916, já em vigor antes mesmo da promulgação da Constituição e por ela recepcionada –, revela, com clareza, que, devido à impossibilidade de restituição da energia laboral despendida, o empregado deve ser indenizado com o equivalente pecuniário.

Além de se vincular inapropriadamente os planos da eficácia e da validade, chega-se a confundir este último com o da existência, o que se verifica, em especial, nos julgados que rejeitam pedidos de anotação da CTPS, bem como de recolhimento de contribuições previdenciárias, considerando que as verbas deferidas nos moldes da Súmula n. 363 não teriam caráter salarial. O contrato de trabalho, porém, não é desnaturado, não deixa de existir, em função da nulidade, razão pela qual há de ser registrado e a natureza das parcelas que dele advêm não se transmuda.

Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes já arguiu, ao apreciar o AI n. 529.694-1, que “os benefícios previdenciários [...] não decorrem propriamente da higidez da relação de emprego, mas, e sobretudo, da prática do ato-fato trabalho”<sup>26</sup>. Deveras, a legislação, em momento nenhum, atrela o recolhimento de contribuições à regularidade da avença laboral, contentando-se com o trabalho mediante contraprestação, como se infere do art. 195, I, “a”, da CF/88, e dos arts. 12, I, “a”, e 22, I, da Lei n. 8.212/91.

## 4.2. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpra, ainda, salientar que o raciocínio que subjaz a Súmula n. 363 do TST - a qual, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do empregador, reconhece ao servidor admitido em ofensa ao concurso público o direito a algumas verbas trabalhistas - é contraditório em seus próprios termos. Com efeito, gera distorções, uma vez que o sistema jurídico não prevê o salário básico e o FGTS como únicas parcelas de retribuição ao trabalho desenvolvido. Contrariamente, agrega a eles diversas outras, muitas das quais com sede constitucional. São exemplos os adicionais de horas-extras, noturno, de insalubridade e periculosidade, que visam a remunerar o labor prestado em condições especiais que acarretem maior desgaste do corpo e mente do obreiro, prejudiquem seu convívio social e familiar ou representem risco à sua saúde e segurança, assim como, simultaneamente, servir de desestímulo para que o patrão o submetta a elas.

Não há dúvidas de que o Estado obtém proveito com a prestação de serviços do trabalhador. Tanto é assim, que a teoria do funcionário de fato - outra evidência do caráter falacioso da vinculação absoluta entre nulidade e ineficácia - preconiza que devem ser preservados os efeitos de atos praticados por agentes irregularmente investidos, em atenção aos princípios da aparência, da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da presunção de legalidade dos atos administrativos<sup>27</sup>.

Ao se ignorar por completo os demais direitos decorrentes do fato jurídico “trabalho”, é inevitável o locupletamento ilícito do empregador, porquanto, como observa Bernardo Guimarães Carvalho Ribeiro, “caso naquela vaga estivesse um servidor regularmente investido, estaria este inequivocamente a receber parcelas salariais negadas àqueloutro contratado sem o devido concurso”<sup>28</sup>. Ademais, malfere-se o já aludido art. 182 do Código Civil.

Para o servidor, portanto, desde que tenha efetivamente prestado serviços à Administração Pública, devem ser garantidos todos os direitos típicos da relação de trabalho, incluindo a contagem de tempo de serviço para fins previdenciários e a anotação da CTPS, único meio pelo qual seu patrimônio jurídico será integralmente reconstituído. Ele não faz jus, apenas, aos direitos pertinentes à dispensa injusta – multa de quarenta por cento sobre os valores relativos aos depósitos de FGTS, aviso-prévio e seguro-desemprego -, pois esta não se configura na situação concreta, em que “a motivação da extinção do contrato independe mesmo da vontade do empregador e se faz em virtude do mero cumprimento da Lei Suprema”<sup>29</sup>.

Impende salientar que o posicionamento sedimentado por meio da Súmula n. 363 encontra resistências no âmbito do próprio TST. O Ministro Mauricio Godinho Delgado, em particular, direciona contra ele críticas contundentes, proclamando que:

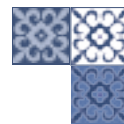
[...] a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao administrador e aos cidadãos o ingresso no aparelho de Estado sem concurso

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 529.694-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União, Brasília, 11 mar. 2005, p. 43.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, p. 243.

28 RIBEIRO, Bernardo Guimarães Carvalho. Fundamentos para uma eficaz proteção dos servidores empregados contratados sem concurso público, p. 21.

29 Ibid, p. 22.



público, como os que insistentemente elegem o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é aplicar-se a teoria trabalhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em consequência, manter-se-iam como devidas todas as verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito a verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre FGTS e seguro-desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta)<sup>30</sup>.

Assim também entendem os Ministros João Oreste Dalazen<sup>31</sup>, Alexandre de Souza Agra Belmonte<sup>32</sup> e Delaíde Miranda Anantes<sup>33</sup>, bem como a ex-Ministra do TST, atualmente do STF, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa<sup>34</sup>.

Além dos Ministros mencionados e de Estêvão Mallet e Bernardo Guimarães Carvalho Ribeiro, já citados neste estudo, partilham do entendimento segundo o qual a indenização ao obreiro, para equivaler à prestação por este espontaneamente adimplida, deve albergar o total de direitos que lhe seriam devidos na hipótese de regularidade da avença os autores Gustavo Alexandre Magalhães, Jorge Luiz Souto Maior<sup>35</sup>, Ari Pedro Lorenzetti, Bruno Klippel<sup>36</sup>, Carmen Camino<sup>37</sup>, Euclides Alcides Rocha<sup>38</sup>, Barbosa Garcia<sup>39</sup>, José Affonso Dallegrave Neto<sup>40</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>41</sup>, José Martins Catharino<sup>42</sup>, Raphael Diógenes Serafim Vieira<sup>43</sup> e Rita de Cássia Taques Daniel<sup>44</sup>.

Dentre os doutrinadores referidos, Gustavo Alexandre Magalhães, Jorge Luiz Souto Maior e Raphael Diógenes Serafim Vieira defendem que, no caso de comprovação da má-fé do servidor, seria justificável a restrição de direitos trabalhistas - orientação que, com a devida vênia, é passível de críticas, por motivos que serão declinados adiante. Já Ari Pedro Lorenzetti, Estêvão Mallet e Bernardo Guimarães Carvalho Ribeiro excluem as verbas características da dispensa injusta, não existente na espécie, enquanto os demais não se pronunciam expressamente a esse respeito, ao menos nas obras consultadas.

### 4.3. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MÁ-FÉ DO TRABALHADOR

Outra falsa premissa na qual se ancoram as teses restritivas de direitos trabalhistas fundamentais consiste na presunção absoluta de má-fé do trabalhador admitido em inobservância do dever de realizar concurso público. Parte-se do pressuposto de que o servidor, necessariamente, contribui para a burla ao certame, pois os comandos inscritos na Constituição da República também lhe alcançam e, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

É afastado, contudo, princípio geral do Direito de grande importância à própria convivência harmônica em sociedade e à segurança das relações jurídicas: aquele segundo o qual a má-fé não se presume, havendo de

30 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 480 et seq.

31 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em recurso de revista n. 672.320/00.4. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. 13 out. 2003. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=3662748.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 7 dez. 2013.

32 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 117600-89.2003.5.04.0102. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. 3ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 29 ago. 2012.

33 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 114600-12.2009.5.07.0030. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Anantes. 7ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 17 out. 2012.

34 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 499500-08.2005.5.11.0053. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. 3ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 25 ago. 2010.

35 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 126 et seq.

36 Cf. KLIPPEL, Bruno. Direito Sumular Esquemático: TST, p. 468 et seq.

37 Cf. CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho, p. 280.

38 Cf. ROCHA, Euclides Alcides. Servidor público. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Direito do Trabalho: estudos, p. 98.

39 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho, p. 173.

40 Cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso apud LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 385.

41 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 684.

42 Cf. CATHARINO, José Martins. Coletânea de Direito do Trabalho, p. 91.

43 Cf. VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Servidor Público Temporário: Natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio da primazia da realidade de fato sobre as formas, p. 100.

44 Cf. DANIEL, Rita de Cássia Taques. Contratação pela Administração Pública sem prévia investidura em concurso público. In: DALLEGRAVE NETO, Direito do Trabalho, p. 85.

ser provada por quem a alegar. Segundo bem observa Carlos Roberto Gonçalves, o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta relação contratual, deve, ao revés, “dar por pressuposta a boa-fé objetiva”<sup>45</sup>.

Além disso, a presunção imanente a tais correntes está dissociada da realidade. As motivações para a burla ao certame público, longe de se resumirem ao favorecimento de alguns apaniguados, albergam a satisfação de desígnios políticos do administrador, que, por meio de expedientes fraudulentos, forma uma massa de servidores facilmente manipuláveis conforme seu arbítrio, ante a ausência da garantia de estabilidade<sup>46</sup>. Os servidores, assim, ficam sujeitos a toda a sorte de pressões do gestor, sendo, inclusive, coagidos a votar neste ou em seus aliados, mormente perante a possibilidade de perderem o trabalho em caso de assunção do poder pelo candidato da oposição.

Não raro, buscam também os administradores minorar, de forma tortuosa, os gastos com mão-de-obra, uma vez que costumam assegurar aos servidores rol de direitos sobremaneira inferior ao que fariam jus se regularmente investidos em cargo ou emprego público. Ao mesmo tempo, economizam recursos que deveriam ser aplicados na organização do concurso público e, por meio da admissão de vários trabalhadores a baixíssimo custo, conseguem contornar a Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em seus arts. 18 a 23, estipula limitações de despesas com pessoal.

Em inúmeros casos concretos, por conseguinte, o funcionário não tem participação decisiva na dispensa do concurso, que é realizada, de modo genérico e contumaz, a partir de opções unilaterais do gestor. Nesse diapasão, assinala Ari Pedro Lorenzetti que a contribuição do trabalhador para a nulidade do ato de admissão, em regra, “é mínima, uma vez que, se não fosse ele, outro seria admitido, nos mesmos moldes”<sup>47</sup>.

Os cidadãos contratados em burla ao certame, inclusive, poderiam preferir a ele se sujeitar, o que lhes propiciaria a oportunidade de, validamente, firmar relações jurídicas com a Administração Pública, com todas as garantias delas oriundas. São, todavia, alijados de tal direito fundamental pela atitude inescrupulosa do administrador, que apenas viabiliza o acesso aos quadros de pessoal mediante contratos por tempo determinado desvirtuados, cargos em comissão inconstitucionais, intermediações ilícitas de mão-de-obra, dentre outros artifícios fraudulentos.

Não se pode olvidar, também, de que os atos administrativos têm como atributo a presunção de legitimidade e de veracidade. Desse modo, não haveria de se exigir, a título de exemplo, que professor substituto contratado por faculdade pública, inclusive mediante prévio processo seletivo, para cuja realização se preparou com afinco, soubesse, de antemão, que inexistia necessidade temporária, visto que há vários anos a entidade procede a contratações sucessivas de docentes para ministrarem aulas da mesma disciplina.

Demonstrando claro desprezo ao citado atributo dos atos administrativos, a jurisprudência majoritária do TST chega ao ponto de, nos moldes da OJ n. 128 da SDI2, presumir a má-fé até mesmo em situações nas quais o funcionário foi selecionado por concurso público que veio a ser posteriormente declarado nulo. Ademais, ela também tem assim procedido nos casos em que a nulidade do contrato decorre da inconstitucionalidade da lei local que autoriza a formação dos vínculos, como se coubesse ao contratado avaliar juridicamente a adequação entre conduta do legislador e a Constituição<sup>48</sup>.

Impende salientar que o próprio Constituinte Originário sinalizou entender que, de regra, o trabalhador não concorre para a indevida dispensa ao certame, pois apenas determinou expressamente, no § 2º do art. 37, “a punição da autoridade responsável”.

O servidor, por conseguinte, somente deve ser destinatário de sanção diversa da mera extinção do vínculo de trabalho quando comprovado que agiu de má-fé, atuou em conluio com o gestor, para escamotear o certame público. Mesmo assim, as sanções, no âmbito cível, não devem corresponder à supressão dos direitos trabalhistas, carecedora de amparo no sistema normativo, mas sim àquelas cominadas pela Lei n. 8.429/92, havendo, ainda, possibilidade de o obreiro ser responsabilizado, em solidariedade com o gestor, por dano moral coletivo.

#### 4.4. DESRESPEITO À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

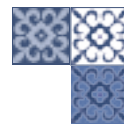
É evidente, em todas as teses que preconizam o cerceio a direitos trabalhistas fundamentais como consequência da nulidade do ato de ingresso na Administração Pública, a preocupação com a tutela ao direito, igualmente fundamental, ao concurso público. Elas, porém, a par das críticas que já lhes foram dirigidas, estão em desacordo com ditame hermenêutico de necessária incidência nas hipóteses de colisões entre posições jurídicas de tal natureza: a máxima da proporcionalidade.

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral, p. 33.

46 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos, p. 97.

47 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 386.

48 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 125 et seq.



A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais, averiguadas de forma sucessiva: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, sempre que uma medida voltada à concreção de certo princípio implicar a mitigação de um segundo que com este colide, deve-se analisar se ela é adequada ao fim proposto, se há outro meio capaz de atingi-lo que seja menos gravoso ao princípio colidente, o que a tornaria desnecessária, e se a vantagem decorrente da realização do primeiro princípio supera a desvantagem oriunda da restrição ao segundo.<sup>49</sup>

Ao sancionarem os servidores com a denegação dos direitos oriundos da prestação do labor, as mencionadas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais não perpassam sequer pelo exame de adequação, pois em nada contribuem para a preservação do princípio da ampla acessibilidade às funções públicas. Muito pelo contrário, agregam motivação adicional para seu vilipêndio, qual seja: a redução, em grande monta, do custo da mão-de-obra irregularmente admitida.

Servem de estímulo, assim, à perpetração de fraudes ao certame, na medida em que as tornam economicamente vantajosas para o gestor inescrupuloso, o qual se vê livre para sonegar uma série de direitos a que fariam jus os trabalhadores e, assim, destinar verbas públicas que a eles deveriam ser direcionadas para fins afetos a seus interesses políticos, a exemplo de custeio de publicidade, festejos populares ou projetos demagógicos.

Outro não é o pensamento de Ari Pedro Lorenzetti, segundo o qual, conquanto tenha intuito louvável, a Súmula n. 363:

[...] estimulou a sanha dos administradores que não pejam em burlar a exigência constitucional para fazer clientelismo político, certos de que os ônus não recairão sobre eles, mas apenas sobre os trabalhadores. Com isso, restam frustrados tanto o objetivo constitucional de promover a moralidade pública e a igualdade de oportunidades entre os cidadãos, por meio do concurso público, quanto os valores em que se assenta a tutela dos direitos trabalhistas. Enquanto isso, o Poder Judiciário finge fazer justiça, acobertando os que invocam a própria torpeza, tudo em nome de uma falsa moralidade.<sup>50</sup>

Há de se ressaltar, ademais, que, ainda que o propalado afastamento de direitos dos trabalhadores fosse considerado medida adequada de proteção ao concurso público, ele continuaria padecendo de inconstitucionalidade, por não ser capaz de atender às máximas parciais da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima parcial da necessidade não é observada pelas soluções restritivas concebidas nos meios doutrinários e jurisprudenciais, pois desconsideram a existência de sanções estabelecidas pelo ordenamento com o intuito de resguardar o postulado do certame público que impõem menor gravame aos direitos fundamentais trabalhistas e, diversamente, atingem apenas aqueles impelidos por comprovada má-fé. Essas reprimendas encontram-se previstas, em especial, na Lei n. 8.429/92.

Segundo lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, para a incidência do art. 11 do citado diploma normativo, que prevê os atos de improbidade atentatórios aos princípios regentes da Administração Pública, dentre os quais se insere a burla ao concurso, exige-se o dolo do agente.<sup>51</sup> O servidor, destarte, apenas poderá ser apenado se comprovado o conluio entre ele e o gestor, ou seja, seu efetivo contributo para a decisão de dispensa do certame, adotada especificamente para beneficiá-lo. São indícios de sua presença, por exemplo, a afinidade pessoal entre ambos, a existência de vínculo de confiança que evidencie poder de influência do trabalhador sobre as decisões do administrador e a relação de parentesco entre o obreiro e autoridade de alto escalão da Administração.<sup>52</sup> O trabalhador de boa-fé, por sua vez, não deve ser destinatário de sanção diversa da extinção do vínculo de labor.

As sanções cominadas para o ato ímprobo em comento estão inculpidas no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92. Entre elas, não se insere a denegação de direitos trabalhistas, pois, caso o servidor, ainda que de má-fé, tenha executado todas as atividades inerentes à função assumida, não terá havido dano aos cofres públicos. Por esse motivo, inclusive, o art. 19-A da Lei n. 8.036/90, ao assegurar os valores referentes aos depósitos de FGTS, não considera o elemento anímico do trabalhador, mas somente a prestação dos serviços. É imperativo, então, o pagamento de indenização equivalente, sob pena de equipará-lo ao “funcionário fantasma” e promover o enriquecimento ilícito da Administração Pública.

49 BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 74.

50 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 387.

51 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa, p. 341.

52 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 128.

Já aquele que não tiver sequer prestado serviços atrairá a incidência do art. 10 da Lei n. 8.429/92, o qual prevê os atos que causam lesão ao erário, sancionados nos moldes do art. 12, II, do mesmo diploma. Nessa hipótese, sim, é que não poderão ser reconhecidos quaisquer direitos oriundos do vínculo, e o trabalhador deverá ser compelido a devolver ao erário, em solidariedade com o gestor, todos os valores percebidos.

Cumpra salientar, ademais, que, para o efetivo desestímulo à burla à exigência constitucional do concurso público, mister se faz o seu combate por meio dos instrumentos processuais de tutela coletiva, como a ação civil pública e a ação popular, e a “punição da autoridade responsável”, consoante determina o § 2º do art. 37 da Lei Maior.

Quanto à máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, as correntes que negam aos servidores admitidos sem o certame público a maioria dos direitos trabalhistas fundamentais com ela não se coadunam, porquanto impõem carga coativa exacerbada a posições jurídicas intrinsecamente adstritas à preservação da dignidade da pessoa humana, sem que, com isso, logre-se proteção de relevo ao ditame da ampla acessibilidade. Como ensina Daniel Sarmento, “toda ponderação de interesses contém uma dimensão substantiva, em que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição da República, ressalta em valor sobre os demais”<sup>53</sup>.

Atenta, assim, contra a própria essência da Lei Maior a permissão que tem sido outorgada à Administração Pública para suprimir os direitos trabalhistas fundamentais, concebidos com o propósito conferir ao ser humano condições de existência digna. Deveras, a atual Constituição deferiu destacada tutela ao trabalhador. Além de alçar a dignidade da pessoa humana e o “valor social do trabalho” ao patamar de fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), erigiu a “valorização do trabalho humano” à categoria de base da Ordem Econômica (art. 170, *caput*), o “primado do trabalho” a base da Ordem Social (art. 193) e consagrou os princípios da “justiça social” (arts. 173 e 193) e da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II).

Incumbe sobrelevar que direitos como férias, décimo terceiro salário, licença à gestante, adicionais de horas-extras, noturno, de insalubridade e periculosidade, benefícios previdenciários, dentre outros, longe de se resumirem a meras vantagens com expressão monetária, são de crucial importância para a preservação da vida, da higidez física e mental, do lazer, da liberdade, do convívio familiar do obreiro, de sua plena inserção na sociedade. Traduzem, assim, o padrão mínimo essencial à preservação da dignidade humana.

Anuir com a vulneração dos direitos trabalhistas fundamentais, portanto, implica legitimar a quebra do patamar civilizatório exigido para qualquer vínculo de labor. Importa em permitir que seja extraído do trabalho seu valor primordial como atividade propiciadora do enriquecimento psíquico e sociocultural do trabalhador, da sua realização pessoal, da construção e desenvolvimento de sua personalidade, trajetória de vida, cidadania e interação com a sociedade, e que seu exercício se converta em fonte de padecimento, doença e insatisfação, o que, decerto, não compadece com o arcabouço protetivo arquitetado pelo Constituinte Originário.

Perde-se, com tal postura, o ideal de aperfeiçoamento do ser humano, ante a permissividade da dilapidação de seus direitos fundamentais, com o conseqüente encorajamento do gestor a se beneficiar do seu trabalho a reduzido custo, não raro prestado de boa-fé. Admite-se, então, que seja diminuído a objeto, tratado como meio para o alcance de espúrios desígnios políticos e pessoais do administrador, e não como um fim em si mesmo. Essa orientação, como aponta Carmen Camino, é ainda mais perversa, porque também dirigida a contratações sem concurso efetuadas por empresas estatais exploradoras de atividade econômica, “na qual sonegar direitos sociais implica reduzir custos e, conseqüentemente, aumentar lucros”, viabilizando que “a mais-valia se efetive em dimensões ainda maiores”<sup>54</sup>.

Impossível é conservação do princípio da supremacia do interesse público sem a valorização do trabalho humano, pois esta é integrante de tal interesse<sup>55</sup>. Eis, então, mais um motivo pelo qual se torna imperiosa a revisão do entendimento então dominante na jurisprudência trabalhista.

#### 4.5 CONTRADIÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

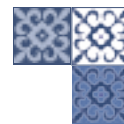
A fragilidade da tese seguida pela Súmula n. 363 do TST é evidenciada, ademais, pela existência de outros verbetes da mesma Corte que com ela conflitam: os Enunciados de números 331 e 430.

53 SARMENTO, Daniel apud CALVET, Otavio Amaral. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, 1ª edição, Rio de Janeiro: Labor Editora, 2010, p. 27 a 35. Material da Aula 3ª da Disciplina: Direitos Fundamentais e tutela do empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Televirtual de Direito e Processo do Trabalho—Anhanguera-Uniderp | Rede LFG, 2012, p. 4.

54 CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 281 et seq.

55 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2005. p. 130 et seq.





A Súmula n. 331 recomenda a responsabilização subsidiária dos entes da Administração Pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas que prestam serviços terceirizados, caso evidenciada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* daqueles. Verifica-se, então, que, embora, em caso de admissão de servidor sem concurso diretamente pelo Estado, o entendimento majoritário recuse direitos diversos dos referidos na Súmula n. 363, se o gestor escamotear o certame público mediante a contratação de intermediadora de mão-de-obra que arregimente apenas os trabalhadores que ele indicar, outras serão as consequências, com o reconhecimento da integridade dos direitos trabalhistas.

Nos termos da Súmula n. 430, por sua vez, “convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização”. Patente, também, é a contradição surgida com tal verbete, uma vez que, embora o TST entenda que o trabalhador, independentemente da perquirição de sua má-fé, deve ser punido em virtude da burla ao concurso público, confere à privatização o atributo de apagar os vícios anteriores, transferindo ao sucessor contratual obrigações das quais outrora eximia o sucedido.

A nulidade absoluta, como é cediço, é, em regra, insanável, não se convalida. O contrato de trabalho, no entanto, por ser de trato sucessivo, admite fracionamento, podendo-se reconhecer a sua validade a partir do momento em que desaparece a violação a normas de ordem pública.<sup>56</sup> É o que se verifica na hipótese de privatização, tendo em vista que empresas particulares não são obrigadas a realizar certame público. No período que a antecede, contudo, contrariamente ao que dispõe o verbete, persiste a invalidade, a qual não impede o ressarcimento integral dos trabalhadores, justificado, dentre outros fundamentos examinados alhures, por ser impossível o retorno das partes ao *status quo ante*.

#### 4.6 O RECONHECIMENTO PELO STF DE DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS A SERVIDORES PÚBLICOS IRREGULARMENTE ADMITIDOS

Não obstante o STF já tenha seguido entendimento condizente com o firmado na Súmula n. 363 do TST,<sup>57</sup> acórdãos recentes têm dado sinais de possível superação dessa tese, ao reconhecerem direitos mais amplos aos servidores públicos irregularmente admitidos, como evidencia a seguinte decisão:

“[...] direitos sociais. Décimo terceiro e terço de férias. Aplicabilidade a contratos temporários sucessivamente prorrogados. Precedentes [...]”<sup>58</sup>.

Essa tendência se fortaleceu, em especial, a partir do julgamento do RE 596.478/RR,<sup>59</sup> quando a Corte, por maioria, declarou, incidentalmente, a constitucionalidade do art. 19-A da Lei n. 8.036/90. Nessa oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes, contrapondo-se ao voto da relatora, a Ministra Ellen Gracie, que entendeu inconstitucional o dispositivo, afirmou: “uma coisa é combater o contrato irregular – para isso o Ministério Público deve fazer todos os esforços, e todos os órgãos de fiscalização também. Agora, não reconhecer, minimamente, este direito ao FGTS me parece realmente onerar em demasia a parte mais fraca”.

Fez coro o Ministro Dias Toffoli, relator para o acórdão, o qual enfatizou que “uma coisa é proibir a contratação sem concurso público; outra coisa é proibir os efeitos residuais de um fato existente, e é existente juridicamente, embora inválido.” Aludiu, ainda, que “a manutenção desse dispositivo como norma compatível com a Constituição é até um desestímulo aos Estados que queiram fazer a burla ao concurso”. No mesmo sentido, asseverou o Ministro Cezar Peluso que:

[...] os atos praticados por esse trabalhador são aproveitados, isto é, a nulidade não apaga todas as consequências da relação estabelecida. [...] essa nulidade, com o devido respeito, não tem caráter absoluto a ponto de desconhecer qualquer vantagem ou qualquer direito que, eventualmente, possa

56 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 401.

57 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 768.771/SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610508>> Acesso em: 9 dez. 2013.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 649.393. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1627104>> Acesso em: 30 dez. 2013.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 596.478/RR. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>> Acesso em: 28 dez. 2012.

ser reconhecido com base noutros princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade do trabalho, etc.

Em meio aos debates, o Ministro Ayres Brito, com propriedade, identificou a ocorrência de verdadeira “viragem de entendimento” do Pretório Excelso. No seu voto, valeu-se de diversos fundamentos já apreciados no presente estudo, assim arguindo:

[...] o que diz o § 2º do artigo 37 da Constituição? Se não houver concurso público, o recrutamento do servidor para a administração pública será automaticamente desfeito, será nulo. E esse dispositivo vai continuar operando; não está sendo negado por essa nossa decisão. O que nós estamos fazendo aqui é uma distinção já feita, por exemplo, no HC nº 80.263, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, entre dois planos: o plano da validade e o plano da existência. Nem por ser nulo o ato ele se torna um absoluto nada jurídico; ele pode produzir, sim, consequências.

No caso, nós estamos conferindo consequências ao ato nulo que homenageiam princípios constitucionais outros, já que a interpretação constitucional deve ser feita de modo sistemático. O hipossuficiente aqui é o empregado, hipossuficiente nos termos da Constituição, que, ao listar, ao inventariar trinta e quatro direitos do trabalhador, frente ao empregador, já deixou claro que nessa relação trabalhista há um hipossuficiente que é o trabalhador. Como o trabalhador representa aqui a força do trabalho, a Constituição homenageia o trabalho valorizando por diversos modos, como, por exemplo, no artigo 1º, inciso IV, dizendo que ele é um dos fundamentos da República. Na cabeça do artigo 170, dizendo que toda ordem econômica se baseia na valorização do trabalho e na livre iniciativa. No artigo 193, dizendo que toda ordem social se fundamenta na primazia do trabalho, ou seja, na precedência do trabalho.

[...] reconheço que eu mesmo estou mudando o meu ponto de vista, porque em pronunciamentos anteriores, formais, em decisões monocráticas inclusive, eu havia dito que o único efeito seria a indenização dos dias trabalhados do servidor contratado sem concurso. [...].

Espera-se que, como tem se verificado no STF, inteligência mais protetiva aos direitos fundamentais dos funcionários admitidos em burla ao concurso público se espraie pelos pretórios trabalhistas, de modo a superar a tese então prevalente e melhor atender aos objetivos constitucionais de tutela à dignidade humana, promoção da justiça social e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

## 5. CONCLUSÃO

Demonstrou-se, ao longo desse estudo, que persistem, na doutrina e jurisprudência, diversas teses conflitantes quanto aos possíveis efeitos dos contratos trabalhistas celebrados pela Administração Pública em afronta à regra do art. 37, II, da Carta Magna.

Em que pese o Tribunal Superior do Trabalho já ter sedimentado, em sua Súmula n. 363, entendimento restritivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores irregularmente admitidos, as premissas em que este se ampara e as consequências que dele emergem sempre são passíveis de questionamentos, como é natural em todos os ramos do saber. Tanto é assim, que fundadas críticas lhe têm sido direcionadas, o que tem levado, inclusive, à revisão de posicionamentos outrora seguidos pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir do cotejo entre as diversas correntes edificadas em derredor do tema e da interpretação sistemática das normas jurídicas pertinentes, pode-se concluir que, para o alcance dos elevados fins colimados pela Constituição da República, mister se faz reconhecer aos trabalhadores indevidamente admitidos, cujos vínculos devem ser extintos, todos os direitos decorrentes da prestação do labor, ressalvados apenas os característicos da dispensa injusta, sem prejuízo da incidência de sanções, em caso de comprovada má-fé, por danos morais coletivos e atos de improbidade administrativa. Tal solução, ao mesmo tempo em que concretiza, com a maior amplitude possível, os direitos trabalhistas fundamentais, não se olvida da imperiosa defesa do respeito ao concurso público, todos de inequívoco relevo para o alcance de uma Administração Pública mais proba, justa e realmente orientada à satisfação dos interesses coletivos.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.



- CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Curso de direito do trabalho. Niterói: Impetus, 2008.
- CATHARINO, José Martins. Coletânea de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1975.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Direito do Trabalho: estudos. São Paulo: LTr, 1997.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLIPPEL, Bruno. Direito Sumular Esquemático: TST. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008.
- MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos. São Paulo: LTR, 2005.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às súmulas do TST. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 4.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. Tratado de Direito Material do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- PINTO, Raymundo Antonio Carneiro; BRANDÃO, Cláudio. Orientações jurisprudenciais do TST: comentadas. São Paulo: Ltr, 2010.
- RIBEIRO, Bernardo Guimarães Carvalho. Fundamentos para uma eficaz proteção dos servidores empregados contratados sem concurso público. Revista do Ministério Público do Trabalho na Bahia / Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, Salvador, n. 3, p. 17-32, 2008.
- SANTOS, Élisson Messia dos; CORREIA, Henrique. Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- SARAIVA, Renato. Direito do trabalho: versão universitária. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.
- SILVA, Alessandro da et al (Org.). Direitos Humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- SOARES, José Ronald Cavalcante (Org.). O servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do trabalho: volume I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005
- VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Servidor Público Temporário: Natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio da primazia da realidade de fato sobre as formas. Viçosa: UFV, 2007.

# AVALIAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO E A EXTINÇÃO DO *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO

## JOSÉ DANTAS GOMES

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Curso de Pós-graduação em Lato Sensu Televirtual da Universidade de Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Faculdade Regional da Bahia – UNIRB. Servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Contato: [jdj1dantas@yahoo.com.br](mailto:jdj1dantas@yahoo.com.br).

**RESUMO:** Um dos princípios marcantes no Direito do Trabalho é o *Jus postulandi*, que pode ser definido como “a capacidade postulatória da própria parte, que tem o poder de agir em um processo sem a assistência de um advogado”, ou seja, em termos mais simples, o reclamante e o reclamado estão autorizados a comparecerem em audiência judicial sem advogados. Na realidade, o princípio do *Jus Postulandi* foi criado como a forma de solucionar o problema do acesso a Justiça à população, visto que as defensorias públicas não estariam aptas para atender a elevada demanda de casos.

**Objetivo:** Esse trabalho tem como objetivo analisar possíveis soluções que vislumbram a indispensabilidade do advogado e a extinção do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho.

**Métodos:** Trata-se de uma pesquisa exploratória e descritiva, sendo consultadas publicações do período de 1988 a 2013, utilizando periódicos científicos nacionais disponíveis na ScientificElectronic Library Online (SciELO), além de consultas a livros. A abordagem adotada foi a qualitativa, através de uma pesquisa bibliografia.

**Resultados:** A análise dos dados foi realizada por meio de leituras cuidadosas do material selecionado extraído conceitos abordados de acordo com o objeto de estudo.

**Conclusão:** Após os estudos realizados pode-se afirmar que o fim do *jus postulandi* seria adequado para todos, ou seja, para o advogado que teria mais prestígio e alcançaria sua função social disposta no art. 133 da Carta Magna; para as partes, pois não mais seriam prejudicados seus direitos e para a sociedade que certamente conseguiria alcançar a justiça, já que não mais existiria a desigualdade processual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jus postulandi. Justiça do trabalho. Advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade analisar possíveis soluções que vislumbram a indispensabilidade do advogado e a extinção do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, sem ter a pretensão de querer estabelecer verdade absoluta sobre a temática abordada.

Assim sendo, não há como abordar o tema sem a análise do papel exercido pelos profissionais que dominem a técnica jurídica e estejam habilitados para o exercício da advocacia.

Neste contexto, é relevante mencionar que atualmente, existe uma imensa preocupação por parte daqueles que militam no mundo jurídico, com o acesso à Justiça, no sentido de que a mesma seja mais rápida, eficaz e de fácil acesso a todos que a procuram.

Assim sendo, o *jus postulandi* é uma exceção da capacidade postulatória privativa do advogado, consistindo em proporcionar o acesso à justiça do trabalho, permitindo que o cidadão mais carente, sem meios financeiros para contratar um advogado também possa postular seus direitos.

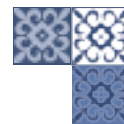
Dessa forma, cabe esclarecer que o *jus postulandi*, apesar de outorgar às partes de uma contenda a possibilidade de postular, pessoalmente, em juízo, não lhes atribui capacidade postulatória, visto que esta é própria dos profissionais legalmente habilitados, limitando-se a dispensar a exigência do patrocínio por intermédio dos referidos profissionais, ou seja, os advogados.

Levando em conta o exposto levanta-se o seguinte questionamento: Quais os meios de avaliação para que ocorra a indispensabilidade do advogado e a extinção do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho?

Essa pesquisa se justifica uma vez que ao tomar conhecimento, através da disciplina Direito do Trabalho, da previsão de capacidade postulatória das partes como meio de se alcançar o acesso à justiça, principalmente do empregado, considerado a parte hipossuficiente da relação trabalhista, no que se refere ao instituto do *jus postulandi*.

Essa pesquisa foi exploratória e descritiva, sendo consultadas publicações do período de 1988 a 2013, utilizando periódicos científicos nacionais disponíveis na ScientificElectronic Library Online (SciELO), além de consultas a livros.

A abordagem adotada foi a qualitativa, através de uma pesquisa bibliografia visto que irá procurar



respostas ou buscar selecionar problemas teóricos ou práticos através de processos científicos. Para estabelecer a amostra do estudo foram selecionados os seguintes descritores: *jus postulandi*, advogado, Justiça do Trabalho.

A análise dos dados foi realizada por meio de leituras cuidadosas do material selecionado extraído conceitos abordados de acordo com o objeto de estudo, comparando-os e agrupando-os sob a forma de categorias empíricas.

## 2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

A origem história do Direito do Trabalho está vinculada ao fenômeno conhecido sob a designação de “Revolução Industrial”. Se fosse dado situar no tempo um acontecimento marcante para assinalar o início desse processo revolucionário, indicaria a máquina a vapor descoberta por Thomas Newcomen, em 1712, logo empregada, com fins industriais, para bombear água das minas de carvão inglesas. Essa máquina era evidentemente, grosseira, e, por volta da segunda metade do século XVIII, James Watt introduziu-lhe importantes aperfeiçoamentos.

A força de resistência da classe operária concentrou-se, pois, de início, no associacionismo secreto, grupado à margem da lei, que perseguia, mas, ainda assim, atuante na autotutela dos interesses de classe e movido pelo instinto de defesa coletiva contra a miséria e o aniquilamento. Os movimentos grevistas, ação direta pela sabotagem, ou pelo boicote; o movimento ludista na Inglaterra e em França; alguns convênios coletivos de existência precária, manifestados desde o início da história do movimento operário, são a prova evidente de que o impulso inicial dado para o aparecimento do Direito do Trabalho foi obra do próprio operário, e não benevolência de filantropos, da classe patronal, ou do Estado. A ação direta do proletariado no quadro das condições adversas que lhe criou a primeira Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação história do Direito do Trabalho. Sob este aspecto pode afirmar-se que surgiu, primeiro, um Direito Coletivo impulsionado pela consciência de classe e, em seguida, um Direito Individual do Trabalho. Abstenção feita dos movimentos grevistas registrados no âmbito das Corporações medievais, através da ação vacilante e imprecisa dos Companheiros, arregimentados secretamente nos *Compagnonnages*, onde não se definiam com clareza os propósitos de uma consciência de classe; e, menos ainda, no seio dos Collegia romanos ou *Hetairas e Eranos gregos*, somente a partir dos fins do século XVIII e por todo o curso do século XIX é que a História registra o fato social propício ao nascimento do Direito do Trabalho.

Se, do ponto de vista jurídico-sociológico, foi o Direito das Relações Coletivas do Trabalho (expressão devida a Durand) o fator principal, a mola propulsora do Direito do Trabalho, contudo, o reconhecimento pelo Estado da existência deste Direito começou, como é óbvio, pela Regulamentação do Direito Individual do Trabalho.

## 3. O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O *jus postulandi* é considerado, pela maioria da doutrina, princípio de Direito Processual do Trabalho. Passou a existir como elemento facilitador do acesso do trabalhador ao órgão estatal responsável pela proteção de seus direitos trabalhistas, visto que sempre foi a parte mais frágil na relação jurídica laboral.

O *jus postulandi*, como faculdade do processo do trabalho, está previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 791, *in verbis*: “Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”

Também no art. 839 do texto consolidado, observa-se a faculdade ao jurisdicionado, como pode ser observado:

“Art. 839 – A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classes”

Todavia, temia-se pela permanência do *jus postulandi*, com o advento da Constituição da República de 1988, através do seu artigo 133, que preconiza: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”

Martinsse posiciona da seguinte maneira com relação à interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) à aplicação do art. 133 da Constituição:

O STF entendeu que a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, contida no art. 133 da Constituição, significa a participação do advogado nos concursos públicos para a magistratura e na composição dos tribunais pelo quinto constitucional.

Ainda que os dois artigos da CLT citados acima prevejam, de forma simples, o acesso do empregado à Justiça do Trabalho, para pleitear aquilo que lhe é devido, na prática a situação é bastante diferente do que

consta no texto legal.

Carrionfaz uma crítica ao que preceitua a CLT. Se a pessoa não é necessitada ele pode contratar advogado, se não tem recursos para pagar advogado, utilizará a assistência judiciária gratuita prevista na Lei nº 1060/50, portanto, não necessitaria postular na Justiça sem o patrocínio de advogado.

### 3.1 CONCEITOS

O *Jus postulandi*, é um princípio característico do processo do trabalho, que representa a capacidade postulatória, isto é, o poder de postular pessoalmente em juízo.

Martinsapresenta o seguinte conceito:

No processo do trabalho, o Jus postulandi é direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado.

Em seu conceito, este autor reafirma o direito que a pessoa tem de estar em juízo sem a necessidade de advogado. Já Leite conceitua da seguinte forma:

O jus postulandi nada mais é do que a capacidade de postular em juízo. Daí chamar-se também de capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente, diretamente, atos processuais.

O conceito desenvolvido por esse autor estabelece que o *jus postulandi* é o reconhecimento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente atos processuais.

Para Castrocom relação à conceituação do *jus postulandi*, afirma o seguinte:

O acesso à justiça é de difícil conceituação, no entanto, mencionam que duas finalidades básicas do sistema jurídico são úteis para determiná-lo. A primeira concerne à faculdade de as pessoas poderem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob o patrocínio do Estado. A segunda propõe que todos devam ter acesso igual ao sistema, de forma que este produza resultados individuais e socialmente justos.

Pode-se notar que nesse conceito são citadas duas finalidades básicas do sistema jurídico: a possibilidade das pessoas reivindicarem seus direitos e ou resolverem seus litígios patrocinados pelo Estado, e que todos devam ter acesso igual ao sistema, de forma que produza resultados individuais e socialmente justos.

O comentário destacado acima apresenta uma situação ideal do funcionamento da Justiça do Trabalho. Apesar disso, sabe-se que as demandas existem, mas não são atendidas a contento, porque as Varas do Trabalho não conseguem dar uma resposta em tempo hábil à questão apresentada. Com isso, causa-se decepção e angústia àqueles que não podem pagar advogados para representá-los.

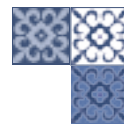
### 3.2 O JUS POSTULANDI APÓS A SÚMULA 425 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em 1943 nasce a Consolidação das Leis do Trabalho, surgindo-se assim o direito aos empregados e empregadores de reivindicarem pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanharem as suas reclamações até o final.

Assim através do Decreto-Lei nº. 5.452, nasce o *jus postulandi* consubstanciado no artigo 791 da CLT, o qual estabelece direitos aos empregados e empregadores de estarem em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente de advogado. Portanto, a partir da vigência da CLT os empregados e empregadores poderiam desacompanhados de procuradores postular seus direitos em todas as instâncias trabalhistas, mesmo nos Tribunais Regionais, e no Tribunal Superior do Trabalho, devendo-se apenas constituir advogado em caso de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Durante muitos anos discutiu-se a capacidade do empregado de exercer o iuspostulandi em face de empregador acompanhado por advogado, concluindo-se pelo desequilíbrio na relação processual haja vista a ausência da capacidade técnica do empregado.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) na tentativa de minimizar o desequilíbrio processual a 4ª Turma julgou o AIRR 886/2000, firmando o entendimento de que o *jus postulandi* não prevalece em caso de interposição de recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, considerando que a natureza extraordinária do recurso de revista exige que seja interposto por advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).



Todavia, essa posição não era dominante no TST, pois ainda existiam julgamentos visando pela aplicabilidade da expressão, “até o final”, contida no artigo 791 da CLT, criado pelo legislador de 1943 com o escopo de facilitar ao empregado e empregador o acesso a Justiça do Trabalho em todas as suas Instâncias.

Contudo, recentemente o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho aprovou o texto da Súmula 425, que assim estabelece: “Súmula 425- JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE - O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”

Com o advento da nova Súmula 425, do TST, conclui-se a limitação da aplicabilidade do artigo 791 da CLT no que tange a expressão “até o final”, pois agora o *jus postulandi* do empregado e do empregador restringe-se as Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, proibindo-se assim o acesso pessoal das partes ao Tribunal Superior do Trabalho.

### 3.3 TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NA JUSTIÇA COM O JUS POSTULANDI

A vantagem do *jus postulandi* justificava-se pelo fato da Justiça do Trabalho pertencer à esfera administrativa, com um sistema processual simples e informal, resolvendo casos corriqueiros como indenização por despedida injustas, horas extras, férias, entre outras. Mas com o desenvolvimento econômico, social e cultural, a Justiça do Trabalho se ampliou, tornando-se técnica e complexa. Dessa forma, o *jus postulandi*, que funcionou como meio eficaz e prático de as partes se defenderem, tornou-se inviável.

Nesse sentido, Paiva dispõe:

Exigir-se de leigos que penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem os fatos sem transformar a lide em um desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente, são exigências que não mais se coadunam com a complexidade processual, onde o próprio especialista, em raras ocasiões, tem dúvida quanto à medida cabível em determinadas situações.

Dessa maneira, infere-se que com as alterações ocorridas no processo, as pessoas que não possuem o conhecimento necessário, não mais conseguem defender-se e alcançar seus direitos.

No tocante às referidas mudanças, Almeida explica que:

O legislador da CLT e até mesmo Getúlio Vargas nunca imaginaram que a Justiça do Trabalho chegaria à complexidade e ao volume de processos que hoje encontramos, e como alguns historiadores críticos apontam o próprio Getúlio teria concebido a Justiça do Trabalho para não funcionar, seria uma espécie de jogo meramente populista. E de certa forma deu certo, porque se do lado normativo o trabalhador encontra-se de todas as formas possíveis e imagináveis protegido, do lado processual foi abatido pelas pernas, impossibilitado de caminhar.

Dessa forma, é relevante salientar que os dispositivos que fundamentam o *jus postulandi* na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) são os mesmos desde a promulgação, no ano de 1943. Nesse período, o trabalho era predominantemente agrícola e as relações de trabalho eram mais simples, e não havia tantas leis como hoje. No entanto, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem sido atualizado por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais.

Assim, em relação às mudanças acontecidas, que acarretaram a complicação das questões trabalhistas e a necessidade de criação de leis, Rocha apoia que:

Atualmente, com este emaranhado de leis que os parlamentares brasileiros compuseram, com a sofisticação dos recursos tecnológicos que trouxeram avanços enormes à jurisdição, com o aumento da complexidade das relações entre o capital e o trabalho, sem contar outras tantas mudanças por que passou e passa o Brasil e o mundo, pode-se dizer que a atribuição de capacidade postulatória ao leigo não é de todo obsoleta, sem dúvida alguma, grandemente temerária.

Nesse sentido, é significativo informar que as relações de trabalho sofreram mudanças, e com isso o processo se tornou mais complexo, sendo necessária a presença de advogado para a obtenção da justiça.

### 3.4 INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

Com a Constituição Federal de 1988o advogado passou a ser indispensável à administração da Justiça,

dispondo em seu artigo 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

E a Lei n. 8.906/94, em seu artigo 1º, *caput*, alude: “São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

Em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade em Medida Liminar (ADIN- 1127-8), a eficácia do inciso I do artigo 1º da Lei 8.906/94 foi suspensa, em sede de liminar, e no julgamento do mérito, o STF julgou procedente a ação quanto à expressão “qualquer”, constante do dispositivo aludido, concluindo pela prescindibilidade de advogados nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho.

Assim, ao deliberar que a postulação a órgão do Poder Judiciário não é privativa do advogado, interpretando de forma restritiva o dispositivo citado, o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade do instituto do *jus postulandi* previsto no artigo 791 da CLT, que mesmo após o artigo 133 da CF de 1988, do artigo 20 do CPC de 1973 e do Estatuto da Advocacia de 1994, continua em vigor.

Nesse sentido, Bomfim aclara que a manutenção do *jus postulandi* favorece o empresariado, incentiva a litigiosidade em detrimento do trabalhador e retarda a tramitação processual.

Como visto anteriormente, o *instituto do jus postulandi* possibilita ao cidadão acesso à justiça, dando-lhe oportunidade de requerer seus direitos sem gastos com advogado. Mas em contrapartida, diante da complexidade que as questões trabalhistas adquiriram, a presença do advogado tornou-se necessária.

Nessa perspectiva, em relação à presença do advogado do processo, Schmitt dispõe:

A presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável, tirando, inclusive, as paixões das partes envolvidas no processo, além de contribuir para a melhor ordem e celeridade, sem riscos de ver perecer sagrados direitos, por insuficiência de conhecimentos técnico-processuais.

*Ocorre que tal dispositivo constitucional não é absoluto, existindo algumas exceções, quais sejam, a impetração de habeas corpus e revisão criminal, a atuação na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais.*

Nesse sentido, Moraes refere:

O princípio constitucional da indisponibilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Carta Maior, não é absoluto. Assim, apesar de constituir fator importantíssimo a presença do advogado no processo, para garantia dos direitos e liberdades públicas previstos na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico, continua existindo a possibilidade excepcional da lei outorgar o *iuspostulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre no habeas corpus e na revisão criminal.

Dessa maneira, pode-se mencionar que o processo é um conjunto de atos emaranhado, apresentando dificuldades até mesmo aos profissionais da área, imagine-se então como poderia uma pessoa leiga agir diante dos prazos, da produção de prova, e demais questões inerentes ao processo, não possuindo qualificação para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, necessitando de pessoas especializadas.

Segundo Melo princípio da efetividade “é aquele que impõe que os direitos reconhecidos sejam realizados, implementados, efetivados, não bastando seu mero reconhecimento”.

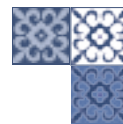
Assim, o fato de imputar à própria parte a defesa judicial de seus interesses, dificulta a efetividade dos direitos pleiteados e afronta o princípio de proteção do Direito do Trabalho, por requerer habilitação técnica.

Dessa forma, Paniagomenciona:

[...] a complexidade da atuação processual por vezes põe em dificuldades os próprios advogados, revelando a armadilha em que o *jus postulandi* pode colocar a parte que dele se utiliza, mormente quando se tratar de trabalhador de pouca instrução, como usualmente acontece.

No que se refere à dificuldade encontrada pela parte que se utiliza do *jus postulandi*, Possídio afirma que: Após a promulgação da EC 45, com a ampliação da competência da JT, a participação do advogado tornou-se ainda mais necessária, diante de um maior leque de ações, com diversos objetivos e com dificuldades também peculiares [...] O leigo – salvo raríssimas exceções que poderiam ser creditadas à genialidade – não possui condições de requerer ou contestar na plenitude desejada, diante das múltiplas questões que se lhe apresentam. Por conseguinte, a utilização do *jus postulandi* pode ser prejudicial ao trabalhador, uma vez que este geralmente não possui conhecimento técnico





e jurídico para alcançar todos os seus objetivos.

Sabe-se que na Justiça do Trabalho os acordos são utilizados com frequência. Ocorre que o trabalhador desacompanhado de advogado acaba renunciando parte do que tem direito. A fragilidade do empregado o torna suscetível de acordos muitas vezes desiguais.

Cruz afirma que:

[...] a intercessão de um advogado na Justiça do Trabalho tornou-se indispensável. Isto não quer dizer que o *jus postulandi* se extinguiu, mas que somente seria utilizado por quem realmente quisesse e soubesse o que estaria fazendo”.

Assim, importante se faz a presença do advogado, para instruir o trabalhador, parte mais frágil da relação jurídica, a fim de tornar o processo mais justo, permitindo à parte a concretização dos seus direitos.

Deste modo, conclui-se que, embora o instituto do *jus postulandi* proporcione aos cidadãos acesso à justiça, e mesmo com sua permanência após a Constituição Federal de 1988, o advogado é indispensável nas relações jurídicas, visto que com a complexidade dos processos, uma pessoa leiga, sem a instrução necessária, não alcançaria, em tese, obtenção todos os seus direitos.

### 3.5 POR QUE O JUS POSTULANDI DEVE SER REJEITADO?

O Direito material e processual do trabalho, em alguns momentos, fazem parte do discurso dialético e, como tal, buscam uma maior probabilidade e racionalidade das decisões. A maior probabilidade e racionalidade serão atingidas com base no argumento e, nesse contexto, o *jus postulandi* não pode ser admitido.

Nesse sentido, há vários artigos protestando contra o *jus postulandi*.

Souto Maior escreve:

(...) sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para a consecução desse ideal. Com efeito, nos processos trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempreitada, sucessão, terceirização, grupo de empresa; litispendência; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc. Mesmo a avaliação dos efeitos dos fatos ocorridos na relação jurídica sob a ótica do direito material nem sempre é muito fácil. Vide, por exemplo, as controvérsias que pendem sobre temas como: aviso prévio cumprido em casa; subordinação jurídica; política salarial; direito adquirido; horas in itinere; salário in natura; integração de verbas de natureza salarial; contratos a prazo; estabilidades provisórias, entre outros.

Considerando o exposto, fica evidente que este autor discorda do *jus postulandi*, visto que existem vários temas que um empregado leigo não tem conhecimento, por esse motivo que ele afirma que é necessária a presença de um advogado em qualquer processo trabalhista.

Como observam Vasques e Xaviero *jus postulandi* foi admitido para um processo simples. Ocorre que, hoje, os conflitos entre capital e trabalho são complexos e o processo trabalhista é complexo, no sentido de hoje, haver um sem número de categorias profissionais, cada uma com seus dissídios coletivos, acordo coletivos, cada caso possui inúmeras particularidades, os processos trabalhistas tramitam durante anos, há um número enorme de normas, leis, portarias do Ministério do Trabalho, uma jurisprudência não menos vasta e assim por diante.

E, por entenderem que o *jus postulandi* implica numa situação de fragilidade, deixando a parte sem condições de postular seus direitos de forma plena, correta e justa, por falta de conhecimento e técnica, concluem que a “(...) presença do advogado, no processo trabalhista, não se trata de situação de corporativismo de uma classe, mas de direito fundamental da parte, principalmente do obreiro, e condição imprescindível para que seja exercida a cidadania em sua plenitude”.

Schmitt no mesmo sentido, escreve:

A presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável, tirando, inclusive, as paixões das partes envolvidas no processo, além de contribuir para a melhor ordem e celeridade, sem riscos de ver perecer sagrados direito, por

insuficiência de conhecimentos técnico-processuais.

E,

(...) o art. 791 não deixa de ser uma previsão já ultrapassada, devendo ser revogada ou modificada, pois as partes não detêm suporte técnico e conhecimentos para suportar uma demanda ou uma defesa trabalhista, que na grande maioria já se torna difícil para o profissional não especialista na área, imagine às partes, sem os conhecimentos jurídicos básicos.

Por fim, Sampaio segue a mesma linha e escreve:

De há muito, superamos a fase idílica, quando os conflitos eram simples, pequenos, versando sobre direitos isolados, um aviso-prévio aqui, algumas horas extras ali, uma despedida injusta acolá. Os sindicatos se organizaram; surgiram milhares de convenções e acordos coletivos; novas leis chegaram; divergências se estabeleceram até mesmo sobre a forma de contagem de juros; novos dispositivos foram incorporados ao dia-a-dia trabalhista, como os agravos regimentais, o recurso extraordinário, o indeferimento liminar de agravo de instrumento em recurso de revista, as ações cautelares desde o 1º grau.

No texto desse último autor vale citar dois entendimentos constantes em pareceres e memoriais da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) que julgou inconstitucional o trecho do artigo 1º do Estado da Advocacia. O primeiro é de autoria de José Afonso da Silva em que ele é mais incisivo:

... é preciso ser realista para concluir pela desmistificação dessa forma de participação direta, pois aqui também se oficializava um tratamento desigual entre reclamante e reclamado, este, em geral, representado por seus departamentos jurídicos e aquele entregue à sua própria sorte. Ou o juiz teria que suprir suas deficiências, o que não é função do juiz, os seus direitos ficavam ao desamparo. Por isso é que essa chamada vitoriosa tradição teve que se cumprida pela interferência dos sindicatos de trabalhadores, todos criando departamento ou um serviço jurídico para atender ao patrocínio judicial de seus filiados.

O segundo Luis Roberto Barroso no mesmo sentido, o livre-docente e professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, enfatiza:

Já a ausência do advogado, mesmo que eventualmente afetando a celeridade e a simplificação – o que se admite para mero fim de argumentação – pode comprometer, de forma irremediável, a finalidade da justiça. Isto porque a desigualdade de conhecimento ou a desigualdade material e cultural das partes, sem a presença niveladora do advogado, pode produzir, e muitas vezes o faz, a soluções injustas.

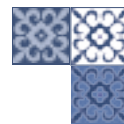
Se houver desequilíbrio entre as partes, advogado e parte de um lado e parte por si só do outro, não há como se falar na busca de uma verdade consensual ou de uma verdade provável, muito menos de uma correção da decisão.

Evidentemente que o Juiz deverá fundamentar as decisões, mas será que ela conterà uma verdade provável, já que o juiz não pode ir a caça de direitos.

Entretanto, a decisão pode ser justificada, mas haverá, nos casos do *jus postulandi*, uma dominação da parte que estiver acompanhada por advogado sobre a parte desacompanhada. A dominância dos argumentos do advogado, que passou por anos de estudo e possui alguma experiência, não pode ser negada. Sendo assim, se o Direito é uma forma de reduzir ou evitar a dominação, o *jus postulandi* não pode ser admitido.

A manutenção do *jus postulandi* se não viola o artigo 133 da Constituição Federal ou o artigo 1º da Lei 8.906/94, viola uma extensa lista de garantias fundamentais, especialmente o artigo 5º, incisos LV e LXXIV, da Constituição Federal e impede a concretização de outra extensa lista de direitos, inclusive aqueles elevados a categoria de fundamentais (art. 7º, da CF/88).

Nesse contexto, tem-se mais um argumento contra o *jus postulandi*. Ainda que ele não seja inconstitucional ou ilegal, ele é irracional e empecilho para a efetivação de direitos e para a busca da verdade provável e correção da decisão.



#### 4. CONCLUSÃO

Através da pesquisa, pôde-se perceber que o instituto do *jus postulandi* não conseguiu cumprir o seu papel social, visto que, para o seu exercício, exige-se dos postulantes uma desenvoltura que os mesmos não possuem.

Mesmo com a celeridade apregoada na Justiça do Trabalho, há uma complexidade inerente que não pode ser abolida, porque faz parte do rito processual. O empregado postulante não está habituado com esse ambiente; por essa razão, fica em situação de desvantagem em relação à parte contrária, que tem o auxílio do advogado.

Verifica-se que o uso do *jus postulandi* é rodeado de muita polêmica, tendo em vista que o entendimento majoritário é de que a apresentação do advogado é dispensável exclusivamente nos juizados especiais, assim como na primeira e segunda instância do Judiciário trabalhista, mas não são todas as cortes que acolhem tal método.

Ficou notório que diversos autores asseguram que apenas os advogados compreendem alguns termos jurídicos, a prática do processo, bem como dos tribunais. Além de que o *jus postulandi* lesa o trabalhador, o qual não tem mínimo conhecimento jurídico necessário e por isso corre o risco de perder a ação, já que não sabe conduzir sua defesa.

Mediante o que foi exposto e respondendo o objetivo proposto pode-se confirmar que o instituto do *jus postulandi* já passou da hora de ser extinto do nosso ordenamento jurídico, posto que transcenda a desigualdade entre as partes, tornando geralmente nos casos o empregado mais vulnerável.

Assim sendo, está na hora do Estado assumir suas responsabilidades, e assegurar aos cidadãos uma justiça efetiva, e provê-los de profissionais do direito, capazes de lutarem perante o Judiciário na defesa de seus interesses, sendo os mesmos custeados pelo Estado e assim definitivamente promovermos de forma mais célere, o bem comum e a paz social.

Por fim, propõe-se que o Estado atue mais efetivamente nesse sentido, proporcionando aos cidadãos brasileiros amplo acesso à justiça, mas sem sacrificar direitos individuais e indisponíveis, indispensáveis à manutenção da dignidade do trabalhador.

#### 5. REFERÊNCIAS

- GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. Curso do Direito do Trabalho. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.
- GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. Curso do Direito do Trabalho. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2010, p. 68.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2010, p. 72.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2010, p. 72.
- MARTINS, S.P. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros: atualizada até 11/2003. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 40.
- CARRION, V. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1135.
- MARTINS, S.P. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros: atualizada até 11/2003. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 196.
- LEITE, C.H.B. *Jus postulandie* honorários advocatícios na Justiça do Trabalho à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004. IN: Revistas IOB Trabalhista e Previdenciária. S.l., s.e., ano 17, n. 208, out. 2006, p. 28.
- CASTRO, J.A.L. Direito processual: Interpretação constitucional no estado democrático de direito. Belo Horizonte: IEC/PUC, 2010, p. 8.
- MARTINS, S.P. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros: atualizada até 11/2003. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 40.
- MARTINS, S.P. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 183.
- MARTINS, S.P. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184.
- MARTINS, S.P. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 186.
- BOMFIM, B.C. A indispensabilidade do advogado e honorários na Justiça do Trabalho. Revista do Direito Trabalhista, Consulex, ano 15, n. 03, março de 2009. p. 21.
- PAIVA, M.A.L. A supremacia do advogado face ao *jus postulandi*. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/1999/art06.htm>>. Acesso em: 05 set 2013, p. 26.
- ALMEIDA, D.C. A quem interessa a continuidade do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho? Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=397>>. Acesso em: 05 set 2013, p. 39.
- ROCHA, J.V.S. A atuação sindical e o direito fundamental de acesso à justiça. Revista de Ciências Jurídicas e sociais da Unipar. Umuarama. v. 10, n. 2, p. 370-1, jul./dez. 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 set 2013.

BOMFIM, B.C. A indispensabilidade do advogado e honorários na Justiça do Trabalho. Revista do Direito Trabalhista, Consulex, ano 15, n. 03, março de 2009. p. 22.

SCHMITT, P. L. *Jus postulandi* e os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, ano IX, n. 106, abril de 1998. p. 8.

MORAES, A. Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 475.

MELO, D.F.S. Breves considerações acerca do direito à tutela jurisdicional efetiva. [2008] Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080618102856814&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080618102856814&mode=print)>. Acesso em: 05 set 2013, p. 14.

PANIAGO, I.O. Honorários de advogado: das inovações do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) acerca dos honorários advocatícios e suas repercussões no Direito do Trabalho. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 15, n. 170, agosto de 2003. p. 18.

POSSÍDIO, C.A.R. A Justiça do Trabalho, o *jus postulandi* e os honorários advocatícios: um tabu a ser quebrado. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 17, n. 197, p. 26-7, novembro de 2005.

CRUZ, P.R. A impossibilidade da utilização do *jus postulandi* como fundamento para o indeferimento de honorários de sucumbência nas causas trabalhistas que versem sobre a relação de emprego. Revista de Direito do Trabalho, ano 34, n. 132, Revista dos Tribunais, out-ago/2008. p. 131.

SOUTO MAIOR, J. L. Honorários de advogado no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo código civil. “in” Síntese Trabalhista, Porto Alegre, novembro, vol. 15, n.º 173, 2003, págs. 09-16.

VASQUES, A. C.; XAVIER, O. A. A obrigatoriedade da presença do advogado no processo trabalhista: corporativismo ou condição indispensável para o pleno exercício da cidadania? “in” Síntese Trabalhista, Porto Alegre, junho, vol. 12, n.º 144, 2001, p. 54.

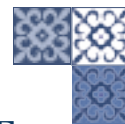
VASQUES, A. C.; XAVIER, O. A. A obrigatoriedade da presença do advogado no processo trabalhista: corporativismo ou condição indispensável para o pleno exercício da cidadania? “in” Síntese Trabalhista, Porto Alegre, junho, vol. 12, n.º 144, 2001, p. 56.

SCHMITT, P. L. *Jus postulandi* e os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, ano IX, n. 106, abril de 1998. p. 10.

SAMPAIO, R. O novo estatuto dos advogados: e agora o *jus postulandi* na justiça do trabalho? “in” Genesis – Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, novembro, vol. IV, n.º 23, 1994, págs. 550.

SILVA, J. A. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.224.

BARROSO, L. R. Da Falta de Efetividade a Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Dissertação de mestrado, UERJ, 2007.



# INTIMIDADE GENÉTICA NA RELAÇÃO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

## LEANDRO FERNANDEZ

Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Assistente de Magistrado vinculado à Primeira Vara do Trabalho de Salvador, Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo principal a análise da possibilidade e da extensão de restrições à intimidade genética dos trabalhadores na relação de emprego. Para satisfação deste desiderato, foram examinados os aspectos fundamentais da bioética e do biodireito. Na sequência, buscou-se explicitar o conteúdo do direito à intimidade genética, analisando-se, ao final, critérios para eventual ocorrência de restrições a este direito no contexto do contrato de trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito diretivo do empregador; Bioética; Biodireito; Intimidade Genética.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a descoberta, nos anos de 1950, da estrutura do DNA, as potencialidades de utilização das informações contidas no genoma desenvolveram-se com velocidade espantosa. Os avanços da biotecnologia deram a conhecer ao homem, nos últimos sessenta anos, muito mais sobre sua estrutura orgânica e seus elementos identificadores mais essenciais do que todo o restante da história humana. Ao novo universo de dados aliaram-se a criação de técnicas científicas e a inauguração de dezenas de áreas de pesquisa. Pode-se, mesmo, falar numa verdadeira revolução biotecnológica.

Atualmente, é possível, através do mapeamento genético de um sujeito, investigar, com quase total acerto, sua filiação, descobrir propensões a enfermidades, examinar a existência de incompatibilidades com medicamentos — e até fixar sua adequada dose a cada indivíduo — e desenvolver tratamentos terapêuticos, com as mais variadas finalidades, mediante a medicina genética preditiva. Os resultados das novas técnicas alcançam repercussões em inúmeros setores da vida humana. Precisamente por isso, geram inevitáveis efeitos em diversos ramos do Direito. Hoje, as questões propostas aos juristas pela genética vão desde o Direito de Propriedade Intelectual até a Responsabilidade Civil, do Direito Penal ao Direito do Trabalho.

O presente estudo, diante dessas constatações, destina-se a analisar as implicações do uso da biotecnologia no contexto de um dos mais relevantes fatores para a existência digna do ser humano: o trabalho. Examinar-se-á, assim, o tema da intimidade genética do trabalhador na relação de emprego, especialmente no que se refere às possibilidades e às eventuais condições de restrição deste direito.

## 2. O DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

A mais relevante implicação das inovações tecnológicas no âmbito da genética diz respeito aos problemas relacionados à utilização — explícita ou dissimulada — do material coletado para realização de análises visando à obtenção do mapeamento do perfil genético dos trabalhadores. Expedientes dessa natureza, conquanto ainda não sejam financeiramente viáveis em larga escala no Brasil, certamente se tornarão frequentes em relativamente pouco tempo, dado o avanço da tecnologia. Os aparelhos imprescindíveis para tanto tornam-se, a cada dia, mais móveis e baratos.<sup>1</sup> A devassa de dados genéticos deixou de ser simples tema de ficção científica.

1 Neste trabalho, adotar-se-á a expressão “perfil genético” no lugar de “patrimônio genético”, normalmente utilizada. Isto porque, embora sabidamente os direitos da personalidade possam admitir repercussões pecuniárias, eles próprios são insuscetíveis de apreciação econômica. Neste sentido, ponderam PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO que uma das características dos direitos da personalidade é a “ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. vol I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146).

2 Após a conclusão, no âmbito do Projeto Genoma Humano, do mapeamento do genoma, no início da década passada, as pesquisas evoluíram no sentido de viabilizar a ampliação do acesso à realização do exame. Constata-se que a “fila interminável de máquinas do tamanho das de lavar foi substituída por equipamentos de nova geração como a Personal Genome Machine, da Ion Torrent, que mais parece um scanner ou uma impressora”. As pesquisas realizadas pelo biotecnólogo norte-americano Jonathan Rothberg, inventor das máquinas mais modernas, apontam no sentido da difusão da tecnologia de modo que “a plataforma poderá expandir o uso do sequenciamento do DNA

A análise acerca da possibilidade de realização desses exames e das temáticas relativas ao acesso aos resultados exige, previamente, a abordagem sobre os elementos estruturais da bioética e do biodireito, assim como a investigação em torno do direito à intimidade genética. Serão estes, então, o objeto dos próximos tópicos.

## 2.1 BIOÉTICA E BIODIREITO: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

A bioética é definida, na *Encyclopedia of Bioethics*, como “o estudo sistemático do comportamento humano na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, quando se examina esse comportamento à luz dos valores e dos princípios morais”<sup>3</sup>. Atribui-se a criação do termo ao médico americano VAN RENSSLAER POTTER, em opúsculo publicado em 1970. A pretensão de POTTER era “*construir un proyecto global, que aunara el conocimiento biológico y el conocimiento de los sistemas de valores humanos, el encuentro o reencuentro entre los hechos y los valores*”<sup>4</sup>.

No final da década de 1970, BEAUCHAMP e CHILDRESS delineiam, na obra *Principles of Biomedical Ethics*, alguns princípios considerados inerentes à bioética. Neste ramo do conhecimento, foram, posteriormente, elaboradas abordagens diversas da teoria principialista proposta pelos mencionados autores<sup>5</sup>. Não obstante, em razão de sua importância para a consolidação da disciplina e de sua utilização no desenvolvimento de inúmeras pesquisas, impende analisar, ainda que brevemente, os postulados indicados, a saber: beneficência, não malevolência, autonomia e justiça.

O princípio da beneficência veicula a obrigação de assegurar o bem-estar do paciente, elevando benefícios e reduzindo riscos<sup>6</sup>. A seu turno, o princípio da não malevolência veda a provocação de dano a outrem<sup>7</sup>. O princípio da autonomia “estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legitima a obrigatoriedade do consenso livre informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto”<sup>8</sup>. O princípio da justiça traduz a idéia de vedação à discriminação, ressalvada a existência de fator justificador<sup>9</sup>. A estes postulados é possível, ainda, acrescentar, como elementar à bioética, o princípio da dignidade humana, o qual, em razão de seu papel central no Direito, será posteriormente analisado.

É no campo da bioética que são travadas, contemporaneamente, algumas das mais relevantes e inquietantes discussões científicas, com evidentes repercussões nos diversos setores relacionados à vida do homem e sua interação com a natureza<sup>10</sup>. Precisamente por isto, afirmou-se, nas últimas décadas, o interesse das nações em regular juridicamente as questões atinentes à bioética: surgia, então, o que se passou a denominar de biodireito.

Pode-se definir o biodireito como a disciplina, ainda nascente, que visa a determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das “exigências máximas” da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica — isto é, a busca do que se “deve” fazer para atuar o “bem”

---

para universidades menores, hospitais e consultórios médicos, ajudando a fazer que a análise genética se torne comum” (CABRAL, Rafael. Projeto Genoma para todos. Estadão.com.br, São Paulo: 17 de abril de 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/projeto-genoma-para-todos/>>. Acesso em 02/02/2014).

3 Apud BELLINO, Francesco. Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997, p. 21. A respeito desse conceito, obtempera LUIS GONZALEZ MORAN: “Como se puede colegir, la definición de bioética es verdaderamente compleja: porque se mueve en una zona de cruces e interrelaciones plurales, donde debe conjugarse la necesidad de la investigación y progreso tecnocientífico, muy en concreto de la biotecnología, con la protección y respeto de la vida humana, no solo presente sino también futura, con la atención a la asistencia sanitaria y con la habitabilidad de la tierra y con las consecuencias de tipo económico, político y social que esto genera”. (De la Bioética al Bioderecho: Libertad, Vida y Muerte. Madrid: Editorial Dykinson, 2006, p. 49).

4 MORAN, Luis Gonzalez. op. cit., p. 24.

5 Para aprofundamento nas abordagens filosóficas que têm orientado a bioética, vide BELLINO, Francesco. op. cit.

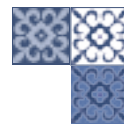
6 MORAN, Luis Gonzalez. op. cit., p. 47.

7 OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Bioconstitucionalismo: Considerações teóricas sobre os fundamentos constitucionais da bioética. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, n.º 12. Salvador: UFBA, 2005, p. 341.

8 BELLINO, Francesco. op. cit., p. 198.

9 OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. op. cit., p. 341.

10 Além do tema da intimidade genética, abordado neste trabalho, é possível citar, dentre os inúmeros exemplos, a discussão acerca da possibilidade de incidência das regras sobre propriedade intelectual em relação aos conhecimentos e resultados obtidos mediante as pesquisas genéticas, assim como a viabilidade do patenteamento de genes (MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. RTDC. v. 3, jul./set. 2000, p. 75). Há, também, a questão da chamada “biopirataria”, a qual, relata-se, teria sido “praticada por cientistas inescrupulosos do Primeiro Mundo em relação a certos grupos indígenas da América do Sul. Para ter acesso a troncos genéticos mais puros, foi retirado sangue desses indígenas para estudos, fazendo promessas enganosas e sem nenhum consentimento informado sobre o uso posterior dos dados coletados” (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Genoma Humano e bioética in Bioética: Alguns desafios. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo (Orgs.). São Paulo: Loyola, 2001, p. 254).



— mas do ponto de vista da exigência ética “mínima” de estabelecer normas para a convivência social<sup>11</sup>.

No plano internacional, os principais diplomas normativos relacionados ao biodireito foram a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (1997), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (2003), a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005) e a Declaração das Nações Unidas sobre a Clonagem Humana (2005).

A principal preocupação destes documentos consiste na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. A adequada compreensão do significado desse princípio para o direito somente é possível mediante a incursão nas reflexões éticas formuladas por IMMANUEL KANT.

Um dos aspectos fundamentais da obra do filósofo é, sem dúvida, a investigação moral por ele empreendida. Com efeito, KANT preocupa-se em justificar a atuação moral do ser humano por meio de um postulado apriorístico, inerente à própria racionalidade humana e de necessária observância como regra de conduta. A tal preceito, KANT denomina de *imperativo categórico*<sup>12</sup>.

Tal imperativo pode ser explicitado através da seguinte sentença: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”<sup>13</sup>.

Consoante se infere da máxima acima declinada, o filósofo não dirige sua atenção a enunciar comportamentos concretos que atenderiam à conduta ética, mas objetiva estabelecer uma regra abstrata determinante da atuação moral do homem. Assim, conforme lecionam EDUARDO BITTAR e GUILHERME ALMEIDA, o

agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Daí decorre que o sumo bem só pode ser algo que independa completamente de qualquer desejo exterior a si, de modo que consistirá no máximo cumprimento do dever pelo dever, do qual decorre a suma beatitude e a suma felicidade, como simples mérito de estar conforme ao dever e pelo dever.<sup>14</sup>

Nos “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, encontra-se a explicitação do imperativo categórico sob uma perspectiva do reconhecimento do valor humano. Tem-se, então, a enunciação do preceito que KANT denomina de *imperativo prático*, através da seguinte máxima: “age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio”<sup>15</sup>.

O homem, assevera KANT, deve ser sempre um fim em si mesmo, não sendo franqueado, a quem quer que seja, reduzir uma pessoa à mera condição de meio para consecução de outras finalidades. O ser humano, ressalte-se, não possui preço, não pode ser substituído por qualquer equivalente, mas, ao revés, é inestimável, detentor, portanto, de dignidade.

A noção de dignidade humana, amplamente difundida na modernidade a partir das reflexões de KANT,

11 MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. RTDC. v. 3, jul./set. 2000, p. 64. Ao cotejar a novel disciplina com a bioética, LUIS GONZALEZ MORAN aduz que ao “hablar del objeto de estudio del bioderecho, hemos de señalar que éste y la bioética no se diferencian por el objeto de su estudio, ni por la realidad sobre la que se proyectan, sino que sus diferencias vienen generadas por su distinto estatuto epistemológico, las perspectivas asumidas y sus procedimientos de eficacia. Ambas son ciencias normativas, pero difieren sus métodos de producción y de aplicación y exigibilidad de sus normas: a diferencia de las normas morales y éticas, las normas jurídicas son exigibles coactivamente y cuentan con una dotación de sanciones de diversa naturaleza” (De la Bioética al Bioderecho: Libertad, Vida y Muerte. Madrid: Editorial Dykinson, 2006, p. 113). A seu turno, MARÍA CASADO pondera que a “Bioética se ocupa de analizar las implicaciones éticas, jurídicas y sociales de los descubrimientos científicos y las aplicaciones biotecnológicas para proponer pautas justas a su tratamiento y, por ello, requiere del Derecho a la hora de aplicar y dar efectividad a sus propuestas. Desde el nacimiento de la nueva disciplina, ambos caminan unidos por temas tan cruciales como el consentimiento informado y los derechos de los pacientes, los conflictos en torno al origen y el final de la vida, o la búsqueda de acuerdos en contextos plurales. La implicación entre el Derecho y la Bioética es de carácter intrínseco y, así como la contribución de aquél es fundamental para ésta, las aportaciones del análisis bioético deben ser consideradas de una extrema utilidad para el derecho público a la hora de elucidar los problemas suscitados por la biotecnología ya que una y otra disciplinas comparten una misma finalidad: el respeto y la promoción de los derechos humanos reconocidos” (grifos no original) (CASADO, M.. A vueltas sobre las relaciones entre la bioética y el derecho. Revista Bioética, Brasília, v.19, n.1, may. 2011. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/605/621](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/605/621). Acesso em: 02/02/2014, pp. 15/16).

12 ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2007, p. 289.

13 KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1994, p. 42.

14 ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 289.

15 KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997, p. 79.

encontra-se consagrada em diversas Constituições contemporâneas,<sup>16</sup> figurando como verdadeiro lastro dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Na atual Constituição brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado no art. 1º, inciso III,<sup>17</sup> como fundamento da República Federativa do Brasil, assim como no art. 170, *caput*, estando, aqui, alçado ao *status* de finalidade da Ordem Econômica.

Trata-se de princípio de elevada carga de indeterminação semântica. Ao discorrer acerca do seu conteúdo, ROBERT ALEXY reconhece que, podendo seu conceito ser expresso através de um plexo de condições concretas que devem estar presentes — ou que necessariamente devem ser repudiadas — a fim de que se assegure existência digna, pessoas diferentes indicariam conjuntos diversos de tais condições.<sup>18</sup> Não obstante, prossegue o autor, esses diferentes feixes de condições apontadas não serão absolutamente distintos, guardando, entre si, um grau mínimo de afinidade ou consenso. Não é difícil perceber, por exemplo, que, qualquer que seja a concepção adotada, condutas vexatórias, humilhantes serão tidas como violadoras da dignidade humana. Para além disso, diversos princípios materiais exsurtem como consectário da garantia do aludido princípio, tais como “aqueles que têm como objetivo a proteção dos aspectos mais íntimos dos seres humanos e aqueles que conferem ao indivíduo um direito *prima facie* à sua auto-representação em face dos outros indivíduos”<sup>19</sup>.

De outra parte, lastreado em diversos posicionamentos doutrinários e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ALEXY sustenta que a liberdade consiste em elemento essencial à noção de dignidade humana.<sup>20</sup> Liberdade, aqui, assume a idéia de ausência de coerção sobre o ser humano em suas decisões. Não é possível, nesse sentido, sequer cogitar-se de dignidade humana, se não houver a garantia de livre desenvolvimento do indivíduo e autodeterminação. Salienta ALEXY, todavia, que a Corte Suprema Alemã não espousa uma compreensão individualista dessa liberdade, mas, antes, afirma “não ser uma liberdade ilimitada, mas uma liberdade de um ‘indivíduo referido e vinculado a uma comunidade’”<sup>21</sup>.

Da lição do jurista alemão é possível extrair que o conteúdo do princípio da dignidade humana expressa, ao menos, três aspectos básicos: a) a vedação a condutas humilhantes ou degradantes; b) a garantia de autonomia do ser humano em suas escolhas, liberdade esta que se há de coadunar com a idéia de convivência em sociedade; c) diversos princípios materiais decorrem do princípio da dignidade humana, como condição para sua realização, dentre os quais é possível assinalar aqueles atinentes à própria personalidade dos sujeitos.

Posicionamento muito próximo é encontrado na doutrina pátria, presente na obra de INGO WOLFGANG SARLET, para o qual

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>22</sup>

Podem-se divisar, no conceito de SARLET, os componentes básicos, acima assinalados, que concorrem na conformação do conteúdo jurídico da dignidade humana.

16 Exemplificativamente, a atual Constituição portuguesa dispõe, em seu art. 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Da mesma maneira, a Constituição espanhola consagra, em seu art. 10, 1, a dignidade humana, nos seguintes termos: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Destaque-se, ainda, a proteção à dignidade humana na Lei Fundamental da Alemanha (Grundgesetz). Sobre o tema, aduz KONRAD HESSE que o “novo ordenamento jurídico baseia-se, já desde o artigo 1º GG, no princípio supremo, absoluto e intangível da inviolabilidade da dignidade humana (art. 1.1 GG) e no reconhecimento dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem (art. 1.2 GG).” (HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29).

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

(...) III – a dignidade da pessoa humana;

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 355.

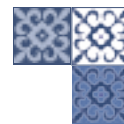
19 *Ibid.*, p. 359.

20 *Ibid.*, p. 356.

21 *Ibid.*, p. 357.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.





Um dos principais aspectos da personalidade relacionados à dignidade humana é, seguramente, a intimidade. O tópico seguinte destina-se exatamente a abordar o direito à intimidade e, particularmente, a vertente da intimidade genética.

## 2.2 A INTIMIDADE GENÉTICA

O específico exame do direito à intimidade genética exige, como etapa logicamente preliminar, a fixação do conceito e do conteúdo do direito à intimidade. Este, então, será o alvo de análise a seguir, partindo-se, logo após, para o enfrentamento daquele.

### 2.2.1 O DIREITO À INTIMIDADE

Em contraposição ao espaço de exposição social ou vida pública do sujeito, está seu âmbito de resguardo ou de vida privada. É corrente na doutrina o recurso à figura do círculo concêntrico para indicar a existência de áreas diversas dentro vida privada, progressivamente mais restritas de acordo com grau de sigilo. A delimitação desses círculos, entretanto, não é consensual na doutrina.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, em conhecido trabalho, sustenta que o âmbito da vida particular pode ser dividido em três esferas: a maior delas, a “*esfera privada stricto sensu*”, corresponderia aos “comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público”; a intermediária, a “esfera da intimidade”, diria respeito a “conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quívís ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular”; a mais restrita das esferas seria a do segredo, a qual corresponderia a “aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados”<sup>23</sup>.

Diversamente, MANOEL JORGE E SILVA NETO visualiza a intimidade como círculo concêntrico mais restrito, situado no interior do círculo da vida privada. Assevera o autor que

a primeira corresponde ao conjunto de informações, hábitos vícios, segredos, até mesmo desconhecidos do tecido familiar, ao passo que a última está assentada na proteção do que acontece no seio das relações familiares; proteção destinada a que se preserve no anonimato o quanto ali ocorre, exceto na hipótese de ofensa a interesse público<sup>24</sup>.

Há, ainda, quem entenda não integrar a intimidade a “dialéctica público-privado”<sup>25</sup>, constituindo-se em verdadeiro elemento fundante, pressuposto à constituição da vida pública e da vida privada.

A seu turno, PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO sustentam que “a vida privada é entendida como a *vida particular* da pessoa natural (*right of privacy*), compreendendo-se como uma de suas manifestações o direito à intimidade”<sup>26</sup>.

ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, por sua vez, obtempera que a “cisão do conceito de vida privada em direito à privacidade e direito à intimidade não é, propriamente, uma distinção conceitual, mas uma questão de abrangência”<sup>27</sup>.

Neste trabalho, em sentido próximo à compreensão apresentada por MANOEL JORGE E SILVA NETO, visualiza-se o âmbito da vida privada do indivíduo representado por um círculo, no interior do qual, mais restrito, está o círculo da intimidade. A vida privada abrange, genericamente, fatos ou informações que o indivíduo não deseja submeter à exposição pública, correspondendo a um espaço de relações sociais mais reservado. A intimidade, a seu tempo, corresponde àqueles fatos, características ou informações objeto de maior sigilo por

23 COSTA JÚNIOR, Paulo José. O Direito de Estar Só: tutela penal da intimidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp.36/37. Adotando também esta classificação: LEWICKI, Bruno. A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35.

24 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 83. Em sentido próximo, referindo-se especificamente à relação de emprego, aduz ARION SAYÃO ROMITA que a esfera da intimidade, mais restrita, refere-se aos “aspectos mais recônditos da vida do trabalhador, aqueles que deseja guardar só pra si, isolando-os da intromissão do empregador”, enquanto, na esfera da vida privada, “se encaixam os aspectos que dizem respeito à privacidade do trabalhador”, compreendendo-se privacidade como “a faculdade assegurada ao empregado de excluir o acesso a informações, capazes de afetar sua sensibilidade” (Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 279).

25 ZERGA, Luz Pacheco. La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2007, p. 216.

26 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. vol I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.

27 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 166.

parte do sujeito, normalmente referentes aos aspectos mais elementares do seu “ser existencial”<sup>28</sup> e, precisamente por isto, sendo compartilhados somente com as pessoas mais próximas de seu ambiente de convivência.

No ordenamento constitucional brasileiro, a proteção à intimidade está prevista no art. 5º, inciso X<sup>29</sup>.  
Cumpre, agora, avançar para o exame da intimidade genética. É o que se fará a seguir.

### 2.2.2 O DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

Pode-se definir o direito à intimidade genética, como o faz CARLOS RUÍZ MIGUEL, como o “*derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética*”<sup>30</sup> compreendendo um elemento objetivo e um subjetivo.

O elemento objetivo corresponde ao próprio genoma humano e, “*por derivación, cualquier tejido o parte del cuerpo humano en el que se encuentre esa información genética*”<sup>31</sup>. A seu turno, o aspecto subjetivo refere-se à vontade de “*determinar quien y en qué condiciones puede acceder a la información sobre su genoma*”<sup>32</sup> estando relacionado, portanto, com a noção de autodeterminação informática.

É inquestionável que, na atualidade, o perfil genético é um verdadeiro “meio de identificação da pessoa física”<sup>33</sup>. Ademais, por seu caráter intergeracional, constitui, também, um meio de identificação de informações genéticas dos familiares da pessoa cujo mapeamento genético foi realizado. Conhecer o perfil genético de uma pessoa é, sem exagero, conhecer ao menos parte da “história genética” de seus ascendentes, descendentes, irmãos e outros familiares. Reside aqui, inclusive, um dos pontos mais sensíveis a respeito da disponibilidade do acesso às informações genéticas de um sujeito: ela jamais se referirá verdadeiramente a *apenas* esse indivíduo.

E este é somente um dos aspectos complexos em torno da intimidade genética. Além das variadas possibilidades de discriminação, praticáveis no âmbito de diversos ramos do Direito<sup>34</sup>, há, também, a delicada questão da não obrigatoriedade de conhecimento dessas informações por parte do próprio indivíduo, titular que é do direito de autodeterminação informática. Com efeito, em muitos casos, “só o fato de saber que é predisposta a determinadas doenças pode ser suficiente para causar danos emocionais irreparáveis à pessoa testada”<sup>35</sup>. Naturalmente, o avanço da medicina permite, em múltiplas situações, que o conhecimento preditivo seja utilizado para fundamentar o tratamento precoce do sujeito, beneficiando sua saúde. Há, todavia, os trágicos casos de descoberta de mutação que, embora ainda assintomática, não possui tratamento na literatura médica<sup>36</sup>. Nestas hipóteses, o sujeito sabe não apenas que é portador de enfermidade incurável que potencialmente se desenvolverá, como também que seus descendentes terão probabilidade de o ser.

Verifica-se, portanto, que o acesso às informações genéticas de um indivíduo é um meio para conhecimento dos aspectos mais elementares de sua estrutura orgânica, gerando repercussões em inúmeros setores da vida do sujeito. Dentre eles, o profissional. Cumpre, agora, então, analisar a proteção da intimidade genética na relação de emprego e a possibilidade de ocorrência de restrições<sup>37</sup> a este direito.

28 Com efeito, a “*intimidad es una de las notas que caracteriza a la persona y la constituye en un quién. Es el factor de diferenciación con los demás seres vivos y con otros individuos de la misma especie*” (grifo no original) (ZERGA, Luz Pacheco. op. cit., p. 214).

29 Art. 5º - (...)X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

30 MIGUEL, Carlos Ruiz. Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación in *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial. Carlos María Romeo Casabona (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 31.

31 MIGUEL, Carlos Ruiz. Op. cit., p. 32. Vale rememorar que o genoma é “o conjunto de instruções necessárias para formar um ser humano. Essas informações estão no DNA, uma longa molécula em formato de dupla hélice que carrega os genes compostos por quatro elementos básicos: adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G)” (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Genoma Humano e bioética* in *Bioética: Alguns desafios*. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo (Orgs.). São Paulo: Loyola, 2001, p. 248). Tal a importância atualmente conferida ao estudo do genoma humano que alguns autores já sustentam a autonomia de um “direito genético” (GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *Bioderecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 26).

32 MIGUEL, Carlos Ruiz. op. cit., p. 33.

33 OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85. Cogita-se, inclusive, a viabilidade de criação da “carteira genética”, de modo que a “carteira de identidade poderá incluir um código de barra que expresse o genoma do portador” (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Op. cit., p. 255).

34 Para um panorama de potenciais casos de discriminação, vide GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. op. cit., pp. 27/29).

35 LEWICKI, Bruno. *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.123.

36 PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 126.

37 A razão para o emprego da expressão “restrições” no lugar de “limites” encontra-se na circunstância de que o uso daquela pressupõe a adoção da denominada teoria externa dos direitos fundamentais, que, embora reconheça que em geral os direitos apresentam-se restringidos, assevera que eles “são também concebíveis sem restrições” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da



### 3. A INTIMIDADE GENÉTICA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

No ordenamento brasileiro, encontra o empregador amparo normativo para realização de exames nos trabalhadores vinculados à empresa no art. 168<sup>38</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como na Norma Regulamentadora n.º 07<sup>39</sup>, do Ministério do Trabalho e Emprego, com redação estabelecida pela Portaria SSST n.º 24, de 29 de dezembro de 1994. Os dispositivos reguladores do tema suscitam diversos aspectos questionáveis: as espécies de exames — regulares e complementares — realizados a partir da coleta do material necessário; a obrigatoriedade de comunicação, ao empregador e ao obreiro, dos resultados dos exames; a conservação dos resultados na posse de pessoa diversa do empregado examinado e a extensão de eventual acesso de terceiros a esses resultados preservados.

A intimidade genética é um direito fundamental. Como tal, não se reveste de caráter absoluto, podendo sofrer restrições nas hipóteses de colisão com outros direitos, a exemplo do direito diretivo<sup>40</sup> titularizado pelo

Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277). Diversamente, a teoria interna visualiza o direito configurado em determinada extensão, não sendo, logicamente, adequada a referência a restrições, mas a limites do direito.

38 Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

I - a admissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

II - na demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

III - periodicamente. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames: (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) por ocasião da demissão; (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

b) complementares. (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

39 Transcrevem-se, aqui, os excertos pertinentes à matéria em exame reputados mais relevantes:

7.1.1 Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

(...) 7.1.3 Caberá à empresa contratante de mão-de-obra prestadora de serviços informar a empresa contratada dos riscos existentes e auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados. (Alterado pela Portaria n.º 8, de 05 de maio de 1996)

(...) 7.2.3 O PCMSO deverá ter caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.

(...) 7.4.1 O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos: a) admissional; b) periódico; c) de retorno ao trabalho; d) de mudança de função; e) demissional.

7.4.2 Os exames de que trata o item 7.4.1 compreendem:

a) avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental;

b) exames complementares, realizados de acordo com os termos específicos nesta NR e seus anexos.

(...) 7.4.2.3 Outros exames complementares usados normalmente em patologia clínica para avaliar o funcionamento de órgãos e sistemas orgânicos podem ser realizados, a critério do médico coordenador ou encarregado, ou por notificação do médico agente da inspeção do trabalho, ou ainda decorrente de negociação coletiva de trabalho.

(...) 7.4.5 Os dados obtidos nos exames médicos, incluindo avaliação clínica e exames complementares, as conclusões e as medidas aplicadas deverão ser registrados em prontuário clínico individual, que ficará sob a responsabilidade do médico-coordenador do PCMSO.

7.4.5.1 Os registros a que se refere o item 7.4.5 deverão ser mantidos por período mínimo de 20 (vinte) anos após o desligamento do trabalhador.

7.4.5.2 Havendo substituição do médico a que se refere o item 7.4.5, os arquivos deverão ser transferidos para seu sucessor.

40 O reconhecimento de que os direitos fundamentais assumem, frequentemente, a natureza de princípios permite a reformulação de variados institutos jurídicos, inclusive no campo do Direito do Trabalho. Um exemplo é a antiga visão a respeito dos denominados “poderes do empregador”. Já se afirmou a necessidade de revisão da construção tradicional a respeito desta categoria jurídica, propondo-se a adoção, numa visão coerente com a teoria dos direitos fundamentais, da figura do “direito diretivo”, sustentando-se que o “direito diretivo em sentido

empregador. A decisão dos casos nos quais se verifique o conflito dependerá de suas circunstâncias fáticas e da consideração dos demais princípios envolvidos, observando-se o procedimento da ponderação.

Não obstante as soluções sejam casuísticas, afirma-se aqui, com lastro na doutrina de WILSON STEINMETZ, a existência de uma precedência *prima facie* em favor do direito à intimidade genética do trabalhador, por se tratar de direito de natureza pessoal exercido no contexto de uma relação em que uma das partes detém, por questões sócio-econômicas, a possibilidade fática de fazer prevalecer sua vontade.<sup>41</sup>

Neste diapasão, o acesso às informações genéticas pelo empregador somente será possível diante de circunstâncias excepcionais justificadoras da restrição, isto é, diante de fatores idôneos a superar a precedência *prima facie*, desde que, evidentemente, a possibilidade de acesso a tais informações haja sido previamente contratada.<sup>42</sup> Não havendo estipulação anterior entre as partes ou, ainda que esta exista, não estando presente causa suficiente para justificar o acesso, este deve ser reputado ilícito.

Pode-se objetar contra esta tese o argumento de que se estaria diante de renúncia a direito fundamental através do contrato, não admitida pelo Direito do Trabalho.<sup>43</sup> A contestação, todavia, não prospera por três motivos. Primeiro, o empregado não realizará a disposição do direito em si. Haverá em tais casos, certamente, a devassa de sua intimidade genética, mas ela deverá ser severamente limitada, como adiante se examinará. Segundo, mesmo nas hipóteses nas quais seja justificável a contratação do acesso às informações genéticas, se for constatado abuso ou fraude nesta estipulação, a cláusula é considerada nula, conforme determina a legislação laboral,<sup>44</sup> podendo a conduta embasada na pactuação abusiva atrair a incidência da responsabilidade civil,<sup>45</sup> cuja natureza será objetiva,<sup>46</sup> isto é, dispensará a produção de prova quanto à existência de culpa patronal. O terceiro motivo é que se deve ter consideração que as profissões nas quais é possível afigurar-se justificável esta contratação são bastante específicas. E, *a priori*, somente nelas podem ser considerados lícitos os exames genéticos, seja na admissão, seja no curso do contrato.

Pode-se, por exemplo, imaginar os exames em pilotos de avião, maquinistas de ferrovias ou motoristas de transportes públicos para identificar a predisposição a ataques cardíacos,<sup>47</sup> ou epiléticos,<sup>48</sup> ou mesmo a verificação da

---

amplo abrange todas as posições jurídicas titularizadas pelo empregador na relação de trabalho, a maioria delas lastreada no contrato de emprego” e que a “natureza principiologicamente do direito diretivo implica a possibilidade, diante de colisões com outros direitos fundamentais, de estabelecimento de restrições a ele” FERNANDEZ, Leandro. O direito diretivo: A necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais in Revista de Direito do Trabalho. Ano 38, v. 145, abril-junho 2012, p. 75-111).

41 Formula WILSON STEINMETZ um conjunto de precedências *prima facie* para as hipóteses de colisão entre princípios nas relações privadas travadas no contexto de relações de poder. Dentre elas, há que se destacar uma especialmente útil para os fins da presente pesquisa, a saber: “em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada” (A vinculação de particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224). Não é adequado, portanto, desconsiderar a influência de fatores sócio-econômicos nos casos nos quais o conflito entre direitos fundamentais se verifica numa relação privada em que uma das partes é mais fraca do que a outra, a exemplo da relação de emprego.

42 Em sentido diverso, entendendo que a realização dos exames não supera a primeira etapa da análise da proporcionalidade, BRUNO LEWICKI afirma: “Quanto aos exames genéticos, ainda que se entendesse que eles deveriam ser submetidos ao exame da adequação (o que, por si só, já é discutível), a esta não sobreviveriam, pois, como já visto, estes exames apenas indicam uma tendência, pecando pela vagueza” (A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 201). Sustentando também serem ilícitos os exames, SANDRA LIA SIMÓN assevera que “o empregador não poderá exigir de seus empregados ou ‘candidatos’ a emprego a realização de exame eu tenha por objetivo identificar o código genético, sob pena de extrapolar o exercício do poder diretivo”. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000, p. 141).

43 AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, em obra clássica, assim define a irrenunciabilidade: “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio” (Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. 3 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 142).

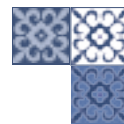
44 Consolidação das Leis do Trabalho, Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

45 Convém rememorar, por oportuno, que a responsabilidade civil decorrente de abuso de direito é expressamente albergada pelo atual Código Civil, encontrando sua disciplinada nos arts. 187 e 927 do diploma legislativo.

46 Neste sentido é o Enunciado n.º 37 da I Jornada de Direito Civil, in verbis: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

47 BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 110.

48 MIGUEL, Carlos Ruíz. Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación in Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial. Carlos María Romeo Casabona (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 48.



propensão a alergias ou outros riscos em dado ambiente de trabalho,<sup>49</sup> assim como de incompatibilidades, particularmente de profissionais da área de saúde, a certas vacinas ou submissão a determinadas substâncias químicas ou, ainda, a regulação da dose de determinados medicamentos,<sup>50</sup> cuja utilização seja necessária, exemplificativamente, em dadas áreas do País. Em todas as hipóteses, evidentemente, é indispensável a análise das peculiaridades de cada caso.

Ademais, mesmo nas situações nas quais se afigure possível a realização de exames genéticos, pode-se dar a conhecer ao empregador somente as informações estritamente relevantes ao desempenho do cargo. Neste sentido, o Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina, dispõe, em seu art. 76,<sup>51</sup> que é proibido ao médico revelar ao empregador os dados sigilosos obtidos através da realização de exames e, em seu Capítulo I, inciso XXV,<sup>52</sup> impõe como princípio fundamental do exercício da medicina o zelo para que a utilização das potencialidades de novas tecnologias não redunde em práticas de discriminação genética ou violadoras da identidade dos pacientes.

Deve-se, ainda, em respeito à autodeterminação informativa, somente conferir ao obreiro acesso aos resultados dos exames genéticos se este o requerer, razão pela qual o art. 168, §5º, da Consolidação das Leis do trabalho não é aplicável à espécie.

É imperioso, por fim, interpretar-se o art. 7.4.5.1,<sup>53</sup> da Norma Regulamentadora n.º 07, do Ministério do Trabalho e Emprego, excluindo de sua abrangência os exames genéticos. De fato, revela-se destituída de qualquer sentido, no contexto da relação de emprego, a manutenção dos dados genéticos do empregado na posse do médico coordenador do PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) após a extinção do vínculo de trabalho. Deve, em verdade, o empregador, com a superveniência desta, facultar ao trabalhador o recebimento dos arquivos originais continentes de seu perfil genético. Diante de eventual negativa deste, impõe-se seja informado o fim da relação empregatícia ao médico coordenador, o qual deve providenciar a destruição dos documentos e mídias relativos ao exame genético realizado pelo obreiro.

Estas as balizas essenciais para lidar com o delicado tema da proteção à intimidade genética no âmbito da relação de emprego. A solução adequada a cada caso, impende repisar, dependerá inarredavelmente de suas particularidades.

49 PETERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 127. Impende, aqui, ressaltar que, diante da determinação constitucional de proteção à saúde e à segurança do trabalhador (art. 7º, XXII), deve buscar o empregador, como primeira opção, o oferecimento e a manutenção de um ambiente de trabalho salubre e seguro. Sobre o tema, vale mencionar a recente aprovação de tese da autoria da Juíza Andréa Presas Rocha, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, pela Assembléia Geral da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, no XV Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, cuja ementa a seguir se transcreve: “Tese 1.5. EMENTA: Adoção pela CF/88 da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Operacionalização de tais direitos, pelo Judiciário, por meio da aplicação das “precedências prima facie” e do “método da ponderação”. Situação concreta de lacuna legislativa, em que o empregador, embora dispondo de meios tecnológicos para eliminar a insalubridade, opta por realizar pagamento do adicional correspondente. Possibilidade de efetivação, pelo Judiciário, do direito fundamental a um meio ambiente sadio de trabalho, impondo ao empregador a eliminação da insalubridade” (Disponível em [http://www.conamat.com.br/conamat/teses\\_aprovadas.aspx](http://www.conamat.com.br/conamat/teses_aprovadas.aspx). Acesso em 27 de junho de 2011).

50 Conforme notícia divulgada em 2009 por sítio jornalístico: “O Instituto de Psiquiatria da Universidade de São Paulo (IPq-USP) desenvolveu um exame genético que ajuda a determinar a dose certa de medicamento para cada paciente. A velocidade com que o organismo processa ou elimina uma droga varia de pessoa para pessoa. A diferença explica por que a mesma quantidade de remédio causa efeitos adversos em alguns indivíduos e pode ser ineficaz para outros. O novo teste mostra a resposta do organismo de cada paciente a uma variedade de medicamentos - psicofármacos, analgésicos, remédios contra cardiopatias, câncer - e viabiliza o ajuste personalizado da prescrição” (GONÇALVES, Alexandre. Exame genético determina dose de medicamento para cada paciente. Estadão.com.br, 14/05/2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,exame-genetico-determina-dose-de-medicamento-para-cada-paciente,370505,0.htm>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2014). Saliente-se, a propósito, que a área de pesquisa denominada de “farmacogenética” (ou farmacogenômica) tem sido alvo de crescente atenção no Brasil (CASTILHOS, WASHINGTON. Farmacogenética torna possível aplicar terapias individualizadas. PESQUISA FAPESP – EDIÇÃO ONLINE. Disponível em <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/01/29/farmacogenetica-torna-possivel-aplicar-terapias-individualizadas/>>. Acesso em 02/02/2014).

51 É vedado ao médico: (...)

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

52 Capítulo I - Princípios fundamentais (...)

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

53 7.4.5.1 Os registros a que se refere o item 7.4.5 deverão ser mantidos por período mínimo de 20 (vinte) anos após o desligamento do trabalhador.

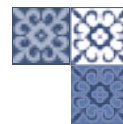
## 4. CONCLUSÕES

A partir das considerações declinadas, é possível traçar as seguintes conclusões:

- A bioética é definida como o estudo sistemático do comportamento humano na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, quando se examina esse comportamento à luz dos valores e dos princípios morais. O biodireito, a seu turno, pode ser compreendido como a disciplina que regula limites da licitude da utilização dos conhecimentos decorrentes do progresso da biotecnologia.
- A vida privada abrange, genericamente, fatos ou informações que o indivíduo não deseja submeter à exposição pública, correspondendo a um espaço de relações sociais mais reservado. A intimidade, a seu tempo, corresponde àqueles fatos, características ou informações objeto de maior sigilo por parte do sujeito, normalmente referentes aos aspectos mais elementares do seu “ser existencial” e, precisamente por isto, sendo compartilhados somente com as pessoas mais próximas de seu ambiente de convivência.
- O direito à intimidade genética pode ser definido como o direito a determinar as condições de acesso à informação genética, compreendendo um elemento objetivo, correspondente ao genoma humano e aos tecidos a partir dos quais este pode ser obtido, e um subjetivo, referente à vontade de determinar quem e em que condições pode ter acesso a seus dados genéticos.
- A intimidade genética do trabalhador não é um direito absoluto. Não obstante, existe uma precedência *prima facie* em seu favor nos casos de colisão com o direito diretivo do empregador. Havendo fatores de justificação, é possível o acesso por este a dados genéticos daquele, desde que haja previsão contratual válida de realização de exame genético.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2007.
- BARCIBFONTAINE, Christian de Paul de. Genoma Humano e bioética *in* Bioética: Alguns desafios.
- BARCIBFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo (Orgs.). São Paulo: Loyola, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BELLINO, Francesco. Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução de Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. Saraiva: São Paulo, 2005.
- CABRAL, Rafael. Projeto Genoma para todos. Estadão.com.br, São Paulo: 17 de abril de 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/projeto-genoma-para-todos/>>. Acesso em 02/02/2014.
- CASADO, M.. *A vueltas sobre las relaciones entre la bioética y el derecho*. Revista Bioética, Brasília, v.19, n.1, may. 2011. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/605/621](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/605/621). Acesso em: 02/02/2014.
- CASTILHOS, WASHINGTON. Farmacogenética torna possível aplicar terapias individualizadas.
- PESQUISA FAPESP – EDIÇÃO ONLINE. Disponível em <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/01/29/farmacogenetica-torna-possivel-aplicar-terapias-individualizadas/>>. Acesso em 02/02/2014.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. O Direito de Estar Só: tutela penal da intimidade. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- FERNANDEZ, Leandro. O direito diretivo: A necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais *in* Revista de Direito do Trabalho. Ano 38, v. 145, abril-junho 2012, p. 75-111.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. vol I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Alexandre. Exame genético determina dose de medicamento para cada paciente. Estadão.com.br, 14/05/2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,exame-genetico-determina-dose-de-medicamento-para-cada-paciente,370505,0.htm>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.
- GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1994.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos da metafísica dos costumes. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São



Paulo: Ediouro, 1997.

LEWICKI, Bruno. A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. RTDC. v. 3, jul./set. 2000.

MIGUEL, Carlos Ruíz. *Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación in Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*. Carlos María Romeo Casabona (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

MORAN, Luis Gonzalez. De la Bioética al Bioderecho: Libertad, Vida y Muerte. Madrid: Editorial Dykinson, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Bioconstitucionalismo: Considerações teóricas sobre os fundamentos constitucionais da bioética. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, n.º 12. Salvador: UFBA, 2005.

OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PETTERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. 3 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

SIMON, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo: LTr, 2000.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação de particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZERGA, Luz Pacheco. La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2007.

# SISTEMA DE PRODUÇÃO CAPITALISTA: DA EXPLORAÇÃO ACACHAPANTE AO CAPITAL ESCOLADO

**LUIZ FERNANDO LOURENÇO  
GUIMARÃES**

Especialista em Direito do Trabalho Contemporâneo e Processo do Trabalho pela UPF. Especialista em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela PUC de Campinas. Oficial de Justiça Avaliador Federal do TRT da 4ª Região. Extensão acadêmica pela Harvard University, Universiteit Leiden, Wesleyan University, entre outras. Contato: lguimaraes@trt4.jus.br

**RESUMO:** Tradicionalmente, a melhoria das condições de trabalho foi resultado da larga atuação do movimento operário, que chamou o Estado para regular a exploração do trabalho, por meio da positivação de direitos. Atualmente, a tendência é a de que as greves percam muito de sua força e as megaempresas transnacionais transpassem em capital e poder muitos dos Estados Clássicos, que não mais apresentam a mesma firmeza na proteção do trabalho humano. O presente trabalho pretende justamente traçar com alguma minúcia o cenário da exploração do trabalho na Revolução Industrial, assim como demonstrar os fatores que levaram a normatização protetiva do trabalho humano. Na segunda parte do artigo, a discussão é trazida aos tempos atuais, na medida em que são traçadas considerações sobre as lições que o capital retirou de sua própria trajetória,

estes que culminaram em novas estratégias flexibilizadoras e desmobilizadoras, com direito a sobreposição de cargos, apreensão da subjetividade de parte da classe operária, bem como largo uso de subcontratados. É o império do “soberano privado supra-estatal”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Capitalismo Inglês. Capitalismo na América. Estratégias atuais do capital.

## 1. CONDIÇÕES DE TRABALHO NA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL INGLESA E NA CONSOLIDAÇÃO DO CAPITALISMO ESTADUNIDENSE

É o dia 14 de junho de 1699, uma data memorável para a história da humanidade, onde a Revolução Industrial Inglesa começa a dar seus primeiros passos, dia no qual Thomas Savery (1650-1715) faz a primeira demonstração de seu invento perante a prestigiada Royal Society, em Londres. Muitos dos presentes nem se deram conta, mas aquela máquina a vapor poria em curso uma das maiores transformações sociais a que se tem notícia e tudo começou com uma simples dificuldade ocasionada pelo acúmulo de água nas minas de carvão, a grande matriz energética da época.

Ainda que de forma rudimentar, pela primeira vez uma máquina se ativava automaticamente, poupando o esforço de vários homens. Ela foi patenteada um ano antes, em 02 de julho 1698 e, de tão importante, após a apresentação perante *Royal Society*, o Parlamento Inglês logo editou o “*Fire Engine Act*”, estendendo a proteção da patente por mais de 21 anos.

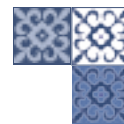
A sua bomba a vapor foi aprimorada por Thomas Newcomen, mas só ganhou larga possibilidade de uso industrial quando James Watt aperfeiçoou o projeto, incrementando o seu rendimento em 75% e adaptando o movimento de pistão para uso industrial, principalmente em teares mecanizados.

Se a máquina foi o estopim, parece justo afirmar que a Revolução Industrial não ocorreu na Inglaterra por um mero acaso, já que dependeu também de uma série de outros fatores presentes na Inglaterra da segunda metade do século XVIII, fatores dos mais variados possíveis, tais como: grandes jazidas de ferro e carvão; boas reservas de capital em um setor financeiro já bem estabelecido; adoção do protestantismo, que não demonizava o lucro; além da *cultura individualista*, derivada da tradição britânica de reconhecimento de direitos individuais em face do poder estatal, cujo nascedouro remonta ao ano de 1215, com a assinatura da Magna Carta do Rei João sem Terra.

A máquina era a fagulha que ocorrera no lugar exato em que todos os fatores se conjugaram para produzir a maior revolução econômico-social que se tem notícia, adentrando o mundo numa nova era, a era da Revolução Industrial, que redesenhou a sociedade e passou a ser objeto de análise dos grandes pensadores da época.

Nesse sentido, anos mais tarde e já com o sistema capitalista bastante consolidado, um eminente filósofo alemão, Karl Marx, direcionou seus estudos para a Revolução que estava em curso. Marx viu um mundo polarizado, forjado pelas primeiras experiências industriais do início do Século XIX, onde a exploração desenfreada do proletariado era a tônica do incipiente sistema de produção capitalista. A divisão que resultara





da passagem do feudalismo para o capitalismo era clara, de um lado, os burgueses detentores dos meios de produção, e de outro, os proletários que por não possuírem os meios de produção se viram obrigados a vender seu único bem, qual seja, sua força de trabalho.

A máquina, para o capitalista, representava um alto investimento e deveria funcionar o maior tempo possível, mesmo porque poderia se tornar logo obsoleta, ante um novo maquinário mais eficiente. O trabalhador não representava um investimento, não havia porque com ele o burguês se preocupar, mesmo porque não faltavam trabalhadores substitutos. Com isso, o papel do trabalhador era simplesmente o de não atrapalhar a máquina, que não haveria de ser desligada pela extenuação do homem que a operava. O resultado é óbvio, espicharam-se as jornadas, que chegaram até 16 horas de trabalho por dia.

Os salários, que já eram ínfimos, estavam sujeitos a todos os tipos de multas, pelos mais variados e fúteis motivos, tais como: estar sujo, lavar-se no trabalho, deixar a janela aberta ou, simplesmente, assobiar no trabalho.

Na contramão da bonança sem precedentes dos ricos, os trabalhadores recebiam pequenos salários, que despencavam ano após ano, podendo-se citar uma redução do *“salário médio semanal dos tecelões manuais em Bolton de 33 shilings em 1795 e 14 shilings em 1815 para 5 shilings e 6 pence (ou mais precisamente, uma renda líquida de 4 shilings 1 ½ pence) em 1829-1834. [...] Mas havia um limite fisiológico nessas reduções, caso contrário os trabalhadores morreriam de fome, como de fato aconteceu com 500 mil tecelões manuais. Somente se o custo de vida caísse podiam também os salários cair além daquele limite”*. Ou seja, em menos de 40 anos, o salário líquido dos trabalhadores foi reduzido em 8 vezes.

E olha que do capitalista não se exigia muito, pois o preço de construção das fábricas era relativamente barato, já que *“em 1848, uma fábrica inteira de tecelagem, com 410 máquinas, incluindo o custo do terreno e dos prédios, podia ser construída por aproximadamente 11 mil libras”*.

Salários baixos significava que o homem adulto não teria como prover o sustento de sua família, o que o forçava a lançar mão do trabalho de sua mulher e de seus filhos, figuras mais domesticáveis pela capatazia. Isso interessava sobremaneira o capital, pois o trabalho das mulheres e crianças era menos remunerado do que o dos homens, sendo que as crianças podiam se espremer por espaços ínfimos, localizados dentro e dentre as máquinas, a fim de realizar serviços específicos de manutenção, lubrificação e limpeza. O resultado óbvio foi a exponenciação das mutilações e mortes de crianças no ambiente fabril.

Muito além dos eventos abruptos caracterizados pelos acidentes de trabalho, as doenças ocupacionais eram um caso corriqueiro do ambiente industrial da época, afligindo quase que a totalidade dos trabalhadores de certos setores. Muitos são os relatos de silicose nas minas de carvão, de mercúrio intoxicante na indústria vidreira, contaminação por fósforo branco resultante de filamentos das lâmpadas, tuberculose na metalurgia, anemia na indústria de tecelagem, saturnismo na indústria de pinturas, entre outros.

Um bom exemplo vem da metalurgia, visto que *“até que o vapor fosse introduzido no trabalho, já no final do último século, a doença dos pulmões causada pelas partículas de aço e pó em suspensão no ar era conhecida apenas nas cutelarias de Sheffield”. Já em 1841, 50% de todos os polidores de metais com idade até 30 anos, 79% de todos eles com idade de 40 anos, e 100% deles com mais de 50 anos tiveram seus pulmões dilacerados por esta doença”*.

Esses eram os dois mundos da Europa, de um lado, o mundo da fartura e opulência, onde a Baronesa de Rothschild usou 1 milhão e meio de francos em joias no baile de máscaras do Duque de Orleans, em 1842, e de outro lado, o desespero e a fome assolavam o proletariado que vivia um verdadeiro processo de animalização, onde John Bright descreveu as mulheres de Rochdale: *“2 mil mulheres e moças passaram pelas ruas cantando hinos – um espetáculo surpreendente e singular – chegando às raias do sublime. Assustadoramente famintas, devoravam uma bisnaga de pão com indescritível sofreguidão, e se o pedaço de pão estivesse totalmente coberto de lama seria igualmente devorado com avidez”*.

Muito embora todo vitupério ao qual o operário estava exposto, fato é que o capitalismo pôs em marcha a mudança de paradigma, reordenando toda a sociedade, distribuindo novos papéis para novos atores. Após se consolidar no Velho continente, cruzou o oceano atlântico em busca do Novo Mundo.

Não é demais afirmar que a mesma exploração desenfreada do Velho Mundo também ocorreu na América, só que de forma tardia, pois os EUA precisaram primeiro se libertar do jugo Inglês, através da Guerra da Independência (1775-1783), para só depois consolidar o país pela Guerra da Secessão (1861-1865), que implementou definitivamente o modelo fabril-capitalista no Novo Mundo, capitaneado pelos Estados do Norte.

Surgiram, então, grandes capitalistas como John D. Rockefeller, do ramo petrolífero, proprietário da *Standard Oil*; Andrew Carnegie, dono da *Carnegie Steel Company*, manufaturando o aço; e J.P. Morgan, originariamente do ramo financeiro, mas que acabou por fundar a *General Eletric*, a fim de comercializar a recém-criada lâmpada elétrica de Thomas Edson.

Em tempos de capitalismo completamente desenfreado, onde a única coisa que importava era a multiplicação do capital, a fortuna dos três juntos chegou, em valores atualizados, ao impressionante valor de 1 trilhão de dólares, quantia que supera a riqueza dos 40 homens mais ricos de hoje.

Aliás, John D. Rockefeller foi de longe o homem mais rico da história, capitalizando um patrimônio de 660 bilhões de dólares, em valores de hoje.

Como era de se esperar, a bonança que soprou aos capitalistas americanos, não passou nem perto dos trabalhadores de suas fábricas, que eram submetidos a péssimas condições de trabalho, sendo que, apenas no ano de 1896, um em cada 11 operários de siderúrgicas iriam morrer no trabalho, se ativando em jornadas de 12 horas, por 6 dias de semana.

A truculência com os movimentos grevistas era a mesma da Europa. Para debelar uma greve na *Homestead Steel Works*, de propriedade de Andrew Carnegie, foram contratados 300 mercenários da guarda dos *Pinkerton's*, armados com rifles *Winchesters*, os quais, em 06 de julho de 1892, abriram fogo contra 2 mil trabalhadores que bloqueavam a entrada da fábrica, matando 9 deles. O episódio ficou conhecido como *Homestead Steel Strike* e é reconhecido como o segundo mais sangrento confronto trabalhista da história dos EUA.

Obviamente, o Estado só foi chamado depois do massacre, a fábrica foi reaberta e ninguém foi condenado pelas mortes, nem mesmo o Presidente da *Carnegie Steel Company*, Henry Frick, que contratou os pistoleiros.

Os grandes monopólios americanos só foram desmantelados com a eleição do Presidente Theodore Roosevelt, que recebeu o apelido de *Trust Buster*, por desafiar na Justiça os referidos monopólios, através da aplicação da lei conhecida como *The Sherman Anti-Trust Act*, de 1890. O primeiro dos monopólios a cair foi o das estradas de ferro, encabeçadas por J.P. Morgan, que foram desmanteladas pela Suprema Corte, em 1904, no caso denominado *The Northern Securities Case*. Já a decisão mais emblemática foi a que dissolveu a *Standard Oil*, de John D. Rockefeller, em 15 de maio de 1911. Foi um Presidente absolutamente incorruptível e a postura firme do Judiciário que frearam a atuação nociva dos grandes monopólios norte-americanos.

Em suma, tanto no Velho Mundo quanto no Novo Mundo, os primeiros capitalistas fizeram vistas grossas para os excessos que eram cometidos no ambiente fabril, onde eram empregados largamente crianças e mulheres, em ambientes altamente insalubres, durante jornadas extenuantes, por poucos salários. Esse, talvez, foi o primeiro erro cometido pelos detentores do capital, na medida em que as situações, de tão desumanas, aproximaram os trabalhadores em torno de uma causa comum, conscientizando-os da força de sua classe.

A união dos trabalhadores logo foi cooptada por movimentos de esquerda, cujo viés variava do moderado ao anarquista. Aliás, esse último chegou a dirigir sua indignação contra a própria máquina, promovendo revoltas para quebrá-las, podendo-se citar o movimento que veio a ser chamado de Ludismo, de 1812, comandado por Ned Ludd, contra a *Manufatura Cartwright*, no condado de York.

Como sempre fizera, o Estado não interferia na relação entre o capital e o trabalho, só o fazendo quando fosse necessário proteger a propriedade do burguês. Assim sendo, o Estado processou os ludistas da época, sendo certo que dos 64 acusados de participarem da quebradeira, 13 foram condenados à morte e 2 foram extraditados.

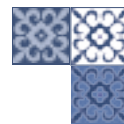
Em que pese os exageros cometidos pelos trabalhadores ludistas, a mensagem passada pelo Estado era clara, mais vale a máquina do burguês do que a vida do proletariado. Nesse sentido, ainda em 1812, o Parlamento Inglês aprovou o *Frame-Breaking Act*, tornando passível de pena de morte qualquer destruição de máquinas.

Mas isso não arrefeceu o desejo de melhoria dos trabalhadores, que passaram a organizar pequenos sindicatos e perceberam muito rapidamente que a função primordial do sindicalismo é a de criar risco para a atividade produtiva, com a utilização fundamentalmente do instrumento da greve. É o risco de paralisação que é precificável pelo empregador, que se vê obrigado a fazer pequenas concessões em prol da continuação da atividade produtiva, já que, como dizia Antônio Lamarca, “os empregadores não estão dispostos a conceder além do que a lei dá”.

A reação burguesa foi imediata, primeiramente ela influiu no Estado a fim de criminalizar os atos sindicais, podendo-se citar a *Lei Le Chapelier*, de 1791, na França, e o *Sedition Meeting Act*, de 1817, na Inglaterra.

Para Marx, agindo assim o Estado apenas cumpria o seu papel, já que “o governo moderno não é senão um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa”.

Nada obstante, para acalmar os ânimos dos trabalhadores, o Estado, que juntamente com a burguesia vivia sob a ameaça constante do socialismo, gradativamente foi impondo limitações ao poder diretivo do capitalista, através da consagração, ainda que tímida, de direitos mínimos aos trabalhadores, principalmente



em relação à duração da jornada de trabalho e à exploração do trabalho da criança.

Nesse sentido, a doutrina costuma apontar a expedição do *Peel's Act* (1802), como o início de uma manifestação estatal protetiva. Referida lei fixou certas restrições à utilização do trabalho dos menores, definindo a condição de aprendiz até os 21 anos, proibindo o trabalho noturno das crianças, limitando a jornada em 12 horas diárias e tomando alguma providência no sentido de se garantir uma educação básica aos aprendizes.

Não parece, todavia, que a lei tenha surtido o efeito esperado, como demonstra a transcrição trazida por Leo Huberman, sobre o depoimento de John Moss ao Parlamento do Reino Unido, em 1816, o qual afirma:

Eram aprendizes órfãos? - Todos aprendizes órfãos.  
 E com que idade eram admitidos? - Os que vinham de Londres tinham entre 7 e 11 anos. Os que vinham de Liverpool, tinham 8 a 15 anos.  
 Até que idade eram aprendizes? - Até 21 anos.  
 Qual o horário de trabalho? - De 5 da manhã até 8 da noite.  
 Quinze horas diárias era um horário normal? - Sim.  
 Quando as fábricas paravam para reparos ou falta de algodão, tinham as crianças, posteriormente, de trabalhar mais para recuperar o tempo parado?  
 - Sim.  
 As crianças ficavam de pé ou sentadas para trabalhar? - De pé.  
 Durante todo o tempo? - Sim.  
 Havia cadeiras na fábrica? - Não. Encontrei com frequência crianças pelo chão, muito depois da hora em que deveriam estar dormindo.  
 Havia acidentes nas máquinas com as crianças? - Muito frequentemente.

Ainda que com algum descumprimento, fato é que a organização dos trabalhadores e sobretudo as greves organizadas pelos sindicatos começaram a encontrar algum eco na legislação estatal.

Segadas Viana relaciona as seguintes leis que marcaram a evolução da legislação:

a) Inglaterra - organização legal para garantir a liberdade dos operários (1833); criada a inspeção nas oficinas (1833); lei de 10 horas de trabalho (1847); adotada a jornada de 8 horas de trabalho em Liverpool (1890); aprovada a lei de acidente de trabalho (1897);

b) França – jornada de 10 horas de trabalho em Paris e 11 no resto do país (1848); reconhecimento do direito de greve (1864); votação da lei de 8 horas de trabalho (1919).

Esse primeiro período do capitalismo foi marcado, então, pela exploração em massa de um trabalho prestado em condições desumanas, pela produção de uma riqueza incalculável concentrada nas mãos da burguesia e, mais ao final do período, pela gradativa ampliação da legislação protetiva do trabalho,

conquistada a duras penas pela luta de classe promovida pela mobilização do proletariado.

## 2. ESTRATÉGIAS DO CAPITALISMO EM TEMPOS MODERNOS. O CAPITAL ESCOLADO

Aproximadamente 200 anos após a Revolução Industrial, as classes do capitalismo continuam detentoras de interesses inconciliáveis. De um lado, o capitalista segue perseguindo seu lucro, que tanto é maior quanto menores forem os salários de seus trabalhadores, maiores as jornadas de trabalho e maior a produtividade, elemento que pode estar ligado à tecnologia ou, na falta do incremento desta, à extenuação do empregado. Por outro lado, diminuição de salários, aumento de jornada ou maior extenuação no trabalho, são todos elementos que não interessam ao empregado.

Mas para entender bem as novas tensões e estratégias adotadas no capitalismo moderno, primeiro se faz necessária a compreensão de um conceito que parece novo, mas que já fora explorado no supracitado Manifesto Comunista, nos idos de 1848, qual seja, o conceito de crises cíclicas do capitalismo, pois ele é a chave para entendermos a passagem do *fordismo* para o *toyotismo*, bem como as novas estratégias de desmobilização e de subcontratação de empregados.

Com efeito, ao analisar o sistema de produção capitalista, Karl Marx logo se apercebeu das crises cíclicas que ocorriam no bojo do sistema, que se repetem e se aprofundam, chegando a vaticinar:

De que maneira consegue a burguesia vencer essas crises? De um lado, pela destruição violenta de grandes quantidades de forças produtivas; de outro lado, pela conquista de novos mercados e pela exploração mais intensa dos antigos. A que leva isso? Ao preparo de crises mais extensas e mais destruidoras e à diminuição dos meios de evitá-las.

De fato, as crises ocorreram periodicamente e de maneira reiterada, comprovando que o capitalismo é um sistema que alterna movimentos de expansão e euforia, com outros menos animadores, caracterizados pela retração e reflexão.

Crises como a das *Tulipas de 1637*, o *Pânico de 1873*, a *Grande Depressão de 1929*, a *Crise do Petróleo de 1973*, a *Bolha da Nasdaq de 2000*, a *Crise das Hipotecas de 2008*, a *Crise da Dívida Pública da Zona do Euro de 2010*, são apenas exemplos não exaustivos de momentos de retração do sistema capitalista.

Apenas para contextualizar, o *Pânico de 1873* foi causado, em parte, porque John D. Rockefeller construiu oleodutos para o escoamento de sua produção, deixando de usar trens para transporte dos produtos da *Standard Oil*, os quais representavam mais de 40% da carga dos trens. Imediatamente houve a quebra da Bolsa de Valores, onde  $\frac{1}{3}$  das mais de 300 ferrovias foram à falência. Na sequência, a derrocada provocou a falência do banco *Jay Cooke & Company*, que havia investido pesado nas ferrovias, fato que levou a crise para dentro do setor financeiro.

Tanto nessa crise como em muitas outras seguintes, parte do problema era evidente e residia justamente em desatrelar a produção real de riqueza dentro das fábricas, da produção especulativa de dinheiro no mercado de ações, isso potencialmente produzia dificuldades às empresas que não necessariamente existiam dentro dos portões de seu pátio industrial. Como exemplo, na iminência da Grande Depressão de 1929, só no dia 03 de outubro, “a *General Motors* perdeu 1,25 bilhões de dólares apenas na desvalorização de suas ações, sem ter tido qualquer prejuízo operacional ou fechamento de fábricas”.

Aliás, nessa mesma Grande Depressão de 1929, os relatos dão conta que no dia 29 de outubro, na que ficou conhecida sob a alcunha de “terça-feira negra”, 16 bilhões de dólares foram pulverizados antes do fim do dia, os papéis perdiam força como se estivessem queimado nas mãos de seus detentores, logo não serviriam para mais nada.

O relato social era igualmente desolador, sendo que, no auge da crise, em 1932, o cenário podia ser assim descrito:

Havia 14 milhões de desempregados, proporcionalmente muito mais do que qualquer outro país desenvolvido. Apenas em Nova York, havia 1 milhão de pessoas à procura de qualquer tipo de trabalho. Os sindicatos eram reprimidos com violência, contra qualquer tentativa de greve. Quarenta bancos faliam por dia, em média. A cada Natal, a partir de 1929, a polícia de Nova York prendia dezenas de pessoas que arrebentavam vidraças das delegacias em busca de uma cama protegida do frio para dormir. Uma das imagens que se tornou sinônimo da Grande Depressão de 1929 foi a distribuição gratuita de sopa às hordas de famintos. Somente Al Capone chegou a fornecer 120 mil refeições em Chicago, durante as seis primeiras semanas de funcionamento de sua caridade.

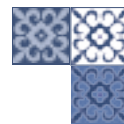
Modernamente, temos a consciência de que a ocorrência inexorável das crises cíclicas é fato endógeno ao capitalismo, chegando alguns economistas, como Joseph Schumpeter, Joseph Kitchen e Wesley C. Mitchell, a descrever modelos analíticos sobre os ciclos do capitalismo, compreendendo períodos de expansão e de recessão. Já que o Capitalismo nunca consegue se ver livre das crises, apenas alternando momentos economicamente bons e ruins, não seria exagerado dizer que a crise é estrutural. Ou seja, a recorrência das crises cíclicas demonstra que o problema é, na verdade, estrutural, é de essência.

Sendo verdade que a crises sempre ocorreram e ocorrerão, não menos verdade é que o capital desenvolveu meios de se adaptar aos solavancos da economia, em especial através de mudanças estruturais nos meios de produção.

Mesmo porque o marco histórico dos tempos modernos é a passagem do modelo clássico de produção *fordista/taylorista* (produção em massa de bens, longas filas de montagem, visando abastecer um consumo em massa), para um sistema de produção *toyotista*, sob uma concepção mais enxuta, utilizando-se de métodos como o *Just in Time* e o *Kanban*, onde a ideia base é a noção de flexibilidade.

Ao eliminar estoques e trabalhar com a premissa de só produzir o demandado, o *toyotismo* possibilitou que a indústria pudesse acompanhar as rápidas mudanças no padrão de consumo, fator mais condizente com um mundo globalizado e em constante transformação.

Parece claro, agora, que o modelo *fordista/taylorista*, que revolucionou o sistema de produção no início do século XX, não é o mais adequado para enfrentar ventos desfavoráveis, soprados em momentos de retração da economia, haja vista tanto o elevado custo para manter enormes quantidades de matéria prima, quanto o valor e espaço necessários para estoque do produto final, o qual só será plenamente consumido quando e se a economia se recuperar. O modelo *fordista* é ideal numa economia ideal, onde não se precisa diminuir a produção e nem se preocupar com a quantidade de bens produzidos, que sempre serão consumidos pelos consumidores



do mundo ideal, realidade bem distante do mundo em que vivemos, em especial nos tempos de crise.

Além da flexibilidade na produção, o *toyotismo* também subdividiu os trabalhadores em dois grandes grupos, de um lado os funcionários de maior ascensão, polivalentes, com maior estabilidade e qualificação, e de outro, os denominados “*chão de fábrica*”, trabalhadores precarizados, que vestem diferentes camisas, ora terceirizados, ora cooperados, cuja maior importância para o capital é a mobilidade de poder demiti-los em cenários recessivos, sem grandes custos trabalhistas, e contratá-los em momentos de expansão.

Um sistema de produção enxuto acarretou na sobreposição de níveis de comando, eliminando postos excedentes e favorecendo para que a supervisão seja introjetada na *subjetividade operária*. Tal ideologia de contornos psicológicos, apreende a subjetividade de parte da classe operária, especialmente a dos *colarinhos brancos*, que passam a se ver como parte da empresa, como colaboradores, como alguém de destaque e incluído no círculo empresarial, ainda que não recebendo os lucros do trabalho, como o fazem os capitalistas. Esse funcionário é na verdade um proletário, um trabalhador, mas que por estar tão distante de seu outro colega, o denominado “*chão de fábrica*”, acaba por não se ver como verdadeiro empregado, assumindo uma postura que repete o discurso e os interesses do capital. Ocorre, aqui, uma divisão entre os dois grupos proletários do *toyotismo*, fator de enfraquecimento da representação sindical e da luta de classes. É, sob uma roupagem nova, o velho postulado maquiavélico de dividir para dominar.

O supracitado enfraquecimento sindical é fato notório e alarmante, na medida em que, como visto na primeira parte do presente artigo, todas as conquistas históricas da classe trabalhadora, especialmente a melhoria das condições de trabalho, efetivada por meio de um cabedal legislativo protetivo, só foram possíveis a partir da estruturação de um movimento sindical sólido, capaz de deflagrar e manter greves.

Nesse sentido, a engenhosa divisão da classe operária promovida nos dias atuais, deve ser tida como uma das maiores ameaças aos direitos laborais, pois o único poder de barganha que o trabalhador realmente tem é o cruzar dos braços. Em outras palavras, a alienação de parte da classe operária (*os colarinhos brancos*) acarreta num enfraquecimento do sistema sindical, o que tende a diminuir o poder de barganha da greve, fator minorante dos possíveis prejuízos dos empregadores, que tendem a aumentar os esforços na apreensão da subjetividade de mais trabalhadores ainda.

Quanto ao “*chão de fábrica*”, esses cada vez mais dividem seus postos de trabalho com terceirizados, uma das formas de subemprego. Terceirizados não fazem greve contra o dono da fábrica, já que não são verdadeiros empregados do tomador do serviço. Ou seja, esta é outra partição da classe dos trabalhadores, é mais uma divisão criada pelo capital, que tende a inviabilizar as tão custosas greves do passado.

O chão de fábrica não terceirizado e que poderia, em tese, aderir a uma greve, também está sujeito à outra forma de pressão para dissuadi-lo de tal ideia. Trata-se do fantasma do desemprego, perfazendo a lógica: ou você cumpre as novas exigências ou outro assume o seu lugar. O desemprego está tão ligado ao capitalismo, que atualmente não há consenso se ele é conjuntural (fruto de fatos momentâneos) ou mesmo estrutural (faz parte da própria estrutura do capitalismo).

Por todos esses fatores, quer nos parecer que o *toyotismo* foi muito eficiente em lidar com a eventualidade das greves, quer nos parecer, ainda, que a própria greve tende a perder espaço no cenário do trabalho, o que é sempre perigoso ao trabalhador.

Em suma, atualmente o capital enfrenta os dissabores das crises cíclicas através: a) da manutenção de uma massa de desempregados, comumente conhecido como “*exército de reserva*”; b) do enfraquecimento do movimento sindical e de seu poder de barganha; c) da apreensão da subjetividade operária; d) da utilização de subempregados precarizados, passíveis de desligamento sumário em períodos de crise. A presente enumeração deveria, no mínimo, nos levar a indagar: Quem atualmente assume os riscos da atividade econômica?

Mas o capitalismo é um sistema prodigioso também em renovar as suas contradições. Como já fizera no passado, o capital arrojou ao máximo os salários dos trabalhadores que constituem a base do sistema produtivo, muito embora, paradoxalmente, o sistema é extremamente dependente do consumo desses próprios trabalhadores. Como consumir sem dinheiro? A resposta, nas palavras do crítico David Harvey, se deu através da facilitação do crédito, “*deixem que comprem à crédito*”, o que trouxe os bancos para o cerne da questão. Nesse sentido, o capitalismo está sobrevivendo na base do endividamento de seu mercado consumidor, fator de fomento de novas e maiores crises econômicas.

Ainda em relação ao capitalismo dos tempos modernos, é oportuno ressaltar que, contornadas as dificuldades em termos produtivo-financeiros, o capitalismo precisava agora se consolidar também no cenário político, necessitando de uma ideologia política própria, que o permitisse ingressar na “*conquista de novos mercados*” e na “*exploração mais intensa dos antigos*”, demonstrando que aprendera muito com a obra de seu maior crítico.

Com isso, ganhou força à doutrina do neoliberalismo, forjada no Consenso de Washington e encabeçada

por Ronald Reagan e Margaret Thatcher, que ditava princípios orientados para o mercado, especialmente implementados nos países que precisaram de financiamento do FMI, os quais, junto com o dinheiro, receberam a cartilha neoliberal. Suas bases eram: liberalização do mercado e do sistema financeiro, diminuição do intervencionismo estatal, privatizações, controle da inflação, fixação de preços pelo mercado.

Para Noam Chomsky, catedrático do MIT, para além de um consenso havia:

Os “grandes arquitetos” do consenso (neoliberal) de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião.

Fato é que a junção do novo sistema produtivo com a nova ideologia política redundou numa concentração de poder econômico inimaginável, produzindo empresas transnacionais extremamente poderosas, capazes de condicionar a atuação política, senão de todos, ao menos da maioria dos países.

A fim de contextualizar o poder do capital na formulação das políticas públicas, elaborou-se, no Apêndice, uma planilha que relaciona as 100 maiores economias mundiais, considerando os PIBs estimados dos países para 2012 e o faturamento das transnacionais relacionadas no ranking da *Fortune 500*, também para o ano de 2012.

Analisando a planilha percebe-se que as empresas, que representam interesses privados, ganham força em relação aos Estados, protetores dos interesses de toda a sociedade. Sobre o tema, o economista e ex-presidente do Banco Central, Gustavo Franco, projeta o seguinte futuro:

As maiores EMNs (empresas multinacionais), portanto, são como países “pequenos”, pelo menos por enquanto, pois, nos últimos anos, as EMNs têm crescido muito mais que os países: as 100 maiores respondiam por 4,3% do PIB mundial em 2000, comparados com 3,5% em 1990. A diferença, cerca de 600 bilhões de dólares, corresponde aproximadamente ao PIB da Espanha. A tendência de crescimento do tamanho das EMNs relativamente aos países parece apenas se acentuar.

A conclusão é clara e opera no sentido de que a tendência num mundo globalizado é a de que as empresas suplantem economicamente a maioria dos países, pois seu faturamento tende a crescer mais rápido do que o PIB dos países, o que realça os interesses privados das multinacionais e degenera o poder de barganha de quem representa os interesses públicos.

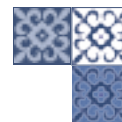
Aliás, o Ministro Luís Roberto Barroso chega a afirmar que: *“Quando a noite baixou, o espaço privado invade o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade”*.

### 3. CONCLUSÃO

Tradicionalmente, a positividade dos direitos do trabalhador, que redundou na melhoria das condições de trabalho, foi fruto da atuação intervencionista do Estado nas relações de trabalho, chamado a atuar pela incessante luta direta da classe operária, que fez largo uso do instrumento de greve.

Modernamente, todavia, a atuação social pelo instrumento de greve, como visto, perde força, sendo que a atuação do Estado/Legislator, doravante subjugado pelas megacorporações privadas, tem se mostrado oscilante, ora pendendo pela proteção, ora para a flexibilização e desregulamentação dos direitos conquistados com tanta sofreguidão.

Por isso, no panorama social, a conquista e mesmo a manutenção de direitos trabalhistas parece estar sob peremptória ameaça, na exata medida em que a união de trabalhadores se mostra cada vez mais tênue e os Estados cada vez mais frágeis, atuando muitas vezes a serviço dos grandes conglomerados transnacionais. É o império do *“soberano privado supra-estatal”*.



## APÊNDICE

Relação: PIB<sup>1</sup> dos Países X Faturamento<sup>2</sup> das Multinacionais

|    | País <sup>3</sup> /Multinacional       | Unidade      | Escala   | 2010       | 2011       | 2012       |
|----|--|--------------|----------|------------|------------|------------|
| 1  | European Union <sup>1</sup>            | U.S. dollars | Billions |            | 17,577.691 |            |
| 2  | United States                          | U.S. dollars | Billions | 14,526.550 | 15,094.025 | 15,609.697 |
| 3  | China                                  | U.S. dollars | Billions | 5,930.393  | 7,298.147  | 7,991.738  |
| 4  | Japan                                  | U.S. dollars | Billions | 5,488.424  | 5,869.471  | 5,980.997  |
| 5  | Germany                                | U.S. dollars | Billions | 3,286.451  | 3,577.031  | 3,478.772  |
| 6  | France                                 | U.S. dollars | Billions | 2,562.759  | 2,776.324  | 2,712.026  |
| 7  | United Kingdom                         | U.S. dollars | Billions | 2,263.099  | 2,417.570  | 2,452.689  |
| 8  | Brazil                                 | U.S. dollars | Billions | 2,142.926  | 2,492.908  | 2,449.760  |
| 9  | Italy                                  | U.S. dollars | Billions | 2,060.887  | 2,198.730  | 2,066.934  |
| 10 | Russia                                 | U.S. dollars | Billions | 1,487.293  | 1,850.401  | 2,021.896  |
| 12 | India                                  | U.S. dollars | Billions | 1,597.945  | 1,676.143  | 1,779.279  |
| 14 | Spain                                  | U.S. dollars | Billions | 1,395.019  | 1,493.513  | 1,397.776  |
| 15 | Mexico                                 | U.S. dollars | Billions | 1,035.400  | 1,154.784  | 1,207.820  |
| 16 | Korea                                  | U.S. dollars | Billions | 1,014.890  | 1,116.247  | 1,163.532  |
| 19 | Netherlands                            | U.S. dollars | Billions | 780.719    | 840.433    | 802.070    |
| 21 | Switzerland                            | U.S. dollars | Billions | 527.920    | 636.059    | 620.903    |
| 22 | Sweden                                 | U.S. dollars | Billions | 462.098    | 538.237    | 549.351    |
| 23 | Poland                                 | U.S. dollars | Billions | 469.393    | 513.821    | 528.460    |
| 24 | Norway                                 | U.S. dollars | Billions | 417.465    | 483.650    | 501.582    |
| 25 | Belgium                                | U.S. dollars | Billions | 470.222    | 513.396    | 496.767    |
| 28 | Argentina                              | U.S. dollars | Billions | 369.992    | 447.644    | 472.815    |
| 29 | Exxon Mobil                            | U.S. dollars | Billions |            |            | 452.926    |
| 30 | Wal-Mart Stores                        | U.S. dollars | Billions |            |            | 446.950    |
| 34 | Colombia                               | U.S. dollars | Billions | 287.249    | 328.422    | 378.713    |
| 36 | Venezuela                              | U.S. dollars | Billions | 294.735    | 315.841    | 337.433    |
| 40 | Chile                                  | U.S. dollars | Billions | 216.091    | 248.411    | 272.119    |
| 41 | Greece                                 | U.S. dollars | Billions | 305.415    | 303.065    | 271.112    |
| 46 | Israel                                 | U.S. dollars | Billions | 217.445    | 242.897    | 245.955    |
| 47 | Chevron                                | U.S. dollars | Billions |            |            | 245.621    |
| 48 | ConocoPhillips                         | U.S. dollars | Billions |            |            | 237.272    |
| 51 | Portugal                               | U.S. dollars | Billions | 228.984    | 238.880    | 220.569    |
| 59 | Peru                                   | U.S. dollars | Billions | 153.829    | 173.502    | 184.962    |
| 62 | General Motors                         | U.S. dollars | Billions |            |            | 150.276    |
| 63 | General Electric                       | U.S. dollars | Billions |            |            | 147.616    |
| 64 | Iraq                                   | U.S. dollars | Billions | 81.112     | 115.388    | 144.214    |
| 65 | Berkshire Hathaway                     | U.S. dollars | Billions |            |            | 143.688    |
| 66 | Fannie Mae                             | U.S. dollars | Billions |            |            | 137.451    |
| 67 | Ford Motor                             | U.S. dollars | Billions |            |            | 136.264    |
| 69 | Hungary                                | U.S. dollars | Billions | 128.634    | 140.303    | 129.959    |
| 70 | Hewlett-Packard                        | U.S. dollars | Billions |            |            | 127.245    |
| 71 | AT&T                                   | U.S. dollars | Billions |            |            | 126.723    |
| 72 | Valero Energy                          | U.S. dollars | Billions |            |            | 125.095    |
| 73 | Angola                                 | U.S. dollars | Billions | 82.471     | 100.948    | 121.466    |
| 74 | Bangladesh                             | U.S. dollars | Billions | 105.560    | 113.032    | 118.416    |
| 75 | Bank of America Corp.                  | U.S. dollars | Billions |            |            | 115.074    |
| 76 | McKesson                               | U.S. dollars | Billions |            |            | 112.084    |
| 77 | Verizon<br>Communications              | U.S. dollars | Billions |            |            | 110.875    |
| 78 | J.P. Morgan Chase &<br>Co.             | U.S. dollars | Billions |            |            | 110.838    |
| 79 | Apple                                  | U.S. dollars | Billions |            |            | 108.249    |
| 80 | CVS Caremark<br>International Business | U.S. dollars | Billions |            |            | 107.750    |
| 81 | Machines                               | U.S. dollars | Billions |            |            | 106.916    |
| 82 | Citigroup                              | U.S. dollars | Billions |            |            | 102.939    |

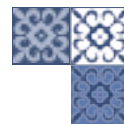
|    |                                 |              |          |        |        |         |
|----|---------------------------------|--------------|----------|--------|--------|---------|
| 83 | Cardinal Health                 | U.S. dollars | Billions |        |        | 102.644 |
| 84 | UnitedHealth Group              | U.S. dollars | Billions |        |        | 101.862 |
| 85 | Morocco                         | U.S. dollars | Billions | 90.803 | 99.241 | 100.354 |
| 86 | Slovak Republic                 | U.S. dollars | Billions | 87.235 | 96.089 | 94.552  |
| 87 | Kroger                          | U.S. dollars | Billions |        |        | 90.374  |
| 88 | Costco Wholesale                | U.S. dollars | Billions |        |        | 88.915  |
| 89 | Freddie Mac                     | U.S. dollars | Billions |        |        | 88.262  |
| 90 | Wells Fargo                     | U.S. dollars | Billions |        |        | 87.597  |
| 91 | Procter & Gamble                | U.S. dollars | Billions |        |        | 82.559  |
| 92 | Archer Daniels<br>Midland       | U.S. dollars | Billions |        |        | 80.676  |
| 93 | AmerisourceBergen               | U.S. dollars | Billions |        |        | 80.217  |
| 96 | INTL FCStone                    | U.S. dollars | Billions |        |        | 75.497  |
| 97 | Marathon Petroleum              | U.S. dollars | Billions |        |        | 73.645  |
| 98 | Ecuador                         | U.S. dollars | Billions | 57.978 | 66.381 | 72.466  |
| 99 | Walgreen                        | U.S. dollars | Billions |        |        | 72.184  |
|    | American International<br>Group | U.S. dollars | Billions |        |        | 71.730  |

<sup>1</sup> Dados do Fundo Monetário Internacional, relatados no estudo World Economic Outlook Database, realizado em abril de 2012. Disponível em: <<http://www.imf.org>>

<sup>2</sup> Dados coletados do ranking *Fortune 500*, publicado pela *Fortune Magazine*, para 2012. Disponível em: <[http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune500/2012/full\\_list/](http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune500/2012/full_list/)>

<sup>3</sup> Classificação dos países omitidos : 11 Canada; 13 Austrália; 17 Indonésia; 18 Turquia; 20 Arábia Saudita; 26 Irã; 27 Taiwan; 31 África do Sul; 32 Áustria; 33 Emirados Árabes; 35 Tailândia; 37 Dinamarca; 38 Malásia; 39 Nigéria; 42 Singapura; 43 Hong Kong; 44 Finlândia; 45 Egito; 49 Paquistão; 50 Filipinas; 52 Irlanda; 53 Argélia; 54 República Checa; 55 Kuwait; 56 Cazaquistão; 57 Qatar; 58 Romênia; 60 Ucrânia; 61 Nova Zelândia; 68 Vietnã; 94 Líbia; 95 Omã.





# PERÍCIAS MÉDICAS E DE SEGURANÇA DO TRABALHO: VIOLAÇÃO OU EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA, DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO?

## MARCELO COUTINHO VIEIRA

Advogado do escritório Alino & Roberto e Advogados; graduado em Direito pela Universidade Ruy Barbosa; pós graduando em Direito do Estado pela Faculdade Bahiana de Direito.

## MOACIR DOS SANTOS MARTINS FILHO

Advogado do escritório Alino & Roberto e Advogados; graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia; pós graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

**RESUMO:** O presente estudo destina-se à análise das perícias judiciais que têm por objeto a apuração da insalubridade e periculosidade nas atividades laborais e no ambiente de trabalho, observando, no processo trabalhista, a efetivação dos princípios constitucionais processuais. Mediante a análise da normatização que estabelece os parâmetros técnicos da configuração de insalubridade e periculosidade, tais como as NR's 15 e 16 do Ministério do Trabalho, discute-se a adequação da prova pericial produzida em desatendimento às normas técnicas quanto à apuração dos agentes de risco à saúde do trabalhador presentes nas atividades laborais e no ambiente de trabalho. A inobservância das normas técnicas, notadamente a ausência de medições conforme estabelecido nas NR's 15 e 16 do Ministério do Trabalho, no momento da apuração dos agentes químicos, físicos e biológicos nocivos ao trabalhador, torna a prova pericial inadequada e parcial, principalmente quando a conclusão do laudo lastreia-se nos documentos produzidos unilateralmente pelo empregador (PPRA e PCMSO). No que se refere às perícias médicas, o trabalho aborda a inexistência de normas regulamentadoras específicas, bem como a fragilidade das conclusões periciais, e a necessidade do seu efetivo controle, destacando ainda a necessária participação do advogado no processo de investigação pericial. Por fim, constata-se a existência de graves violações a princípios constitucionais processuais na prestação jurisdicional, como o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e contraditório (art. 5º, LV, CF/88), a partir da inadequação da prova pericial produzida no processo do trabalho.

**PALAVRAS-CHAVES:** Insalubridade. Periculosidade. Doença. Perícia. Processo.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, inciso XXII, estabelece como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Os adicionais de insalubridade e periculosidade, por seu turno, são adicionais de remuneração previstos no inciso XXIII do art. 7º da Constituição.

De acordo com o art. 157 do Decreto-lei nº 5.452/43 (CLT), as empresas devem adotar medidas preventivas, cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho. Os artigos seguintes do Texto Consolidado, que tratam da segurança e medicina do trabalho, traçam linhas gerais acerca da regulamentação das condições mínimas para garantir a saúde e a integridade do trabalhador no ambiente de trabalho. Nesse sentido, o Capítulo V da CLT delega ao Ministério do Trabalho a edição de normas que estabeleçam parâmetros técnicos acerca da segurança e medicina do trabalho a serem observados pelas partes integrantes da relação de trabalho, com a finalidade de efetivar as garantias constitucionalmente instituídas.

Ao tratar da insalubridade, o art. 190 da CLT dispõe que o Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade. O art. 193 da CLT considera como atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação do Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem em exposição do trabalhador a risco acentuado.

O art. 195 da CLT estabelece que a constatação de insalubridade ou periculosidade no ambiente de trabalho constitui-se através da realização de perícia a cargo de médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Assim, o conhecimento da sistemática das perícias de segurança do trabalho é de fundamental importância para

a identificação dos riscos presente no ambiente laboral.

Contextualiza-se ainda a necessidade de investigação das causas das patologias que acometem os trabalhadores, notadamente através de perícias médicas, como forma de lhes garantir a dignidade, bem como um adequado ambiente de trabalho.

Em face da estrutura lógico-normativa vigente, para o reconhecimento do adicional de insalubridade ou periculosidade, quando a percepção do adicional pelo trabalhador depende de processo judicial, a prova pericial é o elemento determinante para a conclusão da lide. Por tal razão, o estudo dos elementos que compõem a produção do laudo pericial é crucial para a concretização dos princípios constitucionais processuais do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório.

## **2. INSALUBRIDADE, PERICULOSIDADE E PERÍCIA DE SEGURANÇA DO TRABALHO**

Os adicionais de salário podem ser divididos em adicionais convencionais e legais. Os adicionais de insalubridade e periculosidade são espécie de adicionais legais abrangentes, porquanto são legalmente tipificados (arts. 192 e 193 da CLT) e se aplicam a qualquer categoria de empregados, desde que o trabalhador se enquadre nas circunstâncias da tipificação legal (DELGADO, 2013, p. 766). Logo, os adicionais de insalubridade e periculosidade não são fruto de negociação coletiva – Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho.

### **2.1 INSALUBRIDADE**

As atividades que tipificam o adicional de insalubridade foram definidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme previsto no art. 190 da CLT, porquanto expõem os trabalhadores a agentes físicos, químicos ou biológicos nocivos à saúde. Embora o texto do art. 192 da CLT ter estabelecido o adicional de insalubridade para a exposição aos agentes nocivos acima do limite de tolerância, a caracterização da insalubridade se dá tanto por avaliação quantitativa como qualitativa. A caracterização e a classificação da insalubridade decorre de perícia, conforme estabelecido no art. 195 da CLT.

O trabalho que exponha o empregado a condições insalubres, ainda que intermitentemente, deve ser remunerado com o acréscimo do adicional de insalubridade, conforme entendimento fixado pelo Súmula nº 47 do TST. Assim, o labor que implique em insalubridade, nos termos fixados pela Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, será remunerado com o acréscimo de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo, correspondente à insalubridade em graus mínimo, médio e máximo.

Segundo a Norma Regulamentadora 15, da Portaria nº 3.214, de 1978, quando o trabalhador está sujeito a mais de um agente nocivo, deve ser considerado apenas o fator de insalubridade em maior grau. Entretanto Alice Monteiro de Barros entende ser aplicável um adicional de insalubridade para cada agente nocivo a que está exposto o trabalhador, haja vista o múltiplo risco gerado à saúde do empregado e o baixo estímulo para que o empregador elimine os agentes nocivos do ambiente de trabalho. Ademais, segundo a autora, a Portaria extrapola o limite da lei, que não proíbe a cumulação de mais de um adicional de insalubridade, bem como é anterior à edição da Lei nº 7.394, de 1985, que prevê o adicional de risco de vida e insalubridade”, logo, não poderia regulamentá-la (BARROS, 2013, p. 623-624).

Salienta-se, ainda, que o fornecimento do Equipamento de Proteção Individual (EPI) aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo pode eliminar o agente agressivo gerador do adicional de insalubridade, conforme a Súmula nº 80 do TST. Contudo, para a elisão do pedido de insalubridade não basta o fornecimento de EPI, deve ser considerado também o uso efetivo (Súmula nº 289 do TST) e a substituição dentro do prazo de validade do Equipamento de Proteção Individual.

### **2.2 PERICULOSIDADE**

Perigo, em sentido etimológico, é “situação que ameaça a existência ou interesses de uma pessoa” (SEGUIER, 1925, p. 863). Através do significado de perigo é possível identificar o risco ou ameaça a que se expõe o trabalhador sujeito às condições perigosas, conforme a definição trazida pela Norma Regulamentar 16 do Ministério do Trabalho, diversamente da insalubridade.

Conforme leciona José Augusto Rodrigues Pinto, a insalubridade é insidiosa e lenta em seus resultados, enquanto que a periculosidade, por sua natureza, é uniforme, de impacto instantâneo e dispensa graduação indenizatória. (PINTO, 2007, p. 424-425).

O adicional de periculosidade é assegurado aos empregados que trabalham em contato permanente ou intermitente com explosivos ou inflamáveis, em condições de risco acentuado, conforme art. 193 da CLT. Aos trabalhadores que desempenhas suas atividades laborais nas condições descritas na lei e comprovado através de perícia, deve ser pago o adicional de periculosidade no percentual de 30% sobre o salário base.



A Lei nº 7.369/85 estendeu a periculosidade aos trabalhadores que exercem atividade no setor de energia elétrica, em contato com sistemas elétricos de potência. De igual maneira, a Portaria nº 518 do Ministério do Trabalho abarcou a atividade laboral que expõe o empregado a radiações ionizantes como atividade de risco. A aplicabilidade da Portaria nº 518 do MTE foi pacificada pela Orientação Jurisprudencial nº 345 da SDI-I do TST. Por fim, a Lei 12.704/12 ampliou o rol de atividades perigosas para incluir os profissionais de segurança pessoal ou patrimonial expostos a roubo ou outras espécies de violência.

### **2.3 NORMAS REGULAMENTADORAS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO E CONTROLE DOS RISCOS AMBIENTAIS PELA EMPRESA – PPRA E PCMSO**

O art. 7º da Constituição Federal, nos incisos XXII e XIII, constituiu como direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei.

Conforme os arts. 190, 193 e 200 da CLT, as definições de trabalhos insalubres e perigosos advêm de normatização complementar do Ministério do Trabalho. Para regulamentar as atividades insalubres e perigosas, o MTE editou as Normas Regulamentadoras (NR's) através da Portaria nº 3.214/78. O ordenamento federal dispõe hodiernamente de trinta e três Normas Regulamentadoras, destacando-se as NR's 15 e 16, que disciplinam a insalubridade e a periculosidade, respectivamente, no ambiente de trabalho.

Embora as NR's 15 e 16 criem a regulamentação do adicional de remuneração constitucionalmente previsto para as atividades insalubres e perigosas, há que se falar no direito fundamental do trabalhador às medidas preventivas voltadas para a redução dos riscos do ambiente de trabalho.

Nesse sentido, a NR 9 determina que todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados elaborem e implementem o Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais (PPRA), visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho.

O Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais, conforme estabelecido no item 9.1.3 da NR 9, deve estar articulado com o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, previsto na NR 7, sendo estes partes integrantes do conjunto mais amplo das iniciativas da empresa no campo da prevenção da saúde e da integridade dos trabalhadores.

Destaca-se, entretanto, que tanto o PPRA como o PCMSO são documentos emitidos unilateralmente pelo empregador, comumente elaborados por empresa de monitoramento contratada para essa finalidade. Por isso não existe controle efetivo e imparcial acerca da coerência entre as informações apresentadas nos PPRA's e PCMSO's e os riscos ambientais realmente identificados no ambiente de trabalho dos empregadores.

### **2.4 PERÍCIA DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

Os processos na Justiça do Trabalho tratam de litígios que envolvem diversas áreas do conhecimento humano e, muitas vezes, exigem análise auxiliar de especialistas técnicos, profissionais especializados com conhecimentos na matéria debatida no processo. Nesse sentido, o art. 145 do CPC dispõe que “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo disposto no art. 421.”

Conforme leciona Moacyr Amaral Santos:

Os peritos funcionam, pois, como auxiliares do juiz, que é quem lhes atribui a função de bem e fielmente verificar as coisas e os fatos e lhe transmitir, por meio de parecer, o relato de suas observações ou as conclusões que das mesmas extraírem. Como auxiliares do juiz e para funcionarem no processo, os peritos cumprirão leal e honradamente a sua função (Código de Processo Civil, art. 422) (SANTOS, 1995, p. 473).

O Perito nomeado pelo Juízo está compromissado (art. 422 do CPC) e deve cumprir o ofício com diligência e presteza (art. 146 do CPC). Segundo Fernandes José Pereira e Orlando Castello Filho (2012, p. 25), a função precípua do perito é assessorar tecnicamente o juiz e levar ao seu conhecimento as reais condições do ambiente de trabalho e das atividades do reclamante.

Consoante a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “(...) o perito traz ao processo uma análise técnica acerca dos fatos. (...) O perito pode ter presenciado o fato, mas sua função não é a de simplesmente relatá-lo, porém

sim a de demonstrar a sua ocorrência – ou não – a partir de critérios eminentemente técnicos (MARINONI, 2011, p. 792-793).

Conforme relatado nos tópicos anteriores, o PPRA e o PCMSO, previstos nas NR's 9 e 7, respectivamente, são documentos que se destinam ao controle dos riscos ambientais e prevenção dos danos à saúde do trabalhador, porém são emitidos unilateralmente pelo empregador e, muitas vezes, ao apresentarem as medições dos agentes físicos, químicos e biológicos nocivos à saúde dos empregados não retratam fidedignamente a realidade fática dos elementos de risco do ambiente de trabalho.

Nas perícias de insalubridade e periculosidade realizadas na Justiça do Trabalho a maioria absoluta dos laudos periciais emitidos pelos profissionais técnicos nomeados pautam-se nas informações e medições dos agentes nocivos apresentadas no PPRA e no PCMSO. Logo, o laudo pericial de insalubridade ou periculosidade no ambiente de trabalho que não apresenta fundamento lógico com base na avaliação técnica da realidade dos fatos, mas apenas apresenta um relato das informações fornecidas unilateralmente pelo empregador através do PPRA e do PCMSO, não pode ser reputado válido ao fim que se destina.

Assim, embora o perito seja compromissado e deva exercer seu múnus com diligência e presteza e sua incumbência não se limite ao simples relato dos fatos, mas a demonstrar a sua ocorrência a partir de critérios técnicos, essa não é a realidade das perícias que visam a análise dos elementos de insalubridade e periculosidade na Justiça do Trabalho.

Destaca-se, nesse contexto, a brilhante decisão interlocutória do Magistrado Fabrício Porto Magalhães, Juiz perante a 1ª Vara do Trabalho de Camaçari, Bahia, que no processo nº 0000477-38.2012.5.05.0131 (Sindiquímica x White Martins), após o perito nomeado apresentar o laudo pericial e as partes se manifestarem, determinou a realização das medições dos níveis de ruído, calor e agentes químicos a que estavam expostos os empregados no ambiente de trabalho.

Fernandes José Pereira, ao desenvolver um manual prático para a elaboração de perícias técnicas, acertadamente afirma:

Durante ou após a inspeção do(s) local(ais) ou posto(s) de trabalho, ao qualificar-se os agentes necessários ao objeto da perícia e conhecer o “modus operandi”, passa-se a quantificar, ou seja, mensurar e/ou efetuar coletas dos agentes existentes, utilizando-se equipamentos de acordo com a metodologia constante da legislação vigente. A metodologia terá seu embasamento nos Anexos da NR-15 – “Atividades e Operações Insalubres” –, nos Anexos da NR-16 – “Atividades e Operações Perigosas” –, da Portaria n. 3.214/78, e no Decreto 93.412/86, do Ministério do Trabalho. Ainda deve observar os ditames das demais Normas Regulamentadoras, de Portarias e Decretos, quando aplicáveis e por necessidades complementares (PEREIRA, 2012, p. 35).

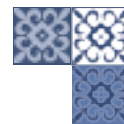
Por conseguinte, a prova pericial adequada para retratar a realidade dos fatos através de critérios técnicos regulamentados por Portarias e Decretos é aquela que adota procedimentos de apuração quantitativa e qualitativa dos agentes nocivos à saúde do trabalhador presentes no ambiente de trabalho. Ademais, a prova pericial deve distinguir “ambiente de trabalho” de “atividade”, posto que nem sempre as atividades exercidas em um ambiente insalubre, serão insalubres. É fundamental que o laudo pericial avalie as fichas de entrega de EPI's assinadas pelos trabalhadores, confirme a utilização habitual no ambiente de trabalho, identifique os Certificados de Aprovação dos EPI's, para, finalmente, verificar as condições de estado de conservação, higienização e prazos de validade dos Equipamentos.(PEREIRA, 2012, p. 34).

## **2.5 O ASSISTENTE TÉCNICO E A MANIFESTAÇÃO DAS PARTES ACERCA DO LAUDO PERICIAL**

De acordo com o art. 431-A do CPC, “as partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova”. O art. 433 do CPC estabelece que o perito apresentará o laudo pericial em cartório no prazo fixado pelo juiz, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento. Como leciona Luiz Guilherme Marinoni em consonância com Informativo 450, de outubro de 2010, do STJ, essa regra densifica o direito fundamental ao contraditório (MARINONI, 2011, p. 811).

Conforme o art. 852-H, § 6º, da CLT, que dispõe sobre as provas no rito sumaríssimo, resta claro que da apresentação do laudo pericial, as partes deverão ser intimadas para se manifestarem no prazo de cinco dias.

A praxe no rito ordinário das ações trabalhistas consiste na intimação das partes para que apresentem o parecer do assistente técnico no prazo de 10 dias, conforme disposto no art. 433 do CPC. Não havendo assistente técnico nomeado, as partes devem se manifestar sobre o laudo pericial no prazo fixado pelo juiz. Não sendo fixado o prazo, as partes devem se manifestar no prazo de cinco dias, seja pela aplicação subsidiária do art. 185 do CPC, seja pela aplicação do art. 852-H, § 6º, da CLT, às ações que tramitam pelo rito ordinário.



Nesse contexto, deve ser ressaltado o fato de que na maioria absoluta das ações trabalhistas que têm como objeto o pagamento do adicional de insalubridade e/ou periculosidade, os reclamantes são trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho rescindido e, por isso, não têm condições para sequer prover o sustento próprio e familiar, quanto mais para arcar com os custos de de um assistente técnico.

Por não ser um parecer técnico, as manifestações sobre os laudos periciais apresentadas pelos patronos que representam os trabalhadores em juízo muitas vezes sequer são detidamente apreciadas pelos magistrados. Contudo, consoante afirma Marinoni, “o juiz julga com base no laudo técnico e o jurisdicionado tem direito fundamental a um julgamento idôneo” (MARINONI, 2011, p. 793).

O conhecimento técnico esposado no laudo pericial não interessa somente ao juiz, mas principalmente às partes, que têm direito de discuti-lo de maneira adequada. Assim, os laudos periciais produzidos através de transcrições das informações constantes nos PPRA's e PCMSO's tendem a terem informações destoantes da realidade fática dos elementos de risco encontrados no ambiente de trabalho, porquanto tomam como modelo as informações fornecidas unilateralmente pelos empregadores.

É possível afirmar, por isso, que o laudo pericial, prova fundamental para o convencimento do juiz, elaborado com base em informações prestadas unilateralmente pela empresa fere a imparcialidade e a isonomia no processo do trabalho.

Ainda, deve ser considerado que, se a avaliação das condições de insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho e nas atividades laborais dependesse unicamente da interpretação de informações constantes no PPRA e no PCMSO, a partir da análise comparativa com os limites máximos de exposição aos elementos de riscos estabelecidos nas NR's 15 e 16 do Ministério do Trabalho, o perito técnico seria dispensável ao processo trabalhistas.

Caso a constatação de insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho dependesse única e exclusivamente da verificação das informações constantes no PPRA e no PCMSO e do simples fornecimento de EPI's, essa análise poderia ser feita sem o parecer de um técnico com habilidades e conhecimentos específicos, porquanto análise de documentos é atividade elementar da advocacia e da magistratura.

Lamentavelmente são produzidos incontáveis laudos periciais na Justiça do Trabalho inadequados à finalidade de avaliar a realidade fática dos elementos nocivos à saúde e integridade do trabalhador na atividade laboral e no ambiente de trabalho, entretanto que lastreiam decisões judiciais com implicações negativas na vida de seres humanos. Igualmente, tem-se como consequência o descumprimento de preceitos fundamentais ligados ao direito a um processo justo e imparcial, tais como os princípios fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

### **3. PERÍCIAS MÉDICAS E DOENÇA OCUPACIONAL**

De igual sorte das questões técnicas (insalubridade/periculosidade), os litígios trabalhistas que discutem acidentes do trabalho e/ou doenças de natureza ocupacional exigem análise auxiliar de profissionais especializados com conhecimentos na matéria debatida, sendo aptos à discussão os médicos peritos.

A perícia judicial exige do médico, além das atribuições e conhecimentos em medicina, conhecimentos de saúde e segurança do trabalho, e jurídico processual, posto que a perícia funcionará como meio de prova em litígio relacionado ao labor.

#### **3.1 CONCEITO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PERÍCIA MÉDICA**

A perícia médica insere-se no processo trabalhista como uma especialidade técnica dentre os diversos tipos de provas periciais, tendo sua base legal nos arts. 863 e 867 da CLT, além do art. 3º da Lei 5.584/70, e dos arts. 420 e seguintes do CPC.

A avaliação do quadro de saúde do trabalhador é atribuição privativa de médico, podendo variar a especialidade clínica do perito de acordo com o objeto específico da perícia, a patologia ou a lesão sofrida pelo obreiro periciado.

O objetivo precípua do exame médico pericial é avaliar a existência de dano ao trabalhador, bem como definir o nexo de causalidade entre a lesão sofrida e o trabalho por ele desenvolvido, estabelecendo assim a origem ocupacional da moléstia.

Nesse aspecto, a perícia médica judicial se assemelha à perícia administrativa realizada pela Previdência Social na investigação de incapacidade laboral para fins de concessão de benefícios, notadamente aqueles decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional.

Ocorre que, a despeito das perícias técnicas de insalubridade e periculosidade, as quais são balizadas nas NR's 15 e 16 do MTE, as perícias médicas não possuem organização normativa específica que estabeleça parâmetros de aferição da afetação da saúde do trabalhador.

Com efeito, as perícias médicas buscam sua formatação em normas administrativas, e não vinculantes, emanadas da Previdência Social e dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, notadamente no Manual de Perícia Médica da Previdência Social, Parecer nº 9/06 do CFM e Resolução nº 288/07 do CRMBA, esta última no âmbito da Bahia.

Assim e que, dentre outros aspectos, as perícias médicas devem observar o histórico clínico e ocupacional do trabalhador, solicitando exames complementares quando necessários, além de vistoriar o local de trabalho, a fim de estabelecer o nexa causal entre os achados clínicos e o ambiente laboral.

Para tanto, o art. 2º da Resolução CFM nº 1.488/98 estabelece:

Art. 2º - Para o estabelecimento do nexa causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:

- I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexa causal;
- II - o estudo do local de trabalho;
- III - o estudo da organização do trabalho;
- IV - os dados epidemiológicos;
- V - a literatura atualizada;
- VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
- VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
- VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores;
- IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde.

Entretanto, em que pese a disposição de diversos aspectos objetivos elencados como norteadores das perícias médicas, independentemente do âmbito em que seja realizada, seja na esfera judicial ou administrativa, face a ausência de parametrização dos resultados, a conclusão pericial sempre estará preenchida por uma carga subjetiva daquele perito que a realizar, independentemente da sua imparcialidade.

### **3.2 ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇA OCUPACIONAL, EVIDÊNCIA DO DANO**

Como dito, a avaliação clínica, associada à investigação da anamnese do trabalhador, são os meios utilizados pelo perito médico à verificação da existência de eventual dano que venha a reduzir a capacidade laborativa ou incapacitar o obreiro.

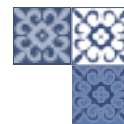
Nesta fase da perícia inexistente interação do médico com o trabalho desenvolvido pelo periciado, cabendo-lhe tão somente avaliar a existência de patologia ou lesão, bem como a extensão da eventual incapacidade laborativa do trabalhador, se parcial ou total, e ainda o tempo da sua permanência, se temporária ou definitiva, devendo estabelecer ainda as datas de limite de início e término dos seus efeitos.

Importante destacar que não apenas o dano físico poderá ser objeto de perícia, mas também o dano psíquico, este compreendido pela afetação psicológica ou da capacidade de discernimento do trabalhador, poderão ser avaliados, posto que este também afeta diretamente a capacidade de trabalho do indivíduo. O dano estético, em que pese não afetar a capacidade laboral do trabalhador, afeta seu convívio social e sua intimidade, podendo também ser objeto de perícia, notadamente a fim de se evidenciar o nexa de causalidade, visto que seus efeitos são perceptíveis visualmente a qualquer um, independente de graduação.

Tais dados servirão de base para o julgador no que se refere a evidência do dano, não podendo através deles atribuir responsabilidade a quem quer que seja pela sua existência, o que somente será avaliado na etapa seguinte, quando da verificação do nexa causal.

### **3.3 NEXO DE CAUSALIDADE E NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO**

Evidenciada a existência de efetivo dano à saúde do trabalhador, o médico perito deverá valer-se da interdisciplinariedade para avaliar se o dano evidenciado possui relação, seja direta ou indireta, com o labor exercido, de modo a atribuir responsabilidade pelo seu surgimento.



Com efeito, neste aspecto, a Lei 8.213/91 equipara ao acidente de trabalho a doença profissional, desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade, constante da respectiva relação elaborada pelo MTE, bem como a doença ocupacional, desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente.

Destarte, se a situação sob análise for de acidente típico de trabalho que cause dano à saúde do trabalhador, indiscutível a existência denexo de causalidade entre ambos, assim como, se constante a patologia diagnosticada no Anexo II do Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), fácil será a evidência do nexoe epidemiológico.

A problemática acerca da verificação do nexoe de causalidade se apresente notadamente nas hipóteses de doenças ocupacionais, que, em que pese se relacionarem com o labor do obreiro, não se apresentam dispostas de forma objetiva como as doenças profissionais, sendo necessária a investigação do médico perito acerca das condições de trabalho do periciado, o que pressupõe o conhecimento e visitaçãodo seu local de trabalho e organização laboral.

A subjetividade da conclusão pericial, nesses casos, está intimamente ligada ao não aprofundamento do expert no objeto da perícia, ou mesmo ao não seguimento das orientações contidas na normativa infralegal que dispõe sobre as rotinas nas perícias médicas, notadamente no que se refere a ausência de conhecimento do ambiente laboral, prejudicando a verificação do nexoe de causalidade.

Destarte, deve o perito médico não apenas ser imparcial, mas conhecer todos os aspectos do conjunto da perícia, sob pena de não desenvolver o seu munus a contento, deixando de prestar o papel de auxiliar que lhe foi designado.

Nesse contexto, vale citar que não apenas as doenças de origem eminentemente laboral guardam relação com o trabalho. Também em relação àquelas doenças degenerativas, cujo agravamento ou preconização se deem em função das condições de trabalho se observa o nexoe causal, devendo, de igual sorte ser atribuída a responsabilidade da patologia ao trabalho.

### **3.4 A PERÍCIA MÉDICA COMO LASTRO DE SENTENÇA JUDICIAL**

Em que pese, nos termos do art. 436 do CPC, “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”, a especificidade da prova técnica dificilmente permitirá ao magistrado dela discordar, isso porque não possui a mesma graduação do expert na área de estudo da perícia.

Assim é que, quase invariavelmente, o magistrado acolhe de forma integral a conclusão pericial, ainda que esta não reflita a realidade patológica do trabalhador, sendo raros os casos em que o juiz se arvora em matéria analisada em prova pericial.

Destarte, caso a perícia não seja completa ou deixe de avaliar questões técnicas imprescindíveis, também não o fará o julgador, notadamente porquanto tenha eleito o perito como pessoa de sua confiança na matéria que desconhece, o que certamente resultará na exarcação de sentença eivada pela injustiça.

De certo que, em casos específicos, onde se evidenciam provas técnicas pré constituídas, como no caso de reconhecimento de incapacidade laborativa e/ou nexoe epidemiológico por perito da Previdência Social, notadamente na concessão de benefício de natureza acidentária, a contraposição da conclusão do expert nomeado pelo juízo se tornará possível porquanto se conflitem conclusões divergentes de profissionais em mesmo nível técnico.

Essa reflexão se coloca como alerta à necessidade de efetivo controle das perícias, bem como dos peritos médicos aptos a fazê-las, assim como estão submetidos ao controle jurisdicional os magistrados e suas sentenças, de modo a se evitar a prevalência do que poder-se-ia chamar de anomalias periciais.

### **3.5 A IRRECORRIBILIDADE DA CONCLUSÃO PERICIAL E O PAPEL DO ASSISTENTE TÉCNICO**

A faculdade de indicação de assistentes técnicos, bem como de formulação de quesitos explicativos, pelas partes em nada garante a conclusão adequada da perícia médica.

Com efeito, destaca-se que os laudos médicos produzidos pelos assistentes técnicos das partes são, no mínimo, questionáveis quanto a sua isenção. Isso porque, por óbvio, cada assistente técnico defenderá os interesses da parte que o contratou, retirando por completo a credibilidade das suas conclusões como auxiliar.

Ainda que se considere a possibilidade de os assistentes técnicos informarem pontos do laudo produzido pelo perito do juízo, tais considerações serão direcionadas a pessoa não dotada do conhecimento técnico

necessário para discernir sobre a sua pertinência, quem seja, o magistrado.

Vale consignar que, na esfera administrativa, no âmbito da Previdência Social, as conclusões periciais estão sujeitas a recurso específico, analisado por junta médica detentora do conhecimento hábil para a apreciação da pertinência das conclusões da perícia, o que dá maior segurança à conclusão do objeto da perícia.

Assim é que, discutível o procedimento das perícias médicas não apenas quanto a participação dos assistentes técnicos das partes, mas também pela ausência de norma procedimental, ou mesmo controle por junta técnica específica.

Urge, portanto, a necessidade de regulamentação do modus operandi nas perícias médicas, como única forma de garantir não apenas sua adequada conclusão, como a adequada prestação jurisdicional ao trabalhador que a ela se submete.

### 3.6 A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA PERÍCIA

Noutro aspecto, as normas infralegais, como o Parecer nº 9/06 do CFM e a Resolução nº 288/07 do CRM do Estado da Bahia, obstam a presença do advogado no consultório médico onde se realiza a perícia do empregado.

#### PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 1.829/06 – PARECER CFM Nº 9/06

O exame médico-pericial é um ato médico. Como tal, por envolver a interação entre o médico e o periciando, deve o médico perito agir com plena autonomia, decidindo pela presença ou não de pessoas estranhas ao atendimento efetuado, sendo obrigatórias a preservação da intimidade do paciente e a garantia do sigilo profissional, não podendo, em nenhuma hipótese, qualquer norma, quer seja administrativa, estatutária ou regimental, violar este princípio ético fundamental.

Art. 10 - O médico na função de perito não deve aceitar qualquer tipo de constrangimento, coação, pressão, imposição ou restrição que possam influir no desempenho de sua atividade, que deve ser realizada com absoluta isenção, imparcialidade e autonomia, podendo, nestas hipóteses, recusar-se a prosseguir no exame fazendo constar no laudo o motivo de sua decisão.

[...]

2º- O médico perito deve decidir pela presença ou não de pessoas estranhas ao atendimento efetuado, sendo obrigatórias a preservação da intimidade do paciente e a garantia do sigilo profissional e desde que autorizado pelo periciando.

Tal se reputa em gravíssima a violação à prerrogativa do advogado, eis que o art. 133 da CF/88 estatui ser o causídico parte indispensável da administração da Justiça, bem como, o art. 7º, VI, c, da Lei nº 8.906/94 garante ao advogado livre acesso em qualquer recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional.

Constituição Federal...

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Lei nº 8.906/94...

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

VI - ingressar livremente:

[...]

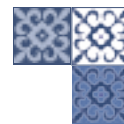
c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

O impedimento do acompanhamento do causídico à perícia médica, além de desrespeitar prerrogativa do advogado, afronta também preceitos constitucionais, porque restringe indevidamente a ampla defesa e inobserva o devido processo legal, princípios fundamentais e balizadores do processo judicial democrático.

De se ressaltar que tais normas infralegais conflitam com dispositivo de Lei Federal e da Constituição, ferindo a hierarquia normativa estabelecida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, impossível a prevalência de normas infralegais que disciplinem matéria processual de qualquer natureza, como o caso do Parecer nº 9/06 do CFM e a Resolução nº 288/07 do CREMEB, que, de forma





inconstitucional e em ofensa à Lei, disciplinam a realização da prova pericial, que é eminentemente matéria de ordem processual.

#### **4. A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ACESSO À JUSTIÇA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL**

O princípio da proteção judiciária, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, de acordo com a nomenclatura empregada por José Afonso da Silva (2008, p. 430), constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos.

A máxima do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou do acesso à justiça, está representada pelo predicado do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, que declara: “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O texto do inciso XXXV estabelece duas garantias, a primeira está relacionada com o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário; a segunda garantia corresponde ao direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha uma lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (SILVA, 2008, p. 431).

Fredie Didier Jr., entretanto, afirma que as concretizações do devido processo legal, verdadeiros corolários de sua aplicação, estão previstas na Constituição e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro. Dentre os corolários do devido processo legal, inclusive, encontra-se o acesso à justiça previsto no inciso XXXV do art. 5º. Afirma o autor que “não é lícito, por exemplo, considerar desnecessário o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal” (DIDIER, 2011, p. 47).

Dirley da Cunha (2010, p. 704) apresenta o devido processo legal, em linhas restritivas, como “a exigência da abertura de regular processo como condição para a restrição de direitos”. O entendimento do autor aparenta-se com a literalidade do inciso LIV do art. 5º da Constituição, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Doravante, o inciso LV do art. 5º (CF/88) garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

O processo, segundo Didier, é um procedimento estruturado no contraditório. Este princípio, por seu turno, deriva do devido processo legal e é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. “Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder” (DIDIER, 2011, p. 56).

O contraditório deve ser analisado pelos aspectos formal e material. O direito à participação do processo é o sentido formal do contraditório, e a efetiva interferência no processo, o poder de influência, perfaz a dimensão material deste princípio constitucional processual. Nesse sentido, Didier doutrina com proficiência:

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório (...). Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Assim, indaga-se: qual o poder de influência do reclamante, hipossuficiente, desassistido de assistente técnico, a respeito das conclusões “técnicas” do laudo pericial? Os laudos periciais têm sido indiscriminadamente acatados na decisões judiciais, ou tem-se avaliado sua idoneidade e imparcialidade como prova determinante de um direito postulado?

Defende-se o entendimento de que o magistrado deve adotar elementos criteriosos mínimos acerca da tecnicidade do laudo pericial apresentado pelo perito judicial. Do mesmo modo, os pontos de impugnação suscitados pelas partes acerca dos critérios técnicos adotados – ou não – pelo perito nomeado, devem ser amplamente discutidos, esclarecidos e considerados como elementos capazes de influenciar a decisão do magistrado, sob pena de grave violação ao princípio constitucional processual do contraditório.

Ademais, a utilização de prova pericial que constrói a percepção “técnica e imparcial” dos fatos a partir

de elementos e informações pré-constituídas unilateralmente pelo empregador, como nos casos da utilização dos indicadores dos PPRA's e PCMSO's sem constatar empiricamente a exposição do trabalhador a agentes nocivos à saúde e à integridade, bem como que deixa de cumprir com determinações previstas em leis, decretos, portarias e etc. que regulamentam a segurança e a saúde do trabalho, fere o princípio do devido processo legal.

Logo, o acesso à justiça, não somente no sentido de poder levar à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas no sentido máximo da prestação jurisdicional que efetive a justiça, resta violado quando a atuação jurisdicional toma como fundamento determinante a prova pericial constituída com parcialidade e em desconformidade com os preceitos técnicos estabelecidos pela normatização da saúde e segurança do trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

Diante do quadro apresentado, verifica-se a premente necessidade de adequação dos procedimentos das perícias judiciais no âmbito de saúde, segurança e higiene do trabalho, como forma de garantia da sua prestação à finalidade a que se destina, possibilitando a sua efetiva utilização como meio de prova nos litígios, auxiliando os magistrados à efetiva e adequada prestação jurisdicional aos cidadãos.

## 6. REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2013.
- CUNHA JR., Dirley. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivim, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.
- DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito processual civil. V. 1. 13. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MACHADO, Sidnei. O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil; os desafios para a construção de uma racionalidade normativa. E-book. Bibliote Ltr Digital. Disponível em: <<https://secure.jurid.com.br/biblioteca/tr/>>... acesso em 13 de fev. de 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Flávio de Oliveira. Segurança e saúde no trabalho: esquematizada. 2. ed. rev. e a atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- PEREIRA, Fernandes José. Manual prático; como elaborar uma perícia técnica de insalubridade, periculosidade, nexos causais das doenças ocupacionais e das condições geradoras do acidente de trabalho. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2012.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. v. 2, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 473.
- SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- SEGUIER, Jayme. Dicionário prático ilustrado. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1925. p. 863.
- SILVA, José Afonso. Curso De Direito Constitucional Positivo. ed. 30. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.



# O PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO COMO CRITÉRIO DETERMINANTE DA LEGITIMIDADE SINDICAL

**MARIANA LAROCCA S. RODRIGUES MATHIAS**  
Advogada no Escritório MENEZES, MAGALHÃES, COELHO E ZARIF SOCIEDADE DE ADVOGADOS, em Salvador-BA

**RESUMO:** O presente artigo aborda questão inovadora, trazida pelo Tribunal Superior do Trabalho em recente decisão de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, acerca da aplicação do princípio da agregação como critério determinante da legitimidade sindical, em substituição ao princípio da especialidade adotado historicamente, visando maior garantia da unicidade sindical prevista constitucionalmente. Isto porque, de acordo com este novo entendimento, o Sindicato com maior número de filiados, abrangência, e de base mais extensa -

respeitados a territorialidade e os limites das espécies de trabalhadores que formam uma determinada categoria representada, que se consubstanciam na identidade profissional -, é o mais apto a pôr em prática a referida garantia constitucional, bem como a atingir a finalidade da representação sindical, por ter maior força de atuação, de onde advém maior poder de negociação. Contudo, de logo, fica esclarecido que a maior parte da jurisprudência pátria ainda entende pela aplicação do princípio da especialidade, defendendo, ainda, o sistema de pluralidade sindical, ao contrário do que preceitua a Constituição Federal de 1988, sob o argumento de este último sistema estimula a eficiência sindical e faz decair a constituição compulsória de contribuições financeiras para manutenção do Sindicato. São as novidades trazidas pelo TST, a discussão entre os princípios da especialidade e da agregação, e suas consequências no mundo jurídico, que serão abordadas ao longo deste artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legitimidade. Sindicato. Princípio da agregação.

## 1 INTRODUÇÃO

A terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferiu recente decisão na ação declaratória de nulidade autuada sob o número 126600-88.2010.5.16.0020, de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, em que se discute a legitimidade entre duas entidades sindicais que buscam representar uma mesma categoria, trazendo novidade quanto ao critério utilizado para definir a questão judicial. Referido acórdão foi publicado em 01/07/2013.

Visando garantir o sistema de unicidade sindical consagrado constitucionalmente, o que foi expressamente afirmado na decisão proferida, o TST utilizou como suporte legal para embasar sua decisão o inovador princípio da agregação.

Afirma-se que a decisão do Colendo Tribunal trouxe novidade ao mundo jurídico, mais especificamente do Direito do Trabalho, pois decidiu pela legitimidade da entidade sindical que representa categoria profissional mais abrangente.

De maneira geral, o parâmetro utilizado para decidir esse tipo de ação sindical tem sido o princípio da especificidade ou especialidade.

Entretanto, com a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, é fomentada nova discussão entre os operadores do direito acerca do princípio norteador da legitimidade sindical, e os julgadores trabalhistas terão nova diretriz a seguir, caso comunguem do entendimento que se inclina ao princípio da agregação.

Outrossim, o tema em discussão é de suma relevância, vez que as lides que envolvem debate sobre representação sindical refletem sobre todos os trabalhadores de determinada categoria, sobre a relação desses trabalhadores com o sindicato que o Judiciário julgue estar mais apto a representá-los, bem como na economia da entidade sindical que busca o reconhecimento da legitimidade, vez que as contribuições lhe serão revertidas.

O professor argentino Alfredo J. Ruprechet, citado por AROUCA (2006, p. 23), resume a principal finalidade do sindicato em “realizar os supremos objetivos da comunidade, não tanto como parte integrante do organismo estatal, nem como mero instrumento de sua política social e econômica, mas como parte da sociedade que integra e para evitar seu estancamento e melhorar a condição social de seus membros”.

Essa representação muitas vezes é objeto de litígio entre entidades sindicais, e depende de decisão judicial, o que perpassa pela discussão sobre a aplicação do princípio da especialidade ou da agregação.

## 2 AGREGAÇÃO COMO GARANTIA DA UNICIDADE SINDICAL. INOVAÇÃO TRAZIDA PELO TST

Ao aplicar o critério da agregação para definir a legitimidade de determinado Sindicato, o TST busca, em primeiro lugar, garantir a unicidade sindical prevista constitucionalmente, que, para José Carlos Arouca, tem o seguinte significado:

Unicidade sindical é a unidade de classe, trabalhadora ou empresarial, para a defesa de seus direitos individuais e interesses coletivos, significando a representação única de um mesmo grupo profissional ou econômico em uma determinada região.

Somente uma associação sindical, dentro de uma mesma base territorial não inferior a um Município, poderá representar os interesses de uma categoria e se pronunciar em nome dela, negociar normas coletivas, beneficiar-se com o recolhimento da contribuição sindical e garantir estabilidade a seus dirigentes.

O princípio da agregação foi utilizado como determinante para definir a legitimidade sindical, levando em consideração o Sindicato mais abrangente e com maior número de afiliados, entendendo ser este o mais apto a garantir a unicidade sindical e concretizar a finalidade da representação sindical prevista constitucionalmente.

Em nota de rodapé da sua clássica obra Curso de Direito do Trabalho, DELGADO (2013, p. 1366), relator do acórdão proferido na ação mencionada na introdução deste artigo, traz a exata noção da repercussão deste caso jurídico na doutrina e na jurisprudência, com a inovação capitaneada por ele. Vejamos:

(7) Registre-se, ainda, por lealdade ao leitor, que a jurisprudência comumente tem se valido do arsenal teórico do Direito Civil para investigar, aferir e declarar o sindicato mais representativo, no contexto das disputas intersindicais, mesmo após a transferência constitucional da competência para Justiça do Trabalho (art. 114, III, CF/88, após EC n. 45/2004), qual seja, o chamado princípio da especialização (ao invés da diretriz da agregação). O enfoque civilista conferido à questão acentua, lamentavelmente, o processo impressionante de pulverização das entidades sindicais na realidade socioeconômica e institucional do Brasil.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência historicamente vem se inclinando a adotar o princípio da especialização como critério para definir a legitimidade sindical, sendo certo que a recente decisão do TST vai de encontro a esse posicionamento.

Passa-se, então, a discorrer sobre os dois princípios, da agregação e da especialização, para em seguida tratar sobre a nova discussão acerca do critério a ser adotado.

### 3 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE E PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO

Como visto, deve ser observada a unicidade sindical prevista constitucionalmente, a fim de que a entidade sindical possa defender os direitos e interesses da categoria que representa, composta pela associação entre sujeitos que exercem ofício idêntico, similar ou conexo.

A categoria é o grupo de pessoas que realiza atividades similares, de um mesmo ramo econômico, sob as mesmas condições de trabalho, possuindo interesses convergentes. De acordo com o professor MARTINEZ (2012, p. 683), “para a legislação sindical brasileira, os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.”

Mas para que se defina qual o sindicato com maior aptidão para defender esses interesses, existem duas possibilidades.

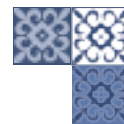
A primeira delas, seguir a lógica do princípio da especialidade ou especificidade, qual seja, de representação restrita a empregados de uma categoria mais específica.

Para DELGADO (2013, p. 1366), esta é a noção de categoria profissional de forma restritiva. Contudo, para este doutrinador, “é possível também realizar interpretação ampliativa da mesma noção, de modo a reforçar a atuação dos sindicatos. Essa interpretação ampliativa, a propósito, seria mais consentânea com o próprio Direito Coletivo do Trabalho, uma vez que a história e conceito de associações sindicais remetem-se ao apelo da união, da unidade, da agregação – e não seu inverso.”

Já o princípio da agregação, consiste no entendimento de legitimidade sindical segundo a abrangência e, por conseguinte, força, para garantir melhor atuação na defesa dos interesses e direitos coletivos.

Transcreve-se o trecho do acórdão proferido pelo TST, na ação indicada no presente artigo, que faz menção à decisão do Tribunal Regional da 16ª Região mantida pela Corte, aplicando-se tal princípio:

Decidiu o TRT o conflito intersindical com suporte no princípio da agregação, de modo a identificar como



mais legítimo e representativo o sindicato com categoria profissional mais larga e abrangente, além de mais antigo, que, na hipótese, é o Sindicato dos Trabalhadores na Agricultura Familiar de Joselândia. Esse sindicato representa diversos trabalhadores enquadrados como rurais, entre os quais os agricultores e agricultoras que exerçam suas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, portanto, de forma mais ampla do que o segmento específico e delimitado referenciado pelo outro sindicato mais recente (SINTRAF).<sup>1</sup>

Deve ser observado que a decisão do TST não legitima entidade sindical que é mais abrangente por representar categorias distintas, mas sim entende como legítimo o sindicato que representa maior gama de espécies de trabalhadores de uma mesma categoria. No caso concreto, julgado pela Corte Trabalhista, os agricultores são espécie de trabalhador rural, e o sindicato tido como legítimo representa não só os agricultores, mas também os assalariados rurais (permanentes, safristas e eventuais).

É importante se fazer essa pontuação, posto que, na prática, nos deparamos com conflitos trabalhistas, envolvendo matéria de representação sindical, em que um determinado sindicato busca representar categorias distintas, - ou seja, que não atendem ao limite da identidade profissional -, em lugar de outro que visa representar uma única categoria. Esta hipótese não pode ser confundida com a que ora se analisa, posto que viola o princípio constitucional da unicidade sindical, motivo pelo qual sequer há que se discutir a aplicação do princípio da agregação ou da especialidade em tal situação.

### 3.1 NOVA INDAGAÇÃO SOBRE O CRITÉRIO DETERMINANTE DA LEGITIMIDADE SINDICAL

Para o mestre José Augusto Rodrigues Pinto, a unidade sindical é bem definida por Amauri Mascaro Nascimento, ao entendê-la como a união de trabalhadores não imposta por lei, mas sim como livre opção. Unidade sindical não deve ser confundida com unicidade sindical.

A unidade sindical, entendida como coesão, é o que fomenta a criação de determinado sindicato, em determinado local, a fim de atuar na luta pela conquista de melhorias nas condições de trabalho dos representados, papel precípua da entidade sindical, objetivado pelo inciso III, do artigo oitavo, da Constituição Federal.

Por outro lado, no estudo do direito coletivo do trabalho discute-se acerca dos sistemas de unicidade (que não se confunde com unidade) ou pluralidade sindical.

Nas palavras do renomado PINTO (2003, p. 161), citado logo acima, “a unicidade assume o sentido da monopolização da representatividade por uma só associação sindical”, que é justamente o que preceitua o inciso II, do artigo 8º, da Carta Maior, considerando que somente pode ser organizado um sindicato da mesma categoria, profissional ou econômica, num mesmo território delimitado.

Já a pluralidade sindical tem seu conceito resultante da livre auto-determinação das categorias de organizarem quantos sindicatos queiram para atuação concorrente em qualquer ponto do território do país. Desaparece, com ela, o monopólio territorial imposto à associação que primeiro se organizar legalmente em determinada fração geográfica.

A pluralidade sindical, portanto, é compatível com a liberdade de organização, ao passo que a unicidade não é (e, por isso, o Brasil que, de modo surpreendente, continua agasalhando-a em sua Carta Magna, não pode aprovar a Resolução n. 87 da OIT); a pluralidade é estimulante da eficiência de atuação do sindicato, porque estimula a concorrência, ao contrário da unicidade; finalmente, é incompatível com a constituição compulsória de suportes financeiros, a exemplo do resíduo autoritário da contribuição financeira, enquanto a unicidade suplica por sua manutenção, condizente com a ação acomodada que lhe propicia o monopólio de sua atuação territorial. (PINTO, 2003, p. 162)

O entendimento do TST, ao contrário da doutrina reproduzida linhas acima, é no sentido de que o fortalecimento do sindicato depende da sua exclusividade na representação de determinada categoria, devendo ser o mais abrangente possível, mas sempre observando os critérios de identidade, semelhança ou conexão para a associação.

A ideia espelhada na decisão é que a pluralidade de sindicatos, ou mesmo a existência de apenas uma entidade sindical para cada categoria fragmentada, enfraquece a entidade.

A inovação trazida pelo TST segue a ideia de um dos seus Ministros, o renomado doutrinador Maurício Godinho Delgado ilustrada abaixo:

1 Acórdão publicado em 01/07/2013. Disponível em <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica>>.

Ilustrativamente, sindicatos de tecelões sendo pulverizados em inúmeros sindicatos, como de cerzideiras, de pespontadeiras, de overloquistas etc. Há claro enfraquecimento do sindicalismo no país, em decorrência desse processo de desdobramento e fragmentação das categorias profissionais. (DELGADO, 2013, p. 1365)

E para definir qual deles tem maior condição de efetivamente garantir a unicidade sindical, e melhor atuar na defesa dos direitos e interesses da categoria representada, o Tribunal Superior do Trabalho utilizou como embasamento o princípio da agregação, explicado em breves linhas no tópico anterior do presente artigo.

Importante nesse momento transcrever o trecho do acórdão que aplica o princípio da agregação, e a sua justificativa:

O entendimento adotado pelo TRT ajusta a interpretação jurídica ao melhor e mais consistente sentido objetivado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I, II e III, CF).

A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo porém incompatível para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela Constituição (art. 8º, I e II CF/88) e concretizar a consistência representativa que têm de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI CF/88).

Para esta investigação sobre a legitimidade e a representatividade dos sindicatos, torna-se imprescindível o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho.<sup>2</sup>

Apesar de haver precedentes no mesmo sentido, tendo sido, inclusive, reproduzida no acórdão ementa que evidencia o mesmo entendimento, referente a outro julgamento proferido também pela terceira turma e também de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, a maior parte da jurisprudência ainda vem entendendo em sentido contrário.

A terceira turma do TST, contudo, inova na decisão que aplica o princípio da agregação, seguindo a tese defendida por DELGADO (2013, p. 1366), no sentido de que “pelo princípio da agregação desponta como mais representativo e consentâneo com a unicidade sindical brandida pela Constituição o sindicato mais amplo, mas largo, mas abrangente, de base mais extensa e de maior número de filiados. Embora tais qualidades tendam, historicamente, a coincidir com sindicatos mais antigos, ao invés de entidades sindicais mais recentes e fracionadas, não se pode, do ponto de vista técnico-jurídico, por outro lado, considerar essa coincidência como irremediavelmente necessária imperiosa.”

O tema em discussão é novo, e, certamente, ensejará a propositura de novas demandas coletivas, envolvendo o questionamento sobre a representatividade sindical, doravante sob a ótica do princípio da agregação.

Na verdade, a própria competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações que envolvem representatividade sindical, e, portanto, para discutir o tema, é recente, sendo uma inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que entrou em vigor em 2005.

Nos ensinamentos de LEITE (2013, p. 256), encontra-se:

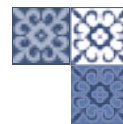
Tais ações sempre foram da competência da Justiça Comum Estadual, pois o art. 114 da CF, em sua redação original, não permitia a competência da Justiça do Trabalho para ações entre duas pessoas jurídicas, ou seja, entre sindicatos. A razão era óbvia: em tais casos, não existe relação de trabalho nem relação de emprego. Com o advento da EC n. 45/2004, que acrescentou o inciso III ao art. 114 da CF, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações que tenham por objeto a disputa sobre representação sindical.

Assim, o novo cenário que se apresenta é de debate acerca do princípio mais adequado, a ser utilizado como parâmetro para definição da legitimidade sindical, ao invés do posicionamento histórico de se aplicar o princípio da especificidade como regra.

## 4 CONCLUSÃO

Conclui-se que o TST, seguindo a tese defendida pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, passa a entender que para garantir a efetividade da unicidade sindical, prevista constitucionalmente, é imprescindível que apenas um sindicato atue em nome de determinada categoria, em base territorial definida.

2 Acórdão publicado em 01/07/2013. Disponível em <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0126600&digitoTst=88&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=16&varaTst=0020>>



É possível perceber também, que este sindicato, apto a garantir a defesa dos interesses e direitos dos seus representados, deve ser aquele com maior força de atuação, de onde advém maior poder de negociação.

De certo, a fragmentação das categorias profissionais, e a criação de sindicatos menores e mais específicas, pode acarretar o enfraquecimento dessas entidades, e, por conseguinte, o esvaziamento do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal.

Ademais, a aplicação do princípio da especialidade pode não ter a mesma eficácia na garantia do sistema de unicidade sindical, posto que fomenta a criação de plúrimos sindicatos.

Sabe-se que o sistema de unicidade sindical é alvo de críticas daqueles que entendem que este sistema vai de encontro à liberdade sindical e de associação, bem como dos que receiam o uso inadequado do monopólio da representação, a exemplo de Eduardo Gabriel Saad:

Ao longo da história do sindicalismo em todos os países, há uma constante: o regime do sindicato único sempre esteve acompanhado de medidas acauteladoras do uso inadequado do monopólio da representação dos empregadores e dos assalariados. É inegável que, nessa diretriz, se vislumbra boa dose de lógica. Em lugar de partir, mesmo a passos lentos, para o pluralismo que melhor se coaduna com o regime democrático, o constituinte brasileiro preferiu desprezar a experiência de outros povos e preservar o sindicato único e, concomitantemente, reduzir ao mínimo a fiscalização, pelo Estado, sobre as atividades dessas entidades. (SAAD, 2012, P. 687)

O fato é que é o sistema da unicidade sindical o escolhido pelo legislador constituinte, ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, do ponto de vista estritamente técnico e legalista, é esse o sistema a ser preservado.

O importante é que, aplicando-se o princípio da agregação, atente-se para a representação de uma única categoria, que guarde identidade profissional entre seus representados, não se permitindo que o sindicato passe a representar trabalhadores de categorias de gêneros diferentes sob o pretexto de ampla, e, conseqüentemente, mais forte atuação.

Do contrário, caso não se adote essa cautela, as entidades sindicais estarão enfraquecidas, posto que não haverá unidade nos interesses defendidos, e o princípio da agregação não alcançará a sua finalidade.

## 5. REFERÊNCIAS

- AROUCA, José Carlos. Curso Básico de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12 Ed. São Paulo: LTr, 2013.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2003.
- SAAD, Eduardo Gabriel. CLT Comentada. 45ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

# O RETORNO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO DIREITO DO TRABALHO

## MURILO C. S. OLIVEIRA

Juiz do Trabalho na Bahia, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. Professor Adjunto da UFBA. Contatos: murilosampaio@yahoo.com.br.

**RESUMO:** A proposta deste artigo é demarcar o cenário de retomada do critério da dependência econômica, a partir de uma racionalidade transdisciplinar sobre o trabalho assalariado. Primeiro, inicia descrevendo o (re)surgimento do critério nas legislações estrangeiras e no âmbito da OIT, associando seu conteúdo com a história e a ontologia protetiva do Direito do Trabalho. Desenvolve a argumentação de que a construção de um sistema protetivo não se explica pelo conteúdo do contrato,

tampouco pela forma de execução deste trabalho, pois muito mais importante do que a maneira de desenvolver o trabalho, é a identificação do proveito econômico do resultado do trabalho. Prossegue criticando a antiga concepção superficial (epidérmica) da dependência econômica com objetivo de refazer o conteúdo desta noção a partir da ideia dependente como trabalhador assalariado. Ao final, enfatiza a ideia de dependência econômica como ausência de propriedade e, em contraponto, a autonomia cinge-se a atuação do sujeito como proprietário.

**Palavras-chave:** Dependência econômica; relação de emprego; subordinação jurídica.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to trace the scenario resumed the criterion of economic dependence, from a transdisciplinary rationality on wage labor. First, start by describing the (re) emergence of discretion in foreign laws and the ILO, associating content with the history and ontology protective of the Labor Law. Develops the argument that the construction of a protective system cannot be explained by the contents of the contract, either by way of execution of this work, as much more important as the way to develop the work is the identification of the economic advantage of the result of the work. Continues criticizing the old design surface (epidermal) economic dependency in order to redo the content of this concept from the idea as dependent worker. At the end, it emphasizes the idea of economic dependence and lack of ownership and, in contrast, autonomy is confined to the role of the individual as owner.

**Keywords:** Economic dependence; employment relationship; legal subordination.

## 1. INTRODUÇÃO

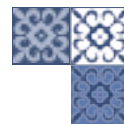
Nos setenta anos da CLT, foi noticiado que metade dos trabalhadores brasileiros não possui registro empregatício (SOUZA, 2013). Na Justiça do Trabalho, perdura, desde sua criação, o contingente de milhares de novas reclamações trabalhistas nas quais o Reclamante almeja ser reconhecido como empregado e, assim, obter os direitos trabalhistas. Nestes percalços, a chave de acesso para a relação de emprego e a proteção trabalhista vem sendo hegemonizada pela noção de subordinação jurídica, embora este critério enfrente dilemas e problemas avassaladores, que transitam pelas ideias recentes de parassubordinação, subordinação estrutural, subordinação estrutural-reticular, subordinação telemática, entre outras.

No enfrentamento dos problemas atuais de operacionalização do conceito de empregado, percebe-se que a marca da sujeição hierárquica do trabalhador foi atenuada ou diluída pelas dinâmicas de gestão do trabalho mais flexíveis, tornando mais difícil – pelo olhar tradicional – visualizar o mesmo assalariado, por força dos seus novos epítetos, como o (antigo) empregado. O novo do modismo contemporâneo disfarça, ilude e simula o velho padrão capitalista de trabalho assalariado. Nisto, a novidade verificável é a renovação disfarçada do velho, na tentativa de fuga de um marco legal (e seus custos) de proteção trabalhista.

Fora da noção clássica de “subordinação jurídica”, os trabalhadores dependentes envolvente em situações atípicas de trabalho são excluídos da tutela legal da relação de emprego. Entretanto, a realidade destes dependentes desprotegidos repete o problema da excessiva exploração do trabalhador que culminou no surgimento do direito do trabalho, embora o faça através de formas distintas da relação de trabalho subordinado clássica. Não obstante, tem-se indubitavelmente repetida a condição originária trabalhista: uma parte hipossuficiente que carece de proteção legal ante ao poder econômico do seu tomador de serviços.

Diante dos problemas do conceito clássico da subordinação jurídica e das situações paradoxais de trabalho dependente não-subordinado, a dependência econômica tem sido novamente cogitada como nota





distintiva do Direito do Trabalho. Por consequência, parcela da doutrina nacional e estrangeira cada vez mais se vale da antiga ideia de dependência como critério mais pertinente para o enfrentamento das situações atuais de trabalho. O critério, outrora renegado e tido como inaceitável pelo seu conteúdo extrajurídico, desponta novamente no debate doutrinário.

## 2. HORIZONTE ESTRANGEIRO

No horizonte estrangeiro, o debate está franqueado, tendo a dependência econômica um lugar de destaque como alternativa ou mesmo complemento à subordinação jurídica. As novas figuras atípicas nas relações de trabalho são todas envoltas pelo estado de dependência econômica que é de difícil enquadramento na clássica subordinação. O professor português José João Abrantes enuncia que: na Itália a legislação valeu-se do epíteto “parassubordinado” (il lavoro parasubordinato); na Alemanha designa-se “pessoas semelhantes a trabalhadores” (arbeitnehmerähnliche persone), pois são prestadores de serviço economicamente dependentes (tarifvertragsgesetz), também intitulados quase-trabalhadores; em Portugal, denomina-se contratos equiparados (2004, p. 94-95). O autor destaca que a ascensão destas categorias atípicas vincula-se à situação de dependência econômica:

Várias legislações têm tentado estender a protecção própria do ordenamento juslaboral a trabalhadores não juridicamente subordinados, mas economicamente dependentes, relativamente aos quais se impõe a mesma ideia de debilidade contratual nele presente. Trata-se aí de relações de trabalho formalmente autónomas que se encontram materialmente próximas das relações de trabalho subordinado, induzindo idênticas necessidades de protecção. São aquelas relações em que o trabalhador se encontra economicamente dependente daquele que recebe o produto da sua actividade – acabando a autonomia por assumir aí um carácter marcadamente formal (podendo ser encarada, não tanto como uma decisão do prestador de trabalho, mas antes como uma opção de gestão dominante) (ABRANTES, 2004, p. 94).

Precisamente na Alemanha, como informa Sidnei Machado (2009, p. 125), discute-se uma nova dimensão da subordinação, relacionando-a a liberdade econômica, nisto muito semelhante à dependência econômica. O fator de risco empresarial e as oportunidades empresariais são indicativos de autonomia, ou seja, de ausência de relação de emprego, não sendo mais o controle e a fiscalização do trabalho os indícios fortes da ocorrência do vínculo empregatício.

Nesta trilha, o professor alemão Rolf Wank recupera o conceito de dependência econômica, almejando a ampliação do conceito de trabalho por conta alheia (SUPIOT, 1999, p. 53). A condição de dependente econômico, para essa doutrina alemã, seria decorrente da ocorrência de trabalho com pessoalidade, exclusividade e integrado à empresa alheia, desde que o trabalhador não detenha capital próprio. Nesta direção, alguns ordenamentos jurídicos vêm adotando a dependência econômica como critério da relação de emprego, a exemplo do Panamá e da África do Sul ou ainda da jurisprudência da Coreia do Sul e Grécia que tem se válido deste critério para enfrentamento de situações difíceis, como reporta Lorena Porto (2009, p. 65-66).

Na península ibérica, a dependência econômica tem ocupado espaços importantes na legislação. O Código do Trabalho Português elenca a presunção de relação de emprego em razão da dependência econômica, conforme seu artigo décimo. Já na Espanha, foi criado em 2007 o “estatuto del trabajo autónomo” visando cuidar da situação do “trabajo autónomo económicamente dependiente”, conferindo certa protecção ao trabalhador autónomo, embora estabeleça uma série de condicionantes para esta tutela, visando que este trabalhador não se organize como uma empresa que utiliza trabalho assalariado. Apesar das críticas de artificialismo e enfraquecimento da definição de empregado, há análises positivas sobre a lei espanhola como a de Rodrigo Goulart:

Em termos gerais, a nova lei basicamente regula o regime jurídico aplicável ao exercício dos trabalhadores por conta própria em todas as suas tipologias, comemorando-se a garantia de protecção social mínima a uma parcela de 10,56% (dez vírgula cinquenta e seis por cento) da população economicamente ativa. O Estatuto Espanhol foi considerado uma conquista da classe trabalhadora não-empregada, pois, viabilizaram-se direitos sociais a pessoas que, até então, eram consideradas, pela concepção tradicional, excluídas do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho (GOULART, 2012, p. 54).

A definição da relação de trabalho tutelada na América Latina é realizada pelos critérios de subordinação

ou dependência econômica. “Contudo, os requisitos utilizados para ambos os termos são os mais diversos e, ainda, os indícios têm pesos distintos nas práticas jurisprudenciais. Por vezes, os termos subordinação e dependência são usados como sinônimos, ora com termos sem equivalência” (MACHADO, 2009, p. 95).

No espectro da Organização Internacional do Trabalho – OIT, discute-se o problema do conceito de empregado e o seu campo de destinatários. No debate da 91ª Reunião da OIT em 2003, enfrentou-se a questão do “*ámbito de la relación de trabajo*” e, por consequência, as situações de “*trabajo encubiertas o ambiguas*” (OIT, 2010). No relatório do debate, afirma-se que “*La dependencia económica, es cierto, no entraña subordinación en todos los casos, pero puede ser un criterio útil para determinar si un trabajador es un asalariado y no un empleado por cuenta propia*” (OIT, 2010, p. 31-32).

A Recomendação 198 da OIT afirma o objetivo de tornar claras as definições em cada legislação nacional dos critérios de reconhecimento do vínculo de emprego, visando assegurar a proteção legal contra situações de trabalho “*encubierto*”. A norma da OIT define trabalho “*encubierto*” como uma relação de trabalho na qual o empregador oculta sua natureza empregatícia, privando o trabalhador da proteção social que teria direito. Assim, enuncia a recomendação internacional: “*clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo*”. Estas diretivas da OIT sinalizam as atuais dificuldades enfrentadas na definição de empregado perante as situações atípicas, indicando o resgate da dependência econômica.

No Brasil, Arion Sayão Romita, o mesmo autor que introduziu no país o conceito de subordinação objetiva, já sinaliza para a retomada da dependência econômica, afirmando que o atual contexto “*propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis a quem contrata serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado*” (ROMITA, 2004, p. 1287). Da mesma forma, Marcus Kaufmann indica retorno da dependência: “[...] o cerne de toda questão está na passagem do Direito do Trabalho a partir de uma filosofia centrada na subordinação jurídica a uma filosofia em prol da dependência econômica [...]” (KAUFMANN, 2006, p. 238).

Com similitude, outra parcela da doutrina recupera a ideia, embora lhe remeta a função coadjuvante de conceito complementar à subordinação jurídica, ou seja, qualifica a dependência como critério auxiliar. A dependência econômica funciona, para Sidnei Machado, como critério supletivo, sustentando que esta não tem autonomia suficiente para ser o critério distintivo da relação de emprego, em razão de sua imprecisão (MACHADO, 2009, p. 127).

Lorena Porto entende a dependência existente atualmente como apenas socioeconômica, eis que já superada a dependência técnica-funcional e pessoal. Sua explicação para a dependência sócio-econômica é a seguinte.

A dependência técnica-funcional e pessoal, isto é, a sujeição à heterodireção intensa e constante, representou apenas o modo, historicamente condicionado por um certo grau de desenvolvimento das técnicas produtivas, de utilizar a prestação laborativa de sujeitos em condição de dependência econômica-social. Naquela época, o modo mais simples, eficiente e rentável para as empresas de utilizar esses trabalhadores era submetê-los a uma estrutura hierárquica e rígida, segundo o cânon da heterodireção. Todavia, atualmente, deixou de sê-lo, em razão das mudanças na economia e no modo de produzir. O que, no entanto, permaneceu inalterada foi a relação substancial de dependência socioeconômica entre os sujeitos (PORTO, 2009, p. 229).

### 3. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E ONTOLOGIA TRABALHISTA

A condição de dependente do trabalhador é indiscutivelmente a causa e a razão de ser do Direito do Trabalho. Com efeito, é o traço da dependência o constitutivo da singularidade do juslaboralismo, haja vista que seu caráter protetivo, limitador da exploração deste trabalho, é o caractere que o distingue das demais disciplinas das relações privadas. Serve, então, como medida de garantia de civilidade a uma relação econômica que é estruturalmente injusta e desproporcional. O Direito do Trabalho destina-se aqueles que somente têm a força de trabalho como possibilidade de vida e, assim, como serem dependentes daqueles que lhes ofertem um salário.

A justificação histórica e ontológica da criação de uma tutela legal para as relações de trabalho é a condição essencialmente dependente do trabalhador assalariado para com o Capital. Em razão da apropriação pelo Capital sobre o resultado do seu trabalho, por receber valor (bastante) inferior ao que produz, por, principalmente, estar previamente ligado pelos fios invisíveis do desposseimento e reforçado pelo temor do desemprego, o trabalhador depende estruturalmente da venda de sua força de trabalho e, portanto, é impelido a alienar-se para sobreviver.



Por esta razão, o critério da dependência econômica detém uma força histórica marcante no Direito do Trabalho, como delimitação conceitual jurídica da condição de assalariado. Notadamente por reconhecer esta posição inferior oriunda de uma situação de exploração econômica, o regramento jurídico que surgia não poderia adotar outro perfil senão aquele de limitação desta exploração, como vaticina José Martins Catharino:

A força do critério está na história, pois não nos é possível separar de emprego da evolução econômica, da produção sob o regime da empresa. O direito do trabalho surgiu, precisamente, para compensar desigualdades econômicas. Para reduzir a coação econômica, viciadora da vontade dos mais fracos em face dos economicamente poderosos. Surgiu como instrumento jurídico de reação contra o statu quo implantado pelo capitalismo desenfreado, e com nítida finalidade humanitária (CATHARINO, 1982, p. 201-202).

Dependência econômica e proteção trabalhista são, assim, ideias inter-relacionadas e fundadoras da própria ontologia do Direito do Trabalho. “O direito do trabalho foi criado para proteger os economicamente fracos, os que vivem dos seus salários, sem nenhuma outra fonte de renda [...]” (MORAES FILHO, 1994, p. 141). Estes sujeitos economicamente fracos, cuja leitura jurídica de Cesarino Junior lhes define como hipossuficientes, são aquelas pessoas não-proprietárias, que dependem da sua força de trabalho para lograr sua sobrevivência e de sua família. Logo, pensar no sujeito do Direito do Trabalho – o assalariado – é pensar no sujeito dependente econômico. É este o notório conceito de hipossuficiente de Cesarino Junior:

Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos de hipersuficientes. Os hipossuficientes estão, em relação aos auto-suficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto do seu trabalho. Ora, quem lhes oferece oportunidade de trabalho são justamente os auto-suficientes [...] (JUNIOR, 1980, p. 44-45).

Estes traços de desigualdade e coação implícita legitimam uma política protecionista em favor dos sujeitos da relação formal de emprego. Isto é, foi a condição de dependente do assalariado que fundamentou a proteção trabalhista. A justificativa para a proteção trabalhista não é o conteúdo do contrato de trabalho, mas a condição do sujeito que contrata (MACHADO, 2009, p. 27). É sua condição de dependente econômico – e não por força da sujeição hierárquica pessoal, fiscalização do horário ou do local de trabalho ou mesmo pela direção técnica – que se justifica ontologicamente um sistema trabalhista protetivo. É a mesma condição de dependente que explica a recorrente tentativa teórica de ampliar o conceito de empregado para contemplar os outros dependentes não-subordinados, a exemplo da parassubordinação.

Como raiz da ontologia juslaboral, encontra-se a inseparabilidade entre o trabalhador e sua força de trabalho. A natureza personalíssima da relação de trabalho subordinado decorre da impossibilidade fática de separação entre o trabalho e a pessoa do trabalhador, ou mesmo sua confusão. “O sujeitoda relação emprega não só suas energias físicas, que não são por si mesmas um objeto descartável do ente humano, mais ainda investe a própria pessoa humana, como fonte permanente da qual emanam aquelas energias” (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 11). Por isso, o contrato de trabalho e seu sistema jurídico lidam diretamente com a condição humana, manifestada na prestação do labor.

A oferta de trabalho, na forma de assalariamento capitalista, resulta em exploração da própria pessoa, porque se manifesta como apropriação alheia do trabalho daquela. Perante as situações de excessiva exploração do trabalho humano, a ontologia juslaboral foi criada almejando combater a exploração do homem pelo homem, seja por sua atenuação (reformismo cristão), limitação (socialismo utópico) ou mesmo a supressão (comunismo). Independentemente dos graus de tolerância da exploração, resta clarividente o compromisso ontológico do Direito do Trabalho em questionar a desigualdade entre o patrão (tomador dos serviços) e o trabalhador (prestador dos serviços), ou melhor, em contestar a hipossuficiência nas relações laborais, embora persista sua função geral de legitimar esta exploração capitalista.

Enfim, a dependência econômica é o fundamento histórico social da criação de um sistema jurídico tuitivo, em franca ruptura com o então prevalecente princípio da igualdade num contexto social iluminista e individualista. É a compreensão interdisciplinar que sustenta o particularismo e a singularidade do Direito do Trabalho diante das disciplinas civilistas até então marcadas pela igualdade considerada apenas formalmente, rejeitando o regramento da relação de trabalho tão somente como uma mercadoria.

Apesar dessa importância histórica e ontológica, entendeu-se que a dependência econômica era tão somente a causa “pré-jurídica”, nada além disto. Estando fora da seara jurídica, não poderia, então, servir como

critério jurídico, sob pena de ofensa ao puritanismo conceitual positivista. Há inexplicável paradoxo nesta rejeição de importância e utilidade. A dogmática jurídica positivista, trabalhando com conceitos operacionais abstratos e gerais, possibilita a indiferença do mundo jurídico ante a realidade social, pois trata os conflitos de forma universalista, neutra e abstrata, desprezando os componentes históricos, sociológicos, econômicos e políticos do mesmo fenômeno.

Sendo a dependência econômica a causa sociológica, econômica e histórica do assalariamento não pode ser ela a causa jurídica, pois esta última ciência teria hipoteticamente uma epistemologia própria sobre os fenômenos reais e, assim, rejeita a contribuição de qualquer outro saber, numa pretensa neutralidade. Mais uma vez, o positivismo jurídico ataca o conceito de dependência econômica com argumentos epistemologicamente inconsistentes, ocultando uma ideologia conservadora, que naturaliza as relações econômicas de exploração quando oculta seu fundamento e causa.

Noutro sentido, a dependência econômica é, de igual modo, o fundamento da expansão do Direito do Trabalho. “O expansionismo do Direito do Trabalho manifesta-se em sua tendência de alargamento de suas fronteiras, [...] se explica essencialmente pelo fato de ser o Direito do Trabalho uma legislação de proteção aos economicamente débeis” (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p 33). Na busca pela proteção dos sujeitos em debilidade econômica, o Direito do Trabalho empreende um histórico de recorrente alargamento do campo dos seus destinatários.

Da história e da ontologia, confirma-se que a tutela do trabalho sempre foi legitimada socialmente pela condição hipossuficiente do trabalhador. E a medida desta hipossuficiência – de quem trabalhar para outrem – é justamente a dependência econômica. É a razão histórica e ontológica que justifica e legitima o modelo de proteção do Direito do Trabalho em favor daquele sujeito não-proprietário que vende sua força de trabalho, pela sua prévia condição de dependente econômico.

#### 4.A EPIDERMIS DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

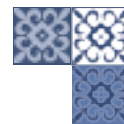
À primeira vista, a dependência econômica significaria a situação do trabalhador que tem na remuneração recebida a condição de sobrevivência. Isto é, há dependência econômica quando o trabalhador, em troca da prestação de serviços, obtém remuneração que lhe permita o seu sustento e de sua família. O perfil daquele sujeito que vive da venda do seu trabalho seria a primeira tradução jurídica para o conceito de dependência econômica. Albergados pela dimensão ampla da dependência econômica, quando comparada com a subordinação jurídica, os trabalhadores a domicílio e aqueles envolvidos numa falsa empreitada ou falsa parceria foram incluídos no campo de proteção trabalhista, na concretização do movimento expansionista do Direito do Trabalho.

Etimologicamente, a expressão “dependência” transita por subordinação, sujeição, carente de proteção, daí haver substrato semântico para os paralelismos e sinonímias entre dependência e subordinação. Segundo Antônio Houaiss, o significado do verbete acima é “estado ou qualidade de dependente; subordinação; sujeição” ou “necessidade de proteção, amparo, arrimo” (2009, p. 616). Já o sentido jurídico do termo dependente indica, “pessoa que carece das condições financeiras necessárias para custear sua subsistência e, que para efeitos legais, depende de outra” (HOUAISS, 2009, p. 616).

Ocorre que esta noção primária é demasiadamente vaga. Tanto os assalariados como os empregadores que dirigem suas empresas vivem necessariamente do seu trabalho, não havendo nenhuma distinção entre estes pelo fato da necessidade de obter, pelo emprego de sua energia individual, remuneração que lhe sirva para satisfazer as necessidades e desejos. Há, então, um primeiro refinamento da concepção de dependência econômica a fim de se preservar o conteúdo do trabalho assalariado.

Corrigindo a vagueza primária, a doutrina jurídica elenca requisitos internos ao próprio conceito de dependência econômica. O primeiro autor a empreender esta delimitação conceitual foi o francês Paul Cuhe em 1913, embora haja notícia de utilização jurisprudencial, de modo excepcional, da dependência econômica na Alemanha visando a proteção de certos trabalhadores (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 137). Dizia Paul Cuhe que “Ha dependencia economica (sic) quando, de um lado, aquelle que fornece o trabalho delle tira seu único ou, pelo menos, seu principal meio de subsistencia, enquanto que, de outro lado, aquelle que o paga, utiliza, inteira e regularmente, a actividade do que o fornece” (apud LACERDA, 1939, p. 20).

Para Cuhe, a dependência econômica decorria de dois requisitos inseparáveis. Primeiro, o trabalho deverá ser a única ou principal fonte de sobrevivência do trabalhador, conferindo ao serviço prestado a condição para o seu sustento. Segundo, o empregador deve absorver de forma regular e integral os serviços prestados pelo trabalhador, havendo, portanto, a inserção e exclusividade do trabalho deste na empresa. “Em verdade, estes requisitos se reduzem em um só: que o trabalhador ganhe a vida com o trabalho que executa em proveito de quem lhe paga” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 135).



Em síntese, o trabalho do obreiro lhe garantiria prevalecentemente sua subsistência e seria exclusivo em favor de um tomador.

Um outro autor francês, Alexandre Zinguerevitch, formulou um conceito mais amplo de contrato de trabalho, a partir dos traços mais gerais da dependência econômica, enfocando especialmente a questão da privação da liberdade econômica. O pressuposto de Zinguerevitch era “[...] o que caracteriza essencialmente as relações entre o patrão e o empregado é estado de fraqueza e dependência econômica no qual se encontra o segundo em relação ao primeiro” (1936, p. 28). Logo, quem não pode trabalhar para si mesmo e, assim, precisa fornecer seu trabalho para outro é economicamente fraco. Seriam, então, dependentes aqueles sujeitos “privados de liberdade econômica” (ZINGUEREVITCH, 1936, p. 32).

Como resposta às críticas, muitos autores aderiram à justaposição da dependência econômica à subordinação jurídica. Cabe notar que o próprio Paul Cuche referia-se à dependência econômica como um critério adicional à subordinação jurídica, enquanto que Alexandre Zinguerevitch atribui a subordinação um papel complementar à dependência que seria a principal (ZINGUEREVITCH, 1936, p. 147). Ou seja, tanto a subordinação como a dependência funcionariam, alternativamente, para a definição do conceito de empregado.

Arelada à aparência primária da dependência econômica, a doutrina juslaboral teceu diversas críticas a este critério, concluindo pela sua imprestabilidade. Embora se reconheça seu valor histórico e funcionalidade nos primórdios da revolução industrial, a dependência econômica (supostamente) não coaduna com os tempos modernos, seja pela imprecisão, pela extra-juridicidade ou pela inconsistência diante de certas situações.

A primeira negativa à dependência econômica provém do seu caráter extrajurídico. Esta fundamentação alheia ao direito é colocada pela doutrina jurídica como um demérito, pois o conceito não foi formulado nos precisos e completos marcos conceituais do direito. Além do equívoco epistemológico advindo do positivismo que sustenta esta crítica à extra-juridicidade, há uma pretensão subliminar de completude do sistema jurídico que, assim, não pode admitir critérios que não sejam autossuficientes no próprio direito. Outrossim, esta compreensão encerra contradição quando reconhece que a dependência econômica é a causa real do fenômeno social, constituindo sua base, todavia este reconhecimento como causa e base não permite que lhe seja também reconhecido como “suporte fático-jurídico” da relação de emprego.

Uma segunda crítica faz referência a profissional autônomo que labora com exclusividade para um único tomador, havendo aí dependência econômica sem caracterizar a relação de emprego. Com efeito, pode-se afirmar que estes trabalhadores não são realmente autônomos, uma vez que têm seu trabalho totalmente absorvido pela empresa, tal como concebe a teoria objetiva da subordinação jurídica na versão de “integração”. Ou seja, a crítica é falsa, pois não há autonomia, mas sim dependência e, conseqüentemente, relação de emprego.

Insistindo argumentativamente nesta crítica ao reiterar que não se trata de falsa autonomia, pode-se replicar que esta definição de dependência econômica – “dependência de pagamento” – é apenas a camada externa do conceito, sendo uma compreensão insuficiente. A dependência econômica, no seu interior, abaixo da superficialidade, diz respeito a ter seu trabalho expropriado e não a viver da remuneração. Importa apurar se este sujeito dito autônomo, como condição de uma legítima autonomia, é o proprietário do resultado do seu trabalho, não havendo relevo no fato de vender seu produto ou serviço a único tomador. Tanto esta crítica como a concepção de dependência atacada são epidérmicas, não merecendo, portanto, convalidação.

A terceira crítica advém de um cenário hipotético em que o empregado é mais rico do que seu empregador, cuja situação há subordinação, mas não dependência. A princípio, o cenário da crítica é quase fictício, cabendo a indagação de quantos empregados estão nesta situação afortunada. A crítica, então, inicia-se numa pressuposição idealista, porque pouco considera a realidade concreta e sua manifestação cotidiana.

Ainda assim, cabe endossar o exercício de imaginação e reiterar a dúvida: teria mesmo o empregado mais propriedade do que a empresa que trabalha? Caso a resposta fosse afirmativa, seria lógico que o sujeito, com possibilidade de comprar uma empresa decidisse, ao inverso, vender seus serviços em manifesto prejuízo econômico? A resposta positiva significaria que o sujeito iria preferir economicamente a redução do seu patrimônio, em manifesta ofensa à lógica capitalista de acumulação. Esta opção, justamente pela irracionalidade diante da dinâmica do sistema, não merece aceitação, porque nega a razoabilidade na vontade do sujeito.

A quarta crítica remete-se à exclusividade, que também se apresenta como uma consequência superficial do fenômeno. Quem vive de salário deve, por suas necessidades vitais, buscar o número máximo possível de tomadores, a fim de garantir sua sobrevivência. A necessidade de vender-se a mais de uma empresa é, ao contrário, reforço da debilidade econômica do trabalhador que não consegue encontrar os meios de subsistência satisfatória em um único empregador, quando lhe é fisicamente possível trabalhar para diversos tomadores. Note-se que este é o exemplo sintomático do avulso que precisa necessariamente de diversos tomadores para realizar sua sobrevivência.

Todas as críticas acima foram responsáveis para a rejeição do critério da dependência econômica como nota distintiva da relação empregatícia. Uma vez que atreladas apenas à conceituação superficial da dependência econômica, tais críticas são infundadas, pois não abordam a essência da questão da apropriação do trabalho por outrem, tampouco reconhecem a potencialidade teórica de uma análise interdisciplinar.

São críticas frágeis, eis que desconhecem que o conceito de dependência gravita em torno da oferta de trabalho (venda necessária – falsa liberdade) e o benefício proveniente da apropriação alheia deste trabalho. Logo, diferentemente do que diz a doutrina, o conceito de dependência econômica não é inadequado ou falho por ser extrajurídico, tanto que vem sendo retomado. Urge, portanto, transpor esta visão epidérmica, para começar entender com profundidade interdisciplinar a noção de trabalho dependente.

## 5. REFAZENDO A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO DEPENDENTE

Se a dependência econômica tem sido, até então, enfrentada sobre seus aspectos superficiais e igualmente criticada pelos problemas oriundos desta aparência, é premente romper com esta análise epidérmica. O aprofundamento da noção de dependência implica refazer, agora com o esteio numa compreensão interdisciplinar e crítica, uma delimitação jurídica do trabalho assalariado. Almeja-se resgatar a sinonímia integral entre trabalhador assalariado e trabalhador dependente.

O primeiro elemento desta delimitação jurídica é reconhecer que o poder – e sua consequência potencial de subordinar os trabalhadores – de uma empresa capitalista decorre da sua propriedade. Retomando Karl Marx, vê-se que “O capitalista não é capitalista por ser dirigente industrial, mas ele tem o comando industrial porque é capitalista” (2006, p. 385). O capitalista comanda a empresa em nome da propriedade de que é titular. Por ser o sujeito proprietário, pode-se afirmar como o comandante da empresa. Por decorrência, o poder diretivo é mera consequência da produção capitalista e não sua qualidade distintiva.

O fundamento central da relação de trabalho é a propriedade, precisamente porque o caráter singular desta relação é o intercâmbio entre proprietários e não-proprietários. Entretanto, essa questão é ocultada no Direito do Trabalho. A ênfase que o juslaboralismo confere ao poder diretivo atua, de certa medida, como ocultadora e naturalizadora desta relação entre proprietário e não-proprietário. O jovem Orlando Gomes, conjugando as contribuições de La Cueva e Sinzheimer, aponta que o direito de propriedade funda uma situação de poder do empregador sobre o empregado. Convém reproduzir o elucidativo trecho:

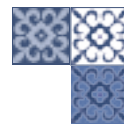
É fato incontroverso que a propriedade não confere apenas um poder sobre as coisas, mas, também, sobre os homens. Nos domínios da produção de riqueza, esse poder do proprietário concretiza-se, juridicamente, em um conjunto de faculdades através de cujo exercício faz sentir sua autoridade sobre os trabalhadores, isto é, sobre os homens que, não podendo ser proprietários de meios de produção, põem, à disposição dos que podem, a sua força-trabalho (GOMES, 1944, p. 119).

O contrato de trabalho aparece, então, como o momento jurídico de legitimação da subordinação, embora antes mesmo de contratar, o trabalhador já é dependente por não ser proprietário. Sendo o assalariado um sujeito despossuído – por ausência de propriedade capaz de lhe permitir atuar como empreendedor – fica “livremente” impelido a vender sua força de trabalho. O desposseimento é que demarca sua condição de dependente e não o fato de depender de salário.

A relação de dependência do assalariado para com a empresa é prévia ao contrato de trabalho e estrutural na sociedade capitalista, na medida em que a força de trabalho somente se realiza quando vendida ao capital. Seu destino dirige-se estruturalmente à alienação em favor do empregador sob a condução sutil dos fios invisíveis da teia capitalista. O trabalho desconectado da propriedade no mundo capitalista reduz o sujeito trabalhador a apenas força de trabalho, ou seja, a algo a ser vendido como mercadoria em troca de salário. Infere-se aí que o viver do salário é a consequência do ser despossuído e não a própria condição de dependente.

A direção dos serviços não é condição essencial para existência de trabalho dependente, embora seja uma das consequências mais habituais. O exemplo do vendedor externo ou do trabalhador intelectual é emblemático no sentido de demonstrar que nem todo trabalho assalariado é heterodirigido. Por isso, é a condição de proprietário dos meios de produção que legitima o comando do capitalista e não a situação inversa. O poder insito à propriedade dos meios de produção explica como pode ocorrer trabalho por conta alheia sem a direção dos serviços. Há casos em que o empregador é o dono do resultado do trabalho sem necessitar exercer o comando.

O segundo elemento é a pseudo liberdade de trabalho. A despeito das liberdades discursivas do



capitalismo, aos despossuídos cabe a “livre” única opção de vender sua força de trabalho. A liberdade de trabalho dos que não têm substancial propriedade é inócua: se não tem como possuir meios produção, sempre tem que se vender. Neste primeiro sentido, ela é totalmente inexistente.

Conjuntamente com o poder do capitalista baseado em sua propriedade, o assalariado é o sujeito privado de real liberdade. O capitalismo dissocia os fatores de produção (capital versus trabalho) e, conseqüentemente, sempre força o trabalhador a vender seu trabalho, salvo quando o trabalhador é titular do capital, situação em que ele já é o próprio capital. O capital afasta inicialmente o trabalho dos meios de produção, mas simultaneamente força a venda de trabalho como condição de sobrevivência.

Adiante, num segundo sentido, a liberdade de trabalho é deveras pequena, embora existente quando o empregado pode ter alguma escolha aonde oferecer seu serviço. Em momentos de grande crescimento econômico, a força de trabalho, valorizada pela larga procura, tem alguma liberdade: vender-se para empregador A ou empregador B, conforme o maior quinhão prometido. Neste modelo societal, a liberdade plena de trabalho teria que pressupor a real capacidade de todo trabalhador acessar a condição de empresário. Ou seja, a verdadeira liberdade justificaria que a condição de empregado fosse uma real e livre opção do trabalhador, mas nunca uma necessidade de sobrevivência.

Inferese-se que, no capitalismo, o homem trabalhador não mais vende mercadoria (produto do trabalho), mas é a sua força que é comercializada. Dissocia-se, com evidência, o feitor do trabalho e o proprietário do resultado, situação que até então era coligada. O autônomo é aquele que é proprietário da matéria-prima e do resultado do trabalho, sendo que nele foi empregado sua força. Assim, o autônomo tem liberdade para quem vender e não somente se vincula a um único tomador. Aqueles que têm capital razoável para instituir e dirigir sozinhos sua empresa, mas que preferem seguir certos modelos de parceria (franquias, contratos de prestação de serviços, parceiros capitalizados, entre outros) são, por opção, sócios do capital, não sendo dependentes econômicos. É a esta a distinção da dependência econômica com a subordinação objetiva que incluiria estas pessoas integradas a um processo produtivo.

Tudo isto leva a compreender o sujeito assalariado como sinônimo total de sujeito dependente, como aquele tem seu trabalho apropriado pela empresa. Encontra-se o sujeito dependente como o ser despossuído e coagido a se vender como apenas mercadoria (força de trabalho). Neste particular, a subordinação jurídica em nada capta a questão do assalariado e sua pseudo liberdade.

A dependência econômica, então, engloba a subordinação jurídica, sendo muito mais ampla do que esta, uma vez que considerando os elementos prévios do assalariado pode também considerar o trabalhador subordinado normalmente como dependente. O trabalho por conta alheia implica estado de dependência do trabalhador, a qual é “uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiros, pertencerem originariamente a pessoa distinta da que efetivamente trabalha, esta se reserva um poder de direção ou de controle sobre os resultados [...]” (OLEA, 1969, p. 32).

O esqueleto geral do assalariamento é a relação de trabalho entre um proprietário e outro não-proprietário, na qual há uma dependência estrutural e prévia do segundo para com o primeiro. É esta dependência prévia a tônica do regime do assalariamento, pois quem vende trabalho e não mercadoria (vendida somente pelo proprietário) é assalariado. Quem vende trabalho é sempre subsumido ao seu comprador, pois vende algo que, por ser uma parte de um produto qualquer, somente se concretiza quando for vendida, isto é, quando colocada em ação na produção. A venda de trabalho (força de trabalho) é, assim, sempre dependente no capitalismo.

Com desenvolvimento econômico-social, a pobreza individual deixa de ser sinônimo de despossuimento. Associa-se, *prima facie*, assalariamento à pobreza individual, o que é um equívoco consoante análise aprofundada, uma vez que despossuimento não significa necessariamente miséria ou pobreza individual. Como na concepção clássica da dependência econômica, a epiderme do fenômeno foi caracterizada como o próprio fenômeno. O assalariado era inicialmente o sujeito despossuído universal, logo, sujeito pobre ou miserável. Entretanto, o atual assalariado não é necessariamente o sujeito inserido na situação de pobreza. A condição salarial transpõe, para alguns, a margem da pobreza, elevando-os a condição de classe média ou até de altos-empregados. Nem por isso, deixam estes de serem sujeitos dependentes econômicos.

A par desta distinção entre pobreza e assalariamento, falar em despossuimento corresponde a afirmar que o sujeito, tendo algum patrimônio, não tem propriedade suficiente para montar sua empresa, ou seja, não detém os meios de produção. Embora, tenha até um automóvel ou uma residência, o trabalhador não tem como viabilizar economicamente a constituição de uma empresa, o que lhe coloca numa relação social de venda compulsória de força de trabalho. Portanto, é preciso distinguir, novamente, que a dependência econômica atinge o sujeito pobre pauperizado e os demais sujeitos medianos (profissionais intelectuais, artistas, vendedores, técnicos, professores, entre outros) que também ocupam a posição social de assalariado.

Percebendo a dependência como prévia, estrutural e distinta de pobreza, cumpre firmar sua delimitação conceitual não mais pelas consequências do fenômeno do trabalho assalariado – como fez parcialmente a teoria da subordinação jurídica. Sabe-se que as definições construídas sobre as consequências dos fenômenos tendem a não captar a sua inteireza, como também a se esvaziar quando o mesmo fenômeno alterna seus efeitos.

O sentido da expressão “venda de força de trabalho” refere-se ao bem cuja utilidade econômica é restrita, por depender do seu acoplamento a um empreendimento, mais precisamente pela sua conjunção com a propriedade (meios de produção). Sendo o trabalho um elemento da empresa, seu destino é o de estar contido nesta. Nesta definição, é preciso realçar que o trabalhador dependente é exatamente aquele que, por ser despossuído, trabalha por conta alheia e, assim, não se apodera dos resultados desta entrega de trabalho. O trabalho por conta alheia origina o sujeito dependente como fundamento do Direito do Trabalho. Daí, forma-se, por simetria, o conceito de empresa como ente que se apropria dos resultados positivos e negativos – os riscos do negócio –, inclusive porque normalmente dirige a organização da empresa.

Neste particular, dirigir a organização da empresa é um conceito muito mais amplo do que o estabelecimento da hierarquia e de sua faceta mais visível de “emitir ordens”. O ícone da empresa não é o mando, mas a propriedade. Mais importante do que dirigir os serviços – o que pode ser traduzido num controle contínuo da atuação do empregado – é estruturar e organizar os serviços, os quais poderão até ser executados sem esta reiterada direção (vide situação do vendedor viajante). Organizar a empresa diz respeito a estabelecer os rumos da atividade econômica, fixar a dimensão territorial de atuação, definir os preços dos bens e serviços que comercializa e, principalmente, ser juridicamente o proprietário do resultado do trabalho dos seus empregados.

A condição de dono não propicia a atuação como chefe emissor de ordens e fiscalizador, até porque este papel é cotidianamente atribuído aos seus gerentes e administradores. O dono cria e organiza, delega a direção aos altos-empregados, mas, sempre, é o proprietário da riqueza gerada pela força de trabalho que comprou. É isto o comando geral inerente a qualquer titular de empresa, sendo o modelo fordista apenas uma possibilidade dentre muitas, a exemplo das pós-fordistas, de dirigir a atividade da empresa.

A par disto, o termo “dependente” deve ser compreendido menos como um adjetivo (subordinado e assujeitado) e mais como aquele que predica ação “dependere”. O verbo “dependere” – ação daquele que é dependente – deve privilegiar a semântica de “pertencer”, “estar condido” e “fazer parte” em detrimento da subordinação advinda do “estar sujeito” ou carecer economicamente (HOUAISS, 2009, p. 616). O empregado é dependente porque sua força de trabalho não se realiza sozinha, pois pertence estruturalmente à empresa, fazendo parte desta e, como consequência possível, podendo ser subordinado.

## 6. CONCLUSÃO: POR QUÊ “ECONÔMICA”?

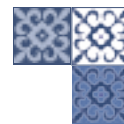
A demarcação da dependência foi feita, até aqui, sem adjetivos, numa concepção generalizante. Todavia, é preciso fazer uma opção de recorte desta ampla delimitação visando enfatizar seu aspecto preponderante. A ênfase no aspecto econômico consiste no realce da força e do poder da propriedade. Fala-se em “econômica” para sempre lembrar que a causa e a continuidade do estado de dependente advém da apropriação alheia do trabalho, ocorrida em nome da propriedade.

A chave da compreensão crítica da dependência é, então, seu conteúdo econômico, como correlato à ausência de propriedade. Trata-se da percepção de que esta forma de trabalho dependente é estruturada pelas condições econômicas da sociedade capitalista. Em nome da propriedade, coage-se ao trabalho, como também, por força da propriedade, expropria-se a riqueza criada pelo trabalhador. Não é à toa que o centro do capitalismo converge à propriedade e não ao trabalho, embora seja o trabalho fundador da riqueza que se represa em propriedade.

Qualificar a dependência como econômica significa explicitar a natureza capitalista da venda da força de trabalho e seu consequente Direito capitalista do Trabalho, que na fuga conveniente do extrajurídico termina esquecendo suas imbricações econômicas. Almeja-se destacar que a manifestação concreta de vontade e a liberdade, no capitalismo, pressupõe um sujeito proprietário, sendo remanescente a coação e a restrição da vontade para os não-proprietários. Daí, resta impraticável considerar como contratantes iguais na sua livre vontade negocial o empregado e o empregador, nas recorrentes tendências flexibilizantes de retorno da convalidação da autonomia privada.

Da mesma forma, objetiva rememorar que se os sistemas jurídicos pretendem concretizar o valor da dignidade humana devem combater o poder veiculado pela propriedade, através de limitações constitucionais e legais. O ascendente solidarismo de uma Constituição-Dirigente, para lograr seu firmamento, precisa conter o capital. Nesta direção, deve-se, cada vez mais, fortalecer as limitações dos poderes dos proprietários, tal como





ocorre com a “função social da propriedade”, Direito do Consumidor, Lei do Inquilinato e, ontologicamente, o princípio da proteção do trabalhador no Direito do Trabalho.

Nestes termos, os fios invisíveis da produção capitalista estabelecem a dependência antes do próprio contrato (coação para venda da força de trabalho), limitam as possibilidades de ocupação (dependência técnica) e, no sistema legal brasileiro, caracterizam a execução do contrato como intenso arbítrio sem possibilidade de defesa imediata do trabalho (a dispensa sem justificação, a inexistência de direito de defesa perante a punição, as possibilidades de transferências já previstas em lei) e as demais condições de sonegação de direitos da precariedade brasileira. Por fim, quando da extinção contratual, muitos ainda temem reclamar na justiça, receosos do poder do ex-empregador em posterior perseguição (lista suja e informações desabonadoras).

A relação de trabalho assalariado perpassa, portanto, pelas ideias de propriedade, poder e sujeição. A propriedade confere poderes e obriga aqueles que são proprietários apenas de si a se sujeitarem, como condição de vida, ao trabalho para o outro. Em essência, a leitura jurídica do fenômeno social do assalariamento indica que o trabalhador vive sob “sujeição” porque atua conforme o interesse alheio, por falta de propriedade. Assim, a dependência equivale a “sujeição”, destacando o traço do poder nesta relação, enquanto a econômica elucida que o fundamento deste poder é a propriedade. Enfim, serve para que não se esqueça de que o Direito do Trabalho é, essencialmente, o Direito Capitalista do Trabalho, que confere uma dita civilidade à expropriação do trabalho dos não-proprietários.

Da raiz da dependência econômica, a condição do dependente pode se manifestar ora como sujeição hierárquica, como subordinação técnica, como integração na atividade-fim da empresa ou até como pobreza individual bem ilustrada na situação do trabalho com exclusividade para um tomador, exatamente porque todas estas circunstâncias são consequências possíveis daquele que não se apropria do resultado do trabalho. Na operacionalização desta ideia ressignificada de dependência, articula-se uma racionalidade de abertura e amplitude conceitual, que transfere para o conceito de trabalho autônomo o padrão fechado da tipicidade. Na ruptura com o positivismo, afasta-se, igualmente, da pretensão de completude dos conceitos jurídicos, inclusive reconhecendo a inadequação de um conceito milimétrico que tende a ineficácia e obsolência pela inovação, complexidade e pela processualidade histórica.

Como contraposição à ideia de dependência econômica, a autonomia é, então, advinda da titularidade sobre uma organização produtiva, ainda que seja diminuta, isto é, a existência de propriedade suficiente (e trabalho humano) para a constituição da ideia (ampla) de empresa é que caracteriza a autonomia. Infere-se que é justamente a propriedade que cria as condições para o exercício do poder de direção ou mesmo propicia sua delegação para os chefes, gerentes, entre outros.

No plano da legislação brasileira, a noção de dependência sem adjetivos foi desenvolvida no lugar de uma antiga sujeição hierárquica. A conceitualização legal de empregado surgiu somente com a CLT. Apesar da proposta de concentração, compatibilização e ordenação da legislação trabalhista existente dispersamente, os autores da CLT, em alguns momentos, tiveram que criar conceitos e regramentos, a fim de eliminar as lacunas, desvelando verdadeira pretensão codificadora. Foi justamente isto que aconteceu com os conceitos de empregado e empregador, até então imprecisos na legislação anterior à CLT.

É imperioso ressaltar que o diploma conhecido como “lei dos 2/3” de brasileiros (Decreto 20.291/1931, art. 6o) insinuava que os empregados eram todos que, em troca de remuneração, trabalhassem para outrem com subordinação a horário e fiscalização. Do comparativo CLT versus Decreto 20.291/31, infere-se que a troca de “subordinação a horário e fiscalização” por “dependência” significou a eleição de conceito legal mais amplo do que o esboço anterior de subordinação hierárquica. Todavia, prosseguiu-se (e prossegue-se) lendo a CLT pelo conceito anterior e restrito, numa convalidação interpretativa do projeto rejeitado de Maximiano Figueiredo.

Disto, denota-se que o conceito legal de empregado apesar de veicular uma noção ampla (“sob dependência”) que foi, infelizmente, reduzido pelo conceito positivista e puritano de subordinação jurídica. Acredita-se que a dependência econômica seja um caminho muito mais fácil e efetivo para, no lugar da subordinação jurídica, conduzir à ampliação do conceito de empregado, até porque a ideia da dependência sempre esteve na CLT, mas quase nunca é vista. Para tanto, talvez fosse mais eficaz uma mudança de mentalidade e de olhares do que uma nova lei.

## 7. REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. Estudo sobre o Código do Trabalho. Coimbra, Coimbra Ed, 2004.

BARASSI, Ludovico. Tratado del Derecho del Trabajo. Tomo I. Trad. Miguel Sussimi. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.

- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 1ª Volume. São Paulo: Saraiva, 1982.
- JUNIOR, Cesarino. *Direito Social*. São Paulo: LTr, Universidade de São Paulo, 1980;
- DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.
- GASPAR, Danilo. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na Universidade Federal da Bahia. Salvador, UFBA, 2011.
- GOMES, Orlando. *Introdução do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1944.
- GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª Ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GOULART, Rodrigo Fortunato. *Trabalhador autônomo e contrato de emprego*. Curitiba, Juruá, 2012.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009.
- KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Por uma nova dogmática do Direito do Trabalho: implosão e perspectivas*. Revista LTr, São Paulo, v. 70, n. 02, p. 226-2249, fevereiro de 2006.
- LACERDA, Dorval. *O contracto individual de trabalho*. Volume primeiro. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva& Cia, 1939.
- MACHADO, Sidnei. *A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Trad. Reginaldo Sant'anna. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, volume 1.
- \_\_\_\_\_. *O Capital: crítica da economia política*. Trad. Reginaldo Sant'anna. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, volume 2.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicilio e contrato de trabalho (formação histórica e natureza jurídica)*. São Paulo: LTr; EDUSP, 1994. p. 77-96. (Edição fac-similada).
- OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)Pensando o Princípio da Contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A ressignificação da dependência econômica*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 210-237, jan./mar. 2012 (disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29616>).
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. *A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados*. Revista LTr, São Paulo, vol. 68, nº. 11. p. 1287-1298, nov./2004.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A Supersubordinação - Invertendo a lógica do jogo*. Disponível em <<http://www.calvet.pro.br/artigos/A%20Supersubordina%C3%A7%C3%A3o-invertendo%20a%20l%C3%B3gica%20do%20jogo-%20Souto%20Maior.rtf>>. Acesso em 15 dez. 2010.
- SOUZA, Marcelle. *CLT completa 70 anos e direitos básicos ainda são ignorados em*: <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/economia/2013/05/01/clt-completa-70-anos-e-direitos-basicos-ainda-sao-ignorados>. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/economia/2013/05/01/clt-completa-70-anos-e-direitos-basicos-ainda-sao-ignorados.htm>>. Acesso em: 01 maio 2013.
- ZINGUEREVITCH, Alexandre. *La Notion de Contrat de Travail*. Paris: Pedone, 1936.



# FUNDAMENTAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE

## MAURÍCIO DE MELO TEIXIRA BRANCO

Advogado, sócio do escritório Walter Lopes & Associados. Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Processo do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho da UniJorge. Professor do Instituto de Ensino Superior Unyahna de Salvador – IESUS. Professor de Legislação Social do Programa EAD da Fundação de Tecnologia e Ciências – FTC.

## RENATO DA COSTA LINO DE GOES BARROS

Advogado. Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito/JusPodivm. Professor de Direito Coletivo do Trabalho e Ética Jurídica da Faculdade Dois de Julho. Professor de Estágio Supervisionado e Deontologia Jurídica da Unijorge.

## RODOLFO MÁRIO VEIGA PAMPLONA FILHO

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Curso JusPodivm. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

**Resumo:** Este artigo procura analisar a fundamentação teórica dos chamados direitos fundamentais, estabelecendo a crítica à concepção jusnaturalista, com a finalidade de prestigiar o conteúdo dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito como seus fundamentos epistemológicos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Estado Democrático de Direito. Fundamentação Material.

**Abstract:** This article intends to identify what allows recognizing a right as a fundamental right, criticizing its jusnaturalism conception. With this scope, it analyses its epistemological foundations, here identified as the principle of human dignity and the Democratic State of Law.

**Keywords:** Fundamental Rights. Human Dignity. Democratic State of Law. Materiality of Fundamental Rights.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Noções gerais sobre os direitos fundamentais. 2.1. A superação da concepção jusnaturalista. 2.2. A existência de um conteúdo material dos direitos fundamentais. 3. Fundamentos de materialidade dos direitos fundamentais. 3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3.1.1 O conceito da dignidade da pessoa humana sob a ótica jurídica do ordenamento brasileiro. 3.1.2 O conceito da dignidade sob a ótica filosófica. 3.2. O princípio do Estado Democrático de Direito. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade tecer considerações sobre os direitos fundamentais na contemporaneidade, buscando a delimitação teórica de sua fundamentação material.

Isso porque há uma profunda cizânia neste tema, com constante invocação de preceitos axiológicos de fundamentação espiritual, para respaldar uma expressão jurídica de conteúdo universalizante, independentemente de credo. Malgrado o seu uso recorrente (ante à vinculação de outras normas aos preceitos que encerram direitos fundamentais), deve ser observado que o tema possui delimitação doutrinária bem definida.

Assim, é preciso compreender o sistema de fundamentação material dos direitos fundamentais a partir de sua própria cognição, o que se pretende fazer nos próximos tópicos.

## 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Propor um conceito unívoco às normas de direitos fundamentais, diante da enorme heterogeneidade das disposições que as disciplinam, é uma tarefa digna de Hércules.

Com efeito, o risco inerente a tal pretensão lastreia-se no fundado receio de que um conceito termine por atuar como cerceador do conteúdo destas regras, não realizando a previsão de efetividade máxima esperada.

Tal missão é normalmente agravada também pela comum tentativa de se vincular a existência de direitos fundamentais a um valor pré-existente, em resgate de um jusnaturalismo divino, o que efetivamente não deve ser feito, diante da superação desta concepção.

## 2.1 A SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA

Para Luis Roberto Barroso<sup>1</sup>, o termo jusnaturalismo “identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural”, sendo que tal direito tinha seu valor outorgado por uma ética extra-estatal.

Cumprir destacar que, no decorrer da história, o direito natural foi visto como uma máxima oriunda da vontade de Deus, e, já na idade Moderna, como uma lei ditada pela razão natural.

Sobre este aspecto, pondera Machado Neto<sup>2</sup>:

Durante toda a idade Média, seja sobre o império da patrística, seja da escolástica, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas. Trata-se, portanto, aí, de uma teoria jusnaturalista de conteúdo teológico, unicamente compatível com uma sociedade e uma cultura marcadas essencialmente pela vigência de uma crença religiosa, pelo domínio da fé.

É obra do moderno processo de secularização da vida que a ideologia jusnaturalista abandonasse as raízes teológicas que a alimentaram durante toda a idade média, para ir buscar, na identidade da razão humana, os fundamentos de sua validade perene e universal.

Nesta concepção, ao considerar-se o direito natural, seja como sendo fruto das leis divinas, seja da racionalidade natural, desprestigiava-se, invariavelmente, as potencialidades humanas, uma vez que se desconsiderava o Direito como um instrumento cultural.

Eduardo Bittar<sup>3</sup>, nesta linha, pontua que, “apesar de sua significação histórica e de sua importância para a formação dos modernos direitos humanos, o jusnaturalismo setecentista e oitocentista não constrói uma discussão inovadora nos meandros teóricos da fundamentação do Direito a partir da natureza (phýsis, natura)”.

Em decorrência deste fato, o jusnaturalismo foi perdendo espaço, principalmente, no que concerne às discussões sobre os direitos fundamentais.

Prosseguindo, destaca Eduardo Bittar<sup>4</sup> que se percebeu a necessidade de ver “o Direito sem recorrer a fundamentos tipicamente medievais, ligados às dimensões espiritual e metafísica (lex divina), mas com simples apelo à própria idéia de natureza (natureza humana individual e racional), domínio de estudos filosóficos”.

Neste caminho, vale frisar que melhor sorte não assistiu à iniciativa da mera positivação dos direitos naturais em estatutos de direitos humanos, na fase inicial do positivismo, pois tal atitude vacilou ao admitir que o valor deste direito de índole personalíssima ficasse equiparado aos demais direitos positivados, sem estabelecer um conteúdo diferenciador que expressasse o seu real valor.

Mais uma vez, nas palavras de Eduardo Bittar<sup>5</sup>:

A banalização dos direitos naturais em estatutos de direitos humanos positivados torna-os, além de direito positivo (com valor de qualquer outro conteúdo de direito positivo, na medida em que podem ser revogados e substituídos a qualquer tempo), uma experiência trivializada de direitos, para utilizar-me de uma linguagem empregada por Tércio Sampaio Ferraz Junior. A fungibilidade do que se põe como conteúdo de um “direito humano” torna-o tão frágil e tão substituível quanto qualquer outro direito, na medida em que sua difusão não garantiu a salvaguarda real das pessoas contra o arbítrio

Sobre esta superação da visão jusnaturalista, ligada à dimensão espiritual e metafísica, bem como da experiência positivista, sem estabelecer critérios que demonstrasse o valor diferenciado deste direito fundamental, ensina Luis Roberto Barroso<sup>6</sup> que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho

1 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 1.

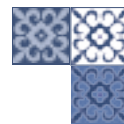
2 MACHADO NETO, A. L. Compêndio de introdução à ciência do direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 17.

3 BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. Panóptica, Vitória, ano 2, n. 13, jul. – out. 2008. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 2.

4 Ibid. p. 2.

5 Ibid. p. 14.

6 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 2.



para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Neste mesmo sentido, pondera Machado Neto,<sup>7</sup> que:

Assim é que, hoje, de posse das importantes descobertas da fenomenologia e da filosofia dos valores, da existência e da cultura, já é possível dar por superado o jusnaturalismo, como expressão pré-científica de fundamentação da ciência jurídica. Hoje é possível já ver claro nesse setor, e concluir que o direito natural, longe de ser ciência, era apenas ideologia, tolerável num tempo em que os instrumentos teóricos da filosofia não tinham ainda sido convenientemente elaborados para a exploração fecunda do problema dos valores, e hoje inteiramente superada pela fundamentação da axiologia jurídica, que é a tarefa a mais premente e grandiosa que os nossos tempos estão a esperar e a exigir dos filósofos do presente.

Neste novo cenário, tornou-se possível o diálogo do Direito com os valores, diferentemente do quanto apregoado pelo positivismo, que previa a separação da ciência jurídica com a axiologia.

Explica Luis Roberto Barroso,<sup>8</sup> que:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

Os direitos fundamentais, nesta perspectiva, são enxergados não como valores universais e atemporais, advindos de uma razão natural, mas sim como frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se nos valores expressos através dos princípios.

Neste sentido, esclarece Eduardo Bittar,<sup>9</sup>:

Não se pode dizer que a pós-modernidade abole a modernidade, e nem mesmo que as distorções no uso dos direitos humanos redundam numa negação desta categoria de direitos. Pelo contrário, seus fundamentos mudaram, não se trata mais de verifica-los como revelações da Razão, como instâncias universais, como valores atemporais, mas como construtos histórico-culturais de profunda significação para a garantia e preservação da dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, evidente é o fato de que não se pode sucumbir, aqui, a tentação de vincular a existência de direitos fundamentais a um valor pré-existente, em resgate de um jusnaturalismo divino e/ou racional, pois se acredita que é possível, sim, esboçar um conceito positivo para os direitos fundamentais, baseando-se em valores-guias.

A noção primeira sobre o tema parte da idéia da existência de um conteúdo fundamental destes direitos.

## 2.2 A EXISTÊNCIA DE UM CONTEÚDO MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Oscar Vilhena Vieira defende que os direitos fundamentais correspondem ao conjunto de direitos da pessoa humana reconhecidos de forma expressa ou implícita pela CF/88,<sup>10</sup>

7 MACHADO NETO, A. L. Compêndio de introdução à ciência do direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 19-20

8 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 2.

9 BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. Panóptica, Vitória, ano 2, n. 13, jul. – out. 2008. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 15.

10 VILHENA VIERA, Oscar. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 36.

Enquanto isto, Dirley da Cunha Júnior vincula o conceito à noção de normas que disciplinam toda a atuação estatal, impondo a este o dever de “proteger a vida humana, no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana”<sup>11</sup>. Tais direitos possuem, de acordo com o referido pensamento, lastro no princípio da dignidade da pessoa humana. A mesma idéia é obtida por Ana Cristina Costa Meireles, que ensina que os direitos fundamentais são “densificações normativas” daquele princípio<sup>12</sup>.

Já Robert Alexy recorre ao positivismo para determinar o que sejam normas de direito fundamental, trazendo uma resposta compatível com a coerência interna da Constituição alemã: é fundamental a norma prevista em critério formal, que corresponde a um critério de positividade pré-estabelecido<sup>13</sup>. Logo, a definição primeira do que seja direito fundamental cabe muito mais a uma atuação política e não meramente interpretativa de um determinado conteúdo.

Isto não implica que Alexy propugne ser este sistema de direitos fundamentais um sistema fechado. Ao revés, defende a existência de normas não diretamente enunciadas pela Constituição com conteúdo fundamental, que nomeia como “normas de direito fundamental atribuídas”.

Assim, para este autor, existem dois grupos de normas de direitos fundamentais: as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as atribuídas<sup>14</sup>.

Tal, para Ingo Wolfgang Sarlet, corresponde à idéia de um catálogo constitucional de direitos fundamentais. O que varia, entre Sarlet e Alexy, é o grau de abertura conferida ao catálogo: mais amplo para o primeiro (Sarlet), mais restrito para o segundo (Alexy).

Na realidade, o pensamento de Alexy pode ser elucidado a partir da concepção de que estes direitos podem ser divididos em dois grandes conjuntos, organizados de acordo com sua fonte jurídica, ou seja, tendo por fundamento os mecanismos e os meios pelos quais estas normas surgem ou se afirmam.

O grupo inicial corresponde aos direitos “formalmente” fundamentais, estabelecidos a partir de opção legislativa, e o derradeiro aos direitos “materialmente” fundamentais, identificados como portadores de conteúdo que conecta a um valor fundamental.

Também Gomes Canotilho adere à noção de direitos fundamentais como direitos constitucionalmente positivados, de onde se derivam consequências jurídicas<sup>15</sup>. Tal qual Alexy, também não preceitua Canotilho que estes direitos constituam um sistema fechado. Seu pensamento defende a existência de um sentido formal dos direitos fundamentais positivados, dos quais se derivam outros direitos (fundamentais em sentido material).

Sob o prisma focal meramente histórico, estes dois autores concebem os direitos fundamentais como inicialmente um sistema formalista, ao que a atividade legislativa e interpretativa exerce um papel de derivação (ou atribuição) de outros direitos, que são fundamentais em razão do seu conteúdo (essência).

Questiona-se: como um positivista da magnitude de Alexy poderia defender a existência de tais normas atribuídas? Responde-se: exigindo, como critério de validade intransponível, que exista uma referência a direitos fundamentais (estes sim positivados) nestas normas atribuídas. Logo, o seu surgimento decorre da evolução interpretativa de uma norma efetivamente estabelecida<sup>16</sup>.

Esta consideração evoca duas conclusões: para o sistema, correspondendo à insegurança relativa, pois é impossível determinar com exatidão qual é o rol dos direitos fundamentais, o que seria negativo do ponto de vista da certeza que se espera na defesa dos direitos fundamentais (e da sua atuação como limite interpretativo e legislativo). Com certeza, a tarefa de interpretar e legislar se torna ainda mais complexa diante da obrigação de não contrariar algo que não se sabe exatamente o que é ou como se delimita.

Em outro diapasão, corresponde a meio de criação de novos direitos fundamentais<sup>17</sup>, que serão desdobramento dos já estabelecidos, permitindo a evolução do sistema e o atendimento das finalidades propostas pelo Estado. E nesta linha, é deveras positivo, mesmo porque, dentro de uma lógica de maximização

11 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162.

12 MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 38.

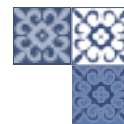
13 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 68.

14 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 73.

15 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 498.

16 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 74.

17 Ibid., p. 74.



da efetividade destes direitos, é muito mais preocupante a sua não aplicação do que o estabelecimento de novos mecanismos de contenção ou defesa.

Em arremate, Ingo Sarlet<sup>18</sup> aponta que são igualmente direitos fundamentais as posições jurídicas que se referem a pessoas, tendo como base os direitos positivados no texto constitucional e, portanto, retirados do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como os dispositivos que, por seu conteúdo, importância e significado, se equiparam ao primeiros. Logo, não se confundem com disposições contidas apenas na Carta Constitucional em sentido formal, adequando-se às previsões contidas na denominada “Constituição material”.

Tal significa que também este autor defende a existência de um rol de direitos fundamentais não restrito ao texto constitucional, mas pertencente a um sentido material de fundamentalidade.

Diante dessas conclusões, faz-se mister delimitar o contorno dos direitos fundamentais em sentido material, visando a alcançar o fundamento que permite a sua criação (seja por um processo de atribuição, derivação, equiparação ou geração de direitos) na sociedade contemporânea.

### 3. FUNDAMENTOS DE MATERIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy defende que a pertinência de uma norma atribuída ao sistema de direitos fundamentais decorre da sua relação com uma norma do mesmo gênero que esteja positivada,<sup>19</sup> no ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de uma regra de coerência interna.

Há, porém, quem apresente um fundamento externo ao catálogo de direitos fundamentais positivados como raiz destes direitos, quando considerados apenas sob o ponto de vista da sua materialidade. É a concepção segundo a qual os direitos fundamentais possuem um conteúdo que lhes é inerente. Como aponta Ingo Sarlet, “direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.”<sup>20</sup>

Neste contexto, a materialidade não decorreria da derivação de um direito positivado, mas sim da percepção de que um determinado valor é importante para uma determinada sociedade. Este valor é considerado de tal forma importante que lhe é outorgado o *status* de direito fundamental.

Propugnando por um exemplo desta corrente, Sarlet cita Hesse, para quem os direitos fundamentais são garantias pontuais destinadas à proteção de bens e posições jurídicas relevantes ou ameaçadas.<sup>21</sup> Posição análoga é trazida por Felipe Derbli,<sup>22</sup> no sentido de que a dignidade corresponde à proteção ao mínimo existencial.

Neste condão é também o que propõe José Afonso da Silva, ao identificar nos direitos fundamentais uma nota de essencialidade. Para este autor, a idéia de direito fundamental encerra um conteúdo sem o qual a pessoa humana não sobrevive, pois não se realiza ou convive com as demais pessoas.<sup>23</sup> E é essa essencialidade que determina, ao lado do seu reconhecimento formal, a sua efetivação de forma material e concreta.

Consiste, portanto, no critério que leva em conta a coerência a valores-guia, não necessariamente inclusos como direitos fundamentais em um sistema positivado.

Dentre estes valores, dois são mais comumente apontados como base para um sistema de direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e a idéia de soberania popular no Estado Democrático de Direito.

Mesmo não partilhando desta opinião, Ingo Sarlet informa o papel da dignidade da pessoa humana na configuração dos direitos fundamentais:

A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental.<sup>24</sup>

18 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 91.

19 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 73.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 95.

21 Ibid., p. 84.

22 DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 210.

23 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.,

Em seqüência lógica, cumpre tratar, portanto, primeiramente do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, cuidando-se em seguida do princípio do Estado Democrático de Direito.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana percorre necessariamente dois caminhos.

O primeiro diz respeito à sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, na qualidade de valor fundante de outros direitos e de inspiração normativa. O sentido desta análise é delimitar bem as hipóteses de utilização e recurso ao princípio em estudo.

O segundo caminho diz respeito ao conteúdo universalizante do instituto, que deve ser buscado em detrimento da sua utilização espiritual. Neste sentido, se recorre ao instituto a partir da sua formação filosófica e ontológica.

#### 3.1.1 O CONCEITO DA DIGNIDADE SOB A ÓTICA JURÍDICA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No decorrer do Século XX, houve uma tendência de inclusão dos princípios fundamentais do Direito nas constituições dos países de tradição romano-germânica.

Tanto é que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu, como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>.

Neste caminho, a prestigiada posição alçada pela dignidade da pessoa humana<sup>26</sup>, nos termos e na forma proposta pela Constituição Federal brasileira, irradia sua eficácia a todo o ordenamento jurídico pátrio, demonstrando, especialmente no que concerne às relações privadas, a alteração de seu enfoque ao desprestigiar a autonomia e o patrimônio em nome do reconhecimento da necessidade de proteção do homem, visto em sua essência.

Considera-se característica própria de um sistema de direitos fundamentais a sua possibilidade de ampliação. Neste ponto, o trabalho analítico do legislador constituinte brasileiro é digno de louvor, uma vez que logrou formalizar um número elevado de direitos fundamentais disciplinados pela proteção da positivação no texto constitucional.

Em decorrência disto, o sistema brasileiro de direitos fundamentais pode ser considerado, hoje, superior aos que lhes antecederam, o que traz a noção de que o Estado brasileiro tornou-se mais democrático. “A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência”<sup>27</sup>.

Não há a menor sombra pálida de dúvida quanto a esta afirmativa diante da possibilidade de integração dos direitos fundamentais realizada através de um processo criativo destas normas, respeitando-se, ao mesmo tempo, tanto a idéia de pertinência a um conteúdo específico (materialidade), quanto a referência a uma norma positivada (formalidade), superando-se qualquer resquício de vinculação necessariamente espiritual ou divina na sua tutela.

Por esta razão, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana implica na necessidade de reconstrução do sistema, especialmente na ótica civil-constitucional. Neste sentido, propõe Maria Celina Bodin de Moraes<sup>28</sup>:

Para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer

2006. p. 83.

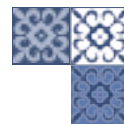
25 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – A soberania; II – A cidadania; III – A dignidade da pessoa humana; IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – O pluralismo político.

26 Para Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana “expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos” (In BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009).

27 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 79.

28 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73-74.





o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas. A transposição de normas diretivas do sistema de Direito Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.

Afinal, com o advento do Novo Código Civil Brasileiro numa leitura civil-constitucional, já é possível enxergar uma alteração na tendência de seu enfoque, reduzindo a importância dada às situações patrimoniais em nome da prevalência da situação extrapatrimonial, uma vez que a proteção humana deve ser prioritária.

Neste caminhar, o intérprete deve fazer-se valer desta nova orientação, aplicando a norma jurídica, numa perspectiva integrativa civil-constitucional, no intuito de que seja tutelada, sempre prioritariamente, a dignidade da pessoa humana na resolução das lides postas em análise.

Esse processo de re-conformação do ordenamento, que pressupõe a derivação de direitos fundamentais, oferece o risco de alheamento dos direitos fundamentais a partir da utilização do valor guia da dignidade da pessoa humana dentro de uma visão espiritualista.

Como visto linhas acima, a dignidade humana<sup>29</sup>, com a Constituição de 1988, veio a ser jurisdicionalizada<sup>30</sup>, alcançando o patamar de fundamento da República Federativa Brasileira para efetivamente influenciar toda a ordem jurídica.

Daí a dificuldade encontrada pela doutrina de delimitar os contornos e limites desta dignidade, uma vez que ela baseia a ordem jurídica em todos os seus diferenciados campos de regulação.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>31</sup>, neste sentido, propõe o desdobramento do “substrato material da dignidade” em quatro postulados, a saber:

- i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade.

Nesta perspectiva, a dignidade, explica a aludida autora, viria à tona, no caso concreto, quando realizada a concretização destes postulados, visando a ampla defesa dos direitos da personalidade decorrentes do princípio da dignidade.

Sobre a personalidade, ensina Maria Celina Bodin de Moraes<sup>32</sup>:

A personalidade é, portanto, não um “direito”, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua

29 Segundo Zeno Simm: “A dignidade humana, algumas vezes entendida também como amor-próprio, honra ou respeitabilidade, é um daqueles valores cujo significado é mais sentido ou experimentado que propriamente conceituado, inclusive pela circunstância de se tratar de uma percepção mais ou menos natural das pessoas, inerente mesmo ao ser humano e muitas vezes ligada a padrões de ordem moral ou religiosa” (In SIMM, Zeno, *Acoso Psíquico no ambiente de trabalho: Manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008. p. 27).

30 Segundo Rodenas: “En cualquier Estado de Derecho la consagración de la persona y su dignidad constituye el centro del sistema constitucional. En nuestro ordenamiento el art. 10.1 CE dispone que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, son fundamento del orden político y de la paz social, precepto que impregna el ordenamiento jurídico laboral, ya que la dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo, y cuyo respecto goza del mayor nivel de protección, como derecho fundamental” (In RODENAS, Maria José Romero, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. 3ª edición. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005, p. 36-37).

31 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

32 *Ibid.* p. 121.

incessantemente mutável exigência de tutela. Por isso, não pode existir um número fechado (numerus clausus) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas.

Assim, os direitos da personalidade<sup>33</sup> estão garantidos pelo princípio da dignidade humana, alcançando a pessoa humana o posto de valor fundamental do ordenamento.

Necessário se faz, por oportuno, recorrer ao fundamento jurídico e filosófico da dignidade da pessoa humana, no intuito de que sejam alcançados seu contorno e sua limitação.

### 3.1.2 O CONCEITO DA DIGNIDADE SOB A ÓTICA FILOSÓFICA

O conteúdo de dignidade da pessoa humana nem sempre foi o mesmo, tendo tido grande evolução no pensamento filosófico ocidental.

Originalmente, dignidade se referia a possuir uma posição dentro de uma hierarquia socialmente reconhecida<sup>34</sup>. Em momento posterior, conclui-se que a vida humana enseja uma proteção diferenciada. Assim, a tutela conferida ao valor vida passou a exigir a presença de uma especial qualificação.

Com o objetivo de definir esta qualificação, verifica-se que as duas grandes correntes da ética (relativismo e objetivismo) passam a considerar a vida humana sob um novo ponto de vista. Assim, o valor que será objeto da corrente relativista é a qualidade de vida, ao passo que a teoria objetivista irá debruçar-se sobre a questão da dignidade da vida.

Logo, para o relativismo, o respeito à vida humana será analisado sob o prisma do utilitarismo (sentir prazer ou não sentir dor), da cognição (capacidade de tomada de decisões) ou do contratualismo (participação no contrato social). A principal decorrência da aplicação da teoria relativista é a conclusão de que nem toda vida deve ser respeitada, mas tão somente aquelas em que está presente um elemento axiológico, que é a “qualidade de vida”<sup>35</sup>.

Por outro viés, para a corrente objetivista, a ilação natural da condição de humanidade é o reconhecimento de que a vida possui uma dignidade intrínseca, razão pela qual deverá ser respeitada. Tal respeito é uma decorrência lógica da mera condição de ser humano, não importando o seu grau de desenvolvimento, mas sim a sua pertinência à espécie humana. Portanto, o reconhecimento de que é preciso proteger o homem enquanto pessoa se dá mediante a identificação da sua individualidade. O ser humano é um ser dotado de espírito e, por esta razão, sua vida é considerada digna e merece ser protegida<sup>36</sup>.

Seguindo uma lógica de maximização dos efeitos dos direitos fundamentais, parece ser mais coerente aceitar a premissa trazida pela corrente objetivista de que todo ser humano é digno. Como decorrência da sua dignidade, ao ser humano é aplicável uma proteção jurídica, cujo conteúdo foi delimitado por Kant. É este autor que defende que o ser humano possui uma dignidade ontológica: “a dignidade da humanidade consiste precisamente na aptidão que ela possui para estatuir leis universais, embora com a condição de simultaneamente estar sujeita a esta legislação.”<sup>37</sup>

Deste trecho, extrai-se que a dignidade possui, ao mesmo tempo, duas características. Conforme a primeira, trata-se de um valor criado pela humanidade e que se pretende universal. De acordo com a segunda, tem-se que se destina à tutela da própria humanidade, nela encontrando o seu objeto e a sua razão de ser. Portanto, trata-se de um valor ao mesmo tempo direcionado e oponível ao próprio ser humano.

As reflexões sobre a dignidade feitas por Kant influenciaram e prevalecem no pensamento filosófico da atualidade.

Neste caminho, fazendo alusão a Kant, sustenta Martins<sup>38</sup> que: “em termos filosóficos-constitucionais parece haver um certo consenso no sentido de se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana a partir

33 Segundo Gagliano e Pamplona Filho: “Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções pessoais (In GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Vol. I – Parte Geral, 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136).

34 VELÁZQUEZ, José Luis. La fundamentación de la dignidad. In: Bioética: la cuestión de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontificia Comilas, 2004. p. 106.

35 ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998.p. 31.

36 ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998. p. 33-34.

37 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 02 jun 2009. p.30.

38 MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional fundamental. 1ª ed, 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.



da sua construção teórica”.

O fundamento kantiano baseia-se na premissa de que o homem, como ser racional, deve ser entendido como um fim em si. Assim, sustenta Kant<sup>39</sup>:

Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito). Portanto, os seres racionais não são fins simplesmente subjetivos, cuja existência, como efeito de nossa atividade, tem valor para nós; são fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é um fim em si mesma, e justamente um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro, e ao serviço do qual os fins subjetivos deveriam pôr-se simplesmente como meios, visto como sem ele nada se pode encontrar dotado de valor absoluto.

Impõe ele, para tanto, um imperativo prático que prevê que a humanidade deve ser tratada sempre como fim, e não como um meio para algo. E, neste caminho, o homem deve ser visto como um sujeito criador, capaz de criar suas próprias leis, impondo-as a si mesmo dentro de um ambiente de união sistêmica por meio de leis comuns. Explica Kant que<sup>40</sup>:

Os seres racionais estão todos sujeitos à lei, em virtude da qual cada um deles nunca deve tratar-se a si e aos outros como puros meios, mas sempre e simultaneamente como fins em si. Daqui brota uma união sistêmica de seres racionais por meio de leis objetivas comuns, ou seja, um reino o qual atendendo a que tais leis têm precisamente por escopo a relação mútua de todos estes seres, como fins e como meios, pode ser denominado reino dos fins (o que, na verdade, é apenas um ideal). Mas um ser racional pertence, na qualidade de membro, ao reino dos fins, pois que, muito embora ele promulgue leis universais, no entanto está sujeito a essas leis. Pertence-lhe na qualidade de chefe, enquanto, como legislador, não está sujeito a nenhuma vontade alheia.

É esta relação mútua, dentro do chamado reino dos fins, que impõe a necessidade de agir neste sentido. Nas palavras de Kant<sup>41</sup>: “procede assim, não tendo em vista qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas levada pela idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio”.

Cuida-se, portanto, de um conceito essencialmente aplicável ao homem enquanto ser social. Por meio da dignidade, o homem afirma a própria existência, sendo reconhecido pelos demais homens, que lhe apreciam e conferem valor<sup>42</sup>. Como conclusão de que o princípio da dignidade é um princípio socialmente aplicável, tem-se que o mesmo se realiza por meio do reconhecimento da autonomia do alter, que é livre e possuidor de direitos idênticos aos dos demais seres humanos que o cercam<sup>43</sup>.

Como há de se demonstrar, a dignidade da pessoa humana não se confunde com os direitos fundamentais, mas será a condição necessária para sua aplicação. É o que entende José Afonso da Silva, para quem “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>44</sup>.

Logo, o princípio tem por finalidade estatuir que todos os homens estão em mesma situação jurídica, o que decorre do fato de pertencer a uma mesma natureza, que é dita humana. Segundo Andorno<sup>45</sup>:

Con tal principio se quiere destacar que ya no se admite actualmente la existencia de hombres de segunda categoria, se sub-humanos, de vidas sin valor vital. Es suficiente con ser hombre para ser reconocido como persona. Todos los hombres son igualmente dignos, em razon de su naturaleza común. Ser digno equivale, por tanto, a ser persona.

39 KANT, Immanuel. op. cit. p.31.

40 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 02 jun 2009. p. 35.

41 bid p.36.

42 VELÁZQUEZ, José Luis. La fundamentación de la dignidade. In: Bioética: la cuestion de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontificia Comilas, 2004. p. 113.

43 KANT, Immanuel. op. cit. p. 28.

44 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.105.

45 ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998. p. 61.

Ao preceituar uma proteção, a dignidade implica o reconhecimento da igualdade dos homens, e desta decorre que nenhuma pessoa possui poderes para interferir na autonomia de outra.

Por derradeiro, como aduz Velázquez<sup>46</sup>, não se pode invocar a condição social, nem interpretações subjetivas restritivas, tampouco o utilitarismo como forma de limitar o acesso à dignidade. Por decorrer unicamente da condição humana da pessoa, não se admite que um homem limite a dignidade de outro.

O critério para o efetivo reconhecimento da tutela trazida pela concepção axiológica da dignidade somente pode ser a humanidade, posto ser ela o bem jurídico tutelado por este valor. É o valor do homem enquanto ser humano e pelo fato mesmo de ser homem<sup>47</sup>.

Este é o delineamento que lhe confere Kant, para quem o fato de o ser humano atuar como o legislador da dignidade o converte imediatamente no primeiro súdito desta regra. Portanto, mesmo se superada a moral que dá origem ao princípio da dignidade, este restará como limite intransponível pelo ser humano, permanecendo prestigiado em seu posto de valor máximo. O homem é o meio e o fim do significado da dignidade da pessoa humana<sup>48</sup>.

Dentro desta reflexão, refuta Kant qualquer tentativa de coisificação do ser humano, garantindo ele a posição de destaque do ser racional humano ao sustentar que o mesmo estaria acima de todo e qualquer preço, não admitindo equivalente, por ter uma dignidade. Neste sentido, destaca Kant<sup>49</sup>: “o que constitui a só condição capaz de fazer que alguma coisa seja um fim em si, isso não tem apenas simples valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, uma dignidade”.

O ser racional humano é dotado de dignidade, que o faz insubstituível e o faz livre para elaborar sua própria lei, que o regerá, inclusive, impondo-o deveres. Isto significa dizer, nas palavras de Martins<sup>50</sup>, que: “o homem precisa do dever para tornar-se um ser moral, pois obedecê-lo consiste em obedecer a si mesmo, na medida em que foi o próprio ser humano que consciente e racionalmente estabeleceu o dever”. Sobre esta moralidade, disciplina Kant<sup>51</sup>:

Ora, a moralidade é a única condição capaz de fazer que um ser racional seja um fim em si, pois só mediante ela é possível ser um membro legislador no reino dos fins. Pelo que, a moralidade, bem como a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que possuem dignidade. (...) Esta estimacão leva-nos a reconhecer o valor de tal maneira de pensar como uma dignidade, e coloca-a infinitamente acima de todo o preço, com o qual não pode ser nem avaliada nem confrontada, sem que de algum modo se lese sua santidade.

Tal postura revela o perfil antropológico adotado por Kant em suas reflexões, pois somente a racionalidade da pessoa humana é que justificaria o seu reconhecimento como fim em si mesmo e de sua dignidade, atribuindo-lhe um valor superior a qualquer “preço”, não admitindo qualquer substituto equivalente. Ademais, é certo também que, neste quadro, a dignidade da pessoa humana decorre também do fato de que, em decorrência de sua racionalidade, o ser humano tem autonomia para seguir o quanto disciplinado pela legislação universal criada no reino dos fins. Neste caminho, dispõe Kant<sup>52</sup>:

De fato, nenhuma coisa possui valor, a não ser o que lhe é assinado pela lei. Mas a própria legislação, que determina todos os valores, deve ter, justamente por isso, uma dignidade, isto é, um valor incondicionado, incomparável, para o qual só o termo respeito fornece a expressão conveniente da estima que todo ser racional lhe deve tributar. A autonomia é, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de toda a natureza racional.

Indubitável que o ser humano diferencia-se de todos os outros seres por uma qualidade própria. Preocupa-se o ser humano, de uma forma geral, não apenas em compreender-se, como também em compreender o outro, esforçando-se para suprir suas necessidades e da sociedade.

46 VELÁZQUEZ, José Luis. La fundamentación de la dignidad. In: Bioética: la cuestión de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontificia Comilas, 2004.. p.106.

47 ANDORNO, Roberto. op cit. p.57.

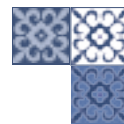
48 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 02 jun 2009. p.30.

49 Ibid, p. 36.

50 MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional fundamental. 1ª ed, 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

51 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 02 jun 2009 p. 36.

52 Ibid, p. 36-37.



Tratando desta distinção do ser humano, esclarece Maria Celina Bodin de Moraes<sup>53</sup>:

Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim dignus – “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”; diz-se que sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação.

Neste sentido, pondera Callejo<sup>54</sup>:

Los derechos a la vida, a la integridad física y moral, al honor; a la intimidad, a la libertad de expresión, ideológica, etc, solo tiene sentido porque son exigencia de una idea de la persona como ser revestido de una dignidad humana que le diferencia de otros seres vivos de los que no se predicen esos derechos y dignidad. Los tratadistas del Derecho Político, salvo alguna posición positivista muy minoritaria, coinciden en esta idea de la dignidad como valor previo de la persona, dimanante del derecho natural.

Tal visão parece ter se solidificado na maior parte dos ordenamentos constitucionais a partir da ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta petição de princípios, inegavelmente ciente do risco inerente à declaração de superioridade de um ser humano sobre outro, teve por fim afirmar a igualdade de todos os seres humanos, ao menos no que toca ao reconhecimento da dignidade de toda a humanidade.

Discorrendo sobre esta carta política internacional, Velázquez<sup>55</sup> destaca como sua principal vitória a noção de que todas as pessoas são portadoras de direitos. Complementar a este raciocínio, Alarcón atesta que “a tendência dos ordenamentos constitucionais foi pautar-se pelo reconhecimento do homem como o centro e o fim do direito”<sup>56</sup>.

Inexistem duas dignidades distintas, nem se pode estabelecer graus entre a proteção conferida a um ser humano e outro. Como bem observa Roberto Andorno, “*la dignidad ontológica es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. [...] En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno*”<sup>57</sup>.

Isto se dá diante da impossibilidade de se conceber a dignidade sob qualquer ponto de vista, que não o humano. O legislador da dignidade é necessariamente o homem, que, pela concessão deste direito ao outro, recebe-o de forma reflexa; o conteúdo do valor dignidade é justamente o reconhecimento do ser humano como portador de direitos. Trata-se de uma prerrogativa que é concedida pelo homem a ele próprio, enquanto tal, realizando, assim, a sua essência ontológica.

Velázquez crê que “*el mejor escudo contra las violaciones de la dignidad son los derechos humanos. Pero la dignidad hay que asegurarla también por dentro. Lo que esta em juego es la idea misma de ser humano.*”<sup>58</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet não fundamenta diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana todos os direitos fundamentais, e não o faz em razão de optar por um conteúdo diverso do que seja dignidade: “também os direitos fundamentais de nossa Constituição não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>59</sup>.

Esta visão é de que o rol de direitos fundamentais é extremamente amplo para ter pertinência direta a um só tema, ao que alguns destes direitos teriam correlação não-imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana (embora todos sejam, sem sombra de dúvida, concretizações deste princípio)<sup>60</sup>.

53 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

54 CALLEJO, Jose Maria Garcia. Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador. Madrid: Federacion de Servicios Públicos de Madrid, 2004. p. 68.

55 VELÁZQUEZ, José Luis. La fundamentación de la dignidad. In: Bioética: la cuestion de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontificia Comilas, 2004. p. 108.

56 ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988. São Paulo: Método, 2004. p. 244.

57 ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998. p. 54.

58 VELÁZQUEZ, José Luis. La fundamentación de la dignidad. In: Bioética: la cuestion de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontificia Comilas, 2004. p.113.

59 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 85.

60 Ibid., p. 123.

Todavia, parece correto enunciar que é a dignidade que assegura a realização dos direitos humanos, haja vista que a verificação da proteção jurídica exige o prévio reconhecimento como sujeito de direito.

Defende Canotilho<sup>61</sup> que o fundamento “dignidade da pessoa humana” na estrutura da Constituição Portuguesa pode ser reconhecida nos cinco elementos identificados por Podlech: afirmação da individualidade; garantia de livre desenvolvimento da personalidade; criação de mecanismos de socialidade e manutenção de mínimos existenciais; garantia da autonomia individual e igualdade jurídica-social dos cidadãos.

A principal conclusão do autor é que a estrutura da Constituição Portuguesa parte de uma base antropológica, do qual se extrai a defesa do homem, a um só tempo, como cidadão, como pessoa, como administrado e como trabalhador<sup>62</sup>. Ou seja, a raiz dos direitos fundamentais constitucionais está na proteção ao ser humano, em suas diversas dimensões.

Acredita-se que tais considerações apontadas para a Carta Política portuguesa podem ser estendidas em grande parte ao sistema constitucional brasileiro (e, quiçá, ao espanhol!), ante à identidade do valor-guia “dignidade da pessoa humana” nos dois sistemas.

Não se pode olvidar que o principal bem jurídico tutelado pelo ordenamento é o respeito ao homem. Tal se dá mediante o reconhecimento da dignidade que lhe é intrínseca, permitindo que seja sujeito de direitos, em igualdade de condições com os demais seres humanos.

Mas não é somente a dignidade da pessoa humana o fundamento de materialidade que confere base aos direitos fundamentais.

Para garanti-la, mister se faz um Estado efetivamente organizado.

Por isso, é preciso compreender também o princípio do Estado Democrático de Direito como fundamentação e garantia dos direitos fundamentais.

### 3.2 O PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao lado do pensamento que embasa os direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana, deve ser trazido, como fundamento de materialidade destes direitos, o princípio do Estado Democrático de Direito.

Define Ingo Sarlet que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a existência da segurança jurídica, que atua como espécie de freio ao despotismo e à prática de iniquidades. Eleva, assim, a segurança jurídica ao status de “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”<sup>63</sup>.

A ligação dos direitos fundamentais com o princípio democrático, no seu viés de autodeterminação dos povos (soberania popular), é trazida por Sarlet<sup>64</sup> como uma tríplice vertente: ao mesmo tempo, encerram pressuposto, garantia e instrumento deste princípio.

Democracia relaciona-se com a própria lógica de direitos fundamentais, já que a exigência do preenchimento de determinados direitos envolve, a um só tempo, a participação popular e, a partir da idéia de liberdade, exige-se a criação da transparência<sup>65</sup>. Logo, de acordo com Canotilho, uma sociedade em que se garantem os direitos fundamentais é também uma sociedade efetivamente democrática.

Ingo Sarlet<sup>66</sup> apresenta posição em sentido análogo, defendendo serem os direitos fundamentais um dos elementos constitutivos da Constituição (em sentido material), já que versam também sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade.

José Afonso da Silva, por sua vez, aponta que os direitos fundamentais “são direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular”<sup>67</sup>, reforçando assim sua natureza de elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito. Por soberania popular, entende-se a legitimação do Estado por meio da atribuição do poder ao próprio povo<sup>68</sup>. Logo, na medida em que atende às expectativas do povo, o Estado alcança sua almejada legitimidade.

Tais direitos correspondem também ao que se pode chamar de essência do Estado Constitucional, já

61 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 363.

62 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 362-363.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 434.

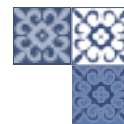
64 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 72.

65 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 431.

66 SARLET. op. cit. p. 89.

67 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180.

68 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. op. cit. p. 418.



que se revestem de fundamentalidade a forma de Estado, a organização do poder e a definição do sistema de governo. Sarlet os denomina, dentro desta concepção de direitos fundamentais enquanto representação do princípio democrático, como elementos nucleares da Constituição material.<sup>69</sup>

Em verdade, não existe uma relação de oposição entre os dois fundamentos apontados. No sistema constitucional brasileiro, verifica-se que ambos direcionam-se para uma mesma noção, sendo igualmente fundamentos do Estado brasileiro.

Como ensina Ingo Sarlet<sup>70</sup>, alcançar a dignidade da pessoa humana é uma das tarefas impostas ao Estado, que o fará por meio de “ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade”. É correta a opinião deste autor quando preceitua que a obtenção da dignidade depende da ordem comunitária, nem sempre sendo possível ao indivíduo realizar, por si só, suas necessidades existenciais básicas. Tal resultado é obtido, muitas vezes, com o concurso do Estado ou da comunidade.

Logo, por aplicação da teoria contratualista do Estado, observa-se que a dignidade da pessoa humana é uma das finalidades que autorizam a outorga de poder a este ente. Portanto, a legitimidade do Estado Democrático de Direito está diretamente ligada à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>71</sup> Este é o seu principal objetivo<sup>72</sup>, sem o qual não há justificativa para a submissão do indivíduo ao ente estatal.

Foi reconhecido à dignidade um caráter de norma de regulamentação, frente à qual deve ser analisada a validade das demais normas. Por esta razão, Alarcón conclui que, do ponto de vista formal, o princípio da dignidade guarda um valor de pré-compreensão da estrutura do Estado jurídico brasileiro, sendo muito mais do que o conceito de enunciado principiológico<sup>73</sup>.

Alarcón defende que “o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas é fundamento do Estado Democrático de Direito, mas valor constitucional.”<sup>74</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, vai além: é o valor-guia não só dos direitos fundamentais, como também de toda a ordem constitucional<sup>75</sup>.

Deixando de lado a discussão sobre qual dos dois valores exerce papel de raiz sobre o outro, há que se registrar que os dois conceitos (democracia e dignidade da pessoa humana) traduzem, ao final, um mesmo valor: igualdade jurídica e social.

Nessa linha, é o que também se extrai de Edvaldo Brito, que fundamenta os direitos fundamentais em uma idéia de igualdade, que seria o próprio vetor do desenvolvimento destes direitos.<sup>76</sup> Este pensamento termina por concluir em sentido análogo à noção da dignidade da pessoa humana como base dos direitos fundamentais, em uma visão de dignidade Kantiana.

Por este motivo, defende-se que a fundamentalidade material decorre da realização da igualdade jurídica e social, logrando-se êxito, neste sentido, em alcançar um conteúdo não espiritual dos direitos fundamentais, a partir dos seus fundamentos de materialidade.

Logo, o processo de materialização dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que corresponde ao pensamento de que existe uma especial importância no objeto tutelado por estas normas, corresponde também à atribuição de conteúdo referenciado com os guias axiológicos às normas positivadas.

Com isso, conduz-se a uma visão otimista da defesa dos direitos fundamentais no Brasil: o processo de derivação de direitos fundamentais pode alcançar simultaneamente a proteção material, no sentido de que os direitos fundamentais possuem natureza supralegal, estando no ápice do ordenamento; bem como a proteção formal, sujeitando estes direitos a limite de reforma constitucional, como cláusulas pétreas.

Não abarca, portanto, o pensamento jusnaturalista ou subjetivista do conteúdo destas normas. Afinal, seu fundamento possui previsão legal, inserta na grande maioria das constituições de origem romano-germânica. É exatamente o caso do Brasil.

#### 4. CONCLUSÃO

69 SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 69-70.

70 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 119-120.

71 ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988. São Paulo: Método, 2004. p. 254.

72 ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998. p.47.

73 ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. op. cit. p. 250.

74 Ibid., p. 251.

75 SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 124.

76 BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 32.

No mundo contemporâneo, os direitos fundamentais são, para uns, o exemplo mais eloquente da relevância do jusnaturalismo ainda nos dias atuais, especialmente quando se vinculam a conteúdos reconhecidos como de direitos humanos.

Todavia, o entendimento que predomina é o de que os direitos humanos se constituem em uma espécie de resquício jusnaturalista que fora capturado pelo Direito Positivo, merecendo, de maneira geral, grande espaço nos textos constitucionais.

Contudo, há um problema. Em que pese a sua estrita vinculação com a noção de humanidade e de personalidade, a sua utilização indiscriminada termina por enfraquecer o instituto, lhe retirando justamente o conteúdo universalizante.

É que os direitos humanos, neste sentido fundamental, acabam por assumir também a condição de um direito supranacional, um direito que nem mesmo as Constituições poderiam revogar ou deixar de adotar. Ou seja, uma espécie de “Justiça Universal” no sentido que Kant concebeu a idéia e Kelsen rapidamente percebeu.

O desafio de seu estudo na contemporaneidade é revestir estes institutos de conteúdo amplo o bastante para alcançar a eficácia plena, sem que, por outro lado, se percam em total subjetividade. Alcançar esta tênue medida é o desafio do intérprete, que deve fazê-lo sem recorrer à espiritualidade das normas.

Por isso, arremata-se este texto com a poética conclusão de Joaquín Herrera Flores:

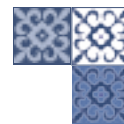
Culturalmente hablando, ni el mal ni el bien proceden de algún topos uranos o esfera transcendental desde la que se nos impone una determinada forma de actuar moralmente. El mal reside en todo intento por despotenciar a los seres humanos en su capacidad social instituyente; mientras que el bien, no será otra cosa que la construcción de condiciones para que todas y todos tengamos el suficiente poder y autoridad para poner en práctica nuestra capacidad de lucha por la dignidad. El rey está desnudo. Imaginemos nuevos mundos. Construyamos las condiciones que nos permitam llegar a ellos. Empoderémonos mutuamente. Luchemos por los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad humana. Claves necesarias para la implementación efectiva y material de nuestra concepción cultural, contextual y conceptual de los derechos humanos como productos culturales<sup>77</sup>.

É no próprio ser humano, como pessoa destinatária de dignidade, e no próprio Estado Democrático de Direito, titular do papel de garantidor desta dignidade, que reside a fundamentação e a epistemologia tanto dos direitos fundamentais quanto dos direitos humanos, em qualquer uma de suas acepções.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos, 1998.
- BARROS, Renato da Costa Lino de Góes. A disciplina jurídica do assédio moral na relação de emprego: aspectos configurativos e de reparação deste fenômeno social. Dissertação de Mestrado. UFBA – Universidade Federal da Bahia, 2009. 133 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009.
- BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. Vitória: Panóptica, 2008. ano 2, n. 13, jul. – out.
- BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. Fundamentos de Materialidade dos Direitos Fundamentais no Brasil. Artigo disponível em: <<http://www.diritto.it/all.php?file=27677.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2009.
- CALLEJO, Jose Maria Garcia. Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador. Madrid: Federacion de Servicios Públicos de Madrid, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.





- GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Vol. I – Parte Geral. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Libros La Catarata, 2005.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 02 jun 2009..
- MACHADO NETO, A. L. Compêndio de introdução à ciência do direito. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional fundamental. 1 ed, 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RODENAS, Maria José Romero. Protección frente al acoso moral en el trabajo. 3 ed. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SIMM, Zeno. Acoso Psíquico no ambiente de trabalho: Manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008.
- VELÁZQUEZ, José Luis. La fundamentación de la dignidade. In: Bioética: la cuestion de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontificia Comilas, 2004.
- VILHENA VIERA, Oscar. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

# FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO

## PATRÍCIA SANTOS DE SOUSA CARMO

Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, sob a orientação de Márcio Túlio Viana, advogada e professora. Contato: psousacarmo@gmail.com (031) 92535502.

**RESUMO:** O artigo disserta sobre a função social da empresa como instrumento de realização dos direitos fundamentais trabalhistas e de efetivação do valor social do trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função Social da Empresa; Direitos Fundamentais Trabalhistas; Valor Social do Trabalho.

## 1. O DIREITO IDEAL E O DIREITO REAL: A SÍNDROME DE DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

“A Constituição Federal garante ao Brasileiro o paraíso da bíblia e a realidade assegura o inferno de Dante.”(Ives Gandra da Silva Martins)

A Constituição Federal, ao discorrer sobre a Ordem Econômica e Financeira, Título VII, expressa opção pelo capitalismo.

Segundo Karl Marx, capitalismo corresponde a um modo de produção de mercadorias.

Esse sistema econômico se baseia na propriedade privada dos meios de produção e na transformação da força de trabalho livre assalariada – mão de obra – em matéria prima e na acumulação do capital:

É a força de trabalho do operário que o capitalista compra para vender com lucro, mas é evidente que o capitalista não vende a força de trabalho de seu operário. O que ele realmente vende – e com lucro – são as mercadorias que o trabalho do operário transformou em produtos acabados. O lucro vem do fato de receber o trabalhador um salário menor do que o valor da coisa produzida.

Consoante ensinamento de Eros Grau, a ordem econômica sintetiza parcela da ordem jurídica, plano normativo, que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica.

Nele joga papel primordial a livre iniciativa – fundamento do Estado Democrático de Direito, na exata dicção do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal – que repercute no direito de investir o capital no ramo que considerar mais favorável, bem como na escolha da produção de bens que se demonstre mais conveniente à realização de lucros.

Noutro quadrante, a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, segundo indica a exegese do art. 170 da mesma Constituição Federal.

O valor social do trabalho diz respeito a princípio cardeal da ordem constitucional brasileira e dever universal, relevante para a afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social:

Em primeiro lugar, pela gênese: o trabalho, essencialmente pessoal, leva a marca da pessoa, que é a sociabilidade; em segundo, pelas profundas e decisivas influências que ele exerce sobre o bem-estar coletivo e sobre o progresso da civilização; em terceiro, pelas exigências técnicas da produção, no sentido de que não pode ter produção sem a preestabelecida convergência de muitos esforços, vale dizer, sem divisão do trabalho e cooperação; em quarto, enfim, pelo fim que visa, que não pode ser para exclusiva vantagem do indivíduo e muito menos com dano a coletividade.

Daí porque o valor social da livre iniciativa e o valor social do trabalho estão inscritos no mesmo dispositivo legal, como fundamentos da República.



Não se olvida, pois, que a livre iniciativa ultrapassa a feição de liberdade econômica – pensada pelo liberalismo econômico –, porquanto deve ser interpretada em consonância com as regras e princípios consagrados no ordenamento jurídico, mormente a função social da empresa, nos termos do art. 5º XXIII e art. 170, II e III, todos da Constituição Federal.

Inclusive, com fins a dar consecução ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Constituição Federal enuncia as diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, expressos em seus artigos 1º, 3º e 170.

Não obstante, na prática, tem-se o descompasso entre o plano normativo e o plano factual, com a baixa eficácia normativo-jurídico da Constituição. A propósito:

Diga-se com todas as letras: a incapacidade da Justiça do Trabalho de, por sua atuação concreta e, principalmente, pela simples possibilidade de sua atuação induzir o cumprimento espontâneo das normas trabalhistas pelos empregadores em prol de seus empregados, além de contribuir para seu crescente questionamento, tem um efeito mais amplo, mais profundo e, conseqüentemente, mais grave, configurando clássico círculo vicioso: os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos abstratamente consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos a triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracterizando aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo Luís Roberto Barroso, têm incisivamente denominado de hipocrisia constitucional e legal.

Paralelamente, há a problemática da concretização das normas trabalhistas.

Deveras, o Direito do Trabalho – especialmente nas últimas décadas – tem sofrido fortes impactos. Surgiu em razão das transformações ocorridas no século XVIII, como instrumento modernizante, progressista e civilizatório, a fim de regular a relação empregatícia e proporcionar a proteção dos trabalhadores e a melhoria das condições de trabalho na ordem socioeconômica.

Nas últimas décadas, porém, já não é o mesmo. Não mais cumpre tão amplamente sua função precípua de salvaguardar os trabalhadores e de implementar melhorias nas condições de trabalho.

Este ramo dinâmico do Direito, que se renova constantemente, por influência dos impulsos sociais aos quais é exposto, tem sido crescentemente precarizado.

Atualmente, a análise global da relação custo-benefício – cumprimento ou descumprimento da lei trabalhista – indica que, do ponto de vista econômico, é extremamente vantajoso para os empregadores o seu descumprimento, criando uma verdadeira cultura de inadimplemento – diferentemente do que acontece em alguns países, como Alemanha e Suíça, em que a regra habitual de conduta – cumprir a legislação trabalhista – é mais benéfico ou menos desvantajoso:

O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que o de qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável.

Assim, ante a falência daquele plano de ação global normativo e a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista, verifica-se a consecução do valor da livre iniciativa em detrimento do valor social do trabalho. Senão vejamos:

E o Direito Pretérito, concebido para gerar um Estado de Bem-Estar Social (principalmente para os governantes), fracassa ao atendimento aos governados. Teoricamente estão os cidadãos assegurados em direitos admiráveis mas, como não tem emprego, resta-lhes apenas a garantia de morrer de fome. Em outras palavras, a Constituição Federal garante ao Brasileiro o paraíso da bíblia e a realidade assegura o inferno de Dante.

Conjuntura que se agrava frente às transformações da ordem econômica mundial – Neoliberalismo – e às modificações nos modos de organização do trabalho e de produção – pós-fordismo – instaurando um quadro de desemprego estrutural.

Um desemprego, hoje, não é mais objeto de uma marginalização provisória, ocasional, que atinge apenas alguns setores; agora ele está às voltas com uma implosão geral, com um fenômeno

comparável a tempestades, ciclones e tornados, que não visam ninguém em particular, mas aos quais ninguém pode resistir. Ele é objeto de uma lógica planetária que supõe a supressão daquilo que se chama trabalho; vale dizer, empregos.

Ante o exposto, questiona-se: Há como compatibilizar a livre iniciativa com o valor social do trabalho? Há como reduzir a distância entre o direito real e o direito ideal?

## **2. DO DIREITO REAL PARA O DIREITO IDEAL: COMPATIBILIZANDO A LIVRE INICIATIVA COM O VALOR SOCIAL DO TRABALHO**

Regla ensina que tão importante quanto ter uma constituição é viver em constituição: “Um sistema jurídico-político – tiene una constitución – cuando cuenta con La forma constitucional como garantia de dichos ideales; y – vive em constituicon – quando esses direitos son practicados”.

Com efeito, no século XX, com o advento do Constitucionalismo Social e da teoria da Constituição Dirigente, altera-se o papel da Constituição, se antes apenas retratava e garantia a ordem econômica (Constituição Econômica), passa a ser aquela que promove e garante as transformações econômicas (Constituição Normativa).

Dessa maneira, imperioso compatibilizar o plano normativo com o plano factual, a livre iniciativa ao valor social do trabalho, sob pena de se estar em sede de uma Constituição semântica, cuja funcionalidade não se aproveita aos destinatários dela, mas se a quem detiver poder.

Pois bem. É neste contexto que as sociedades empresárias, enquanto atividade econômica organizada, se inserem.

Sabe-se que a sociedade empresária é instituição importante na civilização contemporânea, dada sua influência, dinamismo e poder de transformação.

Proporciona, mediante a organização do trabalho assalariado, a subsistência de grande parcela da população ativa do país.

É responsável por prover a maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, bem como por parte significativa das receitas fiscais que o Estado utiliza para gerir sua estrutura.

E, em torno dela gravitam os agente econômicos não assalariados: investidores do capital, fornecedores, prestadores de serviço, entre outros.

Ademais, influencia na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais, que antes viviam fora do alcance da vida empresarial, como: escolas, universidades, hospitais, centros de pesquisa médica, associações artísticas, clubes desportivos, profissionais liberais.

Nas últimas décadas, com o fenômeno da globalização e o progresso tecnológico, torna-se ainda mais relevante, eis que surgem sociedades empresárias de grande vulto, que atuam em diversos continentes do mundo.

E mais, há casos de sociedades empresárias em que o faturamento anual é superior ao PIB de muitos países, a exemplo do que ocorre na General Motors – GM – que arrecada 178 bilhões de dólares por ano o que representa duas vezes o PIB de Cingapura.

Têm-se outros casos em que a sociedade empresária emprega número significativo de trabalhadores, como a Ford Motor que possui quadro de 363.000 empregados.

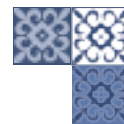
Portanto, não é mais mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado.

É, antes de tudo, poder, dada força socioeconômica e financeira, potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar.

Fabio Konder Comparato ensina que: “Encarado o sistema econômico nacional em sua globalidade, aliás, seria um absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado.”

A evolução jurídica contemporânea vem rompendo com o esquema clássico público-privado, na medida em que se afirma a esfera do social, aquele campo dos interesses comuns do povo, dos valores e bens coletivos, insuscetíveis de apropriação excludente, entre as áreas próprias do Estado ou dos particulares. É o que se colhe:

Não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário, que só a ele traga benefícios. A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, nos termos da Constituição, está condicionada a justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício da liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho.



Com auxílio da exegese do art. 170, III, da Constituição Federal, que o fato da empresa tão somente existir, gerar empregos e repartir os lucros a quem de direito não exaure suas obrigações sociais.

Donde se conclui ser a Função Social da Propriedade dos Meios de Produção ou Função Social da Empresa o instrumento de compatibilização da livre iniciativa e do valor social do trabalho, do capital e do trabalho, a qual será estudada no item seguinte.

### **3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO**

O termo função social surgiu na filosofia, transferiu-se para as ciências sociais e, progressivamente, adentrou no direito.

Acredita-se que a ideia de função social foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino: qualquer bem apropriado – mesmo que individualmente – teria um destino comum, a ser respeitado pelo homem.

O sociólogo e filósofo Augusto Comte também formulou conceito de função social, baseado na premissa de que todo homem é um funcionário público; portanto, cada geração existe de forma coletiva e prepara os trabalhos da seguinte.

No direito, a função social teve origem na Constituição de Weimar (1919), atrelando-se a função social da propriedade.

Inclusive, no início do séc. XVIII, verifica-se que o instituto da função social foi exaustivamente estudado por Karl Renner e por Léon Duguit, enquanto o primeiro defendia o papel social da propriedade como sua razão de ser da função social, o segundo criticava a forma pela qual o direito se apoderava da ideia de função social para proteger a propriedade.

Saliente-se que a conceituação hodierna de função social se distingue das anteriores teorias, eis que os institutos jurídicos mudam de acordo com as transformações históricas, adequando-se às novas exigências sociais.

De se ilustrar que o direito pátrio tratou pela primeira vez da função social – da propriedade – na Constituição de 1943, a qual somente tomou os contornos – como hoje se concebe – com a Constituição Federal de 1988.

Pois bem. A palavra função deriva do latim *functio*, cujo sentido corresponde a se assegurar o preenchimento de uma função.

O Dicionário Aurélio da língua portuguesa define como sendo função:

S.f.1. Ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina. 2. Cargo, serviço, ofício. 3. Prática ou exercício de cargo, serviço ou ofício. 4. Utilidade, uso, serventia. 5. Posição, papel. 6. Espetáculo. 7. Salemidade, festividade. 8. Jur. Cada uma das grandes divisões da atividade do Estado na consecução de seus objetivos jurídicos. 9. Jur. O conjunto de direitos, obrigações e atribuições de uma pessoa em sua atividade profissional específica.

Por sua vez, a expressão social se refere à determinada coletividade.  
Sobre função social, veja-se:

Cumprir a função social de um ente significa, então, fazer o correto uso de sua estrutura segundo a sua natureza, dando ao bem ou ente uma destinação justa, sem ferir seu ideal de existência, no plano aceito conforme o sistema e a ideologia predominante na época.

Portanto, a funcionalização, seja da propriedade, seja dos demais institutos jurídicos reflete, objetivamente, a necessidade de condicionamento do exercício dos respectivos direitos aos interesses maiores da sociedade.

Sabe-se que a função social da empresa decorre da função social da propriedade considerada enquanto propriedade dos bens de produção.

Diante disso, tem-se ser a função social da empresa o poder-dever de o empresário e os administradores da sociedade empresária harmonizarem a atividade econômica aos interesses da sociedade.

Portanto, o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa (poder), mas deve fazê-lo limitado ao cumprimento de suas finalidades sociais (dever):

Não se pode tratar a empresa como uma mera coadjuvante dentro do desenvolvimento pleno de uma sociedade. Através dela, a economia se desenvolve, e, conseqüentemente, empregos são criados, tributos são devidos ao Estado, que direcionará o valor arrecadado, para a prestação de serviços e utilidades públicas, melhora-se a qualidade de vida e o poder aquisitivo da classe média baixa, fortalece-se a economia e cria-se maior segurança para investimento no país, estabelecendo, dessa forma, desenvolvimento amplo, não se restringindo apenas ao setor empresarial.

Nesse sentido, Fabio Konder Comparato ensina:

O poder-dever do proprietário de dar à coisa destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando os bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

Diga-se não se tratar de simples limitações ou restrições ao exercício do direito (obrigações negativas), mas também da imposição de deveres positivos, que integram a própria essência do direito subjetivo.

O art. 170 da Constituição Federal estabelece um norte para a densificação da função social da empresa, eis que assegurara a todos os indivíduos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

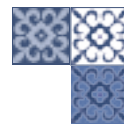
Trata-se de norma dotada de aplicabilidade imediata, e não de simples conselho político ou expectativa constitucional :

Essas normas constitucionais não podem ser interpretadas como simples diretrizes para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade (...). Elas dirigem-se, na verdade, diretamente aos particulares, impondo-lhes o dever fundamental de uso dos bens próprios, de acordo com sua destinação natural e as necessidades sociais. Ora, a todo direito fundamental corresponde um ou mais deveres fundamentais, como polos da mesma relação jurídica. O fato de se falar tradicionalmente apenas em direitos humanos e não em deveres não nos deve fazer esquecer que uns são o exato respectivo dos outros: *ius ET obligatio correlata sunt*. Portanto, ao dispor a Constituição brasileira que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ela está ipso ratio determinado que também os deveres fundamentais, correlatos dos direitos, independem de uma declaração legislativa para serem tidos como eficazes.

Todavia, registre-se que a aplicação do princípio da função social da empresa é ainda extremamente incipiente.

Inclusive, dada a abstração do instituto jurídico, por interpretação equivocada, a matriz apologética desconstrutiva do Direito do Trabalho defende a função social da propriedade – dentre elas a de bens de produção (empresa) – como argumento para a manutenção da exploração capitalista

Ocorre que a formalização da expressão função social não resolveu e ainda não resolve, por si só,



o problema de exercício dos direitos subjetivos. A indefinição e a fluidez do conceito de função social possibilitam as mais diversas interpretações, inclusive no que diz respeito à possibilidade de o proprietário ter, ou não, obrigações positivas em razão da propriedade.

Com efeito, na prática, a maioria das sociedades empresárias é contrária ao cumprimento da função social, eis que colocam a busca desenfreada por lucros como prioridade absoluta.

Inclusive, há quem diga ser esse um problema grave e urgente:

O problema é grave e urgente. Se a teoria não oferecer um conceito adequado e o Direito não garantir uma tutela mais eficaz da função social, assistiremos inertes, ao esgotamento acelerado do planeta, à destruição das culturas e das cidades, à ocupação desordenada dos espaços territoriais, ao agravamento insuportável das desigualdades, enfim, ao comprometimento das condições de vida e da paz social do planeta.

É preciso avançar, sob pena de o instituto ficar neutralizado nos limites de um solidarismo social ou de um discurso ético.

Cumpre dar a função social eficácia jurídica e efetividade social, mediante a formulação de um conceito técnico-jurídico.

A princípio, no aspecto corporativo da sociedade empresária, a função social da empresa tem expressão na contratação de pessoas com deficiência física, em um meio ambiente de trabalho higiênico e seguro, no respeito às normas trabalhistas, na não discriminação dos empregados no curso da relação de emprego, na não discriminação em virtude de sexo, cor e idade.

De qualquer modo, sabe-se que cumprir a função social da empresa implica a concretização dos direitos fundamentais, eis que promove melhor redistribuição de suas riquezas, paga salários justos e dignos, oferece condições dignas de trabalho e atua em harmonia com seu entorno.

Certo é que: “Toda a essência da relação de trabalho e proteção do trabalhador pode ter uma nova dimensão e parâmetro dentro desse pensar da empresa”.

De fato, a questão do trabalho e da efetividade do processo do trabalho, permeia em como o direito regula as sociedades empresárias, como permite ou inviabiliza seu exercício, como controla os deveres contratuais não cumpridos, o que pode – de acordo com a forma com que se apresenta – favorecer ou não a instabilidade social, a concentração de riquezas e a injustiça social.

Inconteste a necessidade de se repensar a relação entre o trabalho e a sociedade empresária:

É preciso repensar a relação homem-trabalho... É preciso repensar a empresa... E os dois focos sobre os quais devem se centrar as mudanças e os questionamentos estão na transparência da própria organização empresarial e no impacto social de suas ações.

#### 4. CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho e o Capitalismo guardam – entre si – uma simbiose e uma certa relação de contrapeso.

Enquanto o capital se preocupa, basicamente, com a sua própria acumulação, a norma trabalhadora minimiza a exploração constituída, segundo a experiência histórica específica, ainda que de maneira diferenciada e com intensidade distinta.

Dada à qualidade do Direito do Trabalho de minorar os efeitos negativos daquele sistema econômico, demonstra-se útil e necessário para os trabalhadores e – inclusive – para a preservação de tal paradigma:

O Direito do Trabalho constitui-se, portanto, uma forma de proteção e ampliação dos direitos da classe trabalhadora, servindo ao mesmo tempo, à manutenção do próprio sistema.

Portanto, este artigo não se presta a questionar a validade do modelo econômico em que estamos inseridos. Tampouco, está-se defendendo o fim do lucro, que é inerente da atividade econômica organizada.

Em verdade, liga-se a imposição de um padrão ético mínimo para a relação empregatícia.

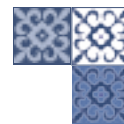
Pretende-se, mediante a Função Social da Empresa, o desenvolvimento de um sistema de checagem do cumprimento das obrigações trabalhistas, capaz frear a síndrome de descumprimento das normas trabalhistas, bem como de viabilizar a promoção da dignidade pessoa humana e o valor social do trabalho.

É como ensina um provérbio popular, de autoria desconhecida: “A grande rio, grande ponte”.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Crisitina de Carmargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (jun/set).
- BARTHOLO, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função Social da Empresa. In Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 96, volume 857, março de 2007.
- BATAGLIA, Felice. Filosofia do Trabalho. Trad. Luiz Washinton Vita e Antônio D’Elia. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade Social: práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BREVIDELLI, Scheilla Regina. A função social da empresa: alargamento das fronteiras éticas da relação de trabalho. USP. 2000
- CAPEL FILHO, Hélio. A função Social da Empresa: Adequação às exigências do mercado ou filantropia? In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre: Magister, 2005 (out/nov), nº 5.
- CASSAR, Vólia Bomfim. A ponderação entre o princípio constitucional da proteção ao trabalhador e o princípio constitucional da preservação da empresa: a função social da empresa sobre o enfoque trabalhista. In Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre: Magister, 2006 (março/abril), nº 31.
- CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (abril-jun), nº 22.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. In Revista de Direito Mercantil: indústria, econômico e financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: AMARAL, JR., Adalberto; PERONE-MOISES, Cláudia (orgs). O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. São Paulo, Edusp, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. In Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva:1995.
- CARVALHO, Maria de Lourdes. A empresa contemporânea: em face das pessoas com deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego. São Paulo: LRT, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. O Poder Empregatício. São Paulo: LTr, 1996.
- FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. Função Social da Empresa & Economia de Comunhão: um encontro à luz da Constituição. Curitiba: Juruá, 2013.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1985.
- FORRESTER, Viviane. O horror Econômico. São Paulo: Unesp, 1996, p. 11.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Da Ideia a Defesa: Monografias e Teses Jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira. Empresa & Função Social. Curitiba: Juruá, 2009.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico. São





Paulo, Quartier Latin, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo. In Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, Belo Horizonte, v.48, n° 78, jul./dez. 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre: Magister, 2009 (ago/set), n°28.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O desemprego Estrutural e Conjuntural. Revista LTr, vol. 60, n° 05, maio de 1996.

MARX, Karl, ENGELS, Friederich. Manifesto do Partido Comunista. 6ª edição brasileira. São Paulo: Global Editora, 1986.

MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. A concretização da Função Social da Empresa pela sua atividade-fim. In Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre: Magister, 2012 (out/nov), n° 47.

PILATI, José Isaac. Função social da Empresa: Contribuição a um novo paradigma. In Revista Jurídica. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas, 2005 (jan/jun), n° 17.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas do CPC Brasileiro. In Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2003

PROUDHON, Pierre Joseph. O que é a propriedade? Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWERTNER, Isadora Minotto Gomes. Responsabilidade Social Empresarial. Curitiba: Juruá, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito de Trabalho. 12. Ed. São Paulo: LTr, 1991, p.134.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 2003, volume 810, ano 98.

TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Trad. Robson Ramos dos Reis. Petrópolis: Vozes. 1997.

WAMBIER, Luciane. A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n°42, 2012, p. 157-172.

VIANA, Marcio Túlio. Direito do Trabalhador e Flexibilização. In BARROS, Alice Monteiro (Org.). Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Goyotá. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997.

# REFLEXÕES SOBRE A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E SEUS EFEITOS NEGATIVOS NAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

**RENATO GROSSI BRAGA**

Analista Judiciário - Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Especialista em Direito Público pela Universidade Newton Paiva - Belo Horizonte/MG. Endereço eletrônico: [rengrossi@yahoo.com.br](mailto:rengrossi@yahoo.com.br).

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo discorrer sobre os efeitos negativos que a contribuição sindical causa nas relações coletivas de trabalho, bem como na constituição e atuação dos sindicatos. Terminado o estudo, chegamos à conclusão de que a eliminação deste tributo pode favorecer a defesa coletiva dos trabalhadores, fortalecer os sindicatos mais atuantes e diminuir a burocracia estatal na defesa dos direitos trabalhistas.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Sindicato. Contribuição sindical

**Abstract:** The aim of this article is to discuss about the negative effects of the union tax in the collective labor relations, as on the constitution and action of the syndicates. Finished the study, we conclude that the elimination of this tax can be positive to the collective defense of workers, strenght the most active syndicates and decrease the state bureaucracy in the defense of labor's rights.

**Key words:** Labor's Law. Union. Union Tax

## 1. INTRODUÇÃO

Desde as Corporações de Ofício até as atuais legislações do mundo ocidental, a atuação dos sindicatos na defesa dos direitos dos trabalhadores progrediu e regrediu no tempo. No Brasil, desde a Constituição Federal de 1937, influenciada pela Carta del Lavoro, de origem fascista, os sindicatos possuem uma fonte de recursos instituída por lei e obrigatória para as categorias econômicas e profissionais, a contribuição sindical.

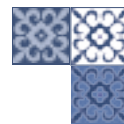
Tal contribuição, extinta na maioria dos países desenvolvidos, causa uma proliferação de sindicatos “nanicos”, com pouca ou quase nenhuma representatividade, instituídos menos para a defesa dos principais agentes da relação de trabalho - empregados e empregadores - do que para garantir a estabilidade de seus dirigentes e servir a fins escusos, sobretudo na política. Valendo-se de uma legislação que permite tanto a unicidade sindical como a possibilidade de desmembramento das categorias, os sindicatos lutam no Judiciário para terem sua unicidade territorial reconhecida, a fim de se apoderarem de um patrimônio que arrecadou aproximadamente dois bilhões de reais do setor produtivo<sup>2</sup>. Sob o princípio constitucional da não intervenção do Estado nos sindicatos, previsto no inciso I do art. 8º da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União não pode utilizar suas prerrogativas constitucionais de fiscalização sobre a arrecadação, administração e destinação das contribuições sindicais pelos sindicatos, apesar de sua natureza jurídica de tributo reconhecida tanto pela doutrina como pelos tribunais superiores.

A Lei 11.648/08, que institucionalizou as centrais sindicais (que também recebem parte dessas contribuições), prevê a substituição das contribuições sindicais por contribuições negociais, definidas em convenção coletiva entre sindicatos patronais e de empregados, necessitando de lei que discipline tal substituição. Porém até hoje essa lei não existe.

Neste artigo pretendemos contribuir para o acalorado debate sobre a extinção das contribuições sindicais prevista na parte final do inciso IV do art. 8ª da Constituição Federal. Faremos uma breve incursão no desenvolvimento da luta dos trabalhadores para melhores condições de trabalho, a resistência estatal contra as agremiações, a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, o desenvolvimento do sindicalismo

1 Em 09.07.2012 a versão on-line do Jornal Folha de São Paulo divulgou reportagem em que “O novo presidente da CUT (Central Única dos Trabalhadores), Vagner Freitas, 46, diz que pode levar às ruas a força da maior central sindical do país para defender os réus do mensalão, que começarão a ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal em agosto”. (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1117248-cut-diz-que-ira-as-ruas-para-defender-reus-do-mensalao.shtml>. Acesso em 09.07.2012). Em 12.07.2013, o mesmo jornal afirma que “Numa rua atrás do Masp, um grupo de 80 pessoas com camisetas da UGT (União Geral dos Trabalhadores) espera em fila a vez de preencher um papel. Trata-se do recibo de que ganharão R\$ 70 por terem participado, vestidos como militantes, do ato de ontem na avenida Paulista”. (<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1309944-manifestantes-ganham-ate-r-70-para-ir-a-ato-sindical-na-paulista.shtml>. Acesso em 12.07.2013)

2 SÃO PAULO, O Estado de. Sindicato vira negócio lucrativo e País registra uma nova entidade por dia. Publicada em 23 de maio de 2010 por Lu Aiko Otta e Leandro Colon. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,sindicato-vira-negocio-lucrativo-e-pais-registra-uma-nova-entidade-por-dia,555376,0.htm>> Acesso em: 24.04.2013.



no Brasil. Posteriormente analisaremos a atual legislação sobre a contribuição sindical e seus efeitos na defesa dos trabalhadores, para ao final demonstrar que sua extinção pode auxiliar no desenvolvimento do direito sindical e, sobretudo, na defesa dos trabalhadores.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEFESA DOS TRABALHADORES PERANTE EMPREGADORES

Inicialmente teceremos algumas notas sobre o desenvolvimento da defesa dos trabalhadores contra os empregadores, em um sentido amplo, visto que o sindicato, como configura-se atualmente, foi fruto da evolução de institutos similares.

### 2.1 EVOLUÇÃO NA EUROPA

Na Europa, as Corporações de Ofício caracterizavam-se pela rígida relação entre mestres e aprendizes, com monopólio das atividades para aqueles e pouca ou nenhuma chance de progressão para estes. Tal situação gerou a formação das associações de companheiros, sobretudo para defesa contra a exploração acima citada. Preocupados, os mestres apelaram aos governos centrais da época, que proibiram tais associações, tendo como exemplo a Lei de *Chapellier* de 1837, na França. Com a abolição das Corporações de Ofício após a Revolução Francesa, o liberalismo decorrente desta e a Revolução Industrial surgida na Inglaterra, a exploração sobre os trabalhadores de todas as idades sujeitou-os a condições de trabalho insalubres, baixos salários e jornadas de trabalho extenuantes. O Manifesto Comunista de Marx, de 1848, e a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, de 1891, fomentaram o surgimento de associações de trabalhadores visando a defesa destes contra os empregadores, visando melhores condições de trabalho.

Atualmente os países desenvolvidos possuem legislações garantindo a atuação dos sindicatos. Em alguns, notadamente os mais influenciados pelas ideias fascistas, a contribuição obrigatória foi substituída pela contribuição de solidariedade entre os empregados, visando apenas arcar com os custos da negociação coletiva. Na Itália, por exemplo, a Lei nº 300, de 20-5-1970, o Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores, extinguiu o imposto sindical através do referendo realizado no ano de 1995 (OLIVEIRA NETO, 2010, p. 27). Na Espanha prevalece o *cânon de negociación colectiva*, uma modalidade de contribuição com que os trabalhadores beneficiados pela atuação do sindicato, filiados ou não, contribuem para compensar os custos da negociação, desde que autorizem o desconto nos salários. A propósito:

Cânon de negociación colectiva é uma contribuição estabelecida para suportar os gastos da negociação coletiva, isto é, despesas ocasionadas pela própria negociação e em razão de sua aplicação.(...) O art. 11.1 da LOLS condiciona a exigibilidade do cânon a que o trabalhador preste por escrito sua aquiescência com o valor pago, na forma e nos prazos especificados na negociação coletiva (MARTINS, 2009, p. 21).

#### 2.1.1 A CONVENÇÃO Nº 87 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

Talvez o maior passo para a legitimação definitiva dos sindicatos tenha sido a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, que contém expressamente o princípio de que “todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses” (ONU, 1948). Posteriormente, no mesmo ano, foi aprovada a Convenção de nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, preconizando a liberdade sindical.

Sem dúvida alguma, dentre os diversos instrumentos de direito internacionais, a Convenção nº 87 da OIT é o mais significativo ao tratar da liberdade sindical, cumprindo o importante papel de atuar como diretriz para os ordenamentos nacionais a respeito do tema (OLIVEIRA NETO, 2010, p. 66).

Em que pese a importância do referido diploma, o governo brasileiro não a ratificou por sua incompatibilidade com a Carta Magna de 1988, tanto com relação ao princípio da unicidade sindical como por causa da contribuição compulsória. A propósito do assunto manifesta-se Sussekind (2005, p. 1.132):

A Constituição Brasileira de 1988 impede a nossa ratificação, por ter imposto, tal como a Carta Política de 1937, o monopólio de representação sindical por categoria econômica ou profissional e a contribuição compulsória dos que compõem a categoria representada.

A explicação mais provável é a de que seu art. 1º dispõe que o Estado que ratificá-la obriga-se a dar efeito às suas disposições, e seu art. 2º garante o direito dos trabalhadores de constituir organização e de filiar-se, sob a condição de submeter-se aos seus estatutos. Podemos dizer que se trata da afirmação da liberdade sindical individual, que para Sussekind (2005, p.1.133). “[...] faculta a cada empresário ou trabalhador filiar-se ao sindicato de sua preferência, representativo do grupo de sua preferência, e dele desfiliar-se, não podendo ser compelido a contribuir para o mesmo, se a ele não estiver filiado”. Diante de tal quadro, o Brasil não poderia ratificar, como de fato até hoje não o fez, a referida Convenção.

A Assembleia Constituinte brasileira de 1988, apesar de ter cantado em prosa e verso que asseguraria a liberdade sindical, na verdade a violou, seja ao impor o monopólio de representação sindical e impedir a estruturação do sindicato conforme a vontade do grupo de trabalhadores ou de empresários, seja ao obrigar os não associados a contribuir para a associação representativa de sua categoria (SUSSEKIND, 2005, p. 1.137).

## 2.2 EVOLUÇÃO NO BRASIL

No Brasil, diante do sistema escravocrata e economia voltada para a agropecuária de exportação, o desenvolvimento do sindicalismo no Brasil iniciou-se no século XX. Diante da industrialização do país e pelo êxodo da massa trabalhadora para os centros urbanos, aliado à falta de um projeto de nação das classes dominantes, foi necessário que o governo tomasse a frente da organização das relações trabalhistas. A primeira regra que de fato institucionalizou os sindicatos foi o Decreto nº 19.770/31, que entre outras coisas instituiu a unicidade sindical.

Apesar da Constituição Federal de 1934 prever a pluralidade sindical, esta não aconteceu na prática, e com a Constituição Federal de 1937 foi instituído a unicidade sindical e o imposto sindical, visto que os sindicatos eram considerados órgãos auxiliar do Estado, atuando na mediação entre empregadores e trabalhadores e investidos no poder de instituir contribuições compulsórias aos integrantes das categorias profissionais. As constituições posteriores, com algumas mudanças, mantiveram tanto a unicidade sindical como o imposto sindical, alterado posteriormente para contribuição sindical.

Na Assembleia Nacional Constituinte foi cogitado o fim da contribuição de forma gradativa, mas àquela altura sua extinção incomodava setores significativos da sociedade, de forma que sua manutenção no texto constitucional de 1988 ocorreu em troca da extinção da estabilidade decenal. Prevaleceu a redação atual do inciso IV do art. 8º, da Carta Maior de 1988, que institucionalizou a contribuição confederativa e sua forma de fixação, independente da contribuição sindical prevista em lei. Em 1990 a Medida Provisória nº 236 chegou a extinguir a contribuição sindical, porém a mesma não foi convertida em lei, perdendo sua eficácia.

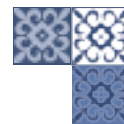
O que temos hoje é a contribuição sindical prevista no art. 8º, inciso IV da Consituição Federal e regulada nos arts. 511 a 570 da CLT e decreto-lei 1.166/71, que prevê a cobrança da contribuição tanto de empregados e empregadores.

Neste ponto, percebemos que, enquanto nas nações industrializadas do ocidente a evolução da defesa dos trabalhadores, sob o ponto de vista coletivo, surgiu de uma efetiva luta de classes, de forma lenta e gradual no tempo, em um ambiente urbano e industrial, no Brasil é um fenômeno relativamente recente, imposto pelo Estado e não originado de um movimento de classes<sup>3</sup>.

Mas o mais importante é que tais motivos justificadores de tal filosofia de governo não possuem mais sustentação. O Brasil hoje é um dos países mais industrializados do mundo, de população predominantemente urbana, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e com movimentos sociais permanentes. Por que se justifica a manutenção de uma contribuição que serve mais para fracionar os sindicatos em associações minúsculas, sem representatividade, constituídas para garantir recursos aos seus cofres e estabilidade de empregos para seus dirigentes?

3 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

4 “Uma constatação fundamental, já amplamente veiculada por inúmeros estudiosos, é a de que o sistema de alianças que chegou ao poder em 1930 não possibilitou que nenhuma das classes detivesse a dianteira e levasse a cabo, isoladamente, o processo de transição para uma nova fase do capitalismo.[...] Em outras palavras, como o capitalismo brasileiro não foi produto de uma ação orgânica de uma elite empreendedora dotada de projeto político próprio, era vital assegurar o funcionamento do mercado a partir do Estado, evidenciando a fragilidade de nossa ordem inclusiva restringindo a margem de atuação coletiva dos sujeitos no precário mundo público de então[...] Era, portanto, uma questão essencial à estabilidade a incorporação compulsória das classes produtivas através do direito, sob pena de desagregação da ordem pretensamente liberal e instável por definição (QUINALHA, 2012, p.334.)



### 3. CONCEITOS DE SINDICATO E DE CATEGORIA. A QUESTÃO DO DESMEMBRAMENTO

O conceito legal de sindicato está previsto no art. 511 da CLT, que dispõe serem os sindicatos instituições para fins de estudo e proteção de empregados, empregadores e autônomos em atividades iguais ou conexas. Trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado, que nas palavras de Cassar (2010, p. 1.225) “é uma associação civil sem fins lucrativos, tendo caráter de direito privado revelado por ser criado por iniciativa única dos interessados [...]”.

No Brasil, os sindicatos são constituídos por categoria e não por profissão, podendo abranger mais de uma profissão, desde que integrantes do mesmo setor, qualificado como empregos na mesma atividade econômica, com interesses idênticos ou conexos (art. 511 §2º CLT). De acordo com Cassar (2010, p. 1.225), “categoria é o conjunto de pessoas que exerce sua atividade num determinado setor”. Enquanto os empregadores associam-se nas categorias econômicas, caracterizadas pela solidariedade de interesses econômicos dos empreendedores em atividades iguais, similares ou conexas (art. 511 CLT), os trabalhadores podem ser enquadrados tanto nas categorias profissionais, caracterizadas pelas condições de vida similares dos que atuam em uma profissão/trabalho em comum em atividades econômicas iguais, similares ou conexas (§2º art. 511 CLT), como nas categorias profissionais diferenciadas, caracterizadas por empregados com profissões diferenciadas diante de condições de vida singulares ou por causa do estatuto de sua profissão (§3º art. 511 da CLT).

Visto que as categorias são estipuladas pela igualdade de atividades, somente por exceção admite-se as categorias por atividades similares ou conexas, o que permite que uma categoria, por abranger mais de um setor, seja desmembrada, sem que se afete o princípio da unicidade sindical, visto que este determina que em uma determinada base territorial, não podendo ser inferior a um município, somente tenha um sindicato representante de uma categoria. Discorrendo sobre as contradições antidemocráticas existentes na Constituição Federal sobre o direito do trabalho, citando entre outros pontos a unicidade sindical e o sistema de enquadramento sindical, Delgado (2011, p.1.297) leciona:

De um lado, tem permitido o próprio enfraquecimento dos sindicatos, através de sua pulverização organizativa, com a frequente subdivisão das tradicionais categorias profissionais. De outro lado, tem propiciado um cenário de negociações às vezes extremamente danosas aos trabalhadores, em vista da falta de efetiva representatividade dessas entidades enfraquecidas.

Ora, o sindicato garante aos seus dirigentes estabilidade em seus empregos, bem como o acesso aos recursos oriundos das contribuições sindicais obrigatórias. O potencial do surgimento de “sindicatos pelegos” é uma ameaça à defesa dos direitos dos trabalhadores, visto que a divisão dos mesmos em vários sindicatos diminui seu poder de pressão sobre os empregadores. Em reportagem de 23 de maio de 2013, O Estado de São Paulo publicou uma matéria em sua versão *on-line* onde o presidente da Central Única dos Trabalhadores à época, Artur Henrique da Silva Santos, afirma que “parte dos sindicatos é constituída sem representatividade, só com o objetivo de arrecadar os recursos dos trabalhadores através das taxas existentes”(OTTA; COLON, 2010).

### 4 A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL, SUA NATUREZA JURÍDICA E REFLEXOS NA BUROCRACIA ESTATAL

A contribuição sindical, conforme é disposta na Constituição Federal, é definida de forma pacífica na doutrina como um tributo<sup>5</sup>, da espécie contribuição social de interesse das categorias econômicas. Disso resulta que trata-se de dinheiro público, financiada por todos os integrantes das categorias, sujeitas aos princípios e regras do Sistema Tributário Nacional e prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, conforme o parágrafo único do art. 70 e art. 149, ambos da Constituição Federal. Vejamos a respeito do tema:

As contribuições de interesse das categorias econômicas são devidas pelo benefício especial auferido pelo contribuinte que participa do grupo econômico protegido pelo Estado. É o velho imposto sindical agora trazido para o corpo da Constituição Tributária. [...] Corre por conta do intervencionismo exacerbado e da simbiose entre o Estado e o sindicalismo que herdamos do corporativismo estadonovista (TORRES, 2010, p. 425 e 426).

O ponto a ser questionado é que, com o princípio da autonomia sindical garantido pelo inciso I do art. 8º da Constituição Federal, onde se proíbe ao Estado a intervenção na administração dos sindicatos, é que toda a receita dos sindicatos oriundos da contribuição sindical, tributo por natureza com já vimos, não pode ser

5 O Supremo Tribunal Federal, no RE 293.281-7, relator Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a natureza tributária da contribuição sindical.

fiscalizado pelo Estado.

A Lei nº 11.684/08 previa, em seu art. 6º, a possibilidade de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União sobre tais valores, porém o Presidente Luis Inácio Lula da Silva vetou o referido artigo, utilizando-se como argumento a autonomia sindical supracitada. Ora, nenhum direito é absoluto, ocorrendo no caso um conflito entre a não intervenção do Estado na administração dos sindicatos e o dever de zelar pelo dinheiro público. Parece-nos relevante que tal fiscalização, longe da intervenção constitucionalmente assegurada pelos governos de inspiração fascista do Estado Novo, visa conferir mais legitimidade na auferição de tais recursos a fim de que sejam fiscalizados pelos órgãos constitucionalmente legítimos, visando transparência em sua obtenção. Em recente artigo relativo ao painel do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, realizado em São Paulo de 25 a 27 de junho de 2012, Almeida (2013, p. 13) defende que “[...] o veto é contraditório, já que, sendo a contribuição sindical de natureza parafiscal, o interesse público - acima do interesse corporativo sindical - exige que o sistema tributário nacional faça o controle da destinação desse tributo”.

Outro ponto desfavorável são os litígios na Justiça do Trabalho, envolvendo a disputa de sindicatos sobre o reconhecimento de sua unicidade sindical na base territorial de atuação, bem como da própria cobrança destes perante os integrantes das categorias, principalmente das categorias profissionais. Além de movimentar um já pesado e lento aparelho estatal, os empregadores são obrigados a arcar com mais um tributo frente à enorme carga tributária que suportam, resultando em oneração de bens e serviços, diminuição de postos de trabalho e perda de competitividade perante uma concorrência cada vez mais globalizada.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente artigo, chegamos à conclusão de que a contribuição sindical, em que pese assegurar uma fonte de recursos aos sindicatos, mais dificulta a defesa dos trabalhadores do que a fomenta.

Além de existir outras fontes de receita previstas aos sindicatos, como a contribuição confederativa e a mensalidade de seus filiados, a contribuição sindical permite que os sindicatos se fracionem visando apenas o benefício de seus dirigentes, aumenta a burocracia estatal e não permite o controle sobre o dinheiro público.

Os sindicatos hoje, com a baixa taxa de filiação voluntária em seus quadros, precisam reciclar-se a fim de conferir maior efetividade à defesa dos trabalhadores, que surgiu originariamente da mobilização dos mesmos contra a exploração dos donos dos meios de produção. É bem provável que em um futuro não muito próximo tal contribuição seja extinta, o que, na nossa opinião, possibilitará uma maior legitimidade e representatividade a tais entes, diminuindo as desigualdades existentes nas relações de trabalho.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semi-corporativista? Revista LTr - Legislação do Trabalho. Ano 77, p.1-10, n. 1, jan. 2013. São Paulo - SP.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 11.648, de 31 de mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11648-31-marco-2008-573295-publicacaooriginal-96636-pl.html>>. Acesso em: 24 abr.2013.

CARNEIRO, Mariana. CUT diz que irá às ruas para defender réus do mensalão. Folha de São Paulo. São Paulo, 09 jul. 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1117248-cut-diz-que-ira-as-ruas-para-defender-reus-do-mensalao.shtml>> Acesso em: 09 jul. 2012.

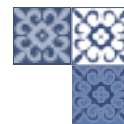
CARRION, Valentim. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 35. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do trabalho. 4. ed. revista e atual. Niterói: Impetus, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GAMA, Paulo; GALLO, Ricardo; FERREIRA, Flávio. ‘Manifestantes’ ganham até R\$ 70 para ir a ato sindical

6 Art. 6º Os sindicatos, as federações e as confederações das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais e as centrais sindicais deverão prestar contas ao Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos provenientes das contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, de que trata o art. 149 da Constituição Federal, e de outros recursos públicos que porventura venham a receber.(BRASIL, 2008).



na Paulista. Folha de São Paulo. São Paulo, 12 jul 2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1309944-manifestantes-ganham-ate-r-70-para-ir-a-ato-sindical-na-paulista.shtml>> Acesso em: 12 jul 2013.

HINZ, Henrique Macedo. Direito coletivo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuições sindicais: direito comparado e internacional; contribuições assistencial, confederativa e sindical. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 87 de 17 de junho de 1948. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03.10.2013.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Contribuições Sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical. São Paulo: LTr, 2010.

QUINALHA, Renan Onório. O modelo legislado de relações de trabalho brasileiro - uma classificação para além do corporativismo. Revista LTr - Legislação do Trabalho. Ano 76, p.1-10, n. 3, mar. 2012. São Paulo - SP.

OTTA, Lu Aiko; COLON, Leandro. Sindicato vira negócio lucrativo e País registra uma nova entidade por dia. O Estado de São Paulo. São Paulo, 23 maio 2010. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,sindicato-vira-negocio-lucrativo-e-pais-registra-uma-nova-entidade-por-dia,555376,0.htm>> Acesso em: 24 maio 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições do direito do trabalho, vol. 2. 22. ed. atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 17. ed. atual. até 31 dez 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

# O PODER PRIVADO E A EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM BUSCA DE CRITÉRIOS PARA MENSURAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

**RODRIGO JOSÉ RODRIGUES  
BEZERRA**

Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas.

**RESUMO:** A teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros foi desenvolvida a partir do julgamento do caso Luth, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde se reconheceu que a Constituição Alemã estabeleceu uma ordem objetiva de valores fundamentais, os quais também influenciavam o direito civil e as relações jurídicas entre particulares. Deve ser respeitado o juízo avaliativo dos particulares quando celebram negócios jurídicos e assumem obrigações que mantêm o conteúdo essencial de seus direitos, afastando-se uma intervenção judicial que sobreponha uma

ponderação objetivamente realizada em sede legislativa, desde que estejam reunidas, em ambos os contratantes, condições que permitam o exercício dessa autotutela. O elemento que irá mensurar a intervenção estatal na proteção dos direitos fundamentais é a existência de um poder privado de uma das partes, que comprometa o exercício de direitos fundamentais da outra. mesmo quando não há uma relação de poder que seja desfavorável a uma das partes, pode haver uma situação de debilidade negocial quando o modo de contratar impossibilita o exercício de qualquer influência nos termos contratuais, razão pela qual a fonte primária da desigualdade entre as partes reside na forma de contratar. Assim, o critério vem da própria relação contratual, e não de fora dela, na medida em que o eixo de valoração deixa de ser a disparidade de poder entre as partes e passa a ser o regime de contratação, realizado mediante cláusulas provenientes de uma vontade privada com incidência normativa, sem a possibilidade de intervenção de ambos.

Palavras-chave: Intervenção. Contratos. Proteção. Direitos Fundamentais.

## 1. INTRODUÇÃO

A filtragem constitucional que se realiza na interpretação das normas que regulam a atividade contratual promove uma íntima aproximação entre o direito público e o direito privado, uma vez que atualmente, não se concebe a existência de interesses exclusivamente individuais apartados do aspecto social e coletivo.

Por outro lado, é próprio da constitucionalização do direito civil que haja uma maior incidência de normas programáticas cuja amplitude semântica passa a exigir do intérprete uma análise que promova a abertura axiológica do sistema normativo sem comprometer seu caráter autopoiético.

Assim, o presente texto pretende analisar esta forma de intervenção estatal nas relações contratuais, bem como suas consequências na própria estrutura do sistema normativo.

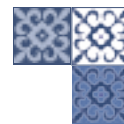
## 2. A TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

Surgida na Alemanha na metade do séc. XX, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros foi desenvolvida a partir do julgamento do caso Luth, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em que o Presidente do clube de imprensa de Hamburgo (chamado Erich Luth), em 1950, solicitou aos proprietários e frequentadores de salas de cinema que boicotassem um novo filme realizado pelo diretor Veit Harlam, que era anti-semita durante o período nacional-socialista. Este, por sua vez, ingressou em juízo alegando que aquela solicitação era ilegal. No julgamento, o Tribunal reconheceu que a Constituição Alemã estabeleceu uma ordem objetiva de valores fundamentais, os quais também influenciavam o direito civil e as relações jurídicas entre particulares, de modo que reconheceu o direito à liberdade de opinião de Luth.

Na verdade, o texto da Constituição alemã diz que os direitos fundamentais vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que só poderia ser dirigida ao Estado. Por isso, surgiu grande debate sobre o tema, gerando entendimentos diversos, desde a impossibilidade de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares (sem a presença do Estado), passando pela restrição da eficácia, que seria sempre mediata e indireta (tese que prevaleceu na Alemanha).

No Brasil, em razão do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, prevalece o entendimento de que a eficácia é direta e imediata, sem a necessidade de interposição do Estado, o mesmo ocorrendo com a Constituição Portuguesa de 1976, a qual em seu art. 18, 1, prescreve que “os preceitos constitucionais respeitantes aos





direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Com efeito, a divergência entre as conclusões alcançadas na Alemanha, em Portugal e no Brasil é, em grande medida, apenas aparente, em razão da distinção existente no próprio texto constitucional de cada país, que impede uma recepção acrítica das teses reciprocamente desenvolvidas.

Na verdade, Claus-Wilhelm Canaris reconhece que, mesmo sendo o Estado o único destinatário dos direitos fundamentais, a ele incumbe o dever de proteção nesta seara, inclusive quando as lesões são praticadas entre particulares<sup>1</sup>.

De fato, os termos das Constituições Brasileira e Portuguesa, bem diferente daquilo previsto pela Constituição Alemã, poderiam sugerir que a solução fosse simples, sem a necessidade de um maior debate sobre o tema. Porém, forçoso se faz perceber que o tema é complexo, e exige uma reflexão cuidadosa, já que há relações contratuais em que, efetivamente, existe uma igualdade entre as partes que permite uma autolimitação de direitos, persistindo a dúvida sobre os precisos termos em que tal vinculação se dá.

### 3. CRITÉRIOS PARA MENSURAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Teresa Negreiros desenvolve a ideia de um paradigma da essencialidade, como forma de realizar uma classificação dos contratos e definir o regime jurídico aplicável, devendo-se distinguir os contratos onde há interesses extrapatrimoniais daqueles que envolvem apenas interesses patrimoniais, já que a tutela da dignidade da pessoa humana estabelecida pelo texto constitucional impõe “o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais.”<sup>2</sup> Ainda, essa essencialidade do bem seria decisiva para caracterizar a vulnerabilidade da parte, nos casos onde não for presumida juridicamente. Assim, caberia ao juiz, diante do exame do caso concreto, analisar a natureza, a destinação e o grau de utilidade do bem contratado, para definir o regime jurídico aplicável.<sup>3</sup>

Para Teresa Negreiros, os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens tidos como essenciais, prossegue afirmando, estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável, ao passo que os contratos os quais tenham por objeto bens supérfluos regem-se pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando a regra da mínima intervenção heterônoma.<sup>4</sup>

Assim, o grau de intervenção na relação contratual seria definido de acordo com o grau de utilidade existencial do bem contratado, mediante aquilo que Piero Perlingieri chamou de “uma tutela qualitativamente diversa”<sup>5</sup>, que permitiria o funcionamento de um sistema econômico misto, conciliando o livre desenvolvimento da pessoa com o pluralismo econômico.

Já Daniel Sarmiento afirma que a autonomia privada deve ser mais preservada quando o negócio jurídico envolver bens de caráter supérfluo para a personalidade humana, ao passo que o dirigismo estatal deve ser mais intenso quando envolver bens essenciais para a vida humana. “Isso porque, embora os bens essenciais também circulem no tráfico jurídico através de negócios patrimoniais, eles se ligam a valores existenciais, na medida em que se afiguram indispensáveis para o atendimento de necessidades básicas.”<sup>6</sup>

Ocorre que é evidente a dificuldade de se estabelecerem critérios científicos para identificar o que é supérfluo, útil ou essencial, ou mesmo estabelecer abstratamente uma ordem hierárquica das necessidades humanas. Na verdade, isso exigiria que houvesse um amplo conhecimento entre as partes contratantes, como forma de saber se aquele bem objeto da avença é essencial, útil ou supérfluo para o outro contratante, o que não se mostra possível, já que a velocidade das relações contratuais dispensam esse conhecimento inter-subjetivo. Imagine-se que dois contratos de compra e venda de veículos, celebrados pela mesma concessionária, teriam regimes jurídicos diversos, quando os outros contratantes fossem um taxista e um cidadão comum.

Já para H. C. Nipperdey, alguns direitos fundamentais são tão fortemente uma expressão geral de princípios que devem existir em uma sociedade que pretende ser bem, justa, liberal e socialmente ordenada, de modo que seus efeitos não devem ser limitados à relação entre Estado e cidadão, sendo imprescindível também

1 A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.

2 Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 450.

3 Ob. cit. p. 459.

4 Ob. cit. p. 453.

5 Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 34.

6 Direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 180.

incidir nas relações entre os “consortes jurídicos.”<sup>7</sup> Por isso, Nipperdey diz que é diversa a intensidade do efeito dos direitos fundamentais na relação do particular com o Estado, quando comparada à relação entre sujeitos privados, pois nesta cada um deles é titular de direitos fundamentais, de modo que “os titulares de direitos fundamentais, que estão face a face, têm a liberdade de delimitar sua posição jurídica um do outro, isto é, de compatibilizar eficazmente certas limitações de sua posição jurídico-fundamental”<sup>8</sup>, desde que não atingido o núcleo essencial do direito fundamental particular, o que só pode ser analisado diante do caso concreto.

Porém, isso somente pode ocorrer quando há uma situação de igualdade real e jurídica, onde a influência sobre sua própria esfera jurídico-fundamental seja efetivamente livre, tornando possível exercer a autonomia privada e a liberdade de contratar, desenvolvendo-se seu efeito de norma de liberdade em “sentido autêntico”, especialmente na capacidade de se “contrair eficazmente limitações da esfera de liberdade própria”<sup>9</sup>, sendo defesa quando há a presença do poder privado de uma das partes, que se assemelha à natureza de superioridade existente na relação entre Estado e cidadão, o que só pode ser verificado com a análise do caso concreto. Por isso, diz que a existência de poderes sociais é “o ponto de início e de partida da doutrina do efeito absoluto dos direitos fundamentais”<sup>10</sup>.

Assim, deve ser respeitado o juízo avaliativo dos particulares quando celebram negócios jurídicos e assumem obrigações que mantêm o conteúdo essencial de seus direitos, afastando-se uma intervenção judicial que sobreponha uma ponderação objetivamente realizada em sede legislativa. Porém, tais colocações somente valem quando estão reunidas, em ambos os contratantes, condições que permitam o exercício dessa autotutela.

#### 4. O PODER PRIVADO

Entretanto, se no campo do direito público não há dificuldade para identificar quem deve ser considerado forte e fraco na relação jurídica, no direito privado, um reconhecimento *a priori* de tais posições pode comprometer o equilíbrio entre algumas relações onde há uma autonomia real para exercer a liberdade contratual. Por isso, o elemento que irá mensurar a intervenção estatal na proteção dos direitos fundamentais é a existência de um poder privado de uma das partes, que comprometa o exercício de direitos fundamentais da outra.

Todavia, Joaquim de Souza Ribeiro questiona a ideia de que um cenário de disparidade do poder privado, por si só, impossibilita que a parte mais fraca exerça a defesa de seus interesses na relação contratual, o que justificaria um regime especial de tutela pelo Estado. É que o conceito de poder privado (*bargaining power*) teria um alto grau de indeterminação, especialmente quando tal conceito envolve todos os fatores suscetíveis de gerar a capacidade de impor indevidamente os interesses próprios na contratação.<sup>11</sup> Mesmo assim, reconhece que a medida do grau da limitação à liberdade contratual pela verificação da intensidade do poder privado será sempre um fator de insegurança, “mas esse é, à luz da ponderação global dos valores e princípios contrapostos que estruturam o ordenamento, um preço a pagar, para a garantia de soluções adequadas e justas.”<sup>12</sup>

Entretanto, isso não impede que se busque, por razões de certeza jurídica, um critério mais preciso para identificar a medida da intervenção, razão pela qual se afasta, de imediato, a viabilidade de se considerar apenas a disparidade de poder privado como critério abstrato de definição da intensidade da tutela estatal, especialmente porque seria utópico exigir uma paridade absoluta entre os contratantes, além de não definir os aspectos do poder privado que devem ser analisados.

Assim, mesmo quando não há uma relação de poder que seja desfavorável a uma das partes, pode haver uma situação de debilidade negocial quando o modo de contratar impossibilita o exercício de qualquer influência nos termos contratuais, razão pela qual a fonte primária da desigualdade entre as partes reside na forma de contratar. Assim, o critério vem da própria relação contratual, e não de fora dela, na medida em que o eixo de valoração deixa de ser a disparidade de poder entre as partes e passa a ser o regime de contratação, realizado mediante cláusulas provenientes de uma vontade privada com incidência normativa, sem a possibilidade de intervenção de ambos.

Para Joaquim de Souza Ribeiro, há hipóteses em que a autodeterminação é comprometida por circunstâncias alheias à esfera do contratante superior, tal como o contratante inferior, por meio de uma

7 Direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 62.

8 Ob. cit. p. 63.

9 Direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 86.

10 Ob. cit. p. 85.

11 Para Boaventura de Souza Santos, há uma pluralidade de formas de poder dentro da sociedade, e seu exercício decorre sempre da combinação destas formas, o que dificulta medir o grau de desigualdade entre as partes e analisar a intensidade que elas afetam as atividades das pessoas ou grupos envolvidos. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5ª Ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 267.

12 O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 155/156.



ponderação racional de seus interesses, torna-se fiador e assume compromissos superiores a sua condição por um laço de afeto do devedor. Assim, afirma que a fragilidade da posição de um dos contratantes “não surge em função da supremacia do seu parceiro contratual, mas de perturbações no processo formativo da sua vontade, causadas pela interferência de factores emocionais, do seu foro próprio, ainda que advindos de uma relação familiar com um interessado no negócio.”<sup>13</sup>

Com efeito, é importante destacar que não se está a restringir a incidência dos novos princípios contratuais às hipóteses onde há uma situação de poder privado ou quando há um regime de contratação diferenciado, uma vez que tal restrição não consta no texto constitucional ou na legislação ordinária. Apenas tal critério é utilizado para mensurar o grau de intervenção estatal necessário para assegurar a proteção dos contratantes.

Imaginem-se dois contratos de compra e venda de veículo, em que um deles é celebrado entre dois amigos que, após tratativas prévias, elaboram o conteúdo do contrato, e outro celebrado entre um consumidor e uma concessionária mediante contrato de adesão. Por certo, ainda que ambos estejam submetidos ao princípio da função social, o grau de disponibilidade, ou seja, de autonomia contratual, assegurado aos contratantes é bem diverso, tanto pela existência do poder privado como pela forma contratual utilizada.

No direito tedesco, Claus-Wilhelm Canaris<sup>14</sup> menciona o caso apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal em 1993, que alterou a conclusão alcançada pelo Superior Tribunal Federal em hipótese que versava sobre a celebração de fiança por pessoa que praticamente não possuía patrimônio suficiente para pagar mais do que os juros da dívida. O Superior Tribunal Federal considerou válido o negócio jurídico, fundamentando-se na legitimidade do exercício da liberdade contratual, o que permitiria inclusive a celebração de fiança dessa magnitude.

Ao apreciar tal decisão em grau revisional, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que o exercício da autonomia contratual deve respeitar os direitos fundamentais, o que, naquele caso, não teria ocorrido, uma vez que lesado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Diferente foi a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 407.688<sup>15</sup>, em que se entendeu ser válida a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação, não obstante ser vedada para o próprio locatário. No caso, colocou-se a existência de um embate entre o direito à moradia e a autonomia contratual, ambos com assento constitucional, o que tornaria necessário realizar um juízo de ponderação.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o exercício da autonomia contratual, por sua natureza constitucional extraída do direito à liberdade, pode afastar da esfera individual o direito fundamental social à moradia, permitindo-se a penhora de bem de família do fiador. Tal conclusão, longe de valorizar a autonomia contratual, expõe a forma velada como vem sendo realizada uma sobreposição do aspecto econômico em detrimento do jurídico-constitucional.

Trata-se, por certo, de situação semelhante ao caso alemão. Porém, naquela hipótese, reputou-se que, para exercer a autonomia contratual e assumir a fiança, era necessária a presença de um patrimônio relevante que garantisse o direito sem comprometer direitos fundamentais. Para Joaquim de Souza Ribeiro, a decisão alemã é mais representativa da tendência de um maior atendimento aos valores existenciais da pessoa do que a valores patrimoniais, pois a desoneração do encargo econômico decorreu da restrição que representava para as opções de vida do devedor, de modo que “a visão do patrimônio como suporte da personalidade, como condição material mínima de uma existência com sentido, sobreleva aqui nitidamente a sua função de garantia de créditos.”<sup>16</sup>

Alcançando conclusão semelhante, mesmo sem recorrer a uma ética comportamental e utilizando o critério da proporcionalidade, o Código do Consumidor francês, em seu art. L. 313-10 estabelece que a instituição de crédito não pode celebrar um contrato de garantia de uma operação de crédito [do consumidor ou de hipoteca], com um indivíduo cuja obrigação era, na sua conclusão, claramente desproporcional aos seus bens e rendimentos.

13 O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 161.

14 A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 230.

15 Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

16 Direitos dos Contratos: estudos, Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 29.

Isso decorre da tendência de se colocar a pessoa no centro do direito civil, em detrimento do aspecto meramente patrimonial, criando uma área comum entre o direito público e o direito privado e que sofre a interferência de normas de ambos os lados. Na verdade, reconhecer a pessoa humana como centro do direito civil significa realizar uma releitura dos institutos jurídicos do direito privado, de modo a permitir sua compatibilidade com os valores constitucionais, sem que isso implique o afastamento total do aspecto patrimonial.

Assim, questionando-se sobre quem é essa pessoa humana que passa a ocupar o ápice axiológico do direito civil, Judith Martins-Costa reconhece que já não se trata do sujeito de direito sempre igual titular de capacidade para fazer movimentar a ordem jurídica. Agora, o que se buscam são as pessoas concretas, fundamentalmente desiguais em suas possibilidades e em suas personalidades. “Um novo capítulo – dos Direitos da Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, ‘fazendo a ponte entre o público e o privado.’ E um novo princípio passa a habitar, implícita ou explicitamente, o universo constitucional: o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.”<sup>17</sup>

Na verdade, o princípio da autonomia da vontade não pode mais inspirar o direito contratual atual, tal como ocorrido no início do século XIX, já que sua limitação é um fato inquestionável na sociedade moderna, seja em decorrência da ação do outro contratante, seja em virtude da ação estatal, a qual, mediante legislação específica, inclui nas relações contratuais obrigações que não nascem da vontade das partes, e sim da estipulação do direito objetivo vigente.

## 5. CONCLUSÃO

Há, inegavelmente, uma renovação da teoria contratual, que passa a apresentar uma argumentação mais aberta e contextualizada com as demais ciências sociais, uma vez que as consequências passam a condicionar a própria validade do conteúdo dos contratos.

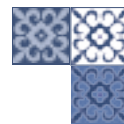
A existência de um poder privado compromete o próprio exercício da liberdade, de modo que esta não mais pode ser considerada como o princípio supremo dos contratos, ganhando importância a situação social e econômica dos contratantes, pois esses elementos comprometem o exercício de outros direitos individuais garantidos pelo ordenamento, sendo inadequado analisar o contrato apenas em seu aspecto consensual.

A complexidade da sociedade atual exige que as respostas sejam encontradas mediante um diálogo entre as racionalidades sociais, rejeitando-se análises isoladas. Porém, os limites e os objetivos da atividade econômica permanecem sendo atribuições do sistema jurídico, e é o texto constitucional que realiza essa confluência, garantindo o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, condicionando seu exercício à satisfação de finalidades definidas pelo Estado.

Para tanto, o Estado estabelece uma regulação da relação contratual por normas cogentes orientadas pelos valores constitucionais e que reduz o âmbito de decisão dos particulares, promovendo uma aproximação entre o direito público e o direito privado, que além de manterem uma recíproca abertura cognitiva passam a possuir uma unidade valorativa constitucionalmente estabelecida que vincula todo o sistema jurídico e todas as relações subjetivas.

Assim, a intensidade da intervenção estatal na relação contratual é definida pelo grau de poder privado exercido por um dos contratantes, o que pode ser verificado pela forma de contratar utilizada pelas partes.

17 Os direitos humanos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71/72.



# PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO DEVER DE PROTEÇÃO

**SILVIA ISABELLE RIBEIRO TEIXEIRA DO VALE**

Juíza Auxiliar da 33ª Vara do Trabalho de Salvador/BA; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia e professora convidada no curso de pós-graduação lato sensu desta instituição, bem assim da Faculdade Baiana de Direito; especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade Potiguar; Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região e da Escola Associativa da AMATRA5, sendo que nesta última também é Coordenadora acadêmica; Diretora cultural da AMATRA5, biênio 2013/2015.

**RESUMO:** Este trabalho analisa como o Direito Fundamental Social à participação nos lucros e resultados foi indevidamente regulamentado, tendo sido o Estado-Legislador ineficiente. Sendo esse o cenário, o Estado-Juiz, enquanto vinculado objetivamente ao Texto Constitucional deve agir positivamente, diante da ofensa ao dever de proteção.

**Palavras-chave:** Participação nos lucros e resultados – dever de prestação.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. O dever de proteção – 1.1 Direitos Fundamentais como sistema de valores – 1.2 Eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais – 1.3 Dever de proteção – 1.4 Proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proteção insuficiente – 1.5 O princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência – 2. A participação nos lucros, resultados e o estado ineficiente – 3. Conclusão – 4. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 7º, inciso XI da CRFB/88 consagrou o direito fundamental à participação nos lucros e resultados, desvinculando-o da remuneração, e a Lei n. 10.101/2000, a fim de regulamentar o aludido direito, estabeleceu que este será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante negociação coletiva, ou por comissão escolhida pelas partes – afinal almeja-se estabelecer integração entre o capital e o trabalho, incentivando a produtividade, como vazado no artigo 1º -, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria.

Ocorre que, na prática, as indigitadas comissões não existem e as normas coletivas, quando tratam da participação nos lucros limitam-se a dizer que o direito existe, mas não o regulamenta, ou, simplesmente, remetem-se à lei, estatuinto que a participação nos lucros ou resultados será estabelecida nos termos da norma vigente, quando esta já faz alusão à negociação coletiva.

Diante do afastamento tanto do legislador quanto dos atores sociais responsáveis pela negociação coletiva e individual, como deve agir o Magistado do Trabalho? É sobre isso, em apertada síntese, que pretende refletir o presente artigo.

## 2. O DEVER DE PROTEÇÃO

### 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SISTEMA DE VALORES

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo. Tal racionalidade trazia à reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que redundava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental através do povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado, fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica

constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, onde o ser humano foi menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado, quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constituição Federal, composto por juristas contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores. Tal racionalidade foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares – o que se denominou chamar de eficácia horizontal – e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direitos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido.<sup>1</sup>

Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Lüth.

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Lüth, além de expor publicamente o diretor de “Amantes Imortais”<sup>2</sup>, Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador das ideias nazistas através da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, com fulcro no § 826 BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa – no caso, deixar de boicotar o filme –, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I 1 GG.<sup>3</sup>

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

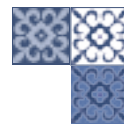
A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos.<sup>4</sup>

1 Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, onde não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 – STF. I. – Somente por ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III. – Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. – Incidência, no caso, da Súmula 279 – STF. V. – Agravo não provido. STF – AI – AgR 481215/RJ, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 24.02.06.

2 Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.

3 SCHWABE. Jügen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

4 No dizer de Pérez Luño (op. cit. p. 21): “en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por



de uma comunidade e, como tais, se espraiam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar efetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”<sup>5</sup>, que é, em outras palavras o próprio dever de proteção estatal em relação aos indivíduos.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser – como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo –, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom – como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito.<sup>6</sup>

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.<sup>7</sup>

Informa Steinmetz<sup>8</sup> que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de ForsthoFF grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

Tomando emprestadas as palavras de Sarmento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção”<sup>9</sup>. E é sobre isso que se tratará a seguir.

## 2.2 EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos, a técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista, que apenas com uma *tríplice* abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito<sup>10</sup>.

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Lüth), afirmando que, ao se realizar a primeira abstração (do titular), converte-se um *dever relacional* (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um *dever não-relacional*, ou seja, uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente,

tanto, uma doble función: em el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que em el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

5 Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

6 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144 e ss.

7 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

8 STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107-108.

9 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.

10 Op. cit., p. 508.

que gera apenas um dever *prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um “nível supremo de abstração”, é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um “simples dever-ser” da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de “decisão básica jurídico-objetiva”, e o autor de “norma básica que decide valores”, que “se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento”<sup>11</sup>.

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como, por exemplo, a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, que, aplicada ao Direito pátrio, como se defenderá mais adiante, permite a interpretação de desnecessidade de uma lei obtida através do processo legislativo comum (lei complementar) para a observância do direito do trabalhador à proteção contra a dispensa arbitrária.

A teoria axiológica encontra no Direito constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, a exemplo do valor social do trabalho.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes, ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

No direito francês, embora não se adote flagrantemente a teoria da eficácia irradiante,<sup>12</sup> em 1991, uma empresa de entretenimento lançou um concurso, onde se sagrava vencedor quem arremessasse um anão a uma maior distância. Indignado com o show de horrores, um dos prefeitos por onde passava o “espetáculo”, utilizando-se da regra contida no artigo 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, decidiu, administrativamente, interditar o evento.

Na oportunidade, o anão em questão, em litisconsórcio com o empresário, ingressaram com ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles, no intuito de anular o ato do prefeito. O Conselho do Estado Francês, em última instância, afirmou que o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado para a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “ordem pública”, evidenciando que o referido princípio-valor está para além da própria vontade do ser humano, que, no caso do anão, desejava ser arremessado, tendo alegado a sua condição física, que redundava na impossibilidade de encontrar um trabalho melhor.

A decisão referida consagra não só o valor dignidade humana, mas, sobretudo, concebe-o sob a ótica objetiva, sendo indiferente se há ou não vontade de o ser humano se aviltar diuturnamente. Pensar o contrário é permitir que o próprio Estado possa mensurar a quantidade de dignidade que pode existir em cada ser humano, ideologia que sempre embasou estados totalitários e fundamenta até os dias atuais a ideia de uma raça, etnia ou religião superior.

### 2.3 DEVER DE PROTEÇÃO

Corolário da teoria axiológico-sistêmica dos Direitos Fundamentais, os direitos de proteção são, no dizer de Alexy, “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”<sup>13</sup>, como ocorre, exemplificativamente, com as normas que tratam de direito penal, responsabilidade civil, direito do trabalho, proteção ao meio ambiente, direito do consumidor, onde há forte intervenção jurídica estatal, dispondo até onde os particulares podem avançar para que não seja ofendido interesse de outrem.

Os direitos a proteção, por serem autênticos direitos subjetivos e objetivos constitucionais a ações positivas estatais, podem encerrar prestação fática ou normativa (jurídica), tendo tais direitos como escopo a delimitação das “esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a garantia da exigibilidade e da realização dessa demarcação”<sup>14</sup>. Ao tempo em que o direito a proteção encerra direito subjetivo para o indivíduo em face do Estado, também se apresenta em idêntica forma, impondo-se ao Estado a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional, todas elas tendo como norte os Direitos Fundamentais, entendidos agora em seu aspecto objetivo-irradiante.

Se classicamente o Estado foi concebido tão só segundo a lógica liberal, a função protetora estatal é

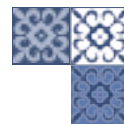
11 GOMES, Fábio Rodrigues. Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 104.

12 Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 127.

13 Op. cit., p. 450.

14 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 451.





algo que remonta à época de formulação das teorias acerca do contrato social, assim entendido como o grande pacto firmado pela sociedade, onde, em linhas simplórias e pragmáticas, os indivíduos cederiam parcela da sua individualidade, em prol da proteção estatal, ou segurança de atos praticados por terceiros.

Em um contexto onde a autotutela passou a não mais ser tolerada, coube ao Estado a função de viabilizar segurança aos indivíduos. Dita segurança é, classicamente, firmada em face do Estado, que tem como missão se abster de intervir nas relações privadas, mas também através do Estado, segundo concepção mais moderna após o advento do Estado Social. Essa última concepção de proteção estatal é entendida sob o aspecto fático, através das prestações sociais, ou jurídicas (normativas), tendo o Estado a obrigação de proteger os Direitos Fundamentais em face de atos praticados por terceiros, com a elaboração de leis e aparelhamento da Administração.

Nesse trilhar, retomam-se as palavras de Vieira de Andrade, que, ao diferenciar a clássica aceção dos direitos de defesa como direitos do indivíduo em face do Estado, contrariando a lógica liberal, os direitos a prestações “imporiam ao Estado o *dever de agir*, quer seja para a protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais” e que esse moderno modo de enxergar a missão estatal se liga diretamente ao advento do Estado Social, que ampliou os deveres do Estado.

Mais adiante, o publicista ainda arremata apontando que em todo caso “o direito pode ser a prestações materiais ou jurídicas”, citando como exemplos das prestações estatais jurídicas a “regulamentação das relações de trabalho”<sup>15</sup>. É dizer, o Estado tem o dever, decorrente do direito a prestação, de proteger o indivíduo trabalhador das arbitrariedades praticadas por terceiros, e a relação de emprego é campo fértil para o exercício de tal mister, diante do forte poder social concentrado tão somente nas mãos do empregador. Não é sem razão que o Estado intervém para proteger o indivíduo trabalhador e quando deixa de fazê-lo, há um descumprimento do dever de proteção que lhe é próprio.

Diversamente da concepção subjetiva dos Direitos Fundamentais, a dimensão objetiva apregoa que a proteção estatal não é somente fundada no interesse geral da comunidade, interessando ao poder público a missão protetora do ser humano concretamente situado, para que somente assim seja alcançado o desenvolvimento da personalidade.

Sem embargo, o Estado, a despeito da sua concepção clássica de abstenção, passa a ser o grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais desse Homem concreto, em um contexto de Estado Social, o que não gera a automática refutação do Estado Liberal, tendo-se que o Estado abstencionista, convive, modernamente, ao lado do Estado Social. Nesse cenário, o ser humano passa a ter a possibilidade de alcançar a sua mais alta personalidade através do Estado, que, de grande oponente, se transmuda em realizador dos Direitos Fundamentais.

Nesse cenário de mudança paradigmática, estabelecida, sobretudo, após a chegada do Estado Social de Direito, os Direitos Fundamentais, passam também a ser encarados segundo a ótica positiva, sendo papel do Estado a sua realização através da proteção fática e também jurídica, esta por meio da criação de normas protetivas (sobretudo normas que tratam de proteção ao particular, em face de atos praticados por outros particulares) tratando dos mais diversos ramos do Direito, dentre os quais, o Direito do Trabalho.

Com o acertamento da lente por onde eram observados os Direitos Fundamentais, ampliando o espectro de sua visão, os poderes já constituídos (Legislativos, Executivo e Judiciário) também tiveram os seus deveres hipertrofiados, pois, além de terem a missão de assegurar a liberdade do indivíduo em face do Estado, passaram igualmente a ter a obrigação de fazer realizar os Direitos Fundamentais por meio das suas respectivas atividades, agora enxergadas positivamente.

Entendidos os Direitos Fundamentais sob a dimensão objetiva, cabe ao Estado a promoção de políticas públicas para a concretização de tais direitos, como, por exemplo, a feitura de campanhas para a prevenção a sérias doenças, proteção ao meio ambiente e até a fiscalização do cumprimento das normas protetivas, como a atividade perpetrada pelo Poder Executivo no combate ao trabalho escravo e degradante, ao cumprimento das NRs, para a prevenção de acidentes de trabalho.

O Poder Judiciário, também vinculado aos Direitos Fundamentais segundo a teoria axiológica, igualmente tem a missão de fazer valer tais direitos, permitindo a plena eficácia das normas que têm como escopo a proteção à dignidade do ser humano.

Quanto ao Poder Legislativo, nos passos da teoria axiológica, cabe-lhe a missão de promover, através da legislação, os Direitos Fundamentais, confeccionando normas constitucionais ou ordinárias protetivas ao indivíduo em face de atos praticados por terceiros.

## 2.4 PROPORCIONALIDADE: ENTRE A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E A PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Durante o século XIX e parte do século XX, o princípio da legalidade dominou toda a teoria constitucional e civilista, encontrando no positivismo jurídico o seu expoente doutrinário. Nesse contexto ideológico, cabia ao Poder Legislativo falar em nome do povo, emitindo normas, nem sempre condizentes com a vontade popular e que, não raras vezes, deixavam de guardar grande preocupação com os Direitos Fundamentais, sem maiores reflexões acerca da constitucionalidade da emissão de tais atos normativos, uma vez que o princípio da legalidade fornecia o aparato necessário à elevação do Poder Legislativo ao máximo patamar, impedindo que este pudesse ser questionado acerca da adequação ao texto constitucional.

Em meados do século XX, máxime após o fim da Segunda Guerra Mundial, descortinado que foi o atentado contra a dignidade do ser humano pela prevalência do princípio da legalidade – que supedaneou todas as barbáries cometidas no holocausto –, o cenário ideológico modificou-se substancialmente.

O mesmo Estado alemão, que tinha no princípio da legalidade o seu meio expoente para justificar todos os atos arbitrários do poder legislativo, também foi o grande responsável<sup>16</sup>, na Europa, pela modificação hermenêutica que alçou o princípio da proporcionalidade ao patamar constitucional.

Após percuciente construção jurisprudencial comandada pelo então novel Tribunal Constitucional Federal, que já em 1958 tratou sobre a jurisprudência dos valores, passou a conceber os Direitos Fundamentais e até a própria Constituição como ordem axiológica que se irradia tal qual raios solares sobre todo o ordenamento jurídico, influenciando, principalmente, a atividade legiferante, não sendo esta, nesse contexto, absoluta e soberana, mas, ao revés, rendendo reverência ao texto constitucional, este sim, guardião de todos os valores pinçados da sociedade e formalmente consagrados.

Foi no citado *leading case* L $\ddot{u}$ th que o indigitado Tribunal Constitucional Federal primeiro se utilizou do princípio da proporcionalidade para sopesar os princípios constitucionais da liberdade de expressão e a privacidade, que, naquele caso concreto, colidiam.

Para tanto, utilizou-se o Tribunal do princípio da proporcionalidade, fazendo emergir uma teoria que possui efeitos recíprocos, entendendo que a lei tanto limita o direito fundamental, quanto à luz deste também é interpretada. Embora o alcance do princípio da proporcionalidade ainda não estivesse bem delineado na jurisprudência da Corte, fora utilizada, a partir de então em diversos julgados, tanto que Bonavides<sup>17</sup>, ancorado em Stern, afirmou que foram mais de 150 julgados tratando da aplicação do novo princípio da proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal, após o advento da Lei Fundamental de 1949.

Todavia, somente em 1971<sup>18</sup>, o referido Tribunal destrinchou o princípio da proporcionalidade, tratando da proibição do excesso do legislador, com a análise dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Deixava, segundo a Corte, o princípio da proporcionalidade, de ser um princípio adotado somente no Direito Administrativo, passando a ser implicitamente um princípio constitucional, em um contexto de Constituição aberta e material.

Se antes o referido princípio era utilizado somente para combater os excessos da Administração, quando do exercício do seu poder de polícia, a partir da construção jurisprudencial narrada, o aludido princípio passou a ser utilizado como norma implícita ao texto constitucional alemão e, portanto, apta a efetuar controle de constitucionalidade de atos legislativos infraconstitucionais emitidos pelo legislador e este, por seu turno, passava a ser vinculado aos valores constitucionalmente consagrados, estando proibido de praticar excessos legiferantes (*übermassverbot*).

Tal construção jurisprudencial foi de importância imensa para a edificação do controle de constitucionalidade e a compreensão da Constituição como norma ápice em um Estado de Direito.

Partindo da teoria alemã acerca do princípio da proporcionalidade, é possível encontrar a divisão deste em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que a medida administrativa ou legislativa resta adequada quando apta para o atendimento dos fins que a fundamentaram. Ou seja, analisa-se a relação entre fins e meios, sendo adequado o ato que

16 Aqui cabe a observação de Canotilho, quando informa que a “dimensão material do princípio não é nova. Já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na ideia britânica de reasonableness, no conceito prussiano de Verhältnismässigkeit, na figura de détournement Du pouvoir em França e na categoria italiana de acesso de potere. No entanto, o alcance do princípio era mais o de revelação de sintomas de patologias administrativas – arbitrariedades, exorbitância de actos discricionários da administração – do que o de um princípio material de controlo das actividades dos poderes públicos. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 268).

17 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408.

18 Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 409.



guardar pertinência com a finalidade perseguida.

Já no juízo de necessidade analisa-se se a medida adotada pelo Estado, dentre todas as possíveis, é a menos gravosa para o alcance objetivado. No dizer de Canotilho, o exame deve compreender: a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados<sup>19</sup>.

Já no que toca à proporcionalidade em sentido estrito, ultrapassadas as duas fases anteriores, cabe ao julgador ponderar se “o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à carga activa da mesma”<sup>20</sup>, sendo especialmente nessa fase necessária a farta argumentação jurídica, para que a vontade dos demais poderes não se faça substituir pela arbitrária vontade do Estado-juiz.

O princípio da proporcionalidade, concebido como proibição do excesso, encontrou previsão formal na Lei Fundamental alemã e inspirou o legislador constituinte português de 1976, tendo-se que a Carta lusitana contempla nos artigos 18º/2, 19º/4 e 166º/2 o referido princípio.

A Carta Política de 1988 não prevê formalmente o princípio em questão, mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o concebe como implícito no Texto Constitucional, vigente e necessário ao nosso Estado de Direito<sup>21</sup>, e, forte na lição de Bonavides, pode-se assegurar que o referido princípio, apesar de não existir formalmente na Constituição, existe “como norma esparsa” no Texto Constitucional, tendo-se que “a noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade- proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito”<sup>22</sup>.

Enquanto a Alemanha, país que tratou tardiamente sobre o controle de constitucionalidade, vinculava o princípio da proporcionalidade ao Direito Administrativo, mais especificamente no tocante ao controle dos excessos aos atos de poder de polícia da Administração, evoluindo para o controle de excesso em relação aos atos legislativos, os Estados Unidos há muito já tinham na cláusula do devido processo legal, inserida por meio das Emendas 5ª e 14ª, a certeza de que as normas emanadas pelo Poder Legislativo poderiam sofrer controle de constitucionalidade (*judicial review*), quando não guardassem razoabilidade, princípio este que estava implicitamente contido na referida cláusula do devido processo legal.

Vale lembrar que a referida cláusula passou por duas fases<sup>23</sup>. Na primeira, com caráter puramente processual, o princípio somente era voltado para as garantias penais processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa, os recursos e a possibilidade de citação no processo. Já na segunda fase, o devido processo legal, embora não tenha abandonado a sua versão clássica processual, passou a ser entendido sob a ótica substantiva, permitindo que o Judiciário pudesse efetuar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, ou seja, o próprio controle do mérito dos atos discricionários do legislador, encontrando o Judiciário fundamento na averiguação da compatibilidade em relação ao meio escolhido pelo legislador e os fins almejados, assim como na verificação da legitimidade dos fins, tendo afirmado Barroso, que “por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral do direito norte-americano”<sup>24</sup>.

Barroso e Bonavides concordam que ambos os princípios, que, no fim guardam simetria, são mais fáceis de serem entendidos do que conceituados<sup>25</sup>, mas aquele se arrisca, afirmando que a razoabilidade consiste

19 CANOTILHO, J.J. GOMES. Op. cit. p. 270.

20 Op. cit., p. 270.

21 Cf. SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 90-95.

22 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 434.

23 Muito embora Sarmento aponte, de forma mais preciosista, que o princípio do devido processo legal nos Estados Unidos, passou por três fases. Na primeira, “que se estendeu até o final do século XIX, atribuiu-se à cláusula um significado puramente procedimental (procedural due process of Law). [...] O princípio se restringia a uma dimensão puramente adjetiva, pois visava tutelar apenas os direitos das partes envolvidas nos processos: direito ao contraditório, à ampla defesa, à produção de provas, à assistência por advogado etc. [...] Essa concepção só foi alterada no final do século XIX, quando a Suprema Corte norte-americana, a partir de uma visão sacralizadora dos princípios do liberalismo econômico, passou a invalidar normas editadas e pelo Legislador que interferiam na liberdade de contratação e no direito de propriedade. [...] O prestígio desta teoria perdurou até a década de 30, quando ela se chocou frontalmente com a política intervencionista promovida, nos moldes keynesianos. [...] A partir a década de 30, o eixo do devido processo legal substantivo se transferiu das liberdades econômicas para os direitos fundamentais” (SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83-87).

24 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278.

25 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281, e

em “mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”. Trata-se, portanto, “de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”<sup>26</sup>.

Já para Ávila, que trata razoabilidade e proporcionalidade como postulados, esta “pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim”. Já em relação àquele, na “utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”<sup>27</sup>.

Sarmento doutrina que, embora os princípios da proporcionalidade e razoabilidade possuam “matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição”<sup>28</sup>.

## 2.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

Classicamente concebido como vedação ao excesso, modernamente o princípio da proporcionalidade é também enxergado sob nova ótica, assim entendida como a proibição da insuficiência, ou da proteção insuficiente, tese segundo a qual, na medida em que cabe ao Estado fomentar os Direitos Fundamentais, executando políticas públicas, ou, simplesmente, legislando sobre determinadas matérias, sem interferir excessivamente nos ditos Direitos, em um contexto de vedação ao excesso, também lhe cabe a necessária legislação protetiva, de forma ampla, para abarcar o máximo espectro fundamental protetivo, sob pena de ignorar a proporcionalidade pela insuficiência.

Ou seja, se o Estado não pode ser excessivo, também não lhe cabe ser omissivo ou insuficiente, deixando o cidadão à mercê da intervenção de terceiros em sua esfera privada, sem que haja medida impeditiva ou punitiva própria. No dizer de Canotilho, existe um “defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”<sup>29</sup>.

Nesse momento, é válido retomar a divisão dos Direitos Fundamentais a prestação nos sentidos material ou fático e jurídico, interessando tão somente este último para a análise do alcance do princípio da proporcionalidade como proibição da insuficiência, para posterior digressão acerca da omissão prestacional legislativa em relação ao direito à participação nos lucros e resultados e como deve se comportar o Estado-Juiz diante de tal realidade.

A contemporânea teoria dos Direitos Fundamentais defende que ao Estado cabe o dever de não violar tais direitos, assim como também a obrigação de proteger os titulares de tais em face dos danos e ameaças advindas de outros particulares, em um contexto de dimensão axiológica interpretativa da Constituição enquanto ordem de valores.

Dito dever de proteção se irradia para todas as esferas estatais e ganha principal relevo nas atividades legislativa, administrativa e judicial, que devem guardar o dever de promover todos os Direitos Fundamentais.

Encontra-se na doutrina de Alexy os direitos a proteção como legítimos direitos subjetivos do cidadão, assim entendidos como “direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”, ou “direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si”<sup>30</sup>.

O primeiro e notório caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal acerca do alcance do dever de proteção ocorreu em 1974, quando foi publicada lei estadual descriminalizando o aborto. Na oportunidade, já em 1975, a Corte, através de controle concentrado de constitucionalidade, decretou a invalidade da lei, dando ênfase ao direito à vida, consagrado na Lei Fundamental de Bonn, que tem início – segundo o julgado referido – já com o feto, a partir do 14º dia seguinte à concepção. Também entendeu o Tribunal como relevante o direito à privacidade da mulher grávida, mas este, por não ser absoluto, entraria em colisão com o direito à vida do

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392.

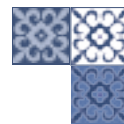
26 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

27 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172.

28 SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.87.

29 Op. cit., p. 273.

30 Op. cit., p. 450-451.



feto. Utilizou-se, portanto, do critério de ponderação e, tendo-se afirmado que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger a vida do feto, declarou-se a inconstitucionalidade da lei que descriminalizava o aborto, estabelecendo-se, no entanto, algumas exceções, a saber, quando houver risco à vida ou saúde da mãe, ou aborto eugênico. Com isso, firmou a Corte o entendimento segundo o qual “ao descriminalizar o aborto, o legislador teria violado o dever de proteção ao bem jurídico vida, ao qual estava adstrito”<sup>31</sup>.

Na referida decisão (BVerfGE 39,1 (Schwangerschaftsabbruch I), o Tribunal Constitucional Federal concluiu que:

o dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros (particulares). Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da Grundgesetz. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da Grundgesetz; é a base vital da dignidade da pessoa humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Em 1993 o referido Tribunal voltou a afirmar que o Estado tem o dever de proteção legislativa à vida, no segundo caso sobre o aborto (BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II) e na referida decisão restou firmado que:

o Estado deve adotar medidas normativas e de ordem fática suficientes para o cumprimento do seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva (proibição de insuficiência), com a consideração dos bens jurídicos em colisão. Para isso é necessário um conceito de proteção que combine medidas preventivas e repressivas.

Invocando o mesmo argumento da insuficiência da proteção por parte do Estado, o Tribunal Constitucional Federal em outras oportunidades reafirmou essa nova perspectiva do princípio da proporcionalidade, como na área da defesa contra o terrorismo (BVerfGE 46, 160, 163), em 1978, bem como no caso da proteção ambiental referente a ruídos provocados por aeronaves e centrais nucleares, apontando sempre a necessidade de o Estado emitir normas protetivas aos respectivos bens jurídicos.

Todavia, em 1993 (BVerfGE 203), o Tribunal Constitucional alemão voltou a tratar o tema aborto, apontando nova diretriz para a vedação à insuficiência de intervenção estatal na esfera privada, constituída em torno da desnecessidade de criminalização da interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação. Também se colhe o referido julgado que: “a proibição da insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente”<sup>33</sup>.

Após asseverar que a literatura especializada aponta como três as funções pertencentes à dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais – caráter de normas de competência negativa, necessário ao controle abstrato das normas; efeitos horizontal e de irradiação dos direitos fundamentais; dever estatal de tutela – afirma Schwabe que este último dever se refere ao “dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental, ou seja, de proteger o seu exercício contra ameaças de violação provenientes de particulares”. Também enfatiza o referido publicista que “a proteção se refere à ação a ser impetrada pelo Estado para a proteção ativa dos direitos fundamentais, em face das possíveis inobservâncias por particulares”. Finaliza, porém, pontuando que “o Estado é obrigado, pelo dever de tutela, derivado dos direitos fundamentais, a forçar a observância, a omissão de ação ameaçadora aos respectivos direitos fundamentais, provenientes de particulares”<sup>34</sup>.

Ao revés da maior parte da doutrina<sup>35</sup>, que põe o dever de tutela legislativa como direito prestacional vinculado à eficácia objetiva dos direitos fundamentais, defende o referido autor que do aludido dever estatal,

31 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2006, p. 131.

32 Em SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 267.

33 Em SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 276.

34 SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 84.

35 Sobre esse específico ponto, atente-se para o capítulo que trata da eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego, onde há uma forte revisão bibliográfica nesse sentido.

“se baseia numa situação de ameaça de alguns direitos, perpetrada por particulares, [nascendo para estes] uma posição jurídico-subjetiva que provoca o mesmo efeito próprio da função clássica dos direitos fundamentais de oferecer resistência contra intervenção lesiva de outrem”. E arremata dizendo: “trata-se da função de resistência ampliada àqueles casos nos quais os particulares passaram a ameaçar a liberdade tutelada. Esta função exige do Estado<sup>36</sup>, em suma, que ele aja contra as situações de ameaça de um direito fundamental”<sup>37</sup>.

Ou seja, o dever de tutela legislativa, além de ser um direito de defesa, igualmente conduz a um direito subjetivo a que o indivíduo seja protegido contra atos provenientes de terceiros, ou a uma ação positiva por parte do Estado.

Percebe-se, dessa forma, que não há um abismo tão grande entre direitos de defesa e direitos a prestações, sendo ambos capazes de gerar direito subjetivo, importando muito mais o nível de densidade normativa que cada um dos Direitos Fundamentais possui segundo a sua respectiva previsão constitucional.

Alexy, analisando ambos os direitos, pontua que a estrutura do direito a prestação é igual à do direito de defesa, no tocante à possibilidade de escolha (discricionariedade) do Legislador<sup>38</sup> e se utiliza de exemplo claro, afirmando que o “direito de proteção exige a utilização de ao menos um meio de proteção, (e) o direito de defesa exclui a utilização de todo e qualquer meio de utilização ou afetação negativa”<sup>39</sup>. Ou seja, em se tratando de direito de defesa, este somente será satisfeito e plenamente alcançado quando todos os meios de intervenção ao Direito Fundamental forem afastados; já para a satisfação do dever de proteção, é suficiente a realização de uma única ação adequada de proteção ou fomento; “se mais de uma ação de proteção ou de fomento é adequada, nenhuma delas é, em si mesma, necessária para a satisfação do dever de proteção ou de fomento; necessário é somente que alguma delas seja adotada”<sup>40</sup>.

Mais adiante o publicista informa que a distinção é acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal, quando entende que é dever do Estado proteger, mas a decisão de como proteger, compete ao legislador e não ao Poder Judiciário<sup>41</sup>. Este, quando da análise do controle de constitucionalidade, deve verificar primeiramente se o Estado adotou ao menos uma das medidas viáveis à proteção do Direito Fundamental, para posteriormente verificar se a medida adotada e escolhida pelo legislador atende ao fim perseguido e previsto na Constituição. Caso haja somente uma medida efetiva, o Estado deve adotá-la e, caso não o faça, terá falhado por omissão e ignorado o dever de proteção.

Nesse mesmo sentido, dispõe Sarmiento, quando discorre acerca da novidade da jurisprudência alemã, que vem adotando “o conceito da proibição da insuficiência (untermassverbot)”, afirmando que esta é violada quando “a ação protetiva dos poderes públicos fica aquém do patamar mínimo necessário à tutela dos direitos fundamentais”. Entretanto, chama atenção o autor referido, para o controle efetuado pelo Poder Judiciário, que “deve ser mais comedido do que o empregado na fiscalização da proibição do excesso, exatamente em razão do maior grau de discricionariedade de que, em regra, dispõe o Estado no desempenho de tarefas comissivas relacionadas à garantia dos direitos fundamentais”<sup>42</sup>.

Sem descurar desse mesmo raciocínio, Baltazar Júnior vem afirmar que:

na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função negativa de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição do excesso (übermassverbot), passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (untermassverbot), que determina a existência de deveres de proteção jurídico fundamentais, na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais, expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado<sup>43</sup>.

É de perceber, nesse trilhar, que o Estado, ao mesmo tempo em que possui dever de abstenção e de não intervenção, impedindo desarrazoadamente os Direitos Fundamentais, igualmente possui dever de promovê-los através de políticas públicas voltadas à efetivação material dos aludidos direitos, bem como através da

36 É interessante perceber, inclusive, que o citado autor possui avançada tese a respeito da responsabilidade do Estado quando este não protege o indivíduo como deveria, descumprindo o pacto social, a ser detalhada infra.

37 Op. cit., p. 86.

38 Op. cit., p. 463.

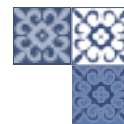
39 Op. cit., p. 462.

40 Op. cit., p. 462.

41 Isso também é relatado por Daniel Sarmiento (Direitos fundamentais nas relações privadas. Op. cit., p. 133).

42 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 133-134.

43 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 52.



confeção de normas jurídicas protetivas ao cidadão, sobretudo quando terceiros também são detentores de parcela de poder, como sói ocorrer nas relações laborais.

Essa forma de enxergar o dever estatal de tutela guarda intimidade com a clássica noção de existência do Estado<sup>44</sup>, cabendo a este a proteção do povo territorialmente em si localizado, que, em tese, abdica de parcela de liberdade e privacidade em prol da salvaguarda estatal. E, quando no passado o Estado proibiu a autotutela, chamou para si a obrigação de proteger o cidadão em face de atos de terceiros, nascendo nesse momento já o próprio direito a prestação estatal, procedimento e organização.

Vale dizer, se os Direitos Fundamentais são tidos como “determinações de objetivos estatais”<sup>45</sup>, também são compreendidos como direitos subjetivos à defesa contra atos de terceiros, atividade que deve ser promovida pelo Estado, através, sobretudo, da via legislativa.

Em outras palavras, a lição de Sarlet:

partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém lembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que - para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais, pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.<sup>46</sup>

Aparentemente a proibição da insuficiência é contrária à proibição de excesso, mas essa é uma impressão apenas primária, pois, se se firmar a lente por onde ambas são observadas, fácil será perceber que as duas são faces da mesma moeda.

Se há proibição de excesso, significa dizer que há dever de tutela, pois, se assim não fosse, seria impossível haver excesso, o que demonstra que ambos os conceitos estão mesmo inseridos no princípio da proporcionalidade, que, em linhas gerais, funciona como remédio, deve ser ministrado na exata dose, nem mais, nem menos. E essa dosagem é feita, em um primeiro momento, pelo Estado-Legislador ou Estado-Administração, mas, quando estes falham, em excesso ou em falta de seu dever, cabe ao Estado-Juiz administrar a dose exata de tal “remédio”, valendo afirmar mais uma vez que o Judiciário também é atrelado objetivamente aos Direitos Fundamentais. A simples interpretação que esvazia o conteúdo jurídico-fundamental, por si só, atenta contra os valores constitucionalmente estabelecidos.

Baltazar Júnior, após chegar à mesma conclusão, reafirmou o direito subjetivo à proteção, pontificando que “os direitos de defesa são, então, protegidos por meio dos deveres de proteção, que servem para uma intensificação de sua força de validade”. Ou seja, direitos de defesa e à prestação “funcionam como garantias estatais da liberdade em dois diferentes níveis ou momentos diversos, mas, de certa forma, complementares”<sup>47</sup>.

### 3. A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS, RESULTADOS E O ESTADO INEFICIENTE

Não se poderia falar sobre a ineficiência estatal antes de analisar, ainda que rapidamente, a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, pois isso é falar sobre a própria evolução da ideologia constitucional social.

Sabe-se que os primeiros Direitos Fundamentais Sociais surgiram formalmente nas constituições mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919, respectivamente, mas, tais direitos trouxeram consigo um ranço em relação à eficácia, porquanto, à época, vigorava a interpretação segundo a qual os Direitos Sociais possuíam

44 À mesma conclusão igualmente chegou Luciano Martinez (op. cit., p. 113): “o dever geral de efetivação está associado ao monopólio estatal do exercício da força. Com isso, deseja-se dizer que, diante da vedação à autotutela, não se pode esperar a concretização compulsória de qualquer outro sujeito que não seja o próprio Estado. Ele – em qualquer um dos seus poderes – está juridicamente vinculado à materialização das providências ou deveres de proteção”.

45 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 53.

46 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 27/01/2013.

47 Op. cit., pp. 60-61.

apenas eficácia programática, servindo, apenas, como norte para o legislador, informando a elaboração de normas infraconstitucionais.

Como se viu alhures, o Estado Social modificou o paradigma ideológico, transmudando também a interpretação acerca da eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais; pois, se antes estes eram tidos como normas de eficácia programática, a partir de então, passaram a ser interpretados à luz da sua máxima eficácia, possuindo auto-aplicabilidade.

Vale transcrever a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável.<sup>48</sup>

Mesmo acreditando que todas as normas constitucionais são guiadas pelo princípio da máxima eficácia,<sup>49</sup> não se pode ignorar que algumas normas possuem baixa densidade normativa, como, por exemplo, a norma presente no artigo 7º, XI da CRFB/88, requerendo regulamentação infraconstitucional, já estabelecida através da Lei n. 10.101/2000, que remete a participação nos lucros e resultados ao pleno e livre exercício da autonomia, individual ou coletiva das partes.

O problema surge quando as partes se esquivam, no panorama individual ou coletivo, de firmar livremente o modo da participação nos lucros e resultados, permanecendo o trabalhador sem base para o usufruto do Direito Fundamental Social.

Essa confortável omissão é permitida pela legislação regulamentadora, tendo-se que a Lei n. 10.101/2000, a fim de tratar sobre o modo de exercício do Direito Fundamental, apenas remeteu à autonomia privada a possibilidade de tratamento do aludido Direito. Nesse trilhar, percebe-se claramente que o Estado-Legislator, tendo agido dessa forma, restou ineficiente, ignorando o seu dever de proteção ao cidadão trabalhador, pois a Carta Política possui ordem específica, determinado que o legislador ordinário disponha sobre o modo de participação nos lucros e resultados, mas a aludida Lei não foi capaz de tanto. Ao revés, além de não ter dito como se dará a participação nos lucros, ofendendo o regramento constitucional, a legislação ordinária ainda remeteu tal possibilidade à autonomia privada, individual ou coletiva, que, inerte, fecha o ciclo da ofensa ao dever prestacional, retratando que o Estado-Legislator ignorou completamente o princípio da proibição à insuficiência.

Tendo havido omissão do legislador e das partes, deve o juiz intervir, resolvendo a lide que lhe foi submetida, ofertando o Direito Fundamental à parte que o solicita ao Estado, utilizando-se, para tanto, do princípio da proporcionalidade<sup>50</sup> e da analogia com outras fontes do Direito do Trabalho.

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Carta Política de 1988, não é crível que um Direito Fundamental Social permaneça dependente de uma legislação infraconstitucional e, o que é pior, ao livre talante da autonomia privada (relembre-se que esse não foi o desiderato da Carta Política); pois, pensar assim é ignorar por completo o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais e da própria supremacia da Constituição.

Decidir o caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, estabelecendo como se dará a participação nos lucros e resultados não é invadir a esfera do Poder Legislativo, mas sim não perder de vista que quando a Constituição estabelece a divisão dos poderes, o faz pensando em um Estado como um todo, apenas dividido em funções, que são preponderantemente observadas em relação a cada Poder.

A intervenção do Poder Judiciário é necessária e requer coragem para ir de encontro, ao que parece, a um entendimento conformista, buscando-se efetivar Direito Fundamental constitucionalmente assegurado, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

os direitos sociais (mesmo os de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta, autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação. Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.<sup>51</sup>

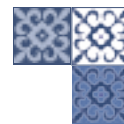
48 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 244.

49 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., passim.

50 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 12.

51 Op. cit., p. 306.





À falta de norma própria e apta a servir de base para a resolução do caso concreto, necessária se faz a utilização da analogia com outras normas coletivas semelhantes, a exemplo das convenções coletivas dos bancários e petroleiros, que tão bem fixam o que vem a ser lucro ou resultado, indicando como será efetuada a participação dos trabalhadores. É necessário, para tanto, que o Magistrado fixe prazo para que a empresa junte os documentos necessários à análise dos lucros e resultados, pois assim agindo não perderá de vista o princípio do devido processo legal; tudo muito bem fundamentado, pois a fundamentação das decisões judiciais é uma característica do princípio democrático, tendo-se que tal exigência se mostra “muito mais necessária e mito mais complexa nos casos em que estão em jogo conceitos indeterminados ou quando o caso envolve as chamadas lacunas da lei, ou, ainda, quando se decide com fundamentos em outros precedentes”<sup>52</sup>.

Dessa forma, igualmente será observado não só o princípio da máxima eficácia dos Direitos Fundamentais e da supremacia da Constituição, mas também se interpretará a Constituição como ela deve ser interpretada, conforme os seus próprios valores e, sobretudo, à luz do valor social do trabalho<sup>53</sup>, que alimenta e informa todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Não se pode olvidar, também, que o Poder Judiciário, assim como todos os outros poderes constituídos, em um contexto de eficácia objetiva, é diretamente vinculado aos Direitos Fundamentais, que servem como verdadeiros valores, atuando como norte para interpretação do próprio Texto Constitucional<sup>54</sup>.

O legislador infraconstitucional, ao tentar regulamentar o artigo 7º, inciso XI da CRFB/88 deixou de cumprir a própria diretriz constitucional, porquanto a norma ordena que o direito a participação nos lucros e resultados seja regulamentado por lei e esta apenas remeteu o direito social ao livre exercício da autonomia privada ou coletiva, e quando esta não é plenamente exercida, há um verdadeiro esvaziamento do próprio Direito Fundamental, em contraposição à diretriz traçada no parágrafo 1º do artigo 5º do Texto Constitucional.

Diante da inércia do Legislador, que atuou com incompletude normativa, ignorando o seu dever de proteção, não há outra solução senão a resolução do conflito pelo Poder Judiciário, quando as partes também restam inertes, afastando-se do exercício da autonomia privada individual ou coletiva necessária, nesse caso.

Para a resolução de tal conflito, no caso concreto, além da via da analogia da qual já se falou ao norte, poderá também se valer o Magistrado do critério da ponderação de bens constitucionalmente assegurados, pois há evidente conflito entre o princípio da propriedade, ou autonomia privada e o princípio da função social da propriedade, este robustecido pelo valor social do trabalho, que prevalece, pois a “Constituição laboral é um acordo entre as partes constituintes no sentido de privilegiar, valorizar o trabalho, enquanto elemento essencial à realização da dignidade humana”<sup>55</sup>.

Alexy, falando sobre as restrições aos direitos fundamentais, nos explica que: “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”.<sup>56</sup> Nesse trilhar, diante da colisão já aludida, mesmo tendo-se que ambos os princípios, em tese, possuem o mesmo peso, no caso concreto, deverá prevalecer a função social da propriedade, guiada pelo valor social do trabalho que é conteúdo axiológico informador de todas as normas constitucionais sociais.

#### 4. CONCLUSÃO

Como arremate, nunca é demais lembrar que aquele Poder Judiciário que se ativava como “a boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>57</sup> ficou para trás. Quando o Poder Legislativo resta inerte, ou desenvolve sua função com incompletude, menosprezando o seu dever de proteção, abre-se espaço para novas interpretações e aplicações normativas, a fim de se garantir a máxima eficácia da Constituição, assegurando a sua força normativa e o princípio da proibição da insuficiência.

O Direito Fundamental Social à participação nos lucros e resultados não pode mais permanecer ao livre talante da vontade de uma das partes (empregador), merecendo tratamento condizente à sua condição, para que o intérprete não perca de vista o próprio valor social do trabalho.

#### 5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros,

52 SOUZA, Wilson Alves de. Sentença Civil Imotivada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 121.

53 MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012, passim.

54 STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

55 Op. cit. p. 136.

56 Op. cit., p. 296.

57 MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Editora Saraiva. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 2000, p. 55.

2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

GOMES, Fábio Rodrigues. Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 27/01/2013.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.

\_\_\_\_\_. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Wilson Alves de. Sentença Civil Imotivada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

desobrigado de observar e fazer observar as normas que pertinem ao cumprimento das tarefas que ele comete ao trabalhador dentro do terminal privativo. Neste sentido é clara a Norma Regulamentadora 29, item 29.1.4.1., letra c.

Por outro lado embora o art. 15 da Lei 8.630/93 preveja que ao comandante da embarcação caiba dar instruções acerca do serviço de movimentação de carga a bordo é preciso ressaltar que este dispositivo apenas atribui, também ao Armador, representado pelo comandante que age, nos termos da lei, como seu substituto processual, ou a Agência Marítima, iguais responsabilidades que não excluem aquelas do OGMO e do Operador Portuário. Em decorrência, havendo solidariedade pode o trabalhador ajuizar a demanda contra qualquer um dos obrigados ou contra os dois, como fez o reclamante.

Por tais fundamentos, os reclamados, têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda e devem responder solidariamente por eventual condenação imposta.

## DAS PRETENSÕES AUTORAIS

Trata-se de pedido de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de acidente de trabalho sofrido pelo trabalhador.

Não há qualquer controvérsia, quanto a tais fatos, vale dizer, o autor estava laborando, quando sofreu acidente de trabalho.

A tese defensiva está ancorada na ausência de culpa dos demandados no evento danoso.

Entretanto, a legislação vigente tende a agasalhar a responsabilidade objetiva em tema de reparação civil, especialmente quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme dispõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, admitindo, assim, no âmbito do Direito do Trabalho, a teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco.

No caso dos autos, não há dúvida de que a atividade profissional desempenhada pelo reclamante era de risco, pois o autor laborava em área de porto, realizando serviços de estivador.

O Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Cláudio Brandão, em sua obra “Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador”, assim leciona:

O primeiro obstáculo a ser solucionado diz respeito ao preceito contido no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que vincula o dever de reparação à necessidade de prova da ação dolosa ou culposa do empregador, adotando, por assim dizer, a responsabilidade subjetiva, como afirmado e se vê, in verbis:

(...)

Preocupação em torno é externada por Pablo Stolze Galiano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem a regra tem especial aplicação nas relações empregatícias, em face da possibilidade concreta da maior probabilidade de dano ao empregado. Reconhecem tratar-se de intrincada questão de natureza jurídica, a tal ponto que eles próprios possuem posições diametralmente opostas, como relataram em nota de rodapé da obra referenciada (nota n. 14, p.275), embora tenham adotado o posicionamento conclusivo quanto à responsabilidade de natureza objetiva.

(...)

Nessa peleja, todavia, a razão se encontra com Rodolfo Pamplona Filho e vários são os fundamentos que podem ser utilizados. O primeiro deles, a partir do próprio Texto Constitucional, especificamente a parte final do caput do artigo 7º, que qualifica como mínimos os direitos enumerados nos seus diversos incisos, autorizando que outros possam ser acrescidos, desde que tenham por finalidade a melhoria da condição social do trabalhador.

Significa afirmar que os direitos do trabalhador elencados na Carta Constitucional representam o conjunto básico ou mínimo de proteção ao empregado, ao qual se somam outros, desde que atendido o pressuposto nele também previsto, como se observa na regra transcrita novamente:

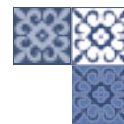
Art. 7º - (...)

Não há dúvida de que essa melhor condição social é obtida quando se abraça a responsabilidade sem culpa naquelas atividades desenvolvidas no empreendimento que o expõe a um risco considerável, anormal, extraordinário.

Aliás, seria um contra-senso admiti-la para o cliente do estabelecimento, por exemplo, na condição de terceiro alcançado pelos efeitos do ato praticado, e negá-la ao empregado, que nele atua cotidianamente, estando muito mais sujeito, potencialmente, ao risco.

(...)

O legislador constituinte quis assegurar ao trabalhador um catálogo mínimo de direitos, o qual pode ser, e de fato é, ampliado por outros previstos nas mais variadas fontes, autônomas (convenções ou acordos coletivos, etc.) ou heterônomas (leis, sentenças normativas, regulamentos empresariais unilaterais, etc)” (Brandão, Cláudio, in ‘Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador’, Editora LTr, 2ª Edição, páginas 269-271 – os grifos são meus).



No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA (PRINCIPAL). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSÃO MENSAL (DANO MATERIAL). ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O Tribunal Regional, após analisar minuciosamente as provas constantes dos autos, concluiu que restou comprovada a culpabilidade do empregador no acidente ocorrido com o reclamante, e que a regra contida no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que atribui ao empregador o dever de indenizar dano decorrente de acidente de trabalho na hipótese de dolo ou culpa, não exclui a possibilidade da reparação do dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do atual Código Civil. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1018/2006-028-12-00.2, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 18/02/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 20/02/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. Agravo de Instrumento provido, para determinar o processamento do Recurso de Revista, pois reconhecida divergência jurisprudencial. RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. A responsabilidade do Empregador que explora atividade de risco, em caso de acidente de trabalho, é objetiva. Logo, uma vez comprovado o nexo causal entre o evento danoso e as funções desempenhadas pelo Reclamante, desnecessária a demonstração de culpa ou dolo da Reclamada. Recurso de Revista conhecido e não provido (RR - 1751/2006-117-08-40.8, 2ª Turma, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DEJT 21/11/2008).

Com efeito, não há como não reconhecer que a atividade na área portuária é de risco, sobretudo quando executada no serviço de estiva que é a atividade do avulso sempre executada no interior do navio, seja no convés, seja nos porões.

A Lei 4.860, de 26 de novembro de 1965 criou o adicional de risco na área portuária por considerar, o legislador, que o serviço portuário sujeita o trabalhador a risco de vida.

No caso da estiva, em que todo o serviço de movimentação de mercadoria e sua arrumação se fazem em locais com pouca possibilidade de evasão, áreas restritas para deambulação, mais ainda ressalta a natureza de risco insita a essa atividade.

Ressalto que o autor trabalhava no porão do navio RIO NEGRO, no embarque de tubos de ferro, quando uma das cintas de segurança se rompeu, e um tubo de 4.700 kg (sim, quatro mil e setecentos kg) vinha em sua direção tendo então o vindicante se jogado em um tubo já embarcado atingindo sua nuca, causando traumatismo buco maxilo facial.

Só pela descrição do acidente, salta aos olhos que a atividade do autor É DE RISCO mais do que acentuado e que a responsabilidade dos demandados é objetiva.

Nada obstante e, ainda que não perfilhada tal tese, restou mais do que provada nos autos a culpa dos demandados no evento danoso.

Os fatos já descritos e agora de forma mais detalhada, SÃO INCONTROVERSOS, constam ainda da CAT e foram corroborados pela prova oral colhida (fls. 321).

A segunda demandada, quando da operação de embarque de tubos de ferro, utilizava, para içamento da carga, cinta de segurança com capacidade para 2,8 toneladas enquanto que o embarque era de 4,7 toneladas, como devidamente comprovado (vide fls. 321).

Vale dizer, cada tubo de metal sustentado pela fita/cinta, pesava cerca de 4700 kg COM O PESO GRAVADO NA PEÇA, sendo que a fita/cinta que se rompeu com a carga que vinha em direção ao autor tinha capacidade para sustentar 2700 kg.

Diante de tais fato, não há dúvida de que o autor teve sorte, mas muita sorte, por estar vivo, contou com a proteção Divina e só com esta, eis que diante da mais absoluta NEGLIGÊNCIA dos demandados ao permitirem o labor em tais condições, de extremo risco para o trabalhador, o acidente poderia ter sido bem pior.

Óbvio, ululante que a fita/cinta utilizada para içamento deve ter capacidade para suportar a carga, vale dizer, a cinta que prende os tubos deve ser adequada à tonelagem dos objetos movimentados e não metade da tal capacidade, possibilitando que diante do excesso de carga incompatível com a capacidade de sustentação haja o rompimento da fita e daí ocorram acidentes de trabalho graves como o sofrido pelo autor.

E o ilustre patrono do segundo reclamado ainda afirma textualmente que “CUMPRIU SEU DEVER DE PREVENÇÃO DE RISCOS, TENDO REALIZADO, ANTES DA ATIVIDADE, DIÁLOGO DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO...”.

Não basta “diálogo”.

Diante de tal assertiva, com a devida vênia, me parece que o segundo demandado apresentou defesa “padrão”, não observando a realidade fática dos autos.

Em bom e claro português.

Permitir que os trabalhadores movimentem mercadorias de quase cinco mil kg utilizando cintas de segurança com metade da capacidade de sustentação da carga é NÃO OBSERVAR, EM MUITO, as regras de segurança e proteção ao trabalho. É permitir que os trabalhadores se submetam a uma roleta russa; é contar somente com a sorte.

É a lógica do absurdo, do desrespeito à vida humana.

Nesses tempos de vida líquida de que nos fala Bauman e capitalismo sólido, o bem que deveria ser a medida de todas as coisas, passa a ser “apenas” mais uma “coisa” totalmente negligenciável. Aqui, lembrei-me de Antoine de Saint-Exupéry;

Apesar da vida humana não ter preço, agimos sempre como se certas coisas superassem o valor da vida humana.

Flagrante, assim, o descumprimento de normas de segurança que competiam aos demandados.

Das empresas, por sua função social, exige-se uma conduta pró-ativa de antecipação dos riscos minimizando, ao limite do mais do que possível, os riscos para os trabalhadores e sua higidez física.

E se a conduta do tomador de serviço negligente não teve manifesta intenção de lesar o trabalhador, teve, SIM, a toda evidência, a intolerável indiferença em face dos mais do que previsíveis riscos da atividade laborativa prestada em condições ABSOLUTAMENTE inadequadas, conforme já exaustivamente demonstrado.

Neste contexto, revela-se evidente o dever de indenizar por parte dos demandados.

Registro que o autor sofreu “*traumatismo facial severo, com fraturas extensas no terço médio da face*”, sendo submetido a cirurgia e ficando afastado do trabalho por noventa dias. Tudo devidamente comprovado pelo laudo acostado aos autos (fls. 38).

Não há dúvida, pois, que o autor sofreu sim gravames de ordem moral e material.

O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo.

Deve-se ter em mente ainda o princípio da razoabilidade acautelando-se o magistrado para que a indenização não se imponha de forma desproporcional a lesão sofrida.

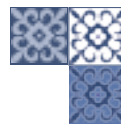
Não ultrapassando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em mente, ainda, o do não enriquecimento sem causa, o desgaste emocional causado ao trabalhador acidentado, deve ser compensado, mediante o prudente arbítrio do julgador, que deve decidir segundo a própria consciência e as regras de experiência ameadas ao longo da vida.

Considerando todas as diretrizes enfocadas, sem olvidar a sólida capacidade econômica dos demandados e TODAS as circunstâncias que envolvem o acidente, arbitro a indenização em epígrafe em R\$300.000,00 (trezentos mil reais), a qual considero estar em consonância com os parâmetros de razoabilidade, reparando, com justiça, os danos sofridos e atendendo, ainda, ao caráter punitivo e pedagógico da sanção, para que os demandados sejam EM MUITO, mais diligentes para com a vida dos trabalhadores, que laboram em situação de risco extremo. A pretensão deferida alcança os pleitos elencados nos itens 02 (parte final) e 04.

Mero corolário é o deferimento da indenização por danos materiais decorrentes dos dias que o demandante não pôde trabalhar em razão do acidente sofrido.

O valor da indenização a tal título fica deferido como vindicado no importe de R\$33.000,00 (trinta e três mil reais).

Defiro a assistência judiciária ao reclamante, ante a declaração expendida na peça de ingresso, nos termos do artigo 790, § 3º do texto consolidado, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 10.537/2002 e artigo 2º parágrafo único da Lei 1.060/50, que compreende a isenção de honorários advocatícios, sendo certo que a declaração firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira, na forma do artigo 1º da lei 7.115/83. O corolário é o deferimento da verba honorária, no importe de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 11 da Lei 1.060/50 e enunciado 219, in fine do Colendo TST, que dispõe ser devida a verba honorária na hipótese da parte encontrar-se em situação



econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Deferida, pois, a assistência judiciária, devida a verba honorária, nos termos do referido verbete sumular. Entendimento em consonância com a súmula 450 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe com meridiana clareza, in verbis:

SÃO DEVIDOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO SEMPRE QUE VENCEDOR O BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA.

### **3-DISPOSITIVO**

Do exposto, julgo PROCEDENTES os pedidos vindicados nesta ação indenizatória proposta por SEBASTIÃO SOARES TONONI contra ORGÃO GESTOR DE MÃO-DE-OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO DO PORTO ORGANIZADO DO ESPÍRITO SANTO-OGMO e TERMINAL DE VILA VELHA S/A condenando os reclamados, em liame de solidariedade, a pagarem ao autor, no prazo de oito dias, as verbas deferidas na fundamentação que a este *decisum* integra para todos os fins, nos termos e limites nela consignados.

Devida a verba honorária advocatícia, no importe de 15% do valor da condenação.

Juros de mora incidentes desde a data do ajuizamento da ação, na forma da lei. A correção monetária deve ser aplicada com índice do primeiro dia do mês subsequente ao da prestação de serviços, ou da exigibilidade da prestação, na forma da Súmula 381 do C. TST.

Aplicável, quanto aos danos morais, a Súmula nº 439 do Colendo TST que assim dispõe: DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. *Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.*

As verbas deferidas possuem natureza indenizatória conforme entendimento já sedimentado pelo STJ.

Custas pelos reclamados no importe de R\$7.600,00, calculadas sobre R\$380.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

Dê-se ciência as partes.

Diante do reconhecimento de culpa dos demandados no acidente sofrido pelo autor, dê-se ciência também ao INSS.

Dê-se também ciência ao Douto MPT.

Em Vitória,

Aos catorze dias do mês de agosto de 2013.

ADRIANA CORTELETTI PEREIRA CARDOSO  
Juíza do Trabalho

## VARA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DE COLATINA-ES

Proc. Nº 0125400-73.2012.5.17.0141

Desembargador Relator  
**ADRIANA CORTELETTI PEREIRA  
 CARDOSO**

ACÓRDÃO  
 (4ª Turma)  
 Recurso Ordinário  
 nº 0125400-73.2012.5.17.0141

Vistos e bem examinados os autos, passo a proferir a seguinte

**SENTENÇA****1- RELATÓRIO**

VALDEREZA TCHESKIANA ELIAS MIGUEL devidamente qualificada na inicial, ajuizou reclamação trabalhista contra RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA aduzindo, em síntese, que foi admitida pela reclamada em 04/07/2006 para exercer a função de vendedora; que inicialmente recebia em média R\$2.000,00 (dois mil reais) por mês a título de remuneração, exclusivamente a base de comissões; que laborou até 07/10/2011, postulando a declaração da resolução contratual em razão de inexecução faltosa das obrigações contratuais por parte da empregadora eis que, a partir de 2010, passou a ser assediada sexualmente pelo gerente Sr. Ricardo Gabriel; que, desconcertada e constrangida com o comportamento do referido Sr., comunicou o assédio sexual que vinha sofrendo à gerência regional, sendo que, para sua surpresa e frustração, nenhuma providência foi adotada persistindo a conduta repulsiva do referido gerente, a quem era subordinada; que por esquivar-se das investidas do gerente, tendo- o repreendido em alto tom quando o mesmo tentou beijar seu pescoço passou a ser por ele perseguida, repreendida, humilhada, alvo de xingamentos na frente dos demais empregados; que foi então, remanejada para a organização da secção “Eletrinho”, para atuar sozinha em tal atividade, antes desempenhada por três empregadas; que tal fato ocasionou redução drástica de sua remuneração de R\$2.000,00 (dois mil reais) em média, para R\$645,00 (seiscentos e quarenta e cinco reais) eis que pouco tempo lhe sobrava para atuar como vendedora; que a permanência do liame laboral em tal contexto, tornou-se insuportável, não tendo mais forças para trabalhar, eis que a conduta do empregador minou sua integridade e estabilidade emocionais o que inclusive acarretou sua internação hospitalar em razão de crise nervosa; que comunicou à empregadora tal situação, sendo que esta de forma indiferente e sarcástica perante outros empregados lhe disse que “*se não estivesse bom, que pedisse demissão*”, que foi então compelida a fazê-lo, embora estivesse em gozo de estabilidade provisória, conforme previsão convencional, sendo certo que o pedido de demissão é nulo, por tudo o que foi narrado e na forma do artigo 500 da CLT; que sofreu gravame de ordem moral e que laborou em regime de sobrejornada sem a percepção da respectiva contraprestação salarial.

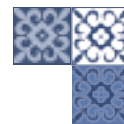
Postula os direitos elencados às fls. 13/14.

Com a inicial foram colacionados a procuração e os demais documentos de fls. 15/108 e 114.

Proposta conciliatória inicial rejeitada.

A reclamada ofereceu resposta escrita, sob a forma de contestação (vide fls. 116/131), pugnando pela improcedência dos pedidos vindicados.

Juntou aos autos procuração e demais documentos às fls. 132/413.



Valor da causa o da inicial.

Manifestação autoral às fls. 414/419.

Produzida prova documental e testemunhal (fls. 484, 503/504).

Razões finais orais remissivas.

Derradeira proposta conciliatória rejeitada.

É a lide, no essencial.

Tudo bem visto e examinado, decido.

## **2- FUNDAMENTAÇÃO**

Declaro prescritos eventuais créditos cuja exigibilidade seja anterior a 03/07/2007.

### **DO DANO MORAL – DO ASSÉDIO SEXUAL**

O assédio sexual é uma doença social muito antiga, que é vista, porém, na sociedade contemporânea, sob uma nova roupagem. É, na expressão de *Michael Rubinstein*, lembrado por *Pinho Pedreira*, “*um termo novo para descrever um velho problema*”.

Em relação à denominação hoje consagrada, ela corresponde ao termo inglês “*sexual harassment*”, que também traz, em si, a ideia de insistência – reiteração – nas propostas – “convites” – para a prática de ato com conotação sexual (ainda que haja resistência expressa a eles), o que é um elemento necessário para sua caracterização.

O fenômeno, porém, é tão universal, que quase todos os idiomas mais falados no mundo trazem uma expressão própria para sua identificação.

Alguns autores equiparam o assédio sexual ao uso medieval do *jus primae noctis* (direito à primeira noite), que obrigava as recém-casadas a passarem a noite de núpcias com o senhor do lugar, havendo decisão, de 1.409, da França, declarando ilícita essa prática (Semanário Francês Le Point Paris, n.1.010, 25. ene. 1992, p.63-69, apud HUSBANDS, Robert. Análisis internacional de las leyes que sancionam el acoso sexual. Revista Internacional del Trabajo, Ginebra, 1993, v.112, n.1, p.133).

O assédio sexual é conceituado, portanto, como toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.

O assédio manifesta-se também pelo uso de palavras de natureza sexual, escritas ou verbais, que resultem hostis, humilhantes ou ofensivas e por condutas físicas de natureza sexual, indesejadas ou ofensivas para quem as receba.

Destarte, quatro são os elementos caracterizadores básicos do assédio sexual: sujeitos, agente (assediador) e destinatário (assediado); conduta de natureza sexual; rejeição à conduta do agente e reiteração da conduta. No Direito pátrio, o assédio sexual, no âmbito das relações de trabalho é tipificado como crime, como dispõe o artigo 216 - A do Código Penal, *in verbis*:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.” (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)  
 Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)  
 Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)  
 § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Também há regramento em Lei federal sobre tal matéria - Lei nº 11.948/09 que, ao constituir fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES assim dispôs, sobre tão odiosa prática:

4º - Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

Sobre tão delicado tema, cabe registrar que não se pode negar que dentro do ambiente laboral possam existir



flertes e galanteios entre colegas de trabalho o que não é incomum afinal, como já filosofou Nietzsche, somos Humanos, demasiadamente humanos! Certo é que a convivência diária pode trazer afinidades, inclusive de caráter amoroso ou sexual entre as pessoas, que podem ser correspondidas ou não.

Contudo, não se pode confundir a tentativa saudável e civilizada de aproximação para fins de envolvimento amoroso ou puramente sexual entre pessoas que atuam no mesmo ambiente de trabalho, com a conduta reiterada, inconveniente, constrangedora e abusiva, que extrapola o limite do comportamento meramente extrovertido e invade a integridade psíquica da vítima, aviltando a sua dignidade e degradando o seu ambiente de trabalho.

Nesse sentido, lapidar é a lição de Ernesto Lippman, que com percuciência, discorre: *“há três elementos que separam a ‘paquera’, ou ‘cantada’, do assédio: a chatice, insistência e o uso do poder como forma de coerção.”* (in Assédio Sexual nas relações de trabalho: danos morais e materiais nos tribunais após a Lei n.º 10.224; São Paulo: LTr, 2001, p. 18, os grifos são meus). Ou seja, entre elogios e galanteios e linguagem e comportamento chulos, inoportunos, de mau gosto, constrangedores há uma enorme distância.

Por se tratar de matéria que inclusive pode acarretar sanções no âmbito penal, já que, a conduta é CRIMINOSA, os elementos de prova nem sempre são visíveis e de fácil constatação, até porque o assédio sexual, via de regra, costuma ocorrer de maneira velada ou dissimulada, sendo que o perfil da reclamante se enquadra apropriadamente como o maior grupo de vítimas deste tipo de conduta: mulher jovem, bem apessoada, no início da carreira.

Pois bem, feitas tais digressões, registro que na hipótese vertente, não há qualquer dúvida de que a autora foi vítima de assédio sexual e que este sequer ocorreu de forma sutil ou dissimulada.

Restou sobejamente provado nos autos que o gerente da empresa, valendo-se de sua condição de superior hierárquico, assediava sexualmente a autora e as demais empregadas.

Apesar da inadequação dos termos os transcrevo literalmente para descrever a odiosa, constrangedora e humilhante situação vivenciada pela reclamante.

O Sr. Ricardo Gabriel Faria, gerente de loja, de forma reiterada, persistente, insistente e inadequada “apresentava conduta de dar tapas na bunda de determinadas funcionárias (fls. 490), levantar até a barriga a blusa das prestadoras de serviços, proferindo declarações de conotação sexual como “gostaria de ter essa barriguinha lá em casa” (verso de fls. 490); jogar algumas empregadas no chão, chamando-as de ‘cavala’ (verso de fls. 491); dar beliscões nas nádegas de funcionárias (verso de fls. 491); chamar com contorno sexual algumas empregadas de ‘delícia’ (verso de fls. 491); passar a mão na bunda de certas funcionárias (fls. 492); dar beijinhos no pescoço de suas subordinadas (verso de fls. 492), abraçar certas empregadas por trás durante o expediente de trabalho (verso de fls. 492) e; colocar-se ‘em cima’ de empregada no chão da cozinha do estabelecimento (verso de fls. 492).

A testemunha Juliete (vide depoimento de fls. 503, verso), também declarou ao Juízo, que o gerente, Sr. Ricardo Gabriel Faria, tratava as empregadas de forma inadequada, apalpando-lhes as nádegas, dando beijos no pescoço e fazendo piadinhas, relatando ainda que “a reclamante, após falar alto com o gerente quando o mesmo beijou seu pescoço, passou a ser perseguida, havendo determinação para que fizesse sozinha limpeza de locais cuja tarefa deveria ser dividida entre os demais empregados; que o gerente passou a falar alto com a reclamante, na frente de clientes, passando a tratá-la com xingamentos”.

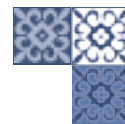
Na mesma linha às fls. 491 verso *“que as funcionárias Poliana, Fátima e Valdereza, em razão de repudiarem o comportamento do referido gerente, vêm sofrendo humilhações e xingamentos, por meio de altos gritos, no estabelecimento da Ricardo Eletro; que atualmente o referido gerente vem promovendo reuniões, aos sábados, por volta das 07:00h, a pretexto de tratar do trabalho das vendas, mas que, na prática, vem ocorrendo críticas, com xingamento aos funcionários, dizendo que, embora tenha empregados que não goste dele, é o referido gerente quem manda na loja, utilizando a expressão ‘a loja é minha’ para demonstrar a sua superioridade hierárquica em relação aos funcionários”.*

Desconheço ambiente tão inadequado de trabalho.

A prática da reclamada é medieval, desrespeitando princípios elementares, não somente jurídicos, como também éticos, do que tratarei a seguir, mas olvidando-se do básico que a ninguém é dado desconhecer: ONDE SE GANHA O PÃO, NÃO HÁ QUE SE PENSAR NA CARNE.

É lamentável constatar que no limiar do terceiro milênio, no descortinar da pós-modernidade, na era da velocidade, num momento histórico em que tanto se fala sobre direitos humanos, estes possam ser assim tão acintosamente desrespeitados.

Falamos em modernidade, mas nesses tempos de vida líquida de que nos fala com tanta propriedade Bauman, assistimos condutas que nos fazem parecer bárbaros, desumanos.



A asquerosa prática da empresa, além de criminosa, vulnera o princípio da dignidade da pessoa humana, que, de acordo com a jurisprudência do STF “*representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo*” (HC 85988 / PA, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010, Ministro Celso de Mello).

O direito sobre o próprio corpo é corolário do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, aqui clara e acintosamente desrespeitado pela empregadora.

Qualquer pessoa adulta tem o mais lúdimo direito de ser tocada em suas partes íntimas, somente por quem assim deseje que o faça e não por um chefe inadequado e repulsivo, que age como se os empregados lhe pertencessem em toda a dimensão, tratando-os, como se mercadorias fossem, depreciando-os, humilhando-os e constrangendo-os, da maneira mais pífia possível.

O corpo humano, não pode ser objeto de troca pelo pão de cada dia. O pagamento do “salário” à empregada contratada como vendedora, evidentemente não autoriza o empregador a boliná-la, incomodá-la, assediá-la em conduta incompatível e inadmissível ao ambiente laboral.

Causa espécie e repugnância a mentalidade medíocre, desumana e pequena, da empresa, no trato para com seus empregados.

A empregadora que tanto propaga nos mais diversos meios de comunicação a “excelência” e a “qualidade” de seus produtos, a competitividade de seus preços, despendendo alguns milhões de reais em campanhas publicitárias, esqueceu-se de mirar sua “própria casa” tratando com desrespeito e desumanidade seus empregados, solicitando favores sexuais para manutenção do vínculo.

E quando a reclamante repudiou, de forma mais incisiva seu chefe, “*falando alto, quando o mesmo beijou seu pescoço*”, como devidamente provado pela prova oral colhida, como se “*beijar pescoço*” de empregada fosse condição contratual, passou a ser perseguida, humilhada, alvo de xingamentos, obrigada a fazer serviço de limpeza, antes afeto a três empregadas, o que acarretou significativa redução salarial, eis que, remunerada exclusivamente à base de comissões, pouco tempo lhe sobrava então para as vendas.

A empregadora colocou a reclamante na primeira parte da obra de Dante Alighieri, Divina Comédia: O inferno. Minou com sua saúde física, mental e espiritual, ocasionou internação hospitalar em decorrência de crise nervosa, até que, num quadro de completa exaustão, a autora “concordou” em pedir demissão.

Note-se que a atitude do gerente da empresa foi relatada pela reclamante à gerência regional da reclamada, que, tal como Pilatos, nada fez.

Tal fato é corroborado pela testemunha trazida em Juízo pela própria reclamada que declarou

QUE TODOS COMENTAVAM NA EMPRESA QUE O GERENTE RICARDO GABRIEL ERA INADEQUADO COM AS MULHERES.

Ora, se tal fato era público e notório, se TODOS no âmbito da empresa sabiam do comportamento do gerente, do trato que o mesmo dispensava às empregadas, do assédio sexual explícito por ele praticado, a passividade da empresa em adotar conduta para coibir tal comportamento é ainda mais repugnante.

Não há dúvida que cabe ao empregador promover um meio de ambiente do trabalho saudável aos seus empregados não apenas sob a perspectiva da saúde física, mas também da saúde psíquica, de modo que a qualidade de vida no ambiente laboral proporcione uma extensão da qualidade de vida do trabalhador.

Contudo restou assente que a reclamada não se desincumbiu deste dever na hipótese dos autos, ao permitir que a reclamante fosse submetida a longo, repulsivo, asqueroso assédio sexual invadindo a sua intimidade de maneira absolutamente constrangedora dentro do ambiente de trabalho, com reflexos em sua saúde física e mental.

Assim sendo, diante da violação da honra e da dignidade da reclamante, esta faz jus à reparação indenizatória por danos morais decorrente do assédio sexual a que foi submetida restando presentes os pressupostos consubstanciados nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

A reclamada é responsável pela reparação civil, diante do que dispõe os artigos 932, III e 933 do Código Civil, *in verbis*:

*Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:*

*III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;*

*Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (grifos acrescidos)*

De todo o exposto, não há dúvida de que a autora sofreu gravame de ordem moral, que enseja reparação, condizente e compatível com a gravidade da conduta da empregadora.

Arbitro, pois, a indenização em epígrafe em R\$200.000,00 (duzentos mil reais) mais do que compatível com a inequívoca capacidade econômico financeira da empregadora a gravidade da conduta do ofensor, a sua inércia mesmo sabendo do assédio praticado pelo gerente, bem como a natureza pedagógica da reparação, a fim de estimular a adoção de medidas eficazes de proteção aos seus empregados se abstendo de tão asquerosa prática, cuidando de forma efetiva para que o local de trabalho seja o que deve ser e para que não sejam exigidas dos empregados condições não contratadas, que implicam em situação humilhante, vexatória e constrangedora.

Neste contexto e diante do mais do que evidente vício de vontade na manifestação desesperada da autora consubstanciada no seu “pedido de demissão” sendo certo que o assédio sofrido pela autora configura motivo plenamente justificável para a rescisão contratual indireta, por caracterizar ato lesivo à honra e dignidade da empregada, inviabilizando a continuidade do pacto laboral (art. 483, “d” e “e”, da CLT) e ainda em razão da redução salarial perpetrada pela empregadora como um “castigo” por não “ceder” ao chefe, impõe-se o reconhecimento da procedência das pretensões estampadas nos itens II, IV, V, VI X, XI, XII, XIII e XV da exordial.

#### DAS HORAS EXTRAS

A prova oral colhida corroborou as alegações autorais quanto ao labor extraordinário restando provado que a autora laborava em média das 07h30min às 18h30min, com intervalo de trinta minutos a uma hora, de segunda a sexta-feira e aos sábados até às 14:00 sem intervalo.

Também restaram provadas as assertivas autorais quanto ao labor suplementar nos dias de reuniões, dois sábados no mês, quando havia labor até às 16h30min ; uma vez ao mês em razão de balanço até às 22:00h, até maio de 2010 e; na semana que antecedia o Natal até às 20h30min.

Assim, ficam devidas as horas extras, considerando-se os horários retro declinados.

Devida ainda uma hora extra, três vezes na semana, em razão do intervalo suprimido, como provado pela prova testemunhal, na forma da Súmula 437 do Colendo TST, bem como o intervalo entre jornadas, quando desrespeitado pela ré, conforme horários cumpridos pela autora.

As horas extras deferidas deverão ser quitadas com o adicional de 50%. Devidas as incidências vindicadas ante a habitualidade do labor suplementar ora reconhecido.

Defiro a assistência judiciária à reclamante, ante a declaração expendida na peça de ingresso, nos termos do artigo 790, § 3º do texto consolidado, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 10.537 e artigo 2º parágrafo único da Lei 1.060/50, que compreende a isenção de honorários advocatícios, sendo certo que a declaração firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira, na forma do artigo 1º da lei 7.115/83.

O corolário é o deferimento da verba honorária, no importe de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 11 da Lei 1.060/50 e enunciado 219, *in fine* do Colendo TST, que dispõe ser devida a verba honorária na hipótese da parte encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Deferida, pois, a assistência judiciária, devida a verba honorária, nos termos do referido verbete sumular. Note-se que este, em sua parte final, utiliza a locução “ou” e não “e”, sinalizando de forma clara e inequívoca no sentido de que a assistência judiciária não é monopólio sindical e que são devidos honorários advocatícios, quando deferida a assistência judiciária. Entendimento em consonância com a súmula 450 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe com meridiana clareza, *in verbis*:

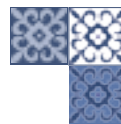
**SÃO DEVIDOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO SEMPRE QUE VENCEDOR O BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA.**

Destarte, a assistência judiciária disciplinada nos preceitos legais retro mencionados, não é uma exclusividade dos sindicatos. O artigo 789, § 10º do texto consolidado, que disciplinava a matéria antes do advento da Lei 10.537/02 não dispunha que na Justiça do Trabalho a assistência judiciária “só seria prestada pelo sindicato”. Se assim fosse, como ficariam os empregados não sindicalizados? E aqueles residentes nas cidades onde não há sede do sindicato, assim como os empregados que discordem da orientação adotada pelos sindicatos? Ademais a interpretação limitadora violando inclusive a literalidade da lei viola princípio igualitário basilar que é o da própria escolha de advogado pelo litigante. Tal conclusão resta ainda mais evidente após o advento da referida Lei 10.537/02 que sequer disciplina sobre a prestação de assistência judiciária pelo sindicato, revogando de forma expressa o artigo 789, § 10º.

Pontes de Miranda em seus Comentários ao CPC de 1939 já assinalava que “a escolha de advogado pela parte marca a evolução da justiça gratuita no Brasil”.

Decorrido mais de meio século, entendimento no sentido de ser monopólio sindical a assistência judiciária, *venia concessa*, não se coaduna com o moderno processo e com a *Lex Fundamentalis*.

A par de tais fundamentos, reputo devida a verba honorária advocatícia na forma dos artigos 20 do CPC e 133 da C.F.



### 3. DISPOSITIVO:

Do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos vindicados nesta reclamação trabalhista proposta por VALDEREZA TCHESKIANA ELIAS MIGUEL contra RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA condenando a reclamada, a pagar à autora, no prazo de oito dias e conforme se apurar em regular procedimento liquidatório, as verbas deferidas na fundamentação que a este *decisum* integra para todos os fins, nos termos e limites nela consignados.

Devida a verba honorária advocatícia, no importe de 15% do valor da condenação.

Juros de mora incidentes desde a data do ajuizamento da ação, na forma da lei. A correção monetária deve ser aplicada com índice do primeiro dia do mês subsequente ao da prestação de serviços, ou da exigibilidade da prestação, na forma da Súmula 381 do C. TST.

Aplicável, quanto à indenização por danos morais, a Súmula nº 439 do Colendo TST que assim dispõe: DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. *Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.*

Quanto as parcelas previdenciária e fiscal observar-se-á a Súmula 368 do Colendo TST.

Custas pela reclamada, no importe de R\$5.000,00, calculadas sobre R\$250.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

Dê-se ciência às partes.

Em Colatina,

Aos oito dias do mês de novembro de 2013.

ADRIANA CORTELETTI PEREIRA CARDOSO  
Juíza do Trabalho

**PROCESSO Nº TST-RR-459-68.2011.5.04.0102**

Desembargador Relator  
**CLÁUDIO BRANDÃO**

**ACÓRDÃO**

(7ª Turma)

Recurso Ordinário

nº 0125400-73.2012.5.17.0141

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ante a possibilidade de decisão favorável à recorrente, deixo de apreciar a nulidade arguida, com esteio no artigo 249, § 2º, do CPC.

REPARAÇÃO DE ATO ILÍCITO. DIREITO DE REGRESSO DO EMPREGADOR, EM FACE DO EMPREGADO. RECONHECIMENTO DE CULPA RECÍPROCA CARACTERIZADA POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO. CRITÉRIO UTILIZADO NA FIXAÇÃO DO VALOR DA REPARAÇÃO. O quadro fático delineado no acórdão regional revela que o réu – ex-empregado da autora - praticou agressões físicas e verbais contra outra empregada, de quem era superior hierárquico. Apesar de ter tomado conhecimento dos fatos, a empregadora não tomou providência alguma no sentido de fazer cessar a atitude lesiva. Tal inércia resultou no ajuizamento de reclamação trabalhista pela vítima, com o deferimento de indenização pelos danos morais decorrentes da conduta do ora réu. Realmente, no caso, ficou evidenciada a negligência, pois, apesar de haver sido notificada do ato ilícito praticado, sequer apurou os fatos, deixando de exercer seu poder disciplinar (que, no caso, assume feição de poder-dever, ante a necessidade de preservar o direito dos demais empregados, em face dos abusos do réu). Ao assim proceder, tornou-se copartícipe do ilícito, o que, porém, não lhe transfere a total responsabilidade pela reparação do dano. Por outro lado, não é pelo fato de ser empregado e, por conseguinte, ostentar a presunção de hipossuficiência econômica, que está ele imune ao dever de arcar com a responsabilidade dos atos que pratica, seja como cidadão comum, seja em face do trabalho que realiza, seja, enfim, em decorrência da parcela de poder de comando do empregador que lhe é delegada. Ao contrário do que decidiu a Corte a quo, caracterizada a coautoria do ato ilícito, que gerou o pagamento de indenização por danos morais a terceiro, suportado integralmente pela empregadora, esta tem o direito de exigir do coobrigado a parte que lhe cabe na reparação. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-459-68.2011.5.04.0102, em que é Recorrente UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS e Recorrido PAULO DOMINGOS MIERES CARUSO.

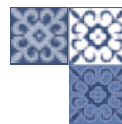
A empresa autora, não se conformando com o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (fls. 574/583), complementado pela decisão proferida em sede de embargos de declaração (fls. 602/605), interpõe o presente recurso de revista (fls. 610/629) no qual aponta violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, bem como indica dissenso pretoriano.

Despacho de admissibilidade às fls. 636/638.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão à fl. 641.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

**É O RELATÓRIO.**



## VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

### **NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Ante a possibilidade de decisão favorável à recorrente, deixo de apreciar a nulidade arguida, com esteio no artigo 249, § 2º, do CPC.

### **REPARAÇÃO DE ATO ILÍCITO – DIREITO DE REGRESSO DO EMPREGADOR, EM FACE DO EMPREGADO**

#### **CONHECIMENTO**

A autora, ex-empregadora do réu, defende a condenação ao ressarcimento de indenização por dano moral que teve de pagar a outra ex-empregada, em virtude de condenação imposta em reclamação trabalhista na qual se reconheceu a prática de ofensas físicas e verbais, pelo ora demandado, à época superior hierárquico da vítima.

Afirma que o direito de regresso da empresa independe de prévia punição disciplinar do causador do dano.

Argumenta ter considerado prudente que a apuração dos ocorresse na esfera judicial e acrescenta que a figura do perdão tácito, além de não ter sido caracterizada, não foi invocada na defesa.

Aponta violação dos artigos 128 e 460 do CPC; 186, 187, 932 e 934 do Código Civil; 37, § 6º, da Constituição Federal e 122 da Lei nº 8.112/90. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“A recorrente foi condenada a pagar indenização por danos morais a uma empregada que foi agredida verbal e fisicamente por superior hierárquico, diretor do curso de administração (na época), mantido pela autora/recorrente. Aduz que, consequentemente, é devido o ressarcimento correlato ao prejuízo exclusivamente causado por ação do empregado recorrido. Assevera que não há falar em perdão tácito porque a decisão final do processo que culminou em sua condenação ocorreu após o desligamento do réu. Diz que eventual punição anterior não configura pressuposto ou requisito de procedência da ação regressiva. Saliencia que sobreveio a extinção do vínculo com o professor ofensor, bem como que não é razoável que não possa reaver deste a quantia (ou parte dela) a que foi condenada.

Examino.

A respeito do tema, assim se manifestou o Juízo de origem (fl. 217):

[...] Não obstante os documentos trazidos aos autos, vide fls. 18-74, revelem que, de fato, em razão de fatos imputados ao ora reclamado, a Universidade Católica de Pelotas foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais a ex-empregada Brenda Maria Scur Silva, entendendo que a pretensão reparatória não prospera.

Isso porque a prova produzida revela que mesmo ciente dos fatos imputados ao reclamado naquela demanda, a autora não tomou nenhuma atitude disciplinar em relação ao então empregado, que permaneceu trabalhando normalmente por mais

de um ano. Note-se que a reclamatória trabalhista citada foi ajuizada em 19.12.2005 e o reclamado teve seu contrato de trabalho rescindido apenas em 12.03.2007. Nesse sentido é a manifestação realizada pela própria autora em audiência ao afirmar que o reclamado não foi penalizado e que não sofreu represálias em razão dos fatos.

Assim, não tendo havido punição, e nem ao menos advertência ao reclamado no curso do contrato de trabalho, em razão dos fatos que lhe foram imputados na reclamatória trabalhista n.º 0131900-85.2005.5.04.0102, entendendo inviável o deferimento da pretensão reparatória envolvendo os mesmos fatos, pois caracterizado o perdão tácito. [...]

Não merece reparos a sentença. Compulsando os autos verifico que as condutas atribuídas ao réu, datam de 16.05.2005 e 20.05.2005 (fl. 19 -carmim), sendo que a ex-empregada que moveu a ação trabalhista contra ora autora, informou que relatou os fatos a Pró-reitoria de Graduação, na semana subsequente ao ocorrido, ou seja, em maio de 2005. A ação trabalhista 0131900-85.2005.5.04.0102, movida pela ex-empregada em face da Universidade-autora foi distribuída em 19.12.2005 (fl. 17 - carmim). Não obstante a comunicação da vítima das agressões à reclamada em maio de 2005, com posterior ajuizamento de ação trabalhista em dezembro daquele mesmo ano, nenhuma medida tomou a autora para apurar o ocorrido, bem como evitar que situações como estas ocorram. Tanto é assim, que a inércia da autora em tomar qualquer atitude ou manifestar-se a respeito das agressões sofridas por uma de suas professoras empregadas, motivou que esta ajuizasse a ação trabalhista que acabou por condenar a Universidade Católica de Pelotas ao pagamento de indenização por danos morais, que ora tenta ser ressarcida através da presente.

Nesse sentido, cabe transcrever trecho da peça inicial do processo 0131900-85.2005.5.04.0102 (fl. 10 - carmim)

[...] A autora sentindo-se extremamente ofendida e vendo que nada havia acontecido em relação ao seu agressor, pois não houve nenhuma retratação levou o fato ao conhecimento do sindicato de sua categoria.

O aludido sindicato manteve reunião com a Reitoria, que apenas manifestou surpresa, nada tendo sido resolvido, sendo marcada nova data para tratarem diversos assuntos, nunca mais sendo tratado o fato ora denunciado no presente pleito. O semestre encerrou e no primeiro dia de aula do semestre subsequente ocorreu a demissão da reclamante [...]

Veja-se que, apesar da gravidade das denúncias formuladas pela professora vítima, esta teve seu contrato de trabalho rescindido logo no primeiro dia do semestre subsequente, ao passo que o réu manteve vínculo de emprego com a autora de 26.02.1996 a 12.03.2007, conforme CTPS apresentada em audiência (ata fl. 180), ou seja até quase dois anos após o ocorrido.

Apesar de não ser requisito para a procedência de reparação dos danos, que o ofensor tenha sido previamente punido por sua empregadora, o conhecimento dos fatos pela recorrente desacompanhada de reação para apurar e coibir o prosseguimento de condutas como a que gerou o dano, torna a recorrente partícipe da infração e integralmente responsável pela reparação, considerando os poderes de mando, direção e disciplina ínsitos a sua condição de empregadora.

Assim, resta claro nos autos que a recorrente sabia dos fatos ou, ao menos, dadas as circunstâncias em que ocorreram não tinha como desconhecê-los, mas manteve, sempre, manifesta conduta omissiva, quase condescendente ou de acordo com a continuidade de práticas como a noticiada.

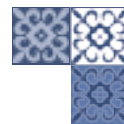
Também, não merece guarida o argumento da autora de que estava sendo prudente ao aguardar o trânsito em julgado da ação que a condenou ao pagamento de danos morais, pois os fatos narrados naquela ação, como visto acima, aconteceram em maio de 2005, e a ação foi proposta apenas em dezembro daquele ano, sendo que houve tempo hábil para a autora, ao menos, apurar o ocorrido; porém, a única atitude que se têm notícia tomada no período que sucedeu a comunicação do conflito envolvendo seus empregados, foi a despedida da vítima das agressões, que posteriormente viria a demandar contra a sua ex-empregadora.

Deve, portanto, ser mantida a sentença, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Nego provimento.” (fls. 578/581 - destaquei)

O quadro fático delineado no acórdão regional revela que o réu na presente ação – ex-empregado da autora - praticou agressões físicas e verbais contra outra empregada, de quem era superior hierárquico. Apesar de ter tomado conhecimento dos fatos, a empregadora não adotou providência no sentido de fazer cessar o ato agressivo.

Ainda é mencionado na decisão que a vítima levou o fato ao conhecimento da Pró-Reitoria de Graduação e posteriormente ao sindicato que, por sua vez, manteve reunião com a Reitoria sem que nada houvesse sido solucionado.



Tal inércia resultou no ajuizamento de reclamação trabalhista pela vítima, na qual houve condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais decorrentes da conduta lesiva já mencionada.

Realmente, no caso, ficou evidenciada a negligência da autora, que, apesar de ter sido notificada da conduta ilícita do réu, sequer apurou os fatos, deixando de exercer seu poder disciplinar (que, no caso, assume feição de poder-dever, ante a necessidade de preservar o direito dos demais empregados, em face dos abusos do réu). Ficou comprovada, nos depoimentos acima mencionados, a conduta omissiva da acionada em relação ao dever de preservar a integridade de tantos quantos integrem o ambiente de trabalho.

O ente empresarial permitiu, portanto, que ocorresse agressão verbal e física. Aliás, esse aspecto é particularmente importante para afastar, com todas as vênias, qualquer conclusão no sentido de negar a responsabilidade pelos danos causados.

Em primeiro lugar, porque o evento foi propiciado em decorrência do trabalho executado. Entre os deveres acessórios de conduta inerentes ao contrato de trabalho encontra-se o de segurança, que inclui não apenas o resguardo da integridade psicofísica dos empregados em virtude da possibilidade de danos decorrentes do próprio ambiente laboral, como também de proteção contra agressões injustas, ainda que praticadas por colega de trabalho, em especial quando se trata de superior hierárquico, como no caso presente.

É consequência natural da exploração da atividade econômica, passível de gerar direito a reparação.

O estabelecimento não é palco para demonstrações de incivildades e o combate à violência psíquica - que deve ser incentivado, friso - inicia-se com pequenas ações e severas punições.

Não se admite que no ambiente de trabalho tenham lugar manifestações de agressividade, especialmente quando sejam oriundas de pessoas que exercem parcela do poder diretivo, delegada pelo empregador e, por conseguinte, o representam, tampouco que não se observe o mínimo de segurança exigido para que as pessoas - empregadas ou não - sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade.

O caso revela importante faceta dentro do tema geral de responsabilidade civil pelos danos causados, sobretudo para que se assegure o pleno exercício do direito de regresso, em havendo prova da ocorrência de ato doloso ou culposos.

Tal como ressaltou o Tribunal Regional, não prospera o argumento de que a empregadora preferiu aguardar a decisão judicial sobre os fatos, uma vez que, entre a data em que tomou ciência e o ajuizamento da ação por parte da vítima, passaram-se mais de 6 meses.

Ao assim proceder, tornou-se copartícipe do ilícito, o que, porém, não transfere a total responsabilidade pela reparação do dano.

Por sua vez, não é pelo fato de ser empregado e, por conseguinte, ostentar a presunção de hipossuficiência econômica, que

está ele imune ao dever de arcar com a responsabilidade dos atos que

pratica, seja como cidadão comum, seja em face do trabalho que realiza,

seja, enfim, em decorrência da parcela de poder de comando do empregador que lhe é delegada.

O caso, por conseguinte, revela típica hipótese de concorrência de condutas para o resultado, ou seja, mais de uma pessoa concorreu para a produção do evento danoso, o que, conquanto mantenha o nexo causal, autoriza que sejam todos responsabilizados de forma solidária, como previsto no artigo 942, caput, do Código Civil e, se apenas um deles suportou o pagamento da indenização devida, pode buscar

o ressarcimento, também como definido no parágrafo único do mesmo dispositivo, transcritos:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932..

Sobre o tema, manifesta-se Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 81) e cita exemplo exatamente aplicável à hipótese versada nos autos:

“Tal como no Direito Penal, também no Direito Civil pode ter lugar a figura do concurso de agentes ou co-participação, que se verifica quando as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento. A co-participação pode ocorrer em relação à mesma causa – “A” e “B” agrirem “C” física ou verbalmente [...]”



Nesses e outros casos haverá responsabilidade solidária de que trata o art. 1.518 do Código Civil [...] Cada um dos agentes que concorrem adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e, conseqüentemente, obrigado a indenizar. Em face do lesado, quer haja causas cumulativas, quer haja subseqüência de causas ou mera coincidência de causas, qualquer dos responsáveis é obrigado a reparar todo o dano, cabendo a este, se for o caso, agir contra o coobrigados para ressarcir-se do que por eles pagou, segundo as regras das relações internas da solidariedade”.

Por sua vez, a figura do perdão tácito refere-se ao âmbito do poder disciplinar do empregador, em relação ao empregado; não interfere, porém, no dever de reparar os prejuízos causados por esse último.

Caracterizada a coautoria do ato ilícito gerador do pagamento de indenização por danos morais a terceiro suportado integralmente pela autora, esta tem o direito de exigir do coobrigado a parte que lhe cabe na reparação. Trata-se, na essência, de acolher o princípio a reparação integral, previsto no artigo 944 do Código Civil e, por isso mesmo, inteiramente aplicável o direito em foco, inculcado, de modo expresso, no artigo 934 do Código Civil, cujo limite encontra-se traçado no próprio valor pago.

Em outras palavras, significa afirmar que o empregador responde pelos atos praticados pelo empregado na execução do contrato de trabalho, mas, ao mesmo tempo, tem o direito de ser ressarcido por eventual valor pago, em havendo comprovação da responsabilidade pela conduta danosa, neste caso atrelado ao dever de preservação da integridade psíquica da vítima.

Farta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, sendo certo afirmar prevalecer o critério segundo o qual, nessa hipótese (coautoria), o valor da indenização é determinado pelo grau de culpa de cada um dos litigantes e, sobretudo, das colaborações individuais para o resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. Veja-se, a propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA CARACTERIZADA. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DO QUANTUM.

REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTA IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. PRECEDENTES. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

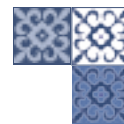
1. O eg. Tribunal de origem, à luz das circunstâncias fáticas da causa, concluiu pela culpa concorrente no desencadeamento do evento lesivo. A alteração de tais conclusões demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ, que dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 2. Assevera-se que, mesmo nas hipóteses em que o cotejo seja adequadamente realizado, a alegação de dissídio jurisprudencial, por vezes, mostra-se infecunda, tendo em vista que as razões que levaram as instâncias ordinárias a fixar a indenização por danos morais relacionam-se diretamente às especificidades do caso concreto.

Assim, fica dificultada, ou até mesmo impossibilitada, a realização de uma análise comparativa entre as circunstâncias fáticas que envolvem os precedentes citados e o caso ora em análise.

3. O entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia. Desse modo, uma vez que o valor fixado a título de reparação por danos morais não se apresenta ínfimo ou exagerado, à luz dos critérios adotados por esta Corte, a sua revisão fica obstada pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 998.484/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 23/04/2013);

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CULPA CONCORRENTE. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 945 DO CÓDIGO CIVIL.



REVISÃO DO VALOR EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA SOB OUTRO FUNDAMENTO.

1. A decisão que reconhece a existência de culpa concorrente da vítima deve fixar o valor da indenização na forma prevista no art.

945 do Código Civil.

2. Feita a ponderação sobre o grau de culpabilidade das partes pelas instâncias ordinárias, levando-se em conta as circunstâncias em que ocorreu o acidente, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça alterar o valor arbitrado para a indenização. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Recurso desprovido. (AgRg no AREsp 205.951/MA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013);

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR.

AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE.

CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO.

### **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o evento danoso ocorreu em data anterior à sua vigência.

Ficam, assim, afastadas a responsabilidade objetiva (CDC, art. 14) e a prescrição quinquenal (CDC, art. 27), devendo ser a controvérsia dirimida à luz do Código Civil de 1916.

2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

3. Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).

4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte.

5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias.

6. A culpa concorrente é fator determinante para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações

individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1307032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013)

Por todo o exposto, entendo que o Tribunal Regional, ao considerar que a empregadora responde integralmente pelo dano causado pelo empregado, ofendeu os artigos 186, 932 e 934 do Código Civil, razão pela qual conheço do recurso de revista.

## MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por afronta aos artigos 186, 932 e 934 do Código Civil, dou-lhe provimento parcial para, reconhecendo a coautoria no ilícito praticado, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial (alínea “c”) e condenar o réu a ressarcir à autora o valor equivalente à metade da indenização por danos morais paga por ela nos autos da ação nº 0131900-85-2005-5-04-0102.

Fixo essa forma de reparação tomando de empréstimo o entendimento contido na Súmula nº 14 deste Tribunal que fixa em 50% a redução consequente à ocorrência também de ações culposas recíprocas:

CULPA RECÍPROCA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

Juros e correção monetária a partir do efetivo pagamento da indenização devida na ação original.

Ante a procedência parcial do pedido, excluo a condenação da autora ao pagamento dos honorários de advogado, os quais tampouco são devidos pelo demandado.

Custas pelo reclamado, cujo recolhimento fica dispensado, tendo em vista a concessão dos benefícios da justiça gratuita (fl. 434).

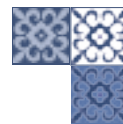
## ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “reparação de ato ilícito – direito de regresso do empregador, em face do empregado”, por ofensa aos artigos 186, 932 e 934 do Código Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para, reconhecendo a coautoria no ilícito praticado, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial (alínea “c”) e condenar o réu a ressarcir à autora o valor equivalente à metade da indenização por danos morais paga por ela nos autos da ação nº 0131900-85-2005-5-04-0102. Juros e correção monetária a partir do efetivo pagamento da indenização devida na ação original. Ante a procedência parcial do pedido, exclui-se a condenação da autora ao pagamento dos honorários de advogado. Custas pelo reclamado, cujo recolhimento fica dispensado, tendo em vista a concessão dos benefícios da justiça gratuita (fl. 434). Arbitra-se a condenação em R\$50.000,00, para fins processuais.

Brasília, 20 de novembro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

CLÁUDIO BRANDÃO  
Ministro Relator



## PROCESSO Nº TST-RR-2306-42.2010.5.02.0023

Desembargador Relator  
**CLÁUDIO BRANDÃO**

**ACÓRDÃO**

(7ª Turma)

Recurso Ordinário

nº TST-RR-2306-42.2010.5.02.0023

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. A contratação de empresa prestadora de serviços, por meio de regular licitação, não basta para excluir a responsabilidade do ente público. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, em se tratando de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. No presente caso, o Tribunal Regional excluiu a responsabilidade subsidiária, apesar de ter registrado que o ente público não fiscalizou a contento o cumprimento do contrato com a empresa prestadora.

Contrariou, assim, o verbete acima transcrito. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DE PARCELAS RESCISÓRIAS. CARACTERIZAÇÃO. A ausência do pagamento integral das parcelas rescisórias acarreta danos ao empregado, o que merece repulsa, pois uma pessoa que não recebe os valores devidos ao sair da empresa em que trabalha, por ter sido despedido imotivadamente, sofre consequências provocadas pela impossibilidade de arcar com o custeio de suas despesas de rotina. Apesar de ter registrado que a reclamante foi dispensada sem o pagamento das verbas rescisórias, o Tribunal Regional considerou que esse fato não caracteriza dano moral indenizável. Ao assim decidir, a Corte a quo afrontou o artigo 927 do Código Civil. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ARTIGOS 389, 395 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. São plenamente aplicáveis ao processo do trabalho os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, que consagram o princípio da restituição integral e garantem, assim, a inclusão dos honorários advocatícios dentre as consequências oriundas do inadimplemento da obrigação. Não se trata, data venia, de discussão em torno da preservação, nesta Especializada, do jus postulandi e, por isso mesmo, não há conflito com os precedentes calcados na Súmula nº 219 do TST, que permanece incólume. Esta Corte Superior chancela a regência normativa prevista no Código Civil para o inadimplemento das obrigações resultantes do contrato de trabalho, quando inexistente norma própria na CLT, ou diante de eventual incompatibilidade específica, o que, seguramente, não é o caso da inserção, ao lado das perdas e danos e atualização monetária, de eventuais honorários do advogado contratado pelo credor para tentar obter a satisfação do seu crédito. Por conseguinte, não se há de confundir a disciplina dos honorários sucumbenciais regidos pela Lei nº

5.584/70 com aqueles outros oriundos da Lei Civil, a título de encargo acessório para estimular o cumprimento voluntário das obrigações e, por via reflexa, evitar a cobrança pela via judicial, tal como ocorre com os juros moratórios. Acrescente-se a isso o reconhecimento, pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, da necessidade do patrocínio de advogado na ação rescisória, na ação cautelar, no mandado de segurança e nos recursos de sua competência (Súmula nº 425), o que revela não constituir dogma intransponível. Se a própria Corte admite que a parte deve constituir advogado para alcançar o pleno exercício do seu direito de ação e, com isso, viabilizar e dar efetividade ao princípio constitucional do amplo acesso à justiça, aqui compreendido na sua acepção mais larga, não mais pode aplicar os precedentes de sua jurisprudência consolidada em outros pressupostos, dentre os quais o caráter facultativo da contratação de advogado, inaplicável, repito, nesta instância extraordinária. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-2306-42.2010.5.02.0023, em que é Recorrente MARCIA DA CRUZ SERRA SANTOS e são Recorridos ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE GRUPO VITORIA e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

A reclamante, não se conformando com o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fls. 172/173), interpõe o presente recurso de revista (fls. 176/193), no qual aponta violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, bem como contrariedade a súmula desta Corte. Indica dissenso pretoriano.

Despacho de admissibilidade às fls. 203/205.

Contrarrazões do recorrido Município de São Paulo às fls. 219/224. Contrarrazões ausentes da recorrida Associação Beneficente Grupo Vitória, conforme certidão à fl. 209.

O Ministério Público do Trabalho considera desnecessária sua intervenção no feito (fls. 227/228).

É o relatório.

## V O T O

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

## ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

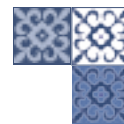
### CONHECIMENTO

O reclamante defende a condenação subsidiária do ente público tomador de serviços. Aduz que o ente público incorreu em culpa in vigilando ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa contratada. Aponta contrariedade à Súmula nº 331, IV, desta Corte. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão regional:

“1. Da responsabilidade subsidiária da Municipalidade

No particular, ressalvo posicionamento pessoal no sentido de que a celebração de convênio para a execução de serviços de caráter eminentemente público consiste em uma modalidade de contrato administrativo, e que a Administração Pública responde, de forma subsidiária, pela inadimplência dos créditos trabalhistas da empresa por ela contratada, ainda que sob a modalidade de convênio, na hipótese em que fique comprovada a culpa in vigilando (Súmula 331, inciso V, do C. TST, nova redação dada pela Res. 174/2011 – DeJT 27.05.2011).



Contudo, considerando os princípios da celeridade e economia processual; considerando a necessidade de se buscar um procedimento uniforme, a fim de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, curvo-me ao posicionamento adotado nesta Egrégia 18ª Turma do TRT da 2ª Região, no sentido de ser perfeitamente aplicável, na hipótese em análise, o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em respeito ao julgamento feito na ADC 16 pelo E.STF, sendo imperiosa a confirmação do julgado que não reconheceu a responsabilidade da 3ª reclamada.

Mantenho” (fls. 172/173 – destaquei).

A contratação de empresa prestadora de serviços, por meio de regular licitação, não basta para excluir a responsabilidade trabalhista do ente público.

O tomador dos serviços que opta por essa forma de contratação tem o dever de averiguar a idoneidade financeira da prestadora, no que se refere à possibilidade de solvência das obrigações trabalhistas. Também deve fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa contratada, conforme preveem os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.”

A própria Administração Pública federal reconhece a necessidade de fiscalizar as empresas por ela contratadas, no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas, e prevê a possibilidade de aplicar-lhes sanções, dentre as quais a rescisão contratual. É o que estabelece a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

“Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

(...)

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

a) a prova de regularidade para com a Previdência Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;

b) o recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;

- c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
- d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
- e) pagamento do 13º salário;
- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;
- i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
- k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

34-A O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada, podendo ainda utiliza-la para o pagamento direto aos trabalhadores no caso da empresa não efetuar o pagamento em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa.”

Ao negligenciar no cumprimento dos seus deveres contratuais, o ente público permite que o empregado trabalhe em proveito de seus serviços essenciais, sem que haja o cumprimento dos direitos decorrentes do contrato laboral. Sob esse aspecto, em razão das culpas in eligendo e in vigilando, responde, ainda que de forma subsidiária, pelas obrigações contraídas pela prestadora perante o empregado.

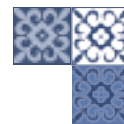
Em que pese o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 prever a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, a eficácia de tal dispositivo não é absoluta, porquanto se encontra em escala valorativa hierarquicamente inferior aos princípios constitucionais que tutelam o trabalho humano.

Instado a se manifestar sobre o tema, na ADC nº 16/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do aludido preceito, mas também admitiu a possibilidade de se atribuir responsabilidade trabalhista subsidiária ao ente público, nas hipóteses em que tenha agido com culpa, nos termos acima referidos.

Já sob essa diretriz, esta Corte Superior conferiu nova redação para a sua Súmula nº 331, a qual passou a dispor:

“SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.  
LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de



03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participação da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.” (destaquei)

Acrescente-se, ainda, que no julgamento de reclamações constitucionais versando o tema em debate, o Supremo Tribunal Federal tem confirmado a condenação subsidiária do ente público, nas hipóteses em que não haja prova da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais da empresa prestadora. Cito, a título ilustrativo, as seguintes decisões:

“RECLAMAÇÃO - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, §

1º) - ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA “IN VIGILANDO”, “IN ELIGENDO” OU “IN OMITTENDO” - DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) -

ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) - SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF - INAPLICABILIDADE - INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Rcl 12580 AgR / SP - SÃO PAULO, Rel. Min.

Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ de 13/3/2013);

“O exame da decisão ora reclamada, tendo em vista a situação concreta nela apreciada, revela que se reconheceu, na espécie, a responsabilidade subsidiária da parte ora reclamante, em decorrência de situação configuradora de culpa ‘in vigilando’, ‘ineligendo’ ou ‘in omittendo’.

(...)



‘No caso em tela, resta configurada a culpa in vigilando, porquanto deixou o recorrente de comprovar que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias pela prestadora de serviços, já que não colacionou, nos autos, nenhum documento relativo ao contrato de trabalho do reclamante (recibos salariais, recolhimentos fundiários etc).

(...)

Não vislumbro, desse modo, a ocorrência do alegado desrespeito à autoridade da decisão que esta Corte proferiu, com eficácia vinculante, no julgamento da ADC 16/DF.

Sendo assim, em face das razões expostas, julgo improcedente a presente reclamação.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.” (Rcl. 14785/MG Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27/6/2013) (destaquei);

“No caso dos autos, não vislumbro, ainda que de forma perfunctória, própria deste momento processual, ofensa ao que decidido por ocasião do referido julgamento ou ao teor da Súmula Vinculante 10.

Isso porque a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ora reclamante, ao que tudo indica, não se deu de forma automática, baseada tão somente na inadimplência da empresa contratada, mas por ter entendido o Juízo reclamado, com base nos elementos constantes dos autos da reclamação trabalhista, que restou efetivamente configurada a culpa in vigilando do ente público.

Transcrevo, nessa linha, o seguinte trecho do decisum ora em exame:

‘(-) haja vista que não se pode exigir prova de fato negativo, entendo que compete ao ente público o ônus de provar que, durante todo o período de vigência do contrato, fiscalizou efetivamente a prestação dos serviços executados pela empresa regularmente contratada para tanto, fato que facilmente pode demonstrar se diligenciar, por exemplo, por parte da empresa contratada, o fornecimento periódico das cópias dos comprovantes de recolhimento dos depósitos de FGTS, das contribuições previdenciárias, folhas de pagamento de salários etc dos seus empregados que prestaram ou prestam serviços à contratante por meio do processo de terceirização.

Fixadas tais premissas, tem-se que, no caso em comento, o ora Recorrente não se desvencilhou do ônus que lhe competia, uma vez que não consta dos presentes autos qualquer prova quanto à efetiva fiscalização dos serviços que lhe foram prestados.

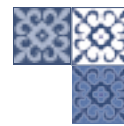
Dessa forma, tendo em vista que é fato incontroverso que o 2º Reclamado, ora Recorrente, firmou contrato de prestação de serviços com a 1ª Reclamada, SENA SEGURANÇA INTELIGENTE E TRANSPORTE DE VALORES LTDA, conforme contrato de prestação de serviços acostado aos autos às fls. 249/261, impõe-se o enquadramento da situação em exame na disciplina do item V da Súmula supra transcrita’.

Nesse mesmo sentido, entre outras, as decisões proferidas nas Reclamações 14.419-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello; 14.346-MC/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; 13.941-MC/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; 13.455-MC/SP, de minha relatoria; 13.272-MC/MG, Rel. Min. Rosa Weber;

13.219-MC/SP, Rel. Min. Ayres Britto; e 13.204-MC/AM, Rel. Min. Luiz Fux. Isso posto, indefiro o pedido de medida liminar.

Requisitem-se informações.

Após, ouça-se a Procuradoria Geral da República.



Publique-se.” (RCL 16258/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 16/9/2013) (destaquei);

“No caso em exame, se bem ou mal decidiu, a autoridade-reclamada não partiu de fatos indiciários para formar seu juízo. Há registro de efetiva omissão imputada à reclamada quanto ao seu dever de fiscalização ativa e eficaz, conforme se lê no seguinte trecho da sentença:

‘De observar, ainda, que, em relação ao julgamento da ADC 16, em que declarada a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/93, em nada altera o acima decidido. Isto porque está demonstrada a culpa da administração pública por inadimplemento do seu dever de bem licitar e fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, já que o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empregadora deixa evidente não ter sido bem fiscalizado o cumprimento do contrato administrativo.

Assim é que não há qualquer prova de exigência da primeira reclamada de demonstração do cumprimento das obrigações trabalhistas pela segunda.’ (grifei - Doc. 05)

A reclamante, como entidade da administração pública indireta, está obrigada a seguir a regra constitucional da estrita legalidade. Numa de suas vertentes, a regra da estrita legalidade exige que todo ato administrativo seja plenamente motivado; a respectiva motivação deve ser registrada documentalmente segundo as especificidades do ato, da matéria e do ente federado ao qual a entidade está ligada.

A administração não se libera dos deveres de motivar os atos administrativos e de observar forma específica para lhes dar existência e validade jurídicas simplesmente alegando a má aplicação de regra processual relativa ao ônus da prova (cf., e.g., o RE 601.700-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 18.09.2012).

Como a autoridade-reclamada fez menção à ausência de prova documental, eventual erro de avaliação (error in iudicando) somente poderia ser creditado a duas hipóteses: (a) os documentos capazes de demonstrar diretamente a atuação efetiva da entidade não foram juntados aos autos (por inexistirem ou por inércia), ou (b) o Juízo avaliou mal os documentos juntados, teoricamente capazes de comprovar a eficiência fiscalizatória da administração pública.

Seria necessário proceder à ampla instrução probatória para suprir a deficiência apontada (hipótese a). Por outro lado, se a hipótese for de má leitura dos autos, esta reclamação constitucional estaria a substituir os recursos ou medidas judiciais eventualmente cabíveis que permitiriam ampla cognição pelo órgão jurisdicional com legítima competência recursal, bem como o atendimento ao contraditório e à ampla defesa exercitável pela apresentação de contrarrazões e possível realização de sustentação oral (hipótese b).

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação (art. 38 da Lei 8.038/1990 e arts. 21, § 1º e 161, par. ún. do RISTF).

Fica prejudicado o exame da medida liminar pleiteada (art. 21, IX do RISTF).

Publique-se.” (RCL nº 14832 MC/RS. Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 19/11/2012) (destaquei).

Não se pode olvidar a aplicação, ao processo do trabalho, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incumbindo-o à parte que melhor tem condições de produzi-la. Nesse contexto, é evidente que incumbe ao ente público comprovar sua diligência na fiscalização do contrato de terceirização, inclusive manter, em seu poder, a documentação própria que a demonstre.

Foge ao razoável pretender que o empregado demonstre a negligência da Administração Pública. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: AIRR-99700-90.2011.5.21.0021, Data de Julgamento: 15/05/2013, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013; RR-1123-22.2010.5.02.0351, Data de Julgamento: 15/05/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013; AIRR-1071-93.2011.5.10.0019, Data de Julgamento: 13/03/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013;

AgR-AIRR-377-31.2011.5.04.0104, Data de Julgamento: 15/05/2013, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013.

No presente caso, excluiu a responsabilidade subsidiária, apesar de ter registrado que o ente público não fiscalizou a contento o cumprimento do contrato com a empresa prestadora. Contrariou, assim, o verbete acima transcrito.

Destarte, conheço do recurso de revista, contrariedade à Súmula nº 331 do TST.

## MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por contrariedade à Súmula nº 331 do TST, dou-lhe provimento para declarar responsabilidade subsidiária do Município de São Paulo, pelos créditos trabalhistas devidos ao autor.

## DANO MORAL - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DE PARCELAS RESCISÓRIAS - CARACTERIZAÇÃO

### CONHECIMENTO

A reclamante sustenta que é devida a reparação por danos morais em decorrência de a empregadora ter deixado de pagar as verbas rescisórias inerentes à sua dispensa imotivada, o que teria ferido a sua dignidade, abalado sua autoestima e repercutido negativamente nas suas relações profissionais, sociais e familiares. Aponta violação dos artigos 186 e 927 do Código Civil e 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Eis a decisão recorrida:

“2. Do dano moral

A obrigação de indenizar exige inquestionável comprovação de ato ou omissão pelo agente causador, nexos causal e danos daí advindos, cuja prova deve ser sobejamente demonstrada pela parte, aplicando-se a regra do art. 818 consolidado.

No caso vertente, não provou a demandante tivesse sofrido grave abalo em sua reputação ou seqüela moral, por ato perpetrado pelo empregador, tampouco nexos causal, de forma a ensejar reparação.

Cumpra registrar que eventual irregularidade dos depósitos fundiários ou dispensa sem o pagamento das verbas rescisórias, apesar de repudiáveis, não se comportam dentre as hipóteses que configurem

dano moral indenizável, nos termos do art. 5º, X da Constituição Federal.

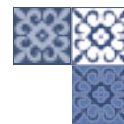
Nada a modificar.” (fl. 173)

O Tribunal Regional decidiu não deferir a reparação por danos morais, por considerar que a autora não provou o abalo em sua reputação moral. Apesar de ter registrado que a reclamante foi dispensada sem o pagamento das verbas rescisórias, considerou que esse fato não caracteriza dano moral indenizável. Ao assim decidir, a Corte a quo afrontou o artigo 927 do Código Civil.

O descumprimento de obrigação imposta legalmente pode acarretar danos a terceiros e, nesse caso, o agente responde por sua ação. Essa regra clássica da responsabilidade civil pode ser aplicada, como de fato o é, ao contrato de trabalho e autoriza o julgador a reconhecer o direito à reparação por danos causados ao empregado, ainda que não previstos de maneira expressa.

O fato de existir sanção expressa na lei para o atraso no pagamento das parcelas rescisórias não significa que não se possa reconhecer o direito a outra compensação, em virtude de ser maior o prejuízo causado ao empregado. Assim, não há que se falar em aplicação analógica do art. 478 da CLT.

De fato, a multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT tem natureza de penalidade ao empregador, em razão do atraso no pagamento das verbas rescisórias.



Por sua vez, a reparação por danos morais, ainda que originária do mesmo fato, possui natureza compensatória ao empregado e representa um desestímulo à continuação dessa prática pelo réu.

Impende registrar que, em casos tais, o dano moral é implícito, diante do fato de que o autor fica desamparado até mesmo do adimplemento das parcelas a que faz jus quando da rescisão.

Trata-se, a existência do sofrimento, de presunção hominis, compreendida como aquela que se fundamenta na experiência da vida, a partir da compreensão dos fatos na visão do homem médio. Qualquer um sabe perfeitamente que uma pessoa que nada recebe, ou recebe atrasado, ao sair da empresa em que trabalha, despedido imotivadamente, sofre consequências provocadas pela impossibilidade de arcar com as suas despesas de rotina.

Assim, conforme acima esposado, é desnecessário perquirir se os prejuízos causados com o não pagamento das verbas rescisórias causam ofensa à honra ou à imagem do vindicante.

O procedimento adotado pela ré mostra-se persecutório e merece inteira repulsa.

Demonstrada, portanto, a violação do artigo 927 do Código Civil, merece conhecimento o recurso de revista da reclamante, com base no artigo 896, “c”, da CLT.

## MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por violação do artigo 927 do Código Civil, dou-lhe provimento para condenar a primeira reclamada ao pagamento de indenização por danos morais à reclamante.

Clayton Reis, ao estabelecer critérios que devem ser utilizados para definir o valor da indenização nesses casos, ressalta a necessidade de se investigar, com acuidade, todos os contornos da lesão sofrida e a natureza multifacetária dos efeitos produzidos pela ação indenizatória, como se constata:

“Dessa forma, os efeitos da ação indenizatória são multifacetários, atuando na esfera individual da vítima e do lesionador, tanto quanto no plano social, produzindo os resultados educativos presentes na dissuasão e prevenção da ação antijurídica.”<sup>1</sup>

De maneira percuciente, o citado doutrinador deixa claro que a discussão em torno da reparabilidade e do arbitramento dos danos morais não deve ser vista na atualidade como mera ofensa aos bens econômicos, mas, sobretudo, como um processo de modificação da realidade material e imaterial.

Não basta, portanto, entender os mecanismos que concedem suporte fático às questões alusivas à reparação dos danos morais; é indispensável que o julgador vivencie, no plano dos valores em que o lesionado se encontra, a extensão das ações que determinaram a consumação dos efeitos do ato lesivo.

Nesse processo de cognição intuitiva, será possível ao juiz proceder à mensuração mais compatível com o nível de satisfação desejável para a vítima. Aliás, no dimensionamento dos danos morais, para efeito de fixação do quantum reparatório, sempre será importante a identificação dos fatores de satisfação do agente lesionado, pela via intuitiva o atendimento ao princípio da reciprocidade.<sup>2</sup>

A capacidade econômica do ofensor também não deve ser desprezada, ainda como critério. Por isso, arbitro a indenização no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL - DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – ARTIGOS 389, 395 E 404 DO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

1 REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização por dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 164.

2 Id., ibid., p. 114-115.

## CONHECIMENTO

A reclamante busca a condenação da reclamada na verba em epígrafe, com base nos artigos 389, 404 e 944 do Código Civil. Defende que a condenação em honorários advocatícios encontra amparo no princípio da restituição integral.

Discute-se, no caso, o cabimento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, à luz dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil. Desde a petição inicial, o autor invoca a disciplina desse diploma legal, afirmando que:

“Conforme o disposto nos art.389 e 404 do Código Civil, a reclamante é credora da indenização por perdas e danos à base de 30% do valor das verbas apuradas em regular sentença.

[...]

Tal indenização visa cobrir justamente as verbas devidas a título de honorários da cliente para com seu procurador, como vem sendo o entendimento de nossos Julgadores ...” (fls. 10/11)

O Tribunal Regional rejeitou a pretensão, nos seguintes termos:

“3. Dos honorários advocatícios

É certo que o reconhecimento judicial do direito material vindicado importa em reparação integral pela obrigação descumprida. Não menos certo é que, em sede trabalhista, esta reparação não abrange os honorários advocatícios, vez que a parte pode atuar pessoalmente na defesa de seus interesses (art. 791, CLT).

Nessa esteira de raciocínio, não há que se cogitar em diminuição patrimonial decorrente de ato patronal, de forma a ensejar reparação, estando ausente nexo causal, posto que os danos materiais advindos do pagamento de honorários advocatícios foram assumidos espontaneamente pelo autor.

Adoto, no particular, as Súmulas 219 e 329 do TST e reputo imperiosa a manutenção do julgado.” (fl. 173)

A jurisprudência majoritária desta Corte Superior adota a tese de que os dispositivos mencionados do Código Civil não se aplicam ao processo do trabalho.

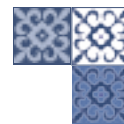
Penso, todavia, de forma contrária e o faço ao considerar plenamente cabíveis, na hipótese, os preceitos acima referidos, os quais consagram o princípio da restituição integral e garantem, assim, a inclusão dos honorários advocatícios dentre as consequências oriundas do inadimplemento da obrigação.

Não se pode deixar de reconhecer que a realidade dos processos laborais, hoje, não mais comporta o ambiente quase poético dos primeiros tempos da Justiça do Trabalho em que os pedidos se limitavam às parcelas rescisórias e geralmente resultantes do exercício do jus postulandi.

Preliminares de processo e questões prejudiciais fazem parte do seu cotidiano e versam, não raras vezes, sobre intrincadas questões jurídicas, interpretação e aplicação de diversas normas de origens variadas, além de princípios de natureza constitucional e mesmo de Direito do Trabalho.

O debate entre princípios e regras é frequente; o confronto entre leis de origens distintas se mostra comum; questões processuais são suscitadas. Tudo isso exige, sem a menor sombra de dúvida, a assistência técnica do profissional do direito.

Não se trata, data venia, de discussão em torno da preservação, nesta Especializada, do jus postulandi e, por isso mesmo, não há conflito com os precedentes calcados na Súmula nº 219 desta Corte, que permanece incólume.



Muito pelo contrário, é regência da teoria das obrigações em geral prevista no Código Civil, diante da ausência de norma própria e específica na CLT, plenamente compatível com o contrato de trabalho, como sói acontecer com inúmeros dispositivos nele inseridos, a exemplo dos que disciplinam o descumprimento da obrigação e da interpretação dos negócios jurídicos.

A título ilustrativo, cito os precedentes que se seguem, com destaques postos e reconhecedores da aplicação de regras do Código Civil inseridas no mesmo título:

“EXECUÇÃO - ACORDO JUDICIAL - PAGAMENTO EM ATRASO DE ALGUMAS PARCELAS - ACORDO TOTALMENTO QUITADO - LIMITAÇÃO DA MULTA APENAS ÀS PARCELAS PAGAS EM ATRASO - OFENSA À COISA JULGADA NÃO CONFIGURADA. O Regional decidiu que a multa, decorrente de não cumprimento de acordo homologado, deve incidir somente sobre as parcelas pagas em atraso, em conformidade com o art. 413 do CC. Conclusivo, pois, que o exame da matéria fica vedado a esta Corte, ante o óbice de que eventual ofensa ao art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal só ocorreria de forma reflexa ou indireta (art. 896, § 2.º, da CLT, c/c a Súmula n.º 266 desta Corte), visto que, primeiro, seria necessário demonstrar-se violação da legislação ordinária (art. 413 do CC). Recurso de revista não conhecido.” (Processo: RR - 89400-87.1999.5.03.0022, Data de Julgamento: 15/2/2012, Relator: Ministro Milton de Moura França, 4.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/2/2012);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. VALOR DA MULTA LIMITADA AO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 412 DO CCB. 1.

A controvérsia gravita sobre a possibilidade de aplicação do artigo 412 do Código Civil em hipóteses como a dos autos, em que se busca o pagamento das contribuições sindicais e encargos acessórios previstos no artigo 600 da CLT. 2. O entendimento desta e. Corte é pacífico no sentido de que, conquanto a multa prevista no artigo 600 da CLT não possua natureza de cláusula penal, a limitação contida no artigo 412 do CCB é plenamente aplicável à espécie, por analogia, no propósito de evitar o enriquecimento sem causa do credor. 3. Aplicação analógica da OJ 54/SDI-I/TST. O trânsito da revista encontra óbice no teor da Súmula 333/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido”. ( AIRR - 614-06.2010.5.09.0672 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento:

21/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 30/08/2013);

“[...] 6. MULTA CONVENCIONAL. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. O valor da multa estipulada na cláusula penal prevista em norma coletiva não pode ultrapassar o valor corrigido da obrigação principal, em respeito aos termos do art. 412 do Código Civil, consoante a Orientação Jurisprudencial n.º 54 da SDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. 7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. O Tribunal Regional decidiu de acordo com a atual jurisprudência desta Corte Superior, substanciada no item III da Súmula n.º 219, que dispõe serem devidos honorários advocatícios ao sindicato nas causas em que atua como substituto processual. Recurso de revista não conhecido”. (RR - 89500-16.2007.5.17.0008 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: 23/08/2013);

Vê-se, por conseguinte, que esta Corte Superior chancela a regência normativa prevista no Código Civil para o inadimplemento das obrigações resultantes do contrato de trabalho, quando inexistente norma própria na CLT, ou diante de eventual incompatibilidade específica, o que, seguramente, não é o caso da inserção, ao lado das perdas e danos e atualização monetária, de eventuais honorários do advogado contratado pelo credor para tentar obter a satisfação do seu crédito.

Em outras palavras, no campo das obrigações, o Tribunal reconhece a possibilidade de incidência de normas previstas no diploma normativo matriz.

Por esse motivo, não há razão para ocorrer de forma diversa quanto ao cabimento do pleno ressarcimento ao credor, em virtude do inadimplemento contratual.

Por esses mesmos argumentos, a Súmula nº 219 do TST não serve para obstar o deferimento da parcela, porque foi editada quando nem sequer se encontrava em vigor o Código Civil e, por isso, os precedentes que a originaram se basearam em premissas distintas que não podem ser invocadas para o novo cenário.

Ademais, há inúmeras outras situações que, embora não versem sobre assistência judiciária gratuita, têm ensejado o reconhecimento do direito aos honorários nesta Justiça, mesmo que no campo processual e, por conseguinte, da sucumbência, a exemplo do que ocorre com as ações originadas nas relações de trabalho, ações propostas por sindicatos na condição de substitutos processuais, por terceiros alcançados pela decisão judicial ou mesmo ações trabalhistas de reparação de danos ajuizadas por dependentes de empregados falecidos, quando fundamentadas em direito próprio, tendo em vista que o artigo 791 da CLT outorga capacidade postulatória tão somente a empregados e empregadores, ações rescisórias, etc.

Portanto, mesmo no cenário da sucumbência, há o reconhecimento do direito, quiçá quando tem origem em regras de direito material disciplinadoras dos efeitos do inadimplemento de obrigações contratuais, o que afasta a argumentação de que, nesta Justiça, estão limitados à assistência sindical, como previsto na citada Súmula e reconhecido no artigo 5º da Instrução Normativa n. 27/05:

Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

Enquanto os honorários da sucumbência são despesas processuais de natureza compulsória devidos pela parte que sucumbe na demanda – daí a sua própria denominação - em decorrência do acolhimento da pretensão formulada pelo autor, ainda que de forma parcial, aqueles originados do Código Civil possuem a natureza de perdas e danos, como determina o já mencionado artigo 404, que novamente transcrevo:

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

A propósito dessa dessemelhança, afirma Carlos Roberto Ramos, em obra específica sobre o tema (RAMOS, Carlos Roberto. Os honorários advocatícios na justiça do trabalho. 2ª ed. Florianópolis: Saraiva, 2013. p. 97-98):

“Vale dizer, não se confunde o disposto na Lei 10.406/02 com os honorários decorrentes da mera sucumbência. Em primeiro lugar, trata o novo diploma de ressarcimento pelos honorários contratuais pactuados em virtude da necessidade do credor de buscar a reparação pelo inadimplemento do devedor. Já os honorários da sucumbência, conforme já demonstrado, têm natureza processual e decorrem da aplicação do princípio esculpido no artigo 20 do CPC”.

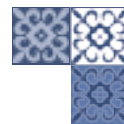
Os honorários originados na legislação processual pertencem ao advogado que, por isso mesmo, é titular de pretensão autônoma dirigida à parte devedora, como previsto no artigo 23 da Lei n. 8.906/94, ao passo que aqueles previstos na Lei Substantiva pertencem ao credor da obrigação, no caso específico, ao empregado:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Essa, aliás, constitui importante inovação trazida em 2002 exatamente para atender à nova realidade em que o legislador se volta à proteção integral à pessoa titular do direito em detrimento da coisa ou patrimônio, no privilégio do ser sobre o ter, e reconhece a predominância, no campo do Direito das Obrigações, do princípio da restituição integral.

Veja-se, a propósito, a lição de Luiz Antônio Scavone Júnior (SCAVONE Júnior, Antônio. Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral, interpretação sistemática e teleológica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 169-170):

“Como não há palavras inúteis, o significado da inclusão dos honorários de advogado como consequência do descumprimento das obrigações representa, sem qualquer sombra de dúvida, importante alteração do direito anterior.



[...]

Resta evidente que o Código Civil, na ideia dos prejuízos causados ao credor, destacando do conceito das perdas e danos, os honorários de advogado que este está obrigado a depender em razão da mora ou do inadimplemento absoluto do devedor.

Entendimento contrário, mantendo a interpretação que decorria do Código Civil de 1916, negaria vigência aos expressos termos dos dispositivos mencionados do Código Civil de 2002, fazendo com que não tenha eficácia o princípio geral da restituição integral que regula o inadimplemento das obrigações e indica a mais completa e ampla reparação dos danos.

[...]

Portanto, os honorários despendidos do credor, na busca da satisfação do objeto da obrigação, devem ser ressarcidos pelo devedor, que, bem pensado, a esse dispêndio deu causa”. (destaques postos).

Na mesma linha, Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. v. 2, 5ª. Ed. São Paulo; Saraiva, 2012. p. 204):

“Sempre que o credor tiver contratado advogado para ver satisfeito o seu direito, a indenização devida pelo inadimplente não é completa se não abranger também o ressarcimento dos honorários daquele profissional. Note-se que este consectário é imposto ao devedor ainda que não tenha ocorrido o trabalho judicial do advogado do credor, isto é, mesmo que as providências adotadas pelo profissional tenham sido todas de caráter extrajudicial ...”.

Por conseguinte, não se há de confundir a disciplina dos honorários sucumbenciais regidos pela Lei nº 5.584/70 com aqueles oriundos da Lei Civil, a título de encargo acessório para estimular o cumprimento voluntário das obrigações e, por via reflexa, evitar a cobrança pela via judicial, tal como ocorre com os juros moratórios.

Acrescente-se a isso o reconhecimento, pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, da necessidade do patrocínio de advogado na ação rescisória, na ação cautelar, no mandado de segurança e nos recursos de sua competência, o que revela não constituir dogma intransponível. Nesse sentido, a Súmula nº 425:

“SUM-425 JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE - Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010

O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”

Poder-se-ia argumentar que inexistente nos autos prova da contratação do advogado, diante do fato de não haver sido juntado o instrumento com ele firmado e, por isso, não há prova da despesa suportada e do consequente dano causado.

O argumento, com toda a permissão, também, a meu sentir, pode ser afastado. Dúvidas não subsistem quanto à aplicação, ao mandato conferido ao advogado, das normas que o disciplinam no Código Civil e neste Diploma está previsto, de modo expresso, que a procuração é o seu instrumento (art. 653):

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Portanto, a simples outorga de procuração evidencia a existência da celebração do contrato de mandato, ainda que de forma tácita, aliás, como admitido na jurisprudência desta Casa e em algumas de suas súmulas e OJs, que reconhecem o direito à ampla atuação do advogado em casos que tais:



SUM-164 PROCURAÇÃO. JUNTADA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O não-cumprimento das determinações dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 e do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil importa o não-conhecimento de recurso, por inexistente, exceto na hipótese de mandato tácito;

OJ-SDI1-200 MANDATO TÁCITO. SUBSTABELECIMENTO INVÁLIDO (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005. É inválido o substabelecimento de advogado investido de mandato tácito.

OJ-SDI1-286 AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. MANDATO TÁCITO. ATA DE AUDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO (alterada) – Res. 167/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. I - A juntada da ata de audiência, em que consignada a presença do advogado, desde que não estivesse atuando com mandato expresso, torna dispensável a procuração deste, porque demonstrada a existência de mandato tácito.

II - Configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso.

De igual modo, também não subsiste a dedução no sentido de inexistir prova da despesa efetuada pelo empregado, mas, também aqui, a presunção se faz em direção oposta, em face quanto previsto no art. 658 do Código Civil que o excepciona, quanto à natureza gratuita, quando possuir como objeto ato para cujo exercício o mandatário o tratar por ofício ou profissão lucrativa, hipótese exatamente aplicável à atuação do advogado:

Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

A prova do valor pactuado e do seu efetivo pagamento pela parte pode ser promovida em sede própria da execução, quando há campo para a fixação do quantum debeat do título executivo (sentença transitada em julgado), sendo certo concluir que se, eventualmente, gratuita for a atuação do profissional, o que certamente constituirá exceção, a presunção estabelecida nos dispositivos questionados cede lugar à conclusão no sentido da inexistência de dano e não há o que ser indenizado.

Finalmente, cabe refletir o interesse do legislador em, ao introduzir os indigitados dispositivos, estimular o cumprimento voluntário da obrigação, o que certamente produz o desejado efeito pedagógico também junto aos empregadores, motivo pelo qual tem inteiro cabimento o alerta de Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. v. 2, 5ª. Ed. São Paulo; Saraiva, 2012. p. 179):

“O credor espera que a obrigação se cumpra espontaneamente no vencimento, isto é, que a prestação lhe seja entregue pelo devedor no tempo e lugar devidos. Não só ele. Num certo sentido, a sociedade como um todo também tem a expectativa de que as obrigações sejam tempestivamente pagas. O cumprimento generalizado das obrigações contribui para ampliar o grau de confiança entre as pessoas e conseqüentemente, a sensação geral de segurança.”

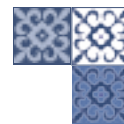
Destarte, conheço do recurso de revista por violação dos artigos 389 e 404 do Código Civil.

## MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por violação dos artigos 389 e 404 do Código Civil, dou-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de honorários por perdas e danos, comprovada a efetiva realização dessa despesa, conforme se apurar em liquidação, até o limite de 20% do valor do valor final da condenação. Juros e atualização monetária na forma da Súmula nº 439 do TST.

## ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “responsabilidade subsidiária”, por contrariedade à Súmula nº 331 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar a responsabilidade subsidiária do Município de São Paulo, pelos créditos trabalhistas devidos ao autor. Por maioria, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “dano mo-



ral”, por violação do artigo 927 do Código

Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento para deferir ao reclamante, a título de reparação por danos morais, o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Vencido o Exmo. Sr. Ministro Vieira de Mello Filho, que não conhecia do recurso de revista. Também, por maioria, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “honorários advocatícios”, por violação dos artigos 389 e 404 do mesmo diploma civilista, e, no mérito, condenar a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios por perdas e danos, comprovada a efetiva realização dessa despesa, conforme se apurar em liquidação, até o limite de 20% do valor final da condenação. Juros e atualização monetária na forma da Súmula nº 439 do TST. Vencido o Exmo. Sr. Ministro Vieira de Mello Filho, que não conhecia do recurso de revista. Fica mantido o valor da condenação, para fins processuais.

Brasília, 19 de fevereiro de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

CLÁUDIO BRANDÃO  
Ministro Relator

**RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000751-20.2011.5.05.0007RecOrd**

Desembargador Relator  
**DALILA NASCIMENTO ANDRADE**

ACÓRDÃO  
(2ª Turma)  
Recurso Ordinário  
nº0000751-20.2011.5.05.0007RecOrd

RECORRENTES: JURANDI SANTOS SOUZA E PAPAIZ NORDESTE

INDÚSTRIA COMÉRCIO LTDA.

RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATORA: Desembargadora DALILA ANDRADE

MEMBRO DO CONSELHO FISCAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA. O membro do Conselho Fiscal não atua em defesa dos direitos da categoria, assim como ocorre com o dirigente sindical, tendo em vista que a sua atuação é restrita à fiscalização da gestão financeira do sindicato, não sendo, por isso mesmo, detentor da estabilidade provisória insculpida nos arts. 543, § 3º da CLT e 8º, inciso VIII, da Constituição da República. Nessa ordem de ideias é, a propósito, a Orientação Jurisprudencial de nº 365 da SDI-I do c. TST.

GREVE. DECISÃO JUDICIAL REPUTANDO ABUSIVA O MOVIMENTO PAREDISTA E DETERMINANDO O IMEDIATO RETORNO AO TRABALHO. RECUSA DO EMPREGADO EM VOLTAR AO SEU POSTO DE SERVIÇO. JUSTA CAUSA. “Constitui abuso do direito de greve (...) a manutenção ou paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho”, à luz do art. 14, da Lei de Greve. Assim, incide na justa causa prevista na alínea “h”, do art. 482, do diploma consolidado o empregado que se recusa a voltar a trabalhar após a greve mesmo após decisão judicial nesse sentido.

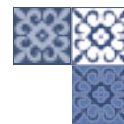
JURANDI SANTOS SOUZA E PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA COMÉRCIO LTDA., nos autos de nº 0000075120.2011.5.05.0007RecOrd em que litigam entre si, inconformados com a sentença de fls. 516/527 complementada pela de fls. 536/537, que julgou PROCEDENTES EM PARTE as pretensões formuladas na reclamação, interpõem, dentro do prazo legal, RECURSO ORDINÁRIO, pelos motivos expendidos às fls. 539/547 e 548/568, respectivamente. Contrarrazões às fls. 601/609 e 637/638. A reclamada ingressou, ainda, com AÇÃO CAUTELAR INOMINADA tombada sob o nº 002394-97.2012.5.05.0000 (PJ-e) que foi julgada procedente para imprimir efeito suspensivo à sentença judicial que determinou a imediata reintegração do reclamante aos seus quadros, fl. 623. O Ministério Público do Trabalho não exarou parecer, tendo em vista que as matérias, objeto do presente apelo, não se enquadram entre as hipóteses descritas na Lei Complementar nº 75/93 e no Provimento nº 01/2005 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho que justifiquem a sua intervenção. Não foi designado Desembargador Revisor, em face da alteração do caput e do § 1º do art. 135 do Regimento Interno desta Corte, por meio da Resolução Administrativa n. 57/2009. Em face de ter relatado a Cautelar, fui designada Relatora dos presentes recursos.

É o Relatório.

VOTO

RECURSOS DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA

Serão examinados em conjunto, em face da identidade parcial de matérias neles tratadas.



## ESTABILIDADE PROVISÓRIA – MEMBRO DO CONSELHO FISCAL

Sustenta, inicialmente, o reclamante que é detentor da estabilidade provisória, uma vez que, segundo afirma, o c. TST reconhece o direito “tanto dos dirigentes sindicais, quanto dos membros do Conselho Fiscal, independentemente do número de integrantes”, fl. 541.

A assertiva não é, contudo, veraz.

Com efeito, o §3º, do art. 543, da CLT, veda a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou associação profissional até 01 (um) ano após o final do mandato, caso seja eleito, inclusive, como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada.

A Constituição Federal, no artigo 8º, inciso VIII, por sua vez, confere estabilidade provisória aos empregados eleitos para os cargos de direção ou representação sindical.

A *Lex Legum* assegura, pois, estabilidade provisória aos empregados que atuam como dirigentes ou representantes sindicais, ou seja, os ocupantes eleitos para os cargos de direção ou representação sindical, o que não inclui o membro do Conselho Fiscal.

Decerto. O §2º, do art. 522, do diploma consolidado, prevê que a atribuição do “conselho fiscal é limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato”.

Significa dizer, portanto, que o membro do Conselho Fiscal não atua em defesa dos direitos da categoria, assim como ocorre com o dirigente sindical, tendo em vista que a sua atuação é restrita à fiscalização da gestão financeira do sindicato, não sendo, por isso mesmo, detentor da estabilidade provisória insculpida nos arts. 543, §3º, da CLT e 8º, inciso VIII, da Constituição da República.

Nessa ordem de idéias é, a propósito, a Orientação Jurisprudencial de nº 365, da SDI-I do c. TST, conforme abaixo se lê:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. INEXISTÊNCIA. Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT)” (grifei).

## REINTEGRAÇÃO – ATO DISCRIMINATÓRIO

A reclamada, por sua vez, pugna pela reforma do capítulo da sentença recorrida que determinou a reintegração do reclamante nos seus quadros, assim como deferiu-lhe indenização por danos morais no importe de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

No particular, adoto, como razão de decidir, os fundamentos por mim utilizados na Ação Cautelar Inominada de nº 0002394-97.2012.5.05.0000 (PJ-e).

A reclamada sustentou, em síntese, que a decisão que determinou a reintegração violou dispositivos legais porque conferiu “a sentença um caráter satisfativo que somente poderia ser produzido quando da execução definitiva”.

Prosseguiu asseverando que, à luz do caput do art. 899 da CLT, a execução provisória só vai até a penhora e, que por isso mesmo, a reintegração seria inviável, em face da impossibilidade de recomposição ao status quo ante. No afã de corroborar a sua tese, cita julgados.

Afirmou, ainda, que o reclamante agiu de má-fé ao registrar que ela havia deixado transcorrer *in albis* o prazo para recorrer, uma vez que o seu apelo é tempestivo.

Obtemperou, de outra banda, que não foram preenchidos os requisitos necessários à execução provisória, a que alude o art. 475-O do CPC, uma vez que o requerido não anexou cópias da sentença ou do acórdão exequendo, certidão de interposição do recurso etc.

Assinalou, de outro vértice, que o n. Juiz de primeiro grau se pautou em “meros indícios e presunções” para afirmar que a despedida teria tido caráter discriminatório por ter o requerido participado do movimento grevista.

Sustentou que, na verdade, ingressou com o Dissídio Coletivo de nº 0000445-75.2011.505.0000 objetivando ver declarada a abusividade do movimento paredista, no que foi atendido.

Disse que, em face da referida decisão, convocou os empregados a retornarem ao trabalho, inclusive o requerido, mas este se recusou a voltar ao serviço, tendo sido obrigada a contratar 100 (cem) colaboradores para suprir as suas necessidades de produção.

Afirmou que a despedida do autor não possuiu caráter discriminatório, mas sim ocorreu por justa causa porque ele, além de ter se recusado a trabalhar, ofendeu o seu superior hierárquico.

Com efeito, entendo que é possível a reintegração do empregado antes mesmo do trânsito em julgado, em face do que dispõem os §2º do art. 893, da CLT, 461, do CPC.

Além disso, não era necessário que o requerido juntasse, aos autos, os documentos mencionados no §3º, do art. 475-O, do CPC, uma vez que a execução se processou nos autos principais, tendo em vista que o recurso ordinário ainda não havia sido processado.

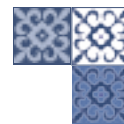
No entanto, os autos noticiam que o Dissídio Coletivo foi julgado parcialmente procedente para declarar abusiva a greve, determinando, por isso mesmo, o imediato retorno ao trabalho dos empregados da requerente, sob pena de pagamento de multa diária, com os descontos dos dias parados, conforme se vê às fls. 237/245.

A prova produzida em juízo, por sua vez, confirma que o motivo da despedida do requerido não se deu por ato discriminatório, mas sim por insubordinação.

Decerto. A primeira testemunha do reclamante relatou que “houve uma assembleia convocada pelo Sindicato realizada na porta da empresa para que os empregados voltassem ao trabalho, mas estes se recusaram; que a empresa se encontrava de portas abertas; (...) que o reclamante foi desligado em razão de desídia; que o reclamante nunca faltou ao trabalho, exceto no período da greve; (...) que o motivo da despedida do autor foi por desídia, por informação do próprio reclamante”.

A segunda testemunha, por sua vez, noticiou “que a greve foi julgada ilegal e que após o julgamento, houve uma Reunião entre a empresa e o Sindicato; que nessa reunião ficou acordado que o pessoal retornaria ao trabalho e que não haveria demissão; (...) que o acordo foi celebrado antes do reclamante ter sido despedido; (...) que o Sindicato, após a greve ter sido julgada ilegal, convocou assembléia para que os trabalhadores retornassem ao trabalho, o que foi por eles recusado”.

A primeira testemunha da reclamada, de seu turno, noticiou “que alguns funcionários, após o retorno da greve, não assumiram seu posto de serviço, permanecendo no local da fábrica, após bater o ponto, falando mal da empresa; que no caso do reclamante, o depoente escutou o reclamante falar mal do gerente Emídio Giu; que o depoente é da área técnica e o depoente é da fábrica; que a área técnica passava os trabalhos para a fábrica, mas esta ressentia a ausência de alguns funcionários, que por sua vez, se encontrava no pátio, sendo o reclamante um deles; que o reclamante disse, na ocasião, que ninguém ia lhe forçar a trabalhar; que agora a briga não era entre o Sindicato e a Papaiz, mas sim dele próprio e da Papaiz; que o reclamante dizia que o gerente Emídio não tinha capacidade, não tinha estudo, ainda, o ofendeu moralmente dizendo que era um vagabundo; que essa conversa foi com o depoente, não tendo chegado a nível superior; que o reclamante foi despedido pelo fato de se recusar a trabalhar; (...) que a despedida do reclamante foi feita não de forma pública, mas ocorreu numa sala com o gerente de RH e o gerente industrial; (...) que o reclamante se recusou a trabalhar em todos os dias compreendidos entre o retorno ao trabalho após a greve e a data em que foi despedido; (...) que teve contato com o Sr. Emídio na área de produção; que o reclamante não participou das reuniões após a greve, quando então, foi indagado por Emídio, a razão de não participar das reuniões; que foi determinado pelo Sr. Emídio que



o reclamante retornasse ao trabalho.”

Por fim, a segunda testemunha da reclamada afirmou que “que o reclamante não foi despedido por ter participado da greve;(…) que o depoente era o chefe do reclamante; que a meta da produção sempre esteve comprometida, ou seja, nunca era batida e que com a greve, piorou; que após o retorno dos funcionários, a produção ficou bem abaixo do resultado que apresentava antes da greve, por culpa de todos”, fls. 472/477, os destaques não são dos originais.

Com efeito, não se discute que a paralisação em decorrência do movimento paredista não caracteriza, por si só, ato de indisciplina ou insubordinação, em ordem a autorizar a despedida por justa causa, à luz da Súmula de nº 316, do STF e do parágrafo único do art. 7º, da Lei de nº 7.783/89.

No entanto, o caso dos autos não se amolda à hipótese supra, uma vez que a recusa do empregado em retornar ao serviço se deu após a decisão reputando abusiva a greve e que determinou o imediato retorno ao serviço.

Ora, de acordo com o art. 14, da Lei de Greve, “Constitui abuso do direito de greve (...) a manutenção ou paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho”, destacou-se.

É o caso dos autos. O reclamante, conforme se viu das declarações supra, mesmo após a decisão reputando abusivo o movimento paredista, se recusou a voltar ao trabalho, causando prejuízos à produção da empresa.

A par do descumprimento de decisão judicial, o reclamante também desferiu palavras de baixo calão ao seu superior hierárquico que também havia solicitado o seu retorno ao posto de trabalho.

Assim, não paira a menor dúvida de que o reclamante foi indisciplinado, uma vez que, mesmo concitado por intermédio do seu sindicato que realizou uma assembleia em frente à empresa e de seu superior hierárquico a retornar ao serviço, se recusou a trabalhar, incorrendo, portanto, na justa causa prevista na alínea “h”, do art. 482, da CLT.

Ouso, ainda, discordar dos fundamentos utilizados pelo n. Juiz a quo para reputar discriminatória a despedida do reclamante.

Precisamente porque o i. magistrado asseverou que os supostos problemas causados pelo requerido teriam ocorridos após a greve, não tendo a requerente se desincumbido do seu ônus de prová-los.

Afiçou, ainda, que ele sempre foi um bom empregado, recebendo, inclusive, promoções, que não foi advertido ou suspenso e que a despedida de mais outros 100 (cem) empregados revelariam “fortes e inafastáveis indícios de ter a despedida do reclamante ocorrido por ato discriminatório”.

Sucedo que, conforme assinalei anteriormente, ficou provado pelo relato das testemunhas que o motivo da despedida foi a recusa do requerido em retornar ao serviço após decisão proferida nos autos do Dissídio Coletivo e por ter ofendido o seu superior hierárquico e não por ter participado da greve.

Observe-se que o próprio reclamante informou para a sua testemunha que o motivo da rescisão foi a desídia, ou seja, a ausência de trabalho e não o fato de ter participado do movimento paredista.

Além disso, as condutas do reclamante -de se recusar a retornar ao trabalho mesmo após decisão judicial nesse sentido e de ofender o seu superior hierárquico -são tão graves que justificam a aplicação da penalidade máxima, sem que antes seja punido por penas mais brandas, como, por exemplo, advertência e suspensão.

De outra quadra, o fato de terem sido despedidos outros empregados não prova que a rescisão do autor teve caráter discriminatório porque as testemunhas do requerente relataram que isso ocorreu por questões de ajuste no quadro de pessoal.

E mais: Ainda que se admita como verdadeira a assertiva da testemunha José Beltrão de Medeiros de que a despedida de cem empregados ocorreu por “conta da greve”, o certo é que ela, logo em seguida, relatou que “houve uma assembleia convocada pelo sindicato realizada na porta da empresa para que os empregados voltassem ao trabalho, mas estes se recusaram”, fl. 473.

Significa dizer, portanto, que os empregados, assim como o requerido, praticaram, em tese, falta grave porque, mesmo alertados pelo sindicato de que deveriam retornar ao serviço, em face da decisão judicial, permaneceram de braços cruzados, em manifesta ofensa ao art. 14 da Lei de Greve.

Por fim, cumpre registrar que o Julgador somente deve se valer de presunções e indícios em casos absolutamente excepcionais em que é difícil ou impossível a prova do fato, o que não é a hipótese dos autos.

Assim, reformo a sentença recorrida que determinou a reintegração do reclamante com as vantagens daí decorrentes.

Por outro lado, como a despedida ocorreu por justa causa e não por critérios discriminatórios, não são devidas as parcelas rescisórias, muito menos a indenização por danos morais deferida pelo n. Julgador a quo.

Desse modo, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do reclamante e **DOU PROVIMENTO** ao recurso da reclamada para julgar **IMPROCEDENTES** as pretensões formuladas na reclamação, invertendo, em consequência, o ônus da sucumbência, dispensando o autor do pagamento das custas processuais, de acordo com o que dispõe o §3º, do art. 790, da CLT.

Acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, **POR UNANIMIDADE**, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE E DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA PARA JULGAR IMPROCEDENTES AS PRETENSÕES FORMULADAS NA RECLAMAÇÃO, INVERTENDO, EM CONSEQUÊNCIA, O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, DISPENSANDO, CONTUDO, O AUTOR DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, DE ACORDO COM O QUE DISPÕE O §3º, DO ART. 790, DA CLT.**

Salvador, 29 de Janeiro de 2014.

(assinado digitalmente)  
DALILA NASCIMENTO ANDRADE  
Desembargadora Relatora  
Firmado

Presente a autorização da categoria econômica para ajuizamento do presente dissídio coletivo, consoante ata de assembléia geral de fls. 85/86.

A ação deve ser conhecida.

## VOTO

### DASUPOSTAILEGALIDADE DAGREVE SUSCITADAPELO SINDICATO AUTORNAMANIFESTAÇÃO

Alega o Sindicato Patronal a ilegalidade da greve deflagrada pelo Sindicato Suscitado ao fundamento de que não houve autorização da Assembléia Geral acerca da decretação do movimento paredista.

Sem razão.

A ata da Assembléia Geral e a respectiva lista de presença dos obreiros, colacionadas, respectivamente, às fls. 255/256, demonstra que houve deliberação dos membros da categoria acerca da deflagração da greve.

Ademais, é fato público e notório que a categoria profissional, desde o mês de março do corrente ano, estava em permanente estado de paralisação.

Destarte, não se vislumbra nenhuma ilegalidade a ser declarada.

### DA ABUSIVIDADE DA GREVE

A greve, hodiernamente, se acha regulada pela Lei 7.738/89 e ela dispõe taxativamente sobre as atividades essenciais no art. 10, dentre elas o transporte coletivo no inciso V. O art. 11, da citada lei, determina a garantia, durante a greve, da prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis ao atendimento da comunidade. Já o art. 12 ordena: “No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços inadiáveis”. Finalmente, o art. 15 da decantada lei de greve, de modo explícito, ordena a apuração de responsabilidades pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos no curso da paralisação coletiva.

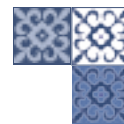
Na hipótese dos autos, o movimento paredista deflagrado pelos rodoviários, como é de ciência geral, vem causando grande comoção pública e sérios transtornos à sociedade baiana. Instalou-se verdadeiro caos não apenas na vida dos trabalhadores que lutam para chegar aos seus postos de trabalho, mas também na rotina de todos aqueles que precisam se locomover por qualquer outra razão (transportar seus filhos para a escola, cuidar da saúde, realizar atividades corriqueiras relacionadas à faina diária etc.) e que saem às ruas na esperança de encontrar algum meio de transporte, ainda que cômicos da existência da greve e das dificuldades que serão enfrentadas nessa empreitada. Aos danos diretos decorrentes da dificuldade de locomoção em si, acresça-se o surgimento de problemas indiretos como a desordem no trânsito, os gastos excessivos com outros meios de transporte, a falta de segurança das conduções alternativas e o inevitável surgimento de condutas ilícitas consubstanciadas na exploração de transportes irregulares ou na cobrança indevida de valores por outros meios de locomoção já existentes.

Não se ignora o fato, como já mencionado, de que antes mesmo da deflagração da greve este Regional concedeu liminar parcial para garantir a manutenção de 60% (sessenta por cento) das frotas de coletivos nos horários de pico e de 40% (quarenta por cento) nos demais horários, ficando cominada multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o caso de descumprimento da decisão por parte do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia. É também fato público e notório, no entanto, que tal medida vem sendo descumprida de forma desafiadora e desrespeitosa pelo suscitado, que não envidou qualquer esforço para viabilizar a prestação mínima dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, em atenção ao comando do art. 11 da Lei 7.783/89.

Tal conduta, não é demais ressaltar, vem se repetindo a cada nova discussão relacionada ao reajuste dos rodoviários, quando as vias conciliatórias prévias sempre são esgotadas sem sucesso e os movimentos paredistas deflagrados sem a mínima preocupação com as conseqüências sociais decorrentes da greve. Os transtornos causados à população baiana e o desprestígio amargado por este Tribunal Regional do Trabalho - que viu sumariamente descumprida uma decisão judicial indispensável à manutenção da ordem e da segurança jurídica de seus jurisdicionados -, fomentam o inevitável descrédito da sociedade no Poder Judiciário Trabalhista, notadamente se considerada a grande e negativa repercussão conferida pelos meios de comunicação à desobediência do sindicato obreiro.

Diante do exposto, visando à manutenção da ordem pública e a assegurar o cumprimento do quanto agora decidido, assim como a premente necessidade de se coagir o suscitado econômica e psicologicamente ao cumprimento do comando judicial emanado do presente dissídio, DECLARO a abusividade da greve e determino, de logo, o retorno imediato dos trabalhadores às suas atividades sob pena de multa diária de R\$





50.000,00 (cinquenta mil reais), com supedâneo no comando do art. 11 da Lei n. 7.347/85, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado da Bahia, ao qual fica de logo aplicada multa no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), referente ao descumprimento da determinação judicial nos dias 23, 24 e 25 de maio de 2012. Tal montante deverá ser revertido em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), entidade responsável pelo custeio do seguro desemprego e pela promoção da reabilitação e qualificação dos trabalhadores.

## MÉRITO

PAUTA DE REIVINDICAÇÕES DO PROCESSO 0000539-83.2012.5.05.000 (sindicato das empresas de Transportes de Passageiros de Salvador – Setps em face do Sindicato dos Trabalhadores em transportes Rodoviários no Estado da Bahia) válida para análise desses pleitos, às fls. 52.

CLÁUSULA PRIMEIRA - REAJUSTE SALARIAL – DEFIRO PARCIALMENTE. Busca o Suscitado que o reajuste fixado com base no índice de inflação apurado pelo DIEESE, referente ao período de maio/2011 a abril/2012. Ocorre que o art. 13, caput, da Lei 10.192/2001, proíbe pela via normativa a estipulação ou fixação de reajuste ou correção salarial vinculada a índice de preços.

Pois bem. O suscitante havia concordado com o índice de reajuste de 4,88%, referente às perdas inflacionárias de maio/2011 e abril/2012, conforme ata de audiência de fl. 252. O Suscitado, por sua feita, havia sinalizado a aceitação de índice de reajuste de 11%.

Ressalte-se que tanto na incoativa quanto na manifestação de fls. 265/275, o Suscitante aduziu concordar com a manutenção da data-base em 1º de maio.

Assim, este Tribunal, visando a preservação do poder aquisitivo do empregado, arbitra um reajuste salarial de 7,5% (sete e meio por cento), meio termo entre ambas as posições, por reputar que tal percentual reflete a justa composição do conflito de interesse das partes e guarda adequação com o interesse da coletividade, ficando a cláusula com a seguinte redação:

CLÁUSULA PRIMEIRA – REAJUSTE SALARIAL E GANHO REAL - A partir de 01 de maio de 2012, as empresas de Transporte Rodoviário reajustarão os salários de todos seus empregados no percentual de 7,5% (sete e meio por cento) incidentes sobre os salários já praticados.

CLÁUSULA SEGUNDA – PISO SALARIAL – INDEFIRO. A criação de piso salarial é decisão a ser tomada pelas categorias envolvidas, mediante negociação coletiva, consoante art. 1º da Lei Complementar nº 103/2000. Não cabe ao Poder Judiciário deferir tal pleito.

CLÁUSULA TERCEIRA – PISO SALARIAL PARA PROFISSIONAIS DE MANUTENÇÃO – INDEFIRO. A criação de piso salarial é decisão a ser tomada pelas categorias envolvidas, mediante negociação coletiva, consoante art. 1º da Lei Complementar nº 103/2000.

CLÁUSULA QUARTA – QUINQUÊNIO – DEFIRO. Trata-se de cláusula normativa conquistada pela categoria em norma coletiva anterior, instituída na cláusula 5ª da CCT 1991/1992. Defiro o retorno do quinquênio para todos os empregados que preencherem os requisitos, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Assim, restando acatada tal pretensão fica tal cláusula com a seguinte redação:

CLÁUSULA QUARTA – QUINQUÊNIO: Fica assegurado o quinquênio no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do salário base para todos os trabalhadores com 05 (cinco) anos de serviço efetivos e contínuos na mesma empresa e, após a aquisição do segundo quinquênio este adicional será transformado em anuênio, a base de 1% (um por cento) por cada ano incidente sobre o salário.

CLÁUSULA QUINTA – TICKET ALIMENTAÇÃO – DEFIRO. Trata-se de conquista da categoria e que deve ser mantida, na forma do art. 114, § 2º, da Lei Maior, com a manutenção da cláusula anteriormente pactuada. Ressalte-se que o percentual de reajuste concedido ao benefício em questão sempre se iguala ou supera aquele referente aos salários. Considerando o valor facial que está sendo atualmente pago, reputo justa a elevação do ticket alimentação para R\$ 11,22 (onze reais e vinte e dois centavos), valor que tem correspondência com a inflação medida pelo índice do INPC, incidente sobre os custos gerais, especialmente alimentos.

PARÁGRAFO ÚNICO – DEFIRO. As partes concordam com a estipulação do parágrafo único, consoante se infere da proposta do Suscitante contida na incoativa e da proposta do Suscitado reafirmada na defesa.

Assim, a cláusula passa a ter a seguinte redação:

CLÁUSULA QUINTA – TICKET ALIMENTAÇÃO – A partir de 01 de maio de 2012, as empresas concederão aos seus empregados, que assim desejarem, alimento, através de vales alimentação no valor facial de R\$ 11,22 (onze reais e vinte e dois centavos), para cada dia útil de trabalho, com a participação do empregado em seu custeio, nos níveis que vêm sendo atualmente praticados, respeitado o limite de até 20% (vinte por cento).

PARÁGRAFO ÚNICO – O benefício estipulado nesta cláusula não tem natureza salarial, sendo expressamente vedada sua incorporação ao salário.

CLÁUSULA SEXTA – PLR – INDEFIRO. O art. 2º da Lei 10.101/2000 dispõe que a participação nos lucros e resultados “*será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante (...): I - comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, II - convenção ou acordo coletivo*”. Não tendo as partes chegado a consenso e não constando tal cláusula da norma coletiva anterior, não cabe ao Poder Judiciário, através de sentença normativa, intervir para estipular direito que depende de expressa concordância dos envolvidos.

CLÁUSULA SÉTIMA – MICRO ÔNIBUS – INDEFIRO, porquanto não se trata de matéria inerente a sentença normativa.

CLÁUSULA OITAVA – JORNADA DE TRABALHO – INDEFIRO. A matéria relativa à fixação de jornada é de reserva legal, não podendo ser alterada mediante Sentença Normativa, apenas através de negociação coletiva.

CLÁUSULA NONA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INDEFIRO O REAJUSTE DE 18%, mantendo-se a conquista anterior, com a seguinte redação:

CLÁUSULA NONA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – A partir de 01 de maio de 2012, as empresas se obrigam a fazer seguro de vida por morte acidentária, para todos os empregados, no valor de R\$ 14.846,76 (catorze mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos).

CLÁUSULA DÉCIMA – GRATIFICAÇÃO DE CARNAVAL – INDEFIRO. A pretensão onera sem qualquer razão as empresas e não encontra respaldo legal.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DOS EMPREGADOS CONSIDERADOS APTOS AO LABOR PELO INSS – INDEFIRO. O período em que ainda há discussão sobre o retorno ou não do trabalhador ao serviço deve ser dirimido pelo INSS, não cabendo a empresa arcar com os valores relativos ao salário, visto que ainda persiste a suspensão do contrato de trabalho durante tal interstício. Assim, não há respaldo legal para o deferimento de tal pretensão.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – FIM DA TERCEIRIZAÇÃO – INDEFIRO. Não há respaldo legal para o deferimento de tal cláusula, visto que a terceirização não é necessariamente ilícita, desde que observados os parâmetros fixados na súmula nº 331 do TST.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – PLANO DE SAÚDE – INDEFIRO O REAJUSTE DE 18% SEM QUALQUER CONTRAPARTIDA DOS EMPREGADOS. A justificativa para tal indeferimento se pauta que, além da matéria ser típica de negociação entre as partes interessadas, e, somente com a conjugação de suas vontades se poder estabelecer obrigações para cada qual, matéria pois estranha à sentença normativa.

CLÁUSULAS CONTESTADAS PELO SINDICATO PATRONAL, CONSTANTES DA PAUTA DE REIVINDICAÇÕES COMO “CONQUISTAS ANTERIORES” (FLS. 54/59)

CLÁUSULA 9º - INTERRUPTÕES NA JORNADA DE TRABALHO POR RESPONSABILIDADE DA EMPRESA – As interrupções na jornada de trabalho de responsabilidade da empresa não poderão ser descontadas ou compensadas posteriormente, sendo devido ao trabalhador o pagamento integral das horas.

Indefiro. A cláusula não especifica quais interrupções seriam de responsabilidade da empresa, e extrapola o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Cláusula 23º - ATESTADOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS – *Assegura-se eficácia aos atestados médicos e odontológicos fornecidos por profissionais do sindicato dos trabalhadores, para o fim de abono de faltas ao serviço, desde que existente convênio do Sindicato com a Previdência Social, salvo se o empregador possuir serviço próprio ou conveniado.*

Indefiro, pois a matéria não pode ser objeto de sentença normativa.



Cláusula 24º – LIBERAÇÃO DE DIRIGENTES SINDICAIS – *Fica liberado, na proporção de 01 (hum) por empresa e para que fique à disposição do Sindicato profissional de diretores da entidade sindical, sem prejuízo da sua remuneração.*

Indefiro. Houve expressa discordância do Sindicato patronal, e a disciplina legal acerca da matéria não ampara a pretensão obreira, não podendo o Judiciário intervir no âmbito da administração empresarial.

Cláusula 45ª – TAXA ASSISTENCIAL DOS EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS – *As empresas se comprometem em descontar o valor correspondente a 02 (duas) diárias a título de Taxa Assistencial dos empregados NÃO sindicalizados que não se pronunciarem contrário ao desconto em carta do próprio punho.*

*Parágrafo primeiro: Os descontos serão processados de forma parcelada, devendo ocorrer nos três primeiros meses subseqüentes à assinatura da Convenção Coletiva, e os valores repassados ao Sindicato até o dia 05 (cinco) do respectivo mês do recolhimento, sob pena de multa diária de 2% (dois por cento) sobre o montante recolhido mais juros diários.*

Indefiro, em face da inexistência de previsão legal para que se proceda ao desconto de taxa assistencial daqueles empregados que não sejam sindicalizados e que não autorizem expressamente o desconto.

CLÁUSULA 46ª – ESCALA DE FOLGA – As empresas fixarão nas garagens, em locais visíveis e com antecedência mínima de uma semana, as escalas de folga, especificando o horário e o início do turno, assegurando aos motoristas, cobradores e despachantes.

Indefiro, uma vez que a redação da referida cláusula é inconclusiva, não especificando o que estaria sendo assegurado aos trabalhadores.

CLÁUSULA 59ª – MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO – O descumprimento de qualquer cláusula constante desta Convenção Coletiva de Trabalho, devidamente comprovado, sujeitará a empresa infratora ao pagamento de uma multa correspondente a 100 (cem) salários mínimos em favor do Sindicato profissional.

Indefiro, diante da existência de ação própria – Ação de Cumprimento – , prevista em lei, de que se pode valer o Sindicato dos Trabalhadores, para a hipótese de descumprimento de cláusula normativa.

CLÁUSULAS QUE FICAM MANTIDAS POR EXPRESSA CONCORDÂNCIA DO SINDICATO PATRONAL

FLS. 03 DA PAUTA

CLÁUSULA 11 – GRATUIDADE NOS TRANSPORTES – As empresas concederão aos seus trabalhadores vale transportes conforme previsto na Lei Federal Nº 7.418/85 sem o desconto nos salários dos empregados do percentual previsto na legislação, na forma de VTE – Vale Transporte Eletrônico.

CLÁUSULA 13 – DISPENSA DA EMPREGADA GESTANTE – Fica vedada a dispensa arbitrária e sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 60(sessenta) dias após o término da licença maternidade.

Parágrafo único: As empresas transferirão a gestante para outra função, quando necessário e por recomendação médica sem prejuízo da remuneração.

CLÁUSULA 14 – SELEÇÃO DE EMPREGADOS– No seu processo de seleção as empresas comprometem-se em não discriminar qualquer candidato em razão da idade, religião, raça, sexo, nem aqueles que tenham trabalhado no sistema de transporte urbano, intermunicipal e fretamento, obedecidos os critérios de seleção.

CLÁUSULA 15 – PREENCHIMENTO DE DOCUMENTOS: SEGURO DESEMPREGO, AUXÍLIO DOENÇA, ETC. - As empresas preencherão quaisquer documentos exigidos por órgãos públicos, quando solicitado por seus empregados para obtenção do seguro desemprego, auxílio doença, aposentadoria e outros benefícios na forma da legislação em vigor.

CLÁUSULA 16 – ABONO DE FALTA DE ESTUDANTE – O empregado estudante terá abonada a falta para prestação de exames escolares, mediante prévio e comprovação posterior, desde que os exames sejam no horário de trabalho.

FOLHA 04 DA PAUTA

CLÁUSULA 17 – ESTABILIDADE POR APOSENTADORIA – Defere-se a garantia de emprego, durante os 12 (doze) meses que antecederam a data em que o empregado adquire o direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos 03(três) anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia.

**CLÁUSULA 18 – PROGRAMAÇÃO DO GOZO DE FÉRIAS** – O Início das férias, coletivas ou individuais, não poderá coincidir com sábado, domingo, feriado ou dia de compensação de repouso semanal.

**CLÁUSULA 19 –FORNECIMENTO DE UNIFORMES** – As empresas fornecerão, gratuitamente, aos seus motoristas, cobradores e despachantes em cada período de um ano, uniforme compreendendo: duas calças, três camisas, um par de sapatos e dois pares de meias.

Parágrafo primeiro: As empresas fornecerão, gratuitamente, ao pessoal de manutenção, em cada período de um ano, uniforme compreendendo: 02 macacões e um par de botas.

Parágrafo segundo: As empresas fornecerão o uniforme integral no ato de admissão do trabalhador.

Parágrafo terceiro: No caso de desligamento o empregado obriga-se a efetuar a devolução do mesmo.

Parágrafo quarto: As empresas que exigirem uniformes para os demais empregados, ficam obrigadas a concedê-los nas condições prevista no caput desta cláusula.

**CLÁUSULA 20 – ANOTAÇÕES FUNÇÕES CTPS** – As empresas anotarão nas carteiras profissionais de seus empregadores, as suas “funções” cobrador de ônibus, despachante, motorista de ônibus e motoristas de carros leves.

**CLÁUSULA 21 – COMPROVANTE DE PAGAMENTO** - o pagamento do salário será feito mediante recibo, fornecendo-se cópia ao empregado, com a identificação da empresa, e do qual constarão a remuneração, com a discriminação das parcelas a quantia líquida paga, os dias trabalhados ou o total da produção, as horas extras e os descontos efetuados, inclusive para Previdência Social, e o valor correspondente ao FGTS.

**CLÁUSULA 22 – DESCONTO EM FOLHA – CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS** - As empresas manterão convênios com farmácias, óticas e livrarias, para aquisição de medicamentos, óculos, lentes e livros pelos trabalhadores, cujo pagamento será efetuado mediante desconto, em folha, desde que, expressamente, autorizado pelo beneficiário.

FLS 05 DA PAUTA

**CLÁUSULA 25 - QUADRO DE AVISO** - Fica assegurada a afixação, na empresa, de quadro de aviso do sindicato, para comunicado do interesse dos empregados, vedado os de conteúdo político-partidário ou ofensivo.

**CLÁUSULA 26 - CIPA- COMUNICAÇÃO DA DATA DA ELEIÇÃO AO SINDICATO** - As empresas ficam obrigadas a comunicar ao sindicato representante da categoria profissional dos empregados, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, a data da eleição para a CIPA.

**CLÁUSULA 27– FORNECIMENTO DE MOEDAS** – As empresas fornecerão moedas divisionárias aos seus empregados cobradores para facilitar-lhes o desempenho das atividades profissional durante a jornada de trabalho.

**CLÁUSULA 28– SERVIÇOS MÉDICOS** – As empresas prestarão serviços médico, em nível ambulatorial, aos seus empregados.

**CLÁUSULA 29– EMPREGADOS RESERVAS** – Na falta de carro, os empregados que ficarem na reserva à disposição da empresa, terão seus dias pagos.

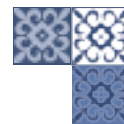
**CLÁUSULA 30 – APANHA E LEVA** – As empresas fornecerão transporte gratuito aos seus motoristas, cobradores, colaboradores e despachantes, que encerrarem suas jornadas às 24: 00 horas e para aqueles que iniciam o turno às 04: 00 horas, obedecendo roteiros e pontos estabelecidos.

**CLÁUSULA 31 – APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR** – Nenhum empregado será retirado de sua escala, por indisciplina, antes de ser apurada a falta. A inobservância deste procedimento obrigará as empresas a proceder ao pagamento dos dias perdidos do empregado.

**CLÁUSULA 32 - TURNOS FIXOS** – Os empregados das empresas urbanas, escalados para o turno diurno não poderão ser designados para o noturno ou vice-versa, enquanto perdurar a relação no emprego ressalvado o interesse do empregado e motivo de ordem operacional das empresas tais como : feriados, dias santificados, carnaval, festas de largo, eventos e festas promocionais.

**CLÁUSULA 33 – ASSALTO E AVARIAS** – As empresas não descontarão dos salários dos seus empregados nenhum valor relativo a quaisquer avarias ou assaltos que houver no ônibus em que o empregado estiver trabalhando, salvo se houver culpa ou dolo devidamente comprovado.

**CLÁUSULA 34 - AUXÍLIO DOENÇA / COMPLEMENTAÇÃO** – O empregado em gozo de auxílio doença



previdenciário perceberá da empresa empregadora, do 16º (décimo sexto) dia ao 30º (trigésimo) dia de afastamento, uma complementação salarial correspondente à diferença entre o valor do benefício do INSS e a sua efetiva remuneração.

#### FLS. 06 DA PAUTA

**CLÁUSULA 35 – CONTRIBUIÇÃO MENSAL** – As empresas descontarão em folha as mensalidades sindicais de seus empregados, desde que por eles devidamente autorizadas, recolhendo aos cofres do sindicato, até o 5º (quinto) dia útil após o referido desconto, com a lista, dos associados.

Parágrafo primeiro: As empresas que não descontarem as mensalidades sindicais nos prazos estabelecidos nesta cláusula, arcarão com a multa correspondente ao dobro da contribuição em favor do Sindicato Profissional, vedado o desconto retroativo nos salários dos associados.

**CLÁUSULA 36 – AUXILIO-FUNERAL** – As empresas no caso de falecimento do empregado, arcarão com o funeral até 05(cinco) salários mínimos, ficando assegurado o financiamento ate esse limite, em 06(seis) parcelas, sem juros e correção monetária, na hipótese de morte do cônjuge e dos filhos ate a idade 16(dezesseis) anos.

Parágrafo Único: os serviços funerários serão efetuados por empresas credenciadas pelo integrantes da categorias econômica, que fornecerão listas desses convenio ao sindicato profissional.

**CLÁUSULA 37 – ENCERRAMENTO DAS ORDENS DE SERVIÇO** – Nas empresas que não tiveram manobristas a jornada de trabalho dos motoristas só será encerrada após os mesmos terem abastecido os veículos e efetuado o estacionamento dos ônibus no pátio. Os cobradores terão sua jornada de trabalho encerrada após a prestação de contas.

**CLÁUSULA 38 – EXAMES ADMISSIONAIS** – As empresas não farão exames de esterilização e de gravidez com o objetivo de vedar admissões.

**CLÁUSULA 39 – PAGAMENTO DAS FÉRIAS** - As empresas negociarão com os trabalhadores o período para gozo das férias e o pagamento será efetuado, improrrogavelmente, até 02(dois) antes do afastamento, salvo o não comparecimento do empregado no setor pessoal para o respectivo recebimento.

**CLÁUSULA 40 – PAGAMENTO DO 13º SALÁRIO** – O pagamento do 13º (décimo) salário será pago em duas parcelas sendo 50% até 20 de novembro e o restante até 20 de dezembro.

**CLÁUSULA 41 – PAGAMENTO DE SALÁRIOS** – As empresas anteciparão 40% do salário base no dia 15 do mês, e o restante da remuneração deverá ser paga até o primeiro dia útil do mês subsequente.

**CLÁUSULA 42 – HOMOLOGAÇÃO** – As empresas se obrigam a homologar as rescisões dos contratos de trabalho de seus empregados no Sindicato Profissional, ou perante a autoridade representante do Ministério do Trabalho.

**CLÁUSULA 43 – EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL DE CANDIDATOS A EMPREGO** – As empresas nos seus processos de recrutamento e seleção de novos cobradores darão preferência aos candidatos que demonstrarem experiência comprovada no exercício da função, obedecidos aos critérios de seleção.

#### FLS. 07 DA PAUTA

**CLÁUSULA 44 – CERTIDÃO DE OCORRÊNCIA** – Em caso de acidente, a responsabilidade pela obtenção da certidão de ocorrência junto ao órgãos competentes é do empregado envolvido, quer ativa ou passivamente no acidente, contudo, sem ônus, uma vez que a quantia desembolsada para a execução da certidão, deve ser arcada pelas. Justifica-se ser a responsabilidade do empregado a obtenção da ocorrência por ser ele a pessoa mais indicada em prestar possíveis esclarecimentos ao órgão expedido, na hipótese de erro na certidão.

**CLÁUSULA 48 – PLANEJAMENTO FAMILIAR** – As empresas se comprometem a manter convênios com clínicas e/ ou hospitais para orientar os funcionários no planejamento familiar.

**CLÁUSULA 49 – REGISTRO EM FICHA FUNCIONAL** - Será dado prévio conhecimento e assegurado o direito de defesa do empregado, antes do registro, na sua ficha funcional, de qualquer ato que desabone a conduta profissional ou moral do trabalhador.

Parágrafo único: Os registros efetuados sem a observância dos requisitos estabelecidos no item anterior serão nulos de pleno direito.

**CLÁUSULA 50 – PAINEL DOS VEÍCULOS** – As empresas se comprometem a manter em perfeito funcionamento os painéis dos seus veículos.

CLÁUSULA 51 – AVISO PRÉVIO – Em nenhum caso o aviso prévio indenizado será pago no valor salarial correspondente ao término do período.

Parágrafo único: O aviso prévio indenizado será pago no valor salarial correspondente ao término do período.

FLS. 08 DA PAUTA

CLÁUSULA 52 - ASSISTÊNCIA NO ACIDENTE DO TRABALHO – Em caso de acidente durante o deslocamento do trabalhador de casa para o trabalho ou vice-versa, a empresa prestará toda assistência ao trabalhador, nos termos Lei.

CLÁUSULA 53 – EXAMES PRÉ DEMISSIONAIS – A dispensa de empregados será precedida de exames médicos, de acordo com a legislação vigente.

CLÁUSULA 54 – LICENÇA PATERNIDADE – As empresas concederão licença paternidade de 05 dias corridos aos empregados, quando do nascimento de seu filho. O registro do nascimento deverá ser feito no período de licença e o documento comprobatório será a própria certidão de nascimento.

CLÁUSULA 55 – SANITARIO PÚBLICO – O Sindicato Patronal e dos Trabalhadores reivindicarão junto a Prefeitura Municipal de Salvador a construção de sanitários públicos nos diversos terminais rodoviários da cidades.

CLÁUSULA 56 – INEXISTENTE

CLÁUSULA 57 - REGISTRO DE ATESTADO MÉDICO NA CTPS – As empresas se comprometem a não proceder aos registros de atestados médicos na CTPS dos seus empregados, desde que as ausências não sejam superiores há 05(cinco) dias limitada a uma ocorrência por mês.

CLÁUSULA 58 – SALÁRIO EDUCAÇÃO - As empresa cumprirão o que determina a legislação vigente que trata dos convênios sobre o salário educação.

CLÁUSULAS QUE O SUSCITANTE CONCORDA PARCIALMENTE, COM ALTERAÇÃO EM SUA REDAÇÃO:

- FL. 03 DA PAUTA

CLÁUSULA 8ª DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES – CONQUISTAS ANTERIORES (fl.54 dos autos) – AUXÍLIO CRECHE – As empresas concederão auxílio creche mensal no valor equivalente a 10% do salário mínimo, para suas empregadas, até que a criança complete 06 meses de idade, facultada o convênio com as creches.

ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO PATRONAL. CLÁUSULA 8ª – AUXÍLIO CRECHE - As empresas concederão às suas empregadas um auxílio creche mensal no valor equivalente a 10% do salário mínimo, até que seu (sua) filho(a) complete seis meses de idade, facultado o convênio com creches. Acolhe-se a redação proposta pelo sindicato patronal, que mantém íntegro o direito ao auxílio creche, apenas substituindo a palavra “criança” por “seu(sua) filho(a)”, a fim de deixar assente que, para a concessão do benefício, a criança deve ser filho, ou filha, da empregada.

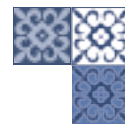
- FL. 08 DA PAUTA

CLÁUSULA 60 DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES (FL.59) – DATA-BASE – VIGÊNCIA – Fica mantida a data-base de 1º de maio de cada ano e vigorando a presente Convenção Coletiva do Trabalho no período de 1º de maio de 2011 a 30 de abril de 2012.

ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO PATRONAL. CLÁUSULA 60 – DATA-BASE – VIGÊNCIA – Fica mantida a data-base de 1º de maio de cada ano e vigorando a presente Convenção Coletiva do Trabalho no período de 1º de maio de 2012 a 30 de abril de 2013.

Ante o evidente equívoco quanto ao período de abrangência do Instrumento Normativo, acolhe-se a redação proposta pelo sindicato patronal.

ISTO POSTO, POR TAIS FUNDAMENTOS, AFASTO A ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE DA DEFLAGRAÇÃO DA GREVE ARGUIDA PELO SETPS – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DE SALVADOR, PELO SINTRAN – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS DO ESTADO DA BAHIA, E PELO SINFRETE – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE FRETAMENTO E TURISMO DO ESTADO DA BAHIA, E



DECLARO A ABUSIVIDADE DA GREVE, DETERMINANDO, DE LOGO, O RETORNO IMEDIATO DOS TRABALHADORES ÀS SUAS ATIVIDADES SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), COM SUPEDÂNEO NO COMANDO DO ART. 11 DA LEI N. 7.347/85, PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DA BAHIA, AO QUAL FICA DE LOGO APLICADA MULTA NO VALOR DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS), REFERENTE AO DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL NOS DIAS 23, 24 E 25 DE MAIO DE 2012. TAL MONTANTE DEVERÁ SER REVERTIDO EM FAVOR DO FAT (FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR), ENTIDADE RESPONSÁVEL PELO CUSTEIO DO SEGURO DESEMPREGO E PELA PROMOÇÃO DA REABILITAÇÃO E REQUALIFICAÇÃO DOS TRABALHADORES.

EFETUE-SE, DE LOGO, O BLOQUEIO ON LINE DA IMPORTÂNCIA DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS), REFERENTE AOS DIAS 23/05, 24/05 E 25/05, EM CONTAS DE TITULARIDADE DO SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DA BAHIA. NA HIPÓTESE DE INSUCESSO DO BLOQUEIO ON LINE, A FIM DE GARANTIR A EFETIVIDADE DA PRESENTE DECISÃO, DETERMINA-SE AO SINDICATO PATRONAL QUE RETENHA TODA E QUALQUER IMPORTÂNCIA A SER REPASSADA AO SINDICATO OBREIRO, PRINCIPALMENTE AS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS, DEPOSITANDO JUDICIALMENTE OS VALORES ATÉ O LIMITE DA MULTA APLICADA.

HAVENDO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO EM DIAS VINCENDOS, MANTENHO A MESMA DETERMINAÇÃO SUPRA COM RELAÇÃO À MULTA DIÁRIA COMINADA.

A MULTA DEVERÁ SER REVERTIDA AO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR (FAT), QUE DEVERÁ SER NOTIFICADO DA DECISÃO. AUTORIZO O DESCONTO DOS DIAS PARADOS A PARTIR DE 23 DE MAIO DE 2012.

QUANTO À PAUTA DE REIVINDICAÇÕES, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO SUPRA, QUE PASSA A INTEGRAR ESTE DECISUM, CONDENANDO OS SUSCITADOS NAS CUSTAS PROCESSUAIS NA QUANTIA DE R\$ 200,00 (DUZENTOS REAIS). CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CAUSA FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), VALOR ARBITRADO PELO EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE EM EXERCÍCIO.

FICA MANTIDA A DATA BASE DE 1º DE MAIO, VIGORANDO O PRESENTE DISSÍDIO COLETIVO NO PERÍODO DE 1ª DE MAIO DE 2012 A 30 DE ABRIL DE 2013.

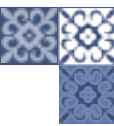
AS PARTES AQUI PRESENTES SÃO CONSIDERADAS CIENTES DA DECISÃO, NESTA OPORTUNIDADE, INDEPENDENTE DA PUBLICAÇÃO NO ÓRGÃO OFICIAL E EVENTUAL RECURSO QUE, NESTE CASO, NÃO TEM EFEITO SUSPENSIVO.

Acordam os Desembargadores da SEDC do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, unânime e preliminarmente rejeitar a arguição de ilegalidade da deflagração da greve, à unanimidade, declarar a greve abusiva, determinando, de logo, o retorno imediato dos trabalhadores às suas atividades e, por maioria e com voto de qualidade do Ex.mo Sr. Desembargador Presidente em exercício (artigo 45, inciso XVII, do RI), aplicar multa no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ao Sindicato Suscitado e de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) ao Sindicato Suscitante, vencidos os Ex.mos Srs. Desembargadores RELATORA e ALCINO FELIZOLA, que aplicavam multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a ambos os Sindicatos. Determinou-se seja efetuado, de logo, o bloqueio *on line* dessas importâncias, em contas de titularidade dos referidos Sindicatos. Arbitrou-se, ainda, multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Sindicato Suscitado e de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao Sindicato Suscitante, caso seja descumprida a determinação do retorno imediato dos trabalhadores às suas atividades, com supedâneo no comando do Art. 11 da Lei nº 7.347/85. Na hipótese de insucesso do bloqueio *on line*, a fim de garantir a efetividade da presente decisão, determina-se ao sindicato patronal que retenha toda e qualquer importância a ser repassada ao sindicato obreiro, principalmente as contribuições sindicais, depositando judicialmente os valores até o limite da multa aplicada. Tais montantes deverão ser revertidos em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), entidade responsável pelo custeio do seguro desemprego e pela promoção da reabilitação e requalificação dos trabalhadores, que deverá ser notificado da decisão. Por maioria, determinar o desconto dos dias parados, a partir de 23 de maio de 2012, vencido o Ex.mo Sr. Desembargador ALCINO FELIZOLA, que não autorizava esse desconto. No mérito, à unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Dissídio Coletivo, nos termos do voto da Ex.ma Sra. Desembargadora Relatora, conforme cláusulas adiante transcritas, condenando o Sindicato Suscitado ao pagamento das custas no importe de R\$3.000,00 (três mil reais), calculadas sobre R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), valor arbitrado à causa pelo Ex.mo Sr. Desembargador Presidente, em exercício, na forma da lei. Cláusula Primeira – REAJUSTE SALARIAL – Deferida parcialmente, com a seguinte redação: *A partir de 01 de maio de 2012, as Empresas de Transporte Rodoviário reajustarão os salários de todos seus empregados no percentual de 7,5% (sete vírgula cinco por cento) incidente sobre os salários já praticados.* Cláusula Segunda – PISO SALARIAL – Indeferida. Cláusula Terceira – PISO SALARIAL PARA PROFISSIONAIS DE MANUTENÇÃO – Indeferida. Cláusula Quarta –

QUINQUÊNIO – Deferida, com a seguinte redação: *Fica assegurado o quinquênio no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do salário base para todos os trabalhadores com 05 (cinco) anos de serviço efetivos e contínuos na mesma empresa e, após a aquisição do segundo quinquênio este adicional será transformado em anuênio, a base de 1% (um por cento) por cada ano incidente sobre o salário.* Cláusula Quinta – TICKET ALIMENTAÇÃO – Deferida, com a seguinte redação: *A partir de 01 de maio de 2012, as empresas concederão aos seus empregados, que assim desejarem alimento, através de vales alimentação no valor facial de R\$ 11,22 (onze reais e vinte e dois centavos), para cada dia útil de trabalho, com a participação do empregado em seu custeio, nos níveis que vêm sendo atualmente praticados, respeitado o limite de até 20% (vinte por cento).* PARÁGRAFO ÚNICO – *O benefício estipulado nesta cláusula não tem natureza salarial, sendo expressamente vedada sua incorporação ao salário.* Cláusula Sexta – PLR – Indeferida. Cláusula Sétima – MICRO ÔNIBUS – Indeferida. Cláusula Oitava – JORNADA DE TRABALHO – Indeferida. Cláusula Nona – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – Deferida parcialmente, passando a cláusula a ter a seguinte redação: *A partir de 01 de maio de 2012, as empresas se obrigam a fazer seguro de vida por morte acidentária, para todos os empregados, no valor de R\$ 14.846,76 (catorze mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos).* Cláusula Décima – GRATIFICAÇÃO DE CARNAVAL – Indeferida. Cláusula Décima Primeira – DOS EMPREGADOS CONSIDERADOS APTOS AO LABOR PELO INSS – Indeferida. Cláusula Décima Segunda – Indeferida. Cláusula Décima Terceira – PLANO DE SAÚDE – Indeferida. CLÁUSULAS CONTESTADAS PELO SINDICATO PATRONAL. Cláusula Nona - INTERRUPTÕES NA JORNADA DE TRABALHO POR RESPONSABILIDADE DA EMPRESA – Indeferida. Cláusula Vigésima Terceira – ATESTADOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS - Indeferida. Cláusula Vigésima Quarta – LIBERAÇÃO DE DIRIGENTES SINDICAIS - Indeferida. Cláusula Quadragésima Quinta – TAXA ASSISTENCIAL DOS EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS - Indeferida. Cláusula Quadragésima Sexta – ESCALA DE FOLGAS - Indeferida. Cláusula Quinquagésima Nona – MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO – Indeferida. CLÁUSULAS MANTIDAS POR EXPRESSA CONCORDÂNCIA DO SINDICATO PATRONAL. Fl. 03 da Pauta: Cláusula Décima Primeira – GRATUIDADE NOS TRANSPORTES. Cláusula Décima Terceira – DISPENSA DE EMPREGADA GESTANTE. Cláusula Décima Quarta – SELEÇÃO DE EMPREGADOS. Cláusula Décima Quinta – PREENCHIMENTO DE DOCUMENTOS: SEGURO DESEMPREGO, AUXÍLIO DOENÇA, ETC.. Cláusula Décima Sexta – ABONO DE FALTA DE ESTUDANTE. Fl. 04 da Pauta: Cláusula Décima Sétima – ESTABILIDADE POR APOSENTADORIA. Cláusula Décima Oitava – PROGRAMAÇÃO DO GOZO DE FÉRIAS. Cláusula Décima Nona – FORNECIMENTO DE UNIFORMES. Cláusula Vigésima – ANOTAÇÕES FUNÇÕES CTPS. Cláusula Vigésima Primeira – COMPROVANTE DE PAGAMENTO. Cláusula Vigésima Segunda – DESCONTO EM FOLHA – CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS. Fl. 05 da Pauta: Cláusula Vigésima Quinta – QUADRO DE AVISO. Cláusula Vigésima Sexta – CIPA – COMUNICAÇÃO DA DATA DA ELEIÇÃO AO SINDICATO. Cláusula Vigésima Sétima – FORNECIMENTO DE MOEDAS. Cláusula Vigésima Oitava – SERVIÇOS MÉDICOS. Cláusula Vigésima Nona – EMPREGADOS RESERVAS. Cláusula Trigésima – APANHA E LEVA. Cláusula Trigésima Primeira – APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. Cláusula Trigésima Segunda – TURNOS FIXOS. Cláusula Trigésima Terceira – ASSALTO E AVARIAS. Cláusula Trigésima Quarta – AUXÍLIO DOENÇA-COMPLEMENTAÇÃO. Fl. 06 da Pauta: Cláusula Trigésima Quinta – CONTRIBUIÇÃO MENSAL. Cláusula Trigésima Sexta – AUXÍLIO FUNERAL. Cláusula Trigésima Sétima – ENCERRAMENTO DAS ORDENS DE SERVIÇO. Cláusula Trigésima Oitava – EXAMES ADMISSIONAIS. Cláusula Trigésima Nona – PAGAMENTO DAS FÉRIAS. Cláusula Quadragésima – PAGAMENTO DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. Cláusula Quadragésima Primeira – PAGAMENTO DE SALÁRIOS. Cláusula Quadragésima Segunda – HOMOLOGAÇÃO. Cláusula Quadragésima Terceira – EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL DE CANDIDATOS A EMPREGO. Fl. 07 da Pauta: Cláusula Quadragésima Quarta – CERTIDÃO DE OCORRÊNCIA. Cláusula Quadragésima Oitava – PLANEJAMENTO FAMILIAR. Cláusula Quadragésima Nona – REGISTRO EM FICHA FUNCIONAL. Cláusula Quinquagésima – PAINEL DOS VEÍCULOS. Cláusula Quinquagésima Primeira – AVISO PRÉVIO. Fl. 08 da Pauta: Cláusula Quinquagésima Segunda – ASSISTÊNCIA NO ACIDENTE DO TRABALHO. Cláusula Quinquagésima Terceira- EXAMES PRÉ-DEMISSIONAIS. Cláusula Quinquagésima Quarta – LICENÇA PATERNIDADE. Cláusula Quinquagésima Quinta – SANITÁRIO PÚBLICO. Cláusula Quinquagésima Sexta – INEXISTENTE. Cláusula Quinquagésima Sétima – REGISTRO DE ATESTADO MÉDICO NA CTPS. Cláusula Quinquagésima Oitava – SALÁRIO EDUCAÇÃO. CLÁUSULAS QUE O SUSCITANTE CONCORDA PARCIALMENTE, COM ALTERAÇÃO EM SUA REDAÇÃO: Fl. 03 da Pauta: CLÁUSULA OITAVA DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES – CONQUISTAS ANTERIORES (fl. 54 dos autos) – AUXÍLIO CRECHE – Parcialmente deferida, com a seguinte redação: *As empresas concederão às suas empregadas um auxílio creche mensal no valor equivalente a 10% (dez por cento) do salário mínimo, até seu (sua) filho (a) complete 6 (seis) meses de idade, facultando o convênio com creches.* Fl. 08 da Pauta:

CLÁUSULA SEXAGÉSIMA DA PAUTA DE REINVIDICAÇÕES – DATA-BASE – VIGÊNCIA - Deferida, com a seguinte redação: *Fica mantida a data-base de 1º de maio de 2012 a 30 de abril de 2013.* Todas as cláusulas foram julgadas por unanimidade. As partes aqui presentes são consideradas cientes da decisão, nesta





oportunidade, independente da publicação no Órgão Oficial e de eventual recurso que, neste caso, não tem efeito suspensivo.

Salvador, 25 de Maio de 2012

MARIA DAS GRAÇAS OLIVA BONESS  
Desembargadora Relatora

## RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000192-62.2013.5.05.0017RecOrd

Desembargadora Relatora  
**IVANA MAGALDI**

**ACÓRDÃO**  
(1ª Turma)  
Recurso Ordinário  
nº0000192-62.2013.5.05.0017RecOrd

RECORRENTE(s): Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região

RECORRIDO(s): Dille Industria e Comercio de Confeccoes Ltda. - Me

RELATORA: Desembargadora IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.** A condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo tem função primordialmente sancionatória de conduta ilícita que conferiu ao ofensor benefício ou vantagem indevida a partir de grave violação aos direitos fundamentais de uma coletividade, circunstância que impõe resposta efetiva do sistema jurídico.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO interpôs recurso ordinário às fls. 948/953, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação civil pública proposta contra DILLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. – ME. Não foram apresentadas contrarrazões. Pressupostos de admissibilidade observados.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra a empresa DILLE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. – ME, em razão do não recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS de seus empregados.

O *Parquet* pleiteou a condenação da demandada à regularização dos depósitos fundiários devidos, com pagamento de multa por trabalhador prejudicado, além de indenização por danos morais coletivos.

O juízo de primeiro grau condenou a reclamada à realização dos depósitos do FGTS de seus empregados, sob pena de multa por trabalhador no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Julgou improcedente, porém, o pedido de indenização por danos morais coletivos, ao fundamento de que tal condenação teria caráter eminentemente sancionador, na medida em que o caráter pedagógico estaria garantido com a aplicação das *astreintes*.

Impõe-se a reforma da sentença neste ponto.

São pressupostos do dano moral coletivo: a) conduta antijurídica, ativa ou omissiva; b) ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, dos quais seja titular determinada coletividade; c) a reprovabilidade da ilicitude, ante a realidade apreendida e a sua repercussão social; d) nexos causal entre a conduta e o dano, correspondente à violação do interesse coletivo ou difuso.

Tais requisitos restaram devidamente preenchidos in casu, razão pela qual deve ser a empresa condenada ao pagamento da indenização correspondente.

Frise-se que a função sancionatória da medida é exatamente o matiz que distingue a indenização por danos morais coletivos da atinente aos danos morais individuais. Enquanto na seara individual a finalidade compensatória é a primordial, no âmbito coletivo não há falar propriamente em reparação direta em favor da coletividade; buscase a punição do ofensor pela prática da conduta ilícita, com pretensão dissuasória, tanto para ele, quanto para



terceiros, de modo que a condenação pecuniária assume, ademais, viés preventivo.

Mera imposição de uma obrigação de fazer, como se verifica no caso em exame, coloca o ofensor em situação de conforto e favorecimento, tendo em vista as consequências danosas decorrentes da violação de um direito social dos trabalhadores. Somente com a imposição de indenização por danos morais coletivos a conduta violadora de direitos fundamentais da coletividade não se revelará compensadora, desestimulando-se a repetição de condutas desse jaez no universo social.

Já no tocante ao valor da indenização, considerando-se a natureza e da lesão, o proveito obtido com a conduta ilícita, o dolo e a situação econômica do ofensor, presente tratar-se de uma microempresa, sem antecedentes específicos, arbitra-se o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida ao Fundo de Promoção do Trabalho Decente – FUNTRAD, vinculado à Secretaria do Trabalho do Estado da Bahia.

Dou provimento parcial ao recurso, para acrescer à condenação o pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Acordam os Desembargadores da 1ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por maioria, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para acrescer à condenação o pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais); vencida a Excelentíssima Juíza Convocada Heliana Neves que lhe negava provimento.

Salvador, 25 de Fevereiro de 2014

(Assinado Digitalmente)  
Ivana Mércia Nilo de Magaldi  
Desembargadora Relatora

# RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001624-07.2012.5.05.0194RecOrd

Desembargadora Relatora  
**IVANA MAGALDI**

**ACÓRDÃO**  
(1ª Turma)  
Recurso Ordinário  
nº0001624-07.2012.5.05.0194RecOrd

RECORRENTE(s): Estado da Bahia

RECORRIDO(s): Edmilson Barbosa Mendes e outro

RELATORA: Desembargadora IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATO DE GESTÃO (LEI Nº 9.637/1998) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nos termos do art. 9º da Lei nº 9.637/1998, é solidária a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público que, descumprindo o dever de fiscalização inerente ao contrato de gestão, chancela o inadimplemento de obrigações trabalhistas de seu parceiro em relação ao pessoal engajado na execução de serviço público típico.

O ESTADO DA BAHIA interpôs recurso ordinário às fls. 152/158, inconformado com a sentença proferida nos autos da reclamação trabalhista proposta por EDMILSON BARBOSA MENDES. Figura, ainda, na lide, na qualidade de primeiro reclamado, INSTITUTO SÓCRATES GUANAES ISG. Contrarrazões às fls.161/174. Pressupostos de admissibilidade observados. Parecer do Ministério Público do Trabalho às fls. 178/184.

**É o relatório.**

## VOTO

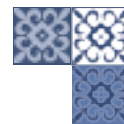
O recorrente, segundo reclamado, insurge-se contra a sentença que o condenou, solidariamente, ao adimplemento das obrigações trabalhistas contraídas e descumpridas pelo primeiro demandado com fundamento no art. 9º da Lei nº 9.637/1998, que disciplina sobre os contratos de gestão no âmbito do Poder Público.

O apelo não merece acolhida, a começar pela reprovável inovação com que o recorrente pretendeu demonstrar o que denominou de “falha de raciocínio na sentença de primeiro grau” (fl. 153), ao afirmar que “(...) o julgador de piso não observou que a lei por ele invocada para fundamentar a sua sentença não se aplica a administração pública estadual” (sic).

No particular, o apelante se referia à Lei nº 9.637/1998, exatamente o mesmo diploma legal com base no qual sustentara na contestação a regularidade do contrato de gestão celebrado com o primeiro reclamado, *in verbis*:

*“(...) a relação entre os reclamados não é de locação de mão de obra ou prestação de serviços, a relação é aquela prevista na Lei 9.637/98, que trata do contrato de Gestão entre o ente público e o Terceiro Setor” (fl. 82).*

Ou seja: a Lei nº 9.637/1998, que, segundo a contestação, dera suporte à contratação do primeiro reclamado, já segundo o que consta no recurso não se aplicaria à mesma relação de direito material; insuperável antinomia.



De afastar-se, assim, qualquer conjectura sobre a inaplicabilidade do art. 9º do referido diploma legal à espécie, ainda quando a própria conformação dos fatos bastasse à confirmação da sentença que proclamou a legitimidade *ad causam* do ente federativo e sua responsabilidade, solidária com o primeiro reclamado, pelo exato cumprimento das obrigações resultantes do pacto laboral formado com o reclamante.

Avulta na espécie o costumeiro propósito das pessoas jurídicas de direito público, em geral, de eximir-se de suas responsabilidades em relação aos trabalhadores alocados à prestação de serviços públicos por elas transferidos a terceiros, mediante terceirizações, cujo principal enfoque reside na exploração econômica dos parceiros contratados, quase sempre esmagados por licitações e contratos que visam apenas o menor preço, em detrimento da qualidade da prestação de serviços, eficiência na obtenção de resultados e responsabilidade com o cumprimento dos direitos daqueles que, afinal, irão executar, pessoalmente, as tarefas de interesse da coletividade. Nessa linha, quando o parceiro explorado chega à exaustão, envolto em dívidas e ações trabalhistas, o poder público age como se não lhe coubesse nenhuma responsabilidade pelo estrago – e que venham novos licitantes e novos contratados!

Dê-se o título que se entenda dar à transferência de serviços públicos típicos a particulares, seja mediante contratos de gestão, prestação de serviços, locação de mão de obra ou qualquer outro, não se afigura possível descartar a responsabilidade concorrente da administração pública por eventual malogro dos contratos celebrados com tal desiderato e pelo conseqüente inadimplemento das obrigações de seus parceiros asfixiados, sobretudo em relação aos trabalhadores que tiveram sua mão de obra consumida pela volúpia de maus gestores da coisa pública.

A espécie dos autos mostra-se ainda mais emblemática, face à enorme repercussão alcançada pela inauguração do “Hospital Estadual da Criança”, como é público e notório. Sabe-se agora, à vista do que consta dos presentes autos, que o Estado, abjurando de sua gestão, após haurir os louros da grandiosa realização, cometeu a espinhosa implantação dos serviços de saúde ali projetados ao primeiro reclamado, ao mesmo tempo em que, em sentido inverso, comprometia gravemente a própria viabilidade econômica do empreendimento, conforme ficou positivado em relatório de auditoria do “SUS” (fls. 108/141), no qual se apontaram diversas cláusulas do contrato de gestão descumpridas pelo Estado e se concluiu pela existência de prejuízos causados ao contratado, da ordem de aproximadamente nove milhões de reais, isto apenas de 21 de agosto a 26 de dezembro de 2012.

Certamente, a ilicitude inculcada em tal comportamento justificaria, por si somente, atribuir ao recorrido, quando menos, a mesma responsabilidade solidária imposta na sentença, já com base no art. 942 do Código Civil. Contudo, a Lei nº 9.637/1998, em seu art. 9º, estabeleceu o atalho necessário à responsabilização do ente estatal, à vista de sua conduta negligente em relação à fiscalização do pacto de gestão, ensejando os desvãos noticiados nestes autos e refletidos na inadimplemento trabalhista de que o autor se queixa.

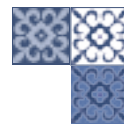
No particular, é sintomático que o recorrente esteja a afirmar que “*sempre fiscalizou o contrato, documentos nos autos*” (sic - fl. 158), embora não conste dos autos nenhum documento trazido pelo Estado, com o escopo de comprová-lo, a corroborar a indiferença que tisonou suas ações em relação ao contrato de gestão em foco e a pertinência de sua condenação, da forma acertadamente proclamada na decisão recorrida, que mantenho.

Nego provimento.

Acordam os Desembargadores da 1ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Salvador, 25 de Fevereiro de 2014

(Assinado Digitalmente)  
Ivana Mércia Nilo de Magaldi  
Desembargadora Relatora



## RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000148-83.2012.5.05.0015RecOrd

Desembargador Relator  
**JEFERSON MURICY**

**ACÓRDÃO**  
(5ª Turma)  
Recurso Ordinário  
nº0000148-83.2012.5.05.0015RecOrd

RECORRENTE(s): Sindicato dos Trabalhadores em Água e Esgoto No

Estado da Bahia - Sindae e Ministerio Publico do Trabalho

RECORRIDO(s): OS MESMOS

RELATOR(A): Desembargador(a) JEFERSON MURICY

RECURSO. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. NÃO CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. O princípio da dialeticidade, inerente aos recursos, impõe à parte recorrente o dever de impugnar, de modo específico, os fundamentos lançados na decisão atacada, não devendo ser conhecido se o faz de modo genérico.

EMBASA. TERCEIRIZAÇÃO ADVOCATÍCIOS. PRETERIÇÃO APROVADOS EM CONCURSO DE SERVIÇOS DOS CANDIDATOS PÚBLICO VIGENTE. COMPROVAÇÃO. Não obstante a terceirização na administração Pública seja lícita em algumas hipóteses previstas em Lei, no caso, restou comprovado que as reiteradas contratações de escritórios terceirizados para suprir a demanda regular e perene de serviços advocatícios ocorreram em detrimento dos candidatos aprovados no último concurso público ainda vigente.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM ÁGUA E ESGOTO NO ESTADO DA BAHIA – SINDAE E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO recorrem ordinariamente às folhas 824 a 829 e 831 a 842 verso respectivamente contra a sentença de folhas 803 a 815, proferida na ação civil pública cumulada com ação civil coletiva proposta pelo segundo com a assistência litisconsorcial do primeiro contra a EMPRESA BAIANA

DE ÁGUAS E SANEAMENTO S.A.

A reclamada ofereceu contrarrazões aos recursos às folhas 846 a 856 e 857 a 876.

É O RELATÓRIO.

VOTO

RECURSO DO SINDAE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

A presente preliminar é suscitada de ofício com base no argumento de que as razões recursais não atacam os fundamentos da decisão e, portanto, não atendem ao princípio da dialeticidade, motivo pelo qual o recurso não deve ser conhecido.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho com base no entendimento de que os serviços de advocacia e de antropologia são atividades meio da acionada, que a terceirização ocorreu de forma lícita e que não foi comprovada qualquer preterição aos candidatos aprovados no último concurso, pois aqueles que obtiveram colocação correspondente ao número de vagas previsto no edital já foram convocados, conforme documentos constantes nos autos.

O Sindicato dos Trabalhadores em Água e Esgoto no Estado da Bahia – SINDAE, que teve deferido seu pedido de ingresso no processo como assistente litisconsorcial, limitou-se, em seu recurso, a tecer considerações acerca da Embasa, da nocividade da terceirização e do direito do cidadão ao concurso público, sem, entretanto impugnar, de modo específico, os fundamentos lançados na decisão atacada. Observe-se que transcreve aresto do Estado de Alagoas que reconheceu a ilicitude da terceirização levada a efeito pela acionada quanto aos serviços atinentes à sua atividade-fim. Não é o caso dos autos!

Segundo o princípio da dialeticidade dos recursos, cabe ao recorrente atacar os fundamentos declinados na decisão recorrida, possibilitando, assim, a impugnação da parte contrária. Tal imposição legal assume extrema importância, pois, além de prestigiar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, permite ao julgador ad quem aferir de imediato a correção, ou não, da sentença.

As razões recursais devem conter os fundamentos de fato e de direito que autorizariam a reforma da sentença hostilizada. A omissão de tais dados conduz ao não conhecimento do apelo.

Neste exato sentido é o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 90 do TST da SDI-2, que expressa:

“Recurso ordinário. Apelo que não ataca os fundamentos da decisão recorrida. Não-conhecimento. Art. 514, II do CPC. Não se conhece de recurso ordinário para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta”.

Não se cogita, sob outro prisma, que o princípio da dialeticidade não tem cabimento no Processo do Trabalho em face da regra insculpida no artigo 899 da CLT, que estatui que os recursos serão interpostos por “simples petição”. Precisamente porque, conforme registrou o saudoso Valentin Carrion, “A interposição ‘por simples petição’ (CLT, art. 899) significa não haver necessidade de outras formalidades, como por exemplo, o ‘termo de agravo no auto’ que era exigido no CPC de 1939, art. 852, vigente quando promulgada a CLT. Mas a fundamentação é indispensável, não só para saber quais as partes da sentença recorrida que transitaram em julgado, como para analisar as razões que o Tribunal deverá examinar, convencendo-se ou não para reformar o julgado”. (in Comentários à CLT, 25ª edição, Editora Saraiva, 2000, p. 751).

Ante o exposto, não se conhece do recurso interposto pelo SINDAE, em face da violação ao princípio da dialeticidade dos recursos.

## RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho, na inicial, arguiu a ilicitude da terceirização dos serviços nas áreas jurídicas e de antropologia da Embasa. Para tanto, sustentou que tem a referida sociedade de economia mista estadual preferido contratar profissionais autônomos terceirizados e escritórios de advocacia a convocar os candidatos aprovados no último concurso público realizado no ano de 2009, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 37, II e IV, da Constituição Federal.

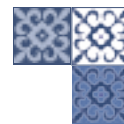
O *Parquet* trabalhista acatou a improcedência reconhecida pelo Juízo de primeiro grau em relação aos pedidos baseados na ilicitude dos serviços terceirizados na área de antropologia, por entender que restou provada a regularização da situação no curso do processo, mas se insurgiu quanto ao indeferimento dos pedidos calcados na ilicitude da terceirização dos serviços advocatícios.

Dessa forma, em atenção ao princípio da devolutibilidade dos recursos, o apelo do Ministério Público será analisado apenas por este viés.

Sustenta o Ministério Público que os serviços advocatícios terceirizados não são especializados e não se distinguem das atribuições inerentes aos advogados empregados, razões pelas quais não poderiam ser direcionados para a execução indireta, ou seja, para particulares contratados pela Administração por meio de contrato administrativo.

Afirma que a contratação reiterada de advogados





terceirizados demonstra a necessidade de abertura de vagas e importa em preterição aos candidatos aprovados no último concurso público realizado.

Salienta que, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, a Embasa não necessita de lei em sentido formal para a criação de empregos públicos e que não se pode deixar ao alvedrio da direção da empresa a prerrogativa de optar pela admissão ou não dos concursados.

Alega ainda que a prática de credenciar escritórios viola a

legislação estadual acerca das licitações, pois não se trata de caso de

inexigibilidade nem de dispensa de licitação.

Em seu recurso, limita a sua pretensão aos seguintes pedidos:

- 1) Proibição da Embasa quanto à celebração de novos contratos / convênios / credenciamentos que visem à prestação de serviços advocatícios idênticos àqueles destinados aos concursados;
- 2) Determinação para que a referida sociedade de economia mista somente promova a contratação de terceiros, na área de Direito, nos casos de profissional especializado, com qualificação além da capacitação profissional comum, para prestar serviços especiais ou singulares, que sejam contratados após licitação, preferencialmente na modalidade concurso ou na hipótese de esgotamento da lista de convocados mediante a comprovação da imprescindibilidade da manutenção irregular do serviço enquanto não realizado novo concurso;
- 3) Determinação para que a Embasa, em até 90 dias da ciência da intimação acerca da lavratura do acórdão, sob pena de multa diária de R\$10.000,00, comprove nos autos a convocação dos aprovados para carreira de Analista de Saneamento -Advogado (Direito) em percentual correspondente a, pelo menos, 50% do número de advogados atualmente contratados / conveniados pela empresa (146) e a convocação de todos os aprovados remanescentes até a expiração do prazo do certame e/ou até o trânsito em julgado.
- 4) Determinação para que a Embasa, em até 30 dias depois do ato, sob pena de multa diária de R\$10.000,00, comprove nos autos a admissão de todos os trabalhadores aprovados para carreira de Analista de Saneamento -Advogado (Direito), observada a ordem de classificação e a listagem específica por localidade, conforme necessidade da empresa, de modo a não restar nenhuma contratação de trabalhador não concursado e/ou de pessoa jurídica nessa área, ressalvada a hipótese de contratações excepcionais.
- 5) Condenação da Embasa ao pagamento de indenização pelos danos provocados aos trabalhadores e à coletividade, no importe de R\$500.000,00, valor que será revertido à melhoria das instalações do Ministério do Trabalho e Emprego no Estado da Bahia ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

A Embasa, por sua vez, defende a licitude da terceirização dos serviços advocatícios, por se tratar de atividade meio. Afirmar que não houve preterição dos candidatos aprovados no último concurso, já que aqueles que obtiveram colocação dentro do número de vagas (21) já foram convocados, conforme comprovam os documentos de folhas 783 a 789. Aduz que os demais aprovados serão chamados progressivamente conforme a necessidade, a demanda, a disponibilidade de espaço e recurso e a existência de vagas. Destaca o compromisso da empresa ré em implementar de forma sistemática a política de desterceirização, nos termos da resolução de diretoria de folha 791.

Esclarece que a contratação de advogados autônomos e de escritórios de advocacia visa a eficiência dos serviços jurídicos, já que objetiva atender a grande e variável demanda de ações civis, consumeristas e trabalhistas enquanto os advogados empregados se dedicam ao exercício das funções de gerenciamento e administração dos contratos com os terceirizados, bem como a assessoria e consultoria jurídica da empresa, além de cuidar dos processos chaves e da legislação específica de água e esgoto e regulatória do setor, mais afeitas à atividade fim da empresa.

Vejamos.

A matéria discutida no feito envolve o bom combate do Ministério Público contra os atos administrativos de todos os matizes que, segundo sua apreciação, se desarvoram dos princípios regentes da Administração Pública. Aponta o cuidadoso parquet suas baterias contra o que diz ser, segundo nossa livre tradução, a terceirização ilícita de serviços jurídicos em detrimento dos candidatos aprovados no último certame público e de todos aqueles que veem no concurso público a porta democrática de acesso aos cargos e empregos públicos.

Não há discussão quanto à natureza da empresa demandada, organizada sob a forma de sociedade de economia mista, e sua condição de concessionária da exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Salvador e do interior do estado da Bahia.

Estamos, portanto, diante de ente que compõe a administração pública indireta e que, nesta condição, atua no mundo empresarial, nos círculos da economia de mercado e em paridade de condições com os demais agentes econômicos privados. Por conseguinte, está afivelada às regras constitucionais que conformam a criação, existência e atuação dos entes paraestatais, dos quais merecem proeminência os dispositivos contidos no artigo 173 da Carta Magna, coisa que o Ministério Público do Trabalho não põe em jogo na sua postulação.

Diante disto, uma vez marcado o terreno firme em que nos movemos, demanda responder à primeira questão posta pelo autor e que diz respeito à possibilidade das sociedades empresariais instituídas e controladas pelo Estado terceirizarem serviços jurídicos ordinários. Neste mister, algumas premissas são fundamentais.

A demandada, como todas as organizações de idênticos contornos, submete-se ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”, e não pode “gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”, conforme proclamação altissonante do artigo 173 da nossa Lei Maior.

Todavia, em vista do controle estatal a que está sujeita, a ela não se aplica somente o regime jurídico das pessoas de direito privado, posto que também lhe adstringem princípios e regras anexos ao chamado regime de direito público ou regime jurídico administrativo, como serve de exemplo a exigência de concurso para o provimento dos empregos permanentes, móvel da demanda em apreço.

Por conta desta duplicidade de regimes, fala a doutrina em regime híbrido. Sirvamo-nos de José dos Santos Carvalho Filho, em Manual de Direito Administrativo, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006, pág. 418:

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, como se tem observado até o momento, exibem dois aspectos inerentes à sua condição jurídica: de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado.

Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público. Na verdade, pode dizer-se, como o fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.

Torna-se necessário, todavia, verificar tais aspectos de sua atuação. Quando se trata do aspecto relativo ao exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado, o que se ajusta bem à condição dessas entidades como instrumentos do Estado-empresário. É comum, portanto, a incidência de normas de Direito Civil ou de Direito Empresarial (atualmente constituindo capítulo específico daquele), reguladoras que são das relações econômicas de direito privado.

Aliás, essa é que deve ser a regra geral, o que se confirma pelo art. 173, § 1º, II, da CF, que é peremptório ao estabelecer sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Em outras palavras, não devem ter privilégios que as beneficiem, sem serem estendidos às empresas privadas, por que isso provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam. Veda-se ao Estado-empresário a obtenção de vantagens de que também não possam usufruir as empresas da iniciativa privada. Inexistem, pois, privilégios materiais e processuais, como os atribuídos às entidades públicas, de que são exemplos as autarquias. Para mostrar tal diretriz, o STJ já deixou sumulado que prescreve



em vinte anos a ação de indenização contra sociedades de economia mista em caso de responsabilidade civil, diferentemente do que ocorre com as pessoas públicas, favorecidas com a prescrição quinquenal. Embora se referindo a sociedades de economia mista, a orientação se estende normalmente às empresas públicas, também, como aquelas, pessoas governamentais de direito privado.

Ao contrário, incidem as normas de direito público naqueles aspectos ligados ao controle administrativo resultante de sua vinculação à pessoa federativa. Não é sem razão, portanto, que várias normas constitucionais e legais regulam essa vinculação administrativa e institucional das entidades. Em nível constitucional, temos, por exemplo, o princípio da autorização legal para sua instituição (art. 37, XIX); o controle pelo Tribunal de Contas (art. 71); o controle e a fiscalização do Congresso Nacional (art. 49, X); a exigência de concurso público para ingresso de seus empregados (art. 37, II); a previsão de rubrica orçamentária (art. 165, § 5º) e outras do gênero.

Na verdade, a visão que se deve ter desse hibridismo do regime jurídico não chega a surpreender, porque ambas as pessoas administrativas têm, algumas vezes, realçado seu lado privado e, em outras ocasiões, seu aspecto público.

Não foi evidenciada nos autos a distinção alegada pela Embasa entre as atribuições próprias do advogado contratado mediante concurso daquelas inerentes aos advogados integrantes dos escritórios terceirizados. Os documentos de folhas 41 (edital 01/2009) e 101 a 180 comprovam que as atribuições previstas para os analistas de saneamento – função advogado eram executadas indistintamente pelos advogados credenciados. Neste caso, resta patente a violação à legislação estadual acerca das licitações (Lei 9.433/2005), uma vez que não se trata de caso de inexigibilidade nem de dispensa de licitação, nos moldes previstos nos artigos 23, 60 e 61, pois não se tratam de serviços especializados e singulares e que exigem notória especialização, mas de patrocínio de causas corriqueiras.

Por outro lado, a comprovada terceirização reiterada dos serviços advocatícios ordinários revela a necessidade de abertura de novas vagas Para advogado, as quais prescindem de lei.

Segundo a interpretação uniforme da doutrina, o artigo 5º do o Decreto-Lei 200/67, com as alterações postas pelo DL 900/1969, exige apenas que a lei AUTORIZE a instituição da empresa de economia mista, que deve assumir a forma de sociedade anônima, enquanto sua organização interna, INCLUSIVE NO QUE DIZ RESPEITO AO QUADRO DE PESSOAL, deve ser objeto de previsão nos seus estatutos e regulamentos normativos. É a própria natureza da empresa de economia mista que assim o exige. Como ela é empresa privada, organizada sob a forma de sociedade anônima, fruto da união de capital público e privado, sua efetiva constituição, organização e estruturas internas, devem obedecer ao quanto estatuído na Lei 6.404/1976, nos seus estatutos e nas demais normas internas editadas na conformidade com tais marcos e aprovados por seus órgãos de deliberação. Exigir que os empregos que compõem o quadro de pessoal, qualquer que seja o matiz, sejam criados por lei é estabelecer uma exigência formal enrijecedora do empreendimento que não se coaduna com a finalidade da empresa de economia mista. Fossem seus empregos necessariamente criados por lei, não teria a empresa a necessária flexibilidade para se adaptar às necessidades do mercado em que atua. Qualquer alteração na sua estrutura de cargos precisaria respeitar todo o processo legislativo, o que amarraria sobremaneira a sua possibilidade de mudanças. O que se exige do quadro de pessoal da empresa é que seja homologado pelo Ministério do Trabalho, nos termos da Súmula 6 do TST.

Destarte, é a própria natureza da empresa de economia mista, sua conformação e sua finalidade que repudiam a exigência de que os empregos que compõem o seu quadro de pessoal sejam criados por lei. Dita exigência se amolda ao quadro de pessoal da administração direta, pelas garantias previstas constitucionalmente para os ocupantes dos cargos, como são a vitaliciedade, a estabilidade, entre outros.

Assim postas as coisas, afirma-se que a empresa reclamada poderia diante da comprovada demanda de serviços jurídicos ampliar o quadro de advogados concursados, atualmente correspondente a 32 profissionais, conforme relação de folhas 436 a 438 e 784, por deliberação interna corporis, mas preferiu a reclamada celebrar reiterados contratos administrativos com escritórios advocatícios a um custo elevado em detrimento dos candidatos aprovados no último concurso público ainda vigente.

O acesso aos cargos e empregos públicos em razão do mérito foi um valor assegurado constitucionalmente pelos representantes do povo que precisa ser respeitado. Não se pode admitir que, diante da comprovada ne-

cessidade de contratação de profissionais da área jurídica e da existência de aporte financeiro para custeá-la, tenha a diretoria da sociedade de economia mista o arbítrio de manter as onerosas terceirizações denunciadas não obstante existam diversos candidatos aprovados aguardando nomeação.

Nesse sentido, observem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

#### AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

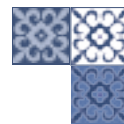
COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal. Precedente: AI 776.070-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje 22/03/2011. 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “MANDADO DE SEGU-RANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. BURLA À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ART. 37, II, DA CF/88. CARACTERIZAÇÃO. DEFERIMENTO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. I-A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. II-Essa expectativa, no entanto, convola-se em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ (RMS nº 29.973/MA, Quinta Turma. Rel. Min.

NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO. DJE 22/11/2010). III-A realização de processo seletivo simplificado, no caso ora apresentado, representou manifesta afronta à Lei Estadual nº 6.915/97, a qual regula a contratação temporária de professores no âmbito do Estado do Maranhão, especificamente do inciso VII do seu art. 2º. IV-Com efeito, a disposição acima referida é clara no sentido de que somente haverá necessidade temporária de excepcional interesse público na admissão precária de professores na Rede Estadual de Ensino acaso não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados. V-A atividade de docência é permanente e não temporária. Ou seja, não se poderia admitir que se façam contratações temporárias para atividades permanentes, mormente quando há concurso público em plena vigência, como no caso em apreço. Essa contratação precária, friso uma vez mais, é uma burla à exigência constitucional talhada no art. 37, II, da CF/88. VI-Segurança concedida.” 3. Agravo regimental não provido. (STF-ARE 649046 AgR/MA, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 13/9/2012.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CF/88, ART. 37, IX. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MAGISTÉRIO MUNICIPAL. PRETERIÇÃO DE APROVADOSEM CONCURSO PÚBLICO. 1. A regra constitucional é o provimento de cargo público mediante concurso. 2. Comprovada a necessidade de contratação de pessoal, os candidatos aprovados em concurso público serão nomeados em detrimento de contratações temporárias. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF-RE 555141 AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 24/2/2011.)

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos arestos abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo



quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 2. In casu, há comprovação nos autos de que, durante o prazo de validade do certame, foram realizadas várias contratações temporárias pelo Estado do Mato Grosso para o mesmo cargo a que concorreu a agravada. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ-AgRg no RMS 38941/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Dje de 9/11/2012.) ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO PARA O MESMO CARGO COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1. O candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da administração no seu preenchimento. 2. A contratação temporária fundamentada no art. 37, IX, da Constituição da República não implica necessariamente o reconhecimento de haver cargos efetivos disponíveis. Nesses casos, a admissão no serviço ocorre em decorrência de situações marcadas pela transitoriedade e excepcionalidade, devendo ser justificadas pelo interesse público. 3. Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta que “o candidato aprovado em concurso público não pode ter sua nomeação preterida em razão da contratação temporária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso” (ARE 648980/MA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 25/10/2011). 4. A Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a considerar que a contratação precária de profissionais durante o prazo de validade do concurso, principalmente no caso dos professores, por executarem atividade essencial prestada pelo Estado, convola a expectativa de direito dos aprovados em direito subjetivo à nomeação. Precedente: RMS 34794/MA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/02/2012. 5. Agravo regimental não provido. (STJ-AgRg no RMS 36811/MA, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Dje de 3/8/2012.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. CARGOS OCUPADOS EM CARÁTER PRECÁRIO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública. 2. Entretanto, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver a contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos, salvo situações excepcionais plenamente justificadas pela Administração, de acordo com o interesse público. 3. Efetivamente, esta Corte Superior, inclusive em precedentes da minha relatoria (RMS 34.095/BA), entendia pela inexistência de direito adquirido dos candidatos aprovados em relação a eventuais novas vagas que surgirem no prazo de validade do certame, caracterizando a investidura ato discricionário da Administração Pública, tampouco direito líquido e certo. 4. Todavia, em recente julgamento (Informativo n. 622/2011), o Supremo Tribunal Federal proclamou entendimento diverso. 5. Ademais, conforme ressaltou o Min. Napoleão Nunes Maia em caso idêntico, “a Administração não pode, i.g., providenciar recrutamento de Servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existam candidatos aprovados aguardando a nomeação”, e logo adiante conclui, “tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão” (RMS 29.145/RS, DJe 1º.2.2011). 6. Portanto, no caso concreto, é manifesto que a designação de servidores públicos de seus quadros, ocupantes de cargos diversos, para exercer a mesma função de candidatos aprovados em certame dentro do prazo de validade, transforma a mera expectativa em direito líquido e certo, em flagrante preterição a ordem de classificação dos candidatos aprovados em concurso público. 7. Agravo regimental não provido. (STJ-AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1398319/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Dje de 9/3/2012.)

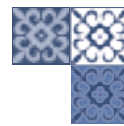
Da mesma forma, tem se posicionado o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal do Trabalho da 5ª Região, conforme acordãos abaixo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO PARA CADASTRO DE RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. 1. Consoante o mandamento insculpido na cabeça do artigo 37 da Constituição da República, a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, está submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Desse modo, constatada a existência de desvio de finalidade na conduta do administrador, afastando-se o ato praticado do interesse público -norteador do desempenho administrativo -, para alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, deve tal ato ser submetido à revisão judicial ou administrativa, porquanto configurada ilegalidade, constituindo-se causa de nulidade do ato administrativo. 2. Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, a aprovação de candidato em concurso público realizado para preenchimento de

cadastro de reserva não gera, em princípio, direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. Tem-se, contudo, que a moderna jurisprudência da Excelsa Corte, bem como do Superior Tribunal de Justiça, tem firmado seu posicionamento no sentido de que a contratação precária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso público, seja por comissão, terceirização ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual fora realizado o certame, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para preenchimento de cadastro de reserva, evidenciando desvio de finalidade, em inequívoca transgressão à exigência do artigo 37, II, da Lei Maior. 3. Na presente hipótese, resultou comprovado que o Banco da Amazônia S.A., ente integrante da Administração Pública indireta estadual, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de Técnico Científico em Direito e dentro do prazo de validade do certame, contratou pessoas físicas e jurídicas para a prestação de serviços de assistência judiciária, configurando inequívoca preterição dos candidatos aprovados no referido concurso. Constatando-se que o ente público terceirizou os serviços para os quais houve realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, dentro do prazo de validade do certame, resulta configurado o desvio de finalidade do ato administrativo e a expectativa de direito convola-se em direito subjetivo à nomeação, visto que demonstrada a necessidade premente de provimento do cargo descrito no edital. 4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (TST RR -9930083.2008.5.08.0008 Data de Julgamento: 18/12/2012, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/12/2012).

RECURSO DE REVISTA. CONCURSO PÚBLICO PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM FAVOR DE EMPREGADOS CONTRATADOS POR MEIO DE EMPRESA INTERPOSTA -DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO -EXISTÊNCIA. Vem sendo sedimentado na jurisprudência o posicionamento de que a expectativa de direito do aprovado em concurso público convola-se em direito líquido e certo quando a Administração, ofendendo princípios a que deve estar submetida, acaba por demonstrar a efetiva existência de vagas e a real necessidade de pessoal para os serviços de que tratou o edital. Esse entendimento encerra, sem dúvida, grande avanço no que diz respeito à proteção do cidadão contra o -administrador amoral ou imoral-que, por exemplo, pretere o concursado em favor de empregado terceirizado para exercício de cargo que não dispensa o concurso público. In casu, restou indubitável que o Banco do Brasil realizou concurso público para o cargo de escriturário e, a despeito disso, contratou empregados ilicitamente, por meio de empresas interpostas, para desenvolverem atividades típicas de bancário -preterindo os aprovados no certame havido. Assim, a omissão arbitrária do banco, de não nomear os candidatos aprovados, implicou ofensa não só ao princípio do concurso público, mas também ao princípio da moralidade, insculpido no art. 37, caput, da Carta Magna. Dessa forma, a expectativa de direito à nomeação dos concursados tornou-se direito subjetivo dos mesmos. Recurso de revista conhecido e provido... (TST RR 10200-78.2007.5.09.0670 Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2012).

MANDADO DE SEGURANÇA. PETROBRAS TRANSPORTE S.A -TRANSPETRO. RECALCITRÂNCIA DA EMPRESA EM CONVOCAR CANDIDATO APROVADO EM CONCUR-



SO PÚBLICO. AINDA ASSIM, CELEBRA CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA NA MODALIDADE INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO DENTRO DO PERÍODO DE VIGÊNCIA DO CERTAME. ATO QUE VIOLA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA FINALIDADE. O poder discricionário é aquele em que o agente dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato, quanto ao seu motivo e, sendo o caso, escolher, dentro dos limites legais, o seu conteúdo. Pressupõe liberdade de atuação administrativa, mas sempre dentro dos limites estabelecidos na lei, ou dela decorrentes. O poder discricionário da administração pública não é sinônimo de arbitrariedade. O ato administrativo, ainda que discricionário, deve obedecer aos princípios da legalidade, da moralidade e da finalidade previstos nos arts. 5º, incisos II e LXIX, 37 e 84 da Constituição Federal. Atos desarrazoados, inoportunos que visam assacar a lei, devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário. Assim, se a impetrante realizou concurso público para advogado pleno, presume-se que necessitava de servidores para o exercício de tal função e, se contratou apenas um único candidato, tem-se que não supriu a necessidade, uma vez que celebrou contratos com terceiros de forma precária, sob a modalidade inexigibilidade ou dispensa de licitação, pagando aos prestadores de serviços vultosas quantias, violando, por via transcreva, o art. 37, inciso II da Constituição Federal. Mandado de Segurança a que se julga improcedente para manter a decisão que determinou a convocação imediata do litisconsorte para o cargo de advogado pleno do pólo de trabalho da Bahia. (Processo nº 0000186-14.2010.5.05.0000 MS, ac. nº 018963/2010, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, SUBSEÇÃO II DA SEDI, DJ 11/06/2010).

Contudo, apesar de restar provado o desvio de finalidade das contratações indiretas, não se vislumbra amparo legal à pretensão ministerial no sentido de realizar a convocação de todos os 225 candidatos aprovados, pois implicaria em questionável interferência na gestão empresarial, além de provocar um indesejável crescimento desmesurado da máquina administrativa.

Dessa forma, deve ser o recurso parcialmente provido para determinar que a Embasa realize, em um prazo de cento e vinte dias, a contratação de tantos candidatos aprovados para a carreira de Analista de Saneamento -Advogado (Direito) quanto bastem para fazer frente a atual demanda de serviços jurídicos, e para determinar que a referida sociedade de economia mista estadual se abstenha de realizar contratações de escritórios de advocacia ou de advogados autônomos, salvo nas hipóteses de contratação de profissional de notável saber jurídico para a realização de serviços singulares ou ainda na hipótese de incremento sazonal ou inesperado na demanda de serviços, sob pena de pagamento de multa diária no valor correspondente à remuneração mensal do cargo de analista de saneamento -advogado, reversível em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador -FAT, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações ora impostas.

O pleito de pagamento de indenização por danos morais coletivos não merece acolhida, já que não se está diante de uma ilicitude manifesta, mas diante de entendimento jurisprudencial em construção acerca da impossibilidade de haver preterição de candidatos aprovados em decorrência da terceirização de serviços.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso do Ministério Público do Trabalho para determinar que a Embasa realize, em um prazo de 120 dias, a contratação de tantos candidatos aprovados para a carreira de Analista de Saneamento -Advogado (Direito) quantos bastem para fazer frente a atual demanda de serviços jurídicos, e para determinar que a referida sociedade de economia mista estadual se abstenha de realizar contratações de escritórios de advocacia ou de advogados autônomos, salvo nas hipóteses de contratação de profissional de notável saber jurídico para a realização de serviços singulares ou ainda na hipótese de incremento sazonal ou inesperado na demanda de serviços, sob pena de pagamento de multa diária no valor correspondente à remuneração mensal do cargo de analista de saneamento advogado, reversível em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador -FAT, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas acima.

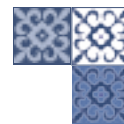
Acordam os Desembargadores integrantes da 5ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, UNANIMEMENTE, ACOLHER A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DO SINDAE POR FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO para determinar que a Embasa realize, em um prazo de 120 dias, a contratação de tantos candidatos aprovados para a carreira de Analista de Saneamento -Advogado (Direito) quantos bastem para fazer frente a atual demanda de serviços jurídicos, e

para determinar que a referida sociedade de economia mista estadual se abstenha de realizar contratações de escritórios de advocacia ou de advogados autônomos, salvo nas hipóteses de contratação de profissional de notável saber jurídico para a realização de serviços singulares ou ainda na hipótese de incremento sazonal ou inesperado na demanda de serviços, sob pena de pagamento de multa diária no valor correspondente à remuneração mensal do cargo de analista de saneamento -advogado, reversível em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador -FAT, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas acima.

Salvador, 05 de dezembro de 2013.

JÉFERSON MURICY  
Desembargador Relator





## RECURSO ADMINISTRATIVO Nº 0000738-08.2012.5.05.0000RecAdm

Desembargadora Relatora  
**LOURDES LINHARES**

**ACÓRDÃO**

(5ª Turma)

Recurso Administrativo

nº0000738-08.2012.5.05.0000RecAdm

RECORRENTE(s): Josué Freire Santos (Processo Trt Nº 09.52.12.00129-35)

RECORRIDO(s): Ex.Ma Sra. Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

RELATOR(A): Desembargador(a) LOURDES LINHARES

**SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO POR MOTIVO DE SAÚDE DA FILHA. CABIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.** *Conforme a alínea “b” do inciso III do parágrafo único do artigo 36 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, não há que se perquirir sobre a existência de vaga, interesse ou conveniência da Administração para o deslocamento do servidor, se ancorado em motivo de saúde do dependente, que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional.*

JOSUÉ FREIRE SANTOS, analista judiciário, matrícula 4409-3, inconformado com a decisão de fls.22/23, proferida pela Exma. Dra. Des. Presidente do TRT da 5ª Região, que indeferiu seu pedido de remoção para a comarca de Ilhéus, requereu reconsideração pelos motivos de fls. 25/34. Mantida a decisão, a fl.40, o pedido de reconsideração foi recebido como RECURSO ADMINISTRATIVO. As Secretarias de Assessoramento Jurídico e do Órgão de Controle Interno do TRT da 5ª Região emitiram os pareceres de fls. 17/20 e 21, respectivamente. O Ministério Público do Trabalho exarou o parecer de fls. 44/49, opinando pela procedência do pleito do Recorrente. É o relatório.

259

### VOTO

JOSUÉ FREIRE SANTOS, ocupante do cargo de Analista Judiciário/ Apoio Especializado/ Enfermagem, encontra-se lotado no Serviço de Saúde em Salvador e pleiteia sua remoção para a comarca de Ilhéus, em razão de sua filha, nascida em 21/06/2006, apresentar problemas de saúde e necessitar de tratamento neurológico e neuropsicológico, com suporte familiar ampliado.

Informa que sua esposa – Sra. Carla Carvalho Costa Freire – apresenta transtorno de ansiedade, desencadeado após assalto a mão armada em Salvador, fator este que limita seu deslocamento nesta cidade, e conseqüentemente, o acompanhamento de sua filha aos tratamentos de que necessita. Reporta-se a necessidade de que a filha permaneça em Ilhéus, onde está bem ambientada, assistida do ponto de vista de saúde, com suporte dos familiares que lá residem, sendo inafastável, ainda, a necessidade do convívio paterno, sobretudo em virtude da preservação da entidade familiar.

O requerimento de remoção vem amparado nas disposições da Lei n. 8.112/90 - Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União, notadamente art. 36, inciso III, alínea b, e ainda no art.3º, III, “b” do Ato Conjunto TST. CSJT.GP. Nº20 de 2007 e nos arts. 226, caput e §4º e 229 da Constituição Federal.

Vejam. A Presidência desta Corte, com base em manifestação da Secretaria de Assessoramento Jurídico e da Secretaria do órgão de Controle Interno deste TRT, indeferiu o pedido de remoção, sob os seguintes fundamentos:

O requerente prestou concurso para o cargo específico de Analista Judiciário/Apoio Especializado Enfermagem e, considerando a inexistência no atual quadro funcional de outro servidor com

idêntica especialidade seria impossível suprir a sua falta no Serviço de Saúde deste Regional. Ademais, a sua remoção para a cidade de Ilhéus importaria em efetiva transgressão ao princípio da legalidade inerente à Administração Pública. O Serviço de Saúde prestado por este Regional é centralizado na sede, não podendo admitir que um servidor especializado em enfermagem possa exercer atribuições da área Judiciária ou Administrativa, absolutamente distintas daquelas insitas ao cargo para o qual foi nomeado, sob pena de efetivo desvio funcional.

(...)

Endosso, ainda, os fundamentos do parecer de fls.17/20 ao destacar que a jurisprudência pátria apenas admite a remoção por motivo de saúde de pessoa da família se o laudo médico oficial atestar expressamente que o tratamento da patologia diagnosticada só pode ocorrer na cidade de interesse, situação que diverge do caso em apreço. (fl.22-v – grifo original).

Contudo, tenho que o apelo merece acolhida.

A propósito da remoção dos servidores públicos, estabelece o art. 36 da Lei 8.112/90, com redação dada pela Lei 9.527/97, que:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.” (grifo nosso)

Como se percebe, exige a lei, para ser concedida a remoção, tão somente dois requisitos, são eles: que ela se dê em razão de motivo de saúde do próprio servidor, de cônjuge ou dependente que viva a sua expensas; e que haja comprovação por junta médica oficial.

Por sua vez, a Resolução nº110/ CSJT, de 31 de agosto de 2012 - que revogou o Ato Conjunto TST.CSJT. GPnº20/2007 e a Recomendação CJST nº7/2009 – no capítulo IV, trata da “*Remoção a pedido, para outra Localidade, Independentemente do Interesse da Administração*” e especificamente na Seção III, “Da Remoção por Motivo de Saúde”, estabelece que:

Art. 19. Será concedida, a pedido do servidor, remoção por motivo de saúde própria, de cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste de seu assentamento funcional, conforme o disposto na alínea “b” do inciso III do artigo 7º desta Resolução, condicionada à indicação da necessidade do deslocamento em laudo conclusivo de junta oficial, nos termos do inciso II do artigo 2º do Decreto nº 7.003/2009.

§ 1º A remoção somente será concedida se no laudo da junta oficial ficar comprovado o atendimento de uma das seguintes condições:



- I – deficiência ou insuficiência de recursos de saúde no local onde reside o servidor;
- II – indicação de método de tratamento de saúde específico, não disponível na localidade, ainda que os recursos locais não sejam considerados deficientes ou insuficientes;
- III – conclusão de que o problema de saúde avaliado tenha relação com a condição geográfica da localidade de residência; ou
- IV - prejuízo para a saúde do paciente decorrente da mudança para a localidade de lotação do servidor, na hipótese do cônjuge, companheiro ou dependente enfermo residir em localidade distinta da do servidor.

§ 2º Se a doença for preexistente à lotação do servidor na localidade, o deferimento da remoção ficará condicionado à comprovação de que a mudança agravou o quadro clínico do enfermo.

§ 3º O laudo da junta oficial deverá indicar a localidade mais adequada para o tratamento de saúde, podendo ser diversa da pleiteada pelo servidor, estando as Administrações vinculadas a essa indicação. (grifei).

Pois bem, por meio dos laudos emitidos por médicos credenciados, juntados com a inicial, as fls. 04/10, bem como por médicos deste TRT-5ª Região, constatou-se que a filha menor do servidor – Milena Carvalho Costa Freire - é portadora do quadro de Epilepsia (CID 40), bem como de Transtorno de Déficit de Atenção e atraso em desenvolvimento psicológico, ao passo que sua genitora sofre de Transtorno por Ansiedade ocasionado por assalto em transporte coletivo na cidade de Salvador.

Os relatórios médicos residentes nos autos recomendam tratamento especializado, com acompanhamento familiar para auxiliar no tratamento. Oportuna a transcrição da seguinte passagem do Parecer elaborado pela Psicóloga Sara Maria Cunha Bitencourt Santos, servidora desta Corte, em atenção a solicitação da Junta Médica:

(...) Milena Carvalho C. Freire apresenta quadro clínico melhor compreendido pelas diretrizes diagnósticas de Epilepsia (CID G.40) e Transtorno de Déficit de Atenção (TDA), apresentando alterações importantes nos aspectos cognitivos, psicomotores, afetivos e sociais que acarretam em prejuízos para o seu desenvolvimento infantil e requerem assistência multiprofissional especializada aliada ao suporte familiar e social ampliado.

A cidade de Ilhéus, aonde Milena está domiciliada atualmente, se mostra mais favorável ao seu tratamento se comparada à Salvador (cidade em que o pai reside), tendo em vista que em Ilhéus a menor dispõe de acompanhamento multiprofissional especializado, suporte familiar ampliado, convivência com crianças de sua faixa etária, quadro assintomático da mãe e boa adaptação na escola que estuda. Entretanto, o suporte familiar amplo não tem minimizado os impactos da ausência paterna no desenvolvimento de sua personalidade, conforme evidenciam resultados dos testes psicológicos aplicados junto à Milena e mencionado anteriormente.

Em Salvador, mesmo que Milena venha a residir com o seu núcleo familiar nesta cidade (pai, mãe e, irmãos), os seguintes elementos se contrapõem ao que é adequado para o tratamento sistêmico da menor, a saber: ausência do convívio familiar ampliado já que avós, tios, primos e demais parentes estão todos domiciliados em Ilhéus; mal adaptação pelas escolas nas quais estudou (trocou de cinco escolas em anos sucessivos); restrições de locomoção advindas dos picos de ansiedade impostos pelo quadro clínico de sua genitora e circunscritos à Salvador; reflexos desfavoráveis da ansiedade da mãe na interação de Milena com o meio externo, aumentando a sua sensação de insegurança e vulnerabilidade.

Desse modo, salvo melhor juízo, é provável que a remoção do seu pai para a cidade de Ilhéus venha a favorecer condições adequadas de atendimento à dependente, de modo a contribuir com o seu desenvolvimento e qualidade de vida (fls. 38/39 - grifei).

A Junta Médica desta Corte, considerando os relatórios e documentos apresentados, além da perícia médica e psicológica realizados na esposa e filha do servidor, pela equipe de saúde deste Tribunal, apresentou as seguintes conclusões:

1. A filha do servidor, a menor Milena, está melhor ambientada e assistida do ponto de vista de saúde durante o período de moradia em Ilhéus, do que quando residia em Salvador. Contribuiu para isso o convívio e o suporte dos familiares que lá residem em relação família do servidor Josué. A cidade, de menor porte, tende a facilitar os frequentes deslocamentos necessários ao atendimento da saúde da criança e minimiza as manifestações psicopatológicas da Sra. Carla, sua genitora, que deste modo possui melhores condições para assisti-la. Em que pese Salvador possuir maiores e melhores recursos de saúde do que Ilhéus foi demonstrada a adequada assistência e acompanhamento da menor por profissionais especializados sediados em Ilhéus ou Itabuna.
2. A ausência do pai já produz impactos psicológicos negativos na criança, conforme demonstrado em avaliação psicológica realizada neste serviço, sendo recomendada a sua presença junto à menor, tanto quanto possível.
3. Justifica-se o pleito de remoção do servidor, por motivo de saúde de seus familiares, especialmente a sua filha Milena.
4. A condição de saúde e assistência da menor e sua genitora deve ser reavaliada a cada seis meses. (fl.15 - destaquei)

Conforme se verifica, portanto, o laudo da junta médica oficial atestou a importância do convívio familiar (avós, primos, irmãos, etc) para a eficácia do tratamento sistêmico da menor, bem como o prejuízo decorrente da mudança para Salvador na estabilidade emocional, tanto da filha do servidor, quanto de sua esposa, a comprovar o atendimento da condição prevista no art. 19, §1º, IV da Resolução nº110.

Também do Parecer da perita do Juízo, extraio que:

Os genitores de Milena referem que a menor está em acompanhamento multidisciplinar de qualidade em Ilhéus e adjacências, a exemplo de neurologista, neuropsicóloga, pediatra, ortopedista, além de acompanhamento psicopedagógico e atividade física (natação), os dois últimos através da escola. Há também previsão de Milena iniciar acompanhamento com fonoaudiólogo e com método complementar de aprendizagem (Kumon). Garantir tal suporte multidisciplinar à Milena em Salvador se torna mais difícil tendo em vista restrições de locomoção da sua genitora já mencionados.” (fl.38).

De certo que na localidade de lotação do servidor há tratamento, contudo não se trata apenas de Salvador possuir “*maiores e melhores recursos de saúde do que Ilheus*”, mas sim, na importância do convívio familiar ampliado na estabilidade emocional da menor e auxílio à terapêutica recomendada. De fato, o laudo, emitido pela junta médica do Tribunal, esclarece que a localidade onde reside o servidor é agravante do estado de saúde de sua esposa, que tem cunho psicológico, e prejudicial, em diversos aspectos, ao desenvolvimento e qualidade de vida de sua filha.

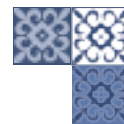
O laudo esclarece os benefícios do ponto de vista médico que advirão dessa remoção, com justificativas detalhadas.

Não se pode ignorar, portanto, que a própria Junta Médica Oficial, a despeito do esclarecimento de que o tratamento médico poderia ser concretizado no local de lotação do Servidor, apontou sua remoção para Ilhéus como medida necessária ao tratamento da sua filha, o qual não se resume a medidas paliativas de cunho medicinal.

Dessa forma, presentes estão as condições para a remoção do servidor, e uma vez atendidos os requisitos descritos no inciso III do art. 36, da Lei nº 8.112/90, à Administração incumbe conceder a remoção pleiteada. Tratando-se de ato vinculado, não há como o administrador deixar de atender o pedido.

Com efeito, trata-se de um direito subjetivo do servidor, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos legais, a Administração tem o dever de promover o deslocamento do servidor dentro do mesmo quadro funcional, ainda que em detrimento dos interesses e conveniências da Administração.

Note-se que a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que não há que se perquirir sobre a existência



de vaga ou interesse da Administração para o deslocamento do servidor, se ancorado em motivo de saúde do cônjuge ou dependente. Citem-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE. PEDIDO DE REMOÇÃO. DIREITO À SAÚDE. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, ALÍNEA B DA LEI 8.112/90. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. RECOMENDAÇÃO DA JUNTA MÉDICA OFICIAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA PARA DEFERIR A REMOÇÃO DA SERVIDORA DE BRASÍLIA/DF PARA A CIDADE DE BELO HORIZONTE/MG.

1. A teor do art. 36 da Lei 8.112/90, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 36 da Lei 8.112/90, a concessão de remoção é ato discricionário da Administração, ao passo que, nos casos enquadrados no inciso III, o instituto passa a ser direito subjetivo do Servidor, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos, a Administração tem o dever jurídico de promover o deslocamento horizontal do Servidor dentro do mesmo quadro de pessoal.
2. Em homenagem ao princípio de hermenêutica constitucional e da concordância prática, o disposto no art. 36, III, b da Lei 8.112/90 deve ser interpretado em harmonia com o que estabelecido no art. 196 do Texto Maior (direito subjetivo à saúde), ponderando-se os valores que ambos objetivam proteger.
3. O Poder Público tem, portanto, o dever político-constitucional impostergável de assegurar a todos proteção à saúde, bem jurídico constitucionalmente tutelado e consectário lógico do direito à vida, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue, mormente na qualidade de empregador.
4. Não obstante o argumento utilizado pela Controladoria Geral da União para indeferir o pedido de remoção da Servidora, a dizer, que o tratamento da patologia (depressão) pode ser realizado na própria cidade de lotação, há que considerar, na espécie em julgamento, o estado de saúde da impetrante, expressamente garantido pelo art. 196 da CF, que se encontra comprovadamente debilitado em razão de suas funções profissionais.
5. A própria Junta Médica Oficial atestou a imperiosidade da transferência da Servidora para o Estado de origem para a eficácia do tratamento da patologia que, registre-se, tem cunho psicológico e justamente por isso seu trato não se resume a medidas paliativas de cunho medicinal.
6. Ordem concedida para garantir a remoção da impetrante para Belo Horizonte/MG, nos termos da postulação. (MS 18391 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2012/0071898-2 - Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento 08/08/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO POR MOTIVO DE SAÚDE DE FILHO. CABIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. A remoção por motivo de saúde do servidor - ou de seu cônjuge, companheiro ou dependente que conste de seu assentamento funcional - não se sujeita ao interesse da Administração. Precedente do STJ.
3. O Tribunal de origem concluiu, após análise do acervo probatório da demanda, estarem preenchidos os requisitos do art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.112/1990. O reexame das provas dos autos, como o laudo médico, esbarra na Súmula 7/STJ.
4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 32635 / RO AGRAVO REGIMENTAL

NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0137069-2 - Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES - Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 17/02/2011- DJe 01/03/2011)

A Presidência desta Corte, ao se posicionar no presente caso, ressaltou que não pode o interesse da Administração, que representa o interesse público, ser relegado. Ainda, considerou como outro óbice ao acolhimento do pedido o fato de ser o serviço de saúde prestado por este Regional centralizado na sede.

Contudo, note-se que o legislador, com base na proteção conferida constitucionalmente à família (art. 226 da CF/88) e no direito fundamental à saúde (art. 196 da CF/88), possibilitou a remoção do servidor público federal para outra localidade, no âmbito do mesmo quadro, por motivo de saúde do seu dependente, condicionada à comprovação da enfermidade por junta médica oficial. Afastou-se expressamente a necessidade de interesse da Administração para o deferimento da remoção, sendo desnecessário, inclusive, a existência de vaga na localidade pretendida.

A interpretação do art. 36, parágrafo único, III, "b", da Lei 8.112/1990 deve levar em conta a proteção da saúde, no caso, da filha do servidor, a idéia de supressão do interesse da Administração quando a remoção se dá por motivo de saúde do servidor e, por fim, a preservação da entidade familiar.

No caso em exame, o recorrente, analista judiciário/apoio especializado/enfermagem, pretende sua remoção dentro do mesmo quadro de pessoal do Poder Judiciário da União, no âmbito da Justiça do Trabalho, a demonstrar estar preenchido o requisito legal de remoção "dentro do mesmo quadro".

Ademais, não se trata de nova investidura em cargo público, mas tão-somente de realocar o servidor. Não há, portanto, ofensa a regra inexorável do concurso público, derivado do princípio geral da igualdade.

Assim, como restou inequivocamente demonstrado nos autos o preenchimento dos requisitos do artigo 36, inciso III, alínea "b", da Lei nº 8.112/90, inclusive a comprovação, por junta médica oficial, da existência de motivo hábil a justificar a remoção, é de rigor seja acolhido o pedido formulado pelo recorrente.

Verifica-se, aliás, que o servidor obteve manifestação favorável a seu pleito do Sr. Procurador Chefe do Ministério Público do Trabalho da 5ª Região, com base na proteção conferida constitucionalmente à família (arts. 226 e 229 da CF/88) e no direito fundamental à saúde (art. 6º da CF/88), ainda que em detrimento dos interesses e conveniências da Administração.

De fato, não se pode olvidar os aspectos sociais envolvidos, *in casu*.

A Constituição Federal/88, no art. 226, estabeleceu especial proteção à família ao afirmar que "*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*". Elegeu, ainda, o amparo e a proteção dos filhos menores como valor essencial a ser preservado, dispondo no art. 229 que "*Os pais têm o dever de assistir, criar, educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*".

Ainda dispõe o art. 6º da Constituição acerca do direito fundamental à saúde:

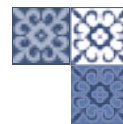
Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Desta feita, resta configurada a hipótese prevista na alínea "b" do inciso III do Parágrafo único do artigo 36 da Lei nº 8.112/90, uma vez que por motivo de saúde da dependente do Servidor, ora Recorrente, fica assente a necessidade de sua remoção para local onde essa reside e vem recebendo tratamento médico, bem como da premente necessidade da presença do pai de modo a contribuir com o desenvolvimento e qualidade de vida da filha menor.

Contudo, atentando para as singularidades do caso concreto, tenho que a melhor solução, ou seja, aquela que mais atende ao caso presente é a remoção em caráter temporário, já que a situação fática reconhecida como ensejadora do pleito de remoção, particularmente quanto ao problema de saúde de sua filha menor pode ser mutável, dependendo da evolução a ser observada em seu quadro de saúde.

Tanto é assim, que o Laudo da Junta Médica orienta, no item 4, a reavaliação a cada seis meses, das condições de saúde e assistência tanto da menor quanto da sua genitora, restando clara a transitoriedade da situação (fl.15).

A respeito dos efeitos da remoção, destaco os ensinamentos do ilustre Ivan Barbosa Rigolin, no sentido de



que: “Na remoção o servidor não sai do quadro onde estava lotado, ainda que dentro do mesmo quadro, mude de sede, ou seja, transfira-se de endereço do local de trabalho”. (Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, 2ª edição. Ed. Saraiva, p. 92).

Desta forma DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para conceder a remoção em caráter temporário do Recorrente, mediante lotação provisória, do Serviço de Saúde de SALVADOR/BA para a comarca de ILHÉUS/BA, onde deverá permanecer lotado durante o tratamento médico de sua filha. Uma vez cessada a causa ensejadora do deslocamento, observado o prazo de seis meses para cada nova reavaliação médica, deverá o servidor retornar para a sede originária do seu cargo.

Acordam os Desembargadores do ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por maioria, dar provimento parcial ao recurso para conceder a remoção em caráter temporário do Recorrente, mediante lotação provisória, do Serviço de Saúde de Salvador/BA para a comarca de Ilhéus/BA, onde deverá permanecer lotado durante o tratamento médico de sua filha, ficando estabelecido que, uma vez cessada a causa ensejadora do deslocamento, observado o prazo de seis meses para cada nova reavaliação médica, deverá o servidor retornar para a sede originária do seu cargo; vencidos parcilamente os Excelentíssimos Desembargadores Graça Boness, Paulino Couto e Maria Adna Aguiar, que davam provimento ao recurso para deferir a remoção do Recorrente em caráter permanente; vencidos, ainda, Excelentíssimos Desembargadores Tadeu Vieira, Yara Trindade e Sônia França, que negavam provimento ao recurso.

Salvador, 17 de Junho de 2013

MARIA DE LOURDES LINHARES  
Desembargadora Relatora

**RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000063-45.2012.5.05.0194RecOrd**

Desembargadora Relatora  
**LUÍZA LOMBA**

Recurso Ordinário  
nº0000063-45.2012.5.05.0194RecOrd

RECORRENTE(s): Empresas de Transportes Santana e São Paulo Ltda.

RECORRIDO(s): Edna Roza Ribeiro

RELATOR(A): Desembargador(a) LUÍZA LOMBA

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PORTADORA DE CANCER. REINTEGRAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443.

Presume-se discriminatória a despedida imotivada de empregada ocorrida logo após a alta previdenciária de benefício concedido em razão de a trabalhadora haver sido submetida a mastectomia para retirada de tumor maligno na mama. A natureza e gravidade da doença aliada à ausência de motivação faz presumir que em verdade o empregador pretendeu se livrar de futuros afastamentos e do risco de permanecer com uma empregada doente.

DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. DEVER DE INDEMNIZAR. RESPONSABILIDADE SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO.

“A solidariedade constitui objetivo de nossa República (art. 3º, I, da CF), a qual contamina todos nossos atos; a função social, seja do trabalho, seja da iniciativa privada, é fundamento constitucional (art. 1º, IV) e a justiça social funda a nossa ordem econômica (art. 170 da CF).”<sup>1</sup>. A despedida imotivada de trabalhadora imediatamente após a alta previdenciária decorrente de benefício concedido em razão de cirurgia para retirada de câncer de mama, viola a função social do contrato, além de caracterizar discriminação à pessoa portadora de doença desta natureza, causando-lhe dor, humilhação, sofrimento e alienação do ambiente de trabalho. Tal ato justifica a condenação da empresa no pagamento de indenização por dano moral.

EMPRESA DE TRANSPORTE SANTANA E SÃO PAULO LTDA., nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por EDNA ROZA RIBEIRO recorre ordinariamente da r. sentença de fls. 184/187, complementada à fl. 200, proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Feira de Santana, apresentando suas razões às fls. 205/223. Contrarrazões às fls. 229/237. Autos enviados ao MPT em face do requerimento contido no ofício de nº 355/09 GAB/PRT 5ª SSA. BA. A douta Procuradoria emitiu parecer às fls. 243/246, manifestando pelo desprovimento do Recurso Ordinário interposto.

**É O RELATÓRIO.****VOTO**

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL:

*PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO APELO QUANTO AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS SOBRE O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA.*

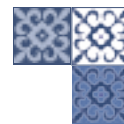
Suscito, de ofício, a preliminar em epígrafe, para não conhecer do pedido recursal “no sentido de que seja esclarecida a forma de cumprimento das obrigações...”, por evidente inadequação da via eleita.

Apresenta a reclamada, por meio de recurso ordinário, pretensão vinculada à natureza própria dos Embargos de Declaração, razão pela qual deveria ser direcionado ao julgador sentenciante e não ao *ad quem*.

Não conheço, pois, da postulação.

1 Mandado de Segurança nº 00152-2009-000-05-00-1-MS, Relator Des Edilton Meireles.





Porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade, extrínsecos e intrínsecos, conheço do recurso na parte que sobeja.

JUÍZO DE MÉRITO:

INÉPCIA DA INICIAL.

A reclamada renova, no bojo das suas razões recursais, os argumentos apresentados em sua defesa quanto à inépcia da inicial. Aduz que a autora, na peça de ingresso, embora tenha pleiteado “pagamento dos salários vencidos e vincendos até a data da efetiva reintegração”, não teria formulado o pedido principal, qual seja o da reintegração ao emprego.

Vejam os:

Cumpra registrar, inicialmente, que o processo do trabalho, ao revés da legislação processualística civil, é desprovido de formalidades que a permeiam. Em decorrência de princípios inerentes ao rito trabalhista, o reconhecimento de inépcia da inicial decorreria de prejuízo aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Há que se destacar a norma insculpida no art. 840 da CLT, pela qual se desprende o quão desnecessárias são as formalidades exigíveis da exordial que se apresente no âmbito da Justiça do Trabalho, onde o jus postulandi se traduz como importante ferramenta de acesso ao Judiciário.

Da narrativa das alegações constantes da peça de ingresso, não repousa qualquer óbice ou dúvida que inviabilizasse o contraditório e a ampla defesa quanto ao pleito atinente à reintegração da obreira. Prova disso é que a contestação trazida aos autos pela recorrente rebate minudentemente o pedido em comento.

Por fim, é oportuno ressaltar que o pedido foi sim formulado, embora de forma heterotópica, consoante se verifica à fl. 04. Assim, ainda que se exigisse o rigor do processo civil, a petição inicial preencheria os requisitos para o seu conhecimento.

Nesta senda, decidi acertadamente o Juízo a quo ao afastar a preliminar em apreço.

Nada a reformar.

INOVAÇÃO À LIDE. JULGAMENTO ULTRA PETITA.

A recorrente alega, ainda, preliminarmente, que o Magistrado de base proferiu sentença extrapolando os limites da litisconstestatio, ao passo em que deferiu a reintegração da reclamante, com sua “readaptação”. Afirma que a suposta readaptação atenta à ampla defesa e contraditório considerando que não houve qualquer pedido neste sentido.

Assevera, ademais, que quando da instrução processual, a autora inovou quanto aos pedidos insertos na demanda, delineados na sua exordial e que a sua alegação de que não poderia retornar às suas atividades iniciais constitui tese inovadora.

Analisemos.

A peça de ingresso discorre acerca de diversos fundamentos, no desenrolar da causa de pedir associada ao pleito de reintegração. Afirmou inicialmente, que a sua despedida imotivada e discriminatória ocorrida em 11/07/2011, decorreu do fato de encontrar-se acometida de neoplasia mamária. Pede, com base na nulidade da despedida, que seja reintegrada para que seja, posteriormente encaminhada ao INSS.

A reclamada, por sua vez, defendeu-se alegando, em suma, que uma vez não tendo ocorrido acidente de trabalho e tendo sido declarado pelo Órgão Previdenciário que a obreira estava apta ao labor, não havia qualquer irregularidade na sua despedida.

Diante dos elementos trazidos aos autos, o Magistrado da Primeira Instância conduziu a instrução processual

de modo a evidenciar que a empresa considerara a possibilidade de alocar a obreira em outro setor, *in verbis*: “no período em que medeou o retorno da reclamante após alta médica e a sua despedida, a empresa considerou a possibilidade de alocar a reclamante em algum outro setor, reconhecendo que a reclamante não tinha condições de trabalhar como cobradora de ônibus” (interrogatório do preposto da reclamada, fl.181) Indene de dúvidas, portanto, que, embora não houvesse prova de inaptidão ao retorno para o trabalho, a empresa entendeu que a empregada, por circunstâncias atreladas à condição de debilidade, não poderia desempenhar a contento a função de cobradora de ônibus.

A decisão vergastada, proferida pelo Juízo a quo, ao declarar nula a rescisão, determinou a reintegração da obreira e a sua readaptação em funções compatíveis com a sua condição física e mental.

Ora, não se pode chegar a outra conclusão, senão a de que, cotejando os pedidos da inicial, os argumentos da contestação e as provas residentes nos autos, o Magistrado decidiu por deferir o pleito de reintegração, determinando a readaptação como forma de assegurar a higidez física e mental da obreira. Decidiu, pois, em claro respeito aos princípios balizadores da legislação trabalhista a exemplo da razoabilidade, pelo qual há que se ponderar os limites do *jus variandi*, do poder diretivo da reclamada.

No que tange à alegação de inovação de tese na instrução processual, há que se destacar a importância em conferir liberdade na sua condução ao intérprete real da norma, que irá decidir a lide.

Sendo assim, entendo que não houve, sobremaneira, julgamento *ultra* ou mesmo *extra petita*, ou seja, além ou fora do pedido, havendo completa observância aos preceitos do digesto processual civil, de aplicação subsidiária.

Superadas tais alegações, passo a analisar o meritum casae.

## REINTEGRAÇÃO.

A recorrente aduz que a sentença merece ser reformada já que inexistente fundamento legal ou qualquer prova residente nos autos que se preste a deferir o pleito formulado na exordial referente à sua reintegração.

Impugna o laudo médico particular colacionado pela reclamante, ao fundamento de que “...*mesmo reconhecendo que a única pendência decorrente da doença maligna que acometeu a acionante é o estudo de viabilidade de uma cirurgia est ética, “sugere” o afastamento previdenciário da acionante...*”.

Defende a ausência de qualquer limitação que lhe tornasse inapta ao trabalho, seja pela alta conferida pelo INSS, seja pela plena aptidão constatada no exame de retorno.

Em relação à confissão do preposto, argumenta que o representante, por não possuir conhecimentos técnicos a respeito da condição de saúde da parte autora, prestou informações sem conteúdo, desejando, na realidade, aduzir que a empresa “...*cogitou a possibilidade de alocar a empregada em outra função e que, ao final, terminou desligando a reclamante...*”.

Assevera que a própria demandante reconheceu não possuir experiência, muito menos curso preparatório, como recepcionista e telefonista, o que revela a falta de preparo para o exercício de funções indicadas pela reclamada.

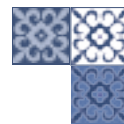
Afirma, neste diapasão, que a reclamante não gozava de estabilidade no emprego de modo que nada ampara a reintegração determinada.

Ao exame.

Na inicial, narrou a reclamante que foi ilegalmente despedida em 11/07/2011, mesmo sem estar plenamente curada do câncer de mama diagnosticado no início do ano de 2008. Relatou que se submeteu a tratamento ambulatorial, radioterapia, quimioterapia e, por fim, a procedimento cirúrgico e, quando mais necessitava da manutenção no emprego, foi desligada e teve cancelado seu plano de saúde.

A reclamada, em contestação, aduziu as mesmas razões defensivas resumidas acima, negando a prática de qualquer ato ilegal e arbitrário.

Sob tal prisma, imperioso destacar a decisão outrora pronunciada pelo a quo:



“A autora pede a reintegração com pagamento de sal ários no vencido e no vincendo, a restauração do seu plano de saúde, e danos morais, no que tem inteira razão. É importante assinalar, neste caso, que a empregada exercera as suas difíceis e reconhecidamente atribuladas funções de Cobradora de ônibus, desde de março do ano de 2002 até novembro de 2008 (quando afastou-se para submeter-se à mastectomia). Não obstante, demonstrando pouca consideração pelos anos de trabalho prestados pela obreira, bem como fingindo ignorar (data venia) o estado debilitado em que empregada se encontrava, a empresa entendeu — como a melhor providência a tomar — despedir sumariamente a reclamante pouco depois do seu regresso após alta médica, inclusive cancelando seu plano de saúde. Compreendo assim que a reclamada infligiu preceito elementar da conduta empresarial. Como diagramado pela Constituição Federal, a Função Social da empresa, é princípio ético fundamental que se consubstancia pelo tratamento justo e razoável que tem que dispensar aos trabalhadores que lhes servem. Princípio este que impede que o direito potestativo da dispensa arbitrária seja travestido num instrumento de simples descarte de uma operária que já não pode exercer as suas funções originárias na empresa, por força das sequelas da doença de que foi acometida. Por tudo isso, reconheço a nulidade da rescisão para determinar a reintegração imediata da obreira para que seja readaptada a novas funções compatíveis com a sua condição física e mental, bem como a restauração imediata do plano de saúde da empregada, nos termos como definido pela cláusula terceira da CCT de fls. 21, sob pena de multa de R\$100.000,00 (cem mil Reais).” (fl. 185, Grifei)

Não merece retoque a sentença fustigada. No que tange aos fundamentos ventilados pelo Magistrado, vislumbro a ocorrência não apenas de uma despedida arbitrária, como também discriminatória.

É cediço que, além da sua função social, à empresa é vedada, no exercício do poder diretivo e do seu direito potestativo em despedir, que o faça em afronta aos princípios mais comezinhos ao direito. Não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, máxime a do trabalhador, configura-se como pilar, verdadeiro axioma, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, na forma do art. 1º, III, da CF/88, razão pela qual é dever do empregador optar por sua fiel observância em detrimento de qualquer outro valor.

Neste contexto, leciona Alexandre de Moraes<sup>2</sup>, em sua obra *Direito Constitucional*, *verbis*:

“a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;” grifos acrescidos.

A saúde do trabalhador, sob esta ótica, também possui a devida tutela constitucional, como se colhe dos artigos 6º e 196, este último assim vazado: “...A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação...”

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), por sua vez, inclui a responsabilidade das empresas, ao lado do Estado, sociedade, famílias e pessoas, no ato de prover suas condições ideais, nos termos do seu §2º, do art “.

..Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

...  
§2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade...”

2 Moraes, Alexandre. *Direito Constitucional*. Ed. Atlas. 2006. pág 16.

A doutrinadora Alice Monteiro de Barros<sup>3</sup> esclarece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consiste em promover o bem de todos, ressaltando que a saúde se trata de um direito público subjetivo, inerente ao Estado. De igual modo, assevera que também competente ao empregador a sua proteção, se não vejamos:

*“...Quando o empregado é admitido pelo empregador, leva consigo uma série de bens jurídicos (vida, saúde, capacidade de trabalho, etc.) os quais deverão ser protegidos por este último, com adoção de medidas de higiene e segurança para prevenir doenças profissionais e acidentes de trabalho. O empregador deverá manter os locais de trabalho e suas instalações de modo que não ocasionem perigo à vida e à saúde do empregado...”*

Transpondo tais ensinamentos para o caso concreto, a situação fática narrada não impõe qualquer dúvida quanto à condição débil a que estava acometida a reclamante, bem como o seu conhecimento por parte da reclamada. É certo que, se, por um lado não existir o gozo de qualquer estabilidade, a sua despedida revela prática de ato discriminatório. A reclamante encartou (fls. 13/17), o detalhado exame multiprofissional do SMS/CEREST/SUS, contendo pareceres do corpo médico, de enfermagem e fisioterapêutico a respeito das condições de saúde da demandante.

O parecer médico explicitou que:

*“...Colaborado acima citada é portadora de neoplasia maligna da mama, a qual fez tratamento químico e radioterápico, encontra-se em viabilidade de cirurgia corretiva e reparadora da mama esquerda (mutilada).*

*...*

*SUGERIMOS:*

*Conduta previdenciária pertinente ao caso.*

*Sugiro: Afastamento por tempo indeterminado de atividades laborativas, tratamento cirúrgico reparador...”*

O parecer da área de enfermagem, por seu turno, aponta a impossibilidade de exercer movimentos bruscos, não se recomendando qualquer esforço demasiado com os membros superiores, se não vejamos:

*“...Paciente submeteu-se à reconstrução mamária há mais ou menos sete meses, como consequência de seqüela de mastectomia. Evolução de forma satisfatória, porém ainda apresenta área operatória dolorida, impedindo movimentos bruscos, não recomendamos o esforço cotidiano, de trabalho como cobradora de ônibus, devido ao risco de trauma na área cirúrgica. Não pode exercer a atual função de cobradora, por um período de noventa dias. Aguarda liberação de convênio, para realizar cirurgia de simetrização na mama direita...”*

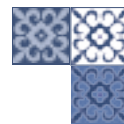
O parecer fisioterápico seguiu a mesma trilha:

*“...Ao exame físico apresentou força muscular diminuída em membro superior esquerdo e amplitude de movimento completa, porém com incomodo. Desta forma, encontra-se limitada para realização de suas atividades laborativas, visto que as mesmas exigem movimentação e esforço constante de membros superiores...”*

Nem se alegue que tal quadro era desconhecido pelo empregador, haja vista a confissão real em que incorreu seu preposto, ao declarar expressamente, em audiência, que:

*“...no período que medeou o retorno da reclamante após alta médica e a sua despedida, a empresa considerou a possibilidade de alocar a reclamante em algum outro setor, reconhecendo que a reclamante não tinha condições de trabalhar como cobradora de ônibus; a empresa tinha ciência de que reclamante sofrera um câncer; a empresa tinha conhecimento de que se tratava de um câncer, grave, que resultou na extração de uma mama; a empresa colocou a reclamante para trabalhar como cobradora, mas a reclamante não teve condições de desempenhar essa função...”- fls. 181/182.*

Conforme se infere do depoimento prestado, a reclamada, mesmo ciente da doença grave que foi acometida a



parte autora e de sua incapacidade para desempenhar a função de cobradora, resolveu desligá-la sumariamente, desprezando todos os princípios constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do direito à saúde.

Mostrou-se fria, temerária e desumana a conduta do empregador, ao ceifar-lhe o contrato de trabalho, bem como o acesso ao plano de assistência médica, em momento tão delicado de sua vida.

Trata-se, portanto, de despedida de caráter nitidamente discriminatório.

É certo que o portador de doença grave não possui estabilidade assegurada por preceito expresso de Lei. Todavia, em casos tais, não pode o julgador se eximir de resolver tão delicado conflito, devendo se pautar pelo princípio do *nom liquet*, vale dizer resolverá a demanda por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

E com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e o direito à saúde devem nortear o presente julgamento, conferindo-se perfeita harmonização, inclusive, com normas internacionais de proteção ao emprego e à saúde, tais como a Convenção 142 e a Recomendação 150, da OIT, cujos textos estabelecem a exclusão de qualquer forma de tratamento desigual no ambiente de trabalho, bem como a inclusão de minorados físicos.

Busco, novamente, as inspiradoras palavras de Alice Monteiro de Barros<sup>4</sup>, ao tratar do tema nos casos de dispensas discriminatória de portadores de HIV. Veja-se:

“...De que adiantarão as normas internacionais e constitucionais proibitivas de discriminação, se não as colocarmos no tempo ou as integrarmos na realidade?

Sempre que possível, deverá o dispositivo constitucional ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. É o princípio da “máxima eficiência”, do qual se extrai o entendimento segundo o qual a lei não emprega palavras inúteis, o que significa a impossibilidade de se ignorar, na interpretação da Constituição, um artigo ou parte dele. Além de conferir a máxima efetividade possível do texto constitucional, esse entendimento atende ao postulado da harmonização, pois se está atribuindo à norma constitucional um significado coerente com as demais regras de direito, inclusive com aquelas de cunho internacional.

Atento para o alcance das obrigações internacionais de proteção contra a discriminação, o intérprete, autorizado pelo texto constitucional vigente, evitará a repetição de violação de direitos humanos, entre eles os direitos sociais, reagindo contra as omissões da lei nacional e contribuindo para que possamos viver numa sociedade mais solidária e humana.

Assim, a dispensa do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, presume-se discriminatória e arbitrária, devendo ser coibida, pois a permanência do trabalhador no emprego, além do caráter de laborterapia, irá propiciar-lhe a aquisição dos benefícios previdenciários que receberá quando estiver impossibilitado de continuar trabalhando, o que, certamente, ocorrerá, considerando tratar-se de doença letal...”

A Jurisprudência, neste sentido, está cristalizada, consoante os termos da Súmula 443, do C. TST:

**SÚMULA 443 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO** Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Em decisão recente, o Ministro Maurício Godinho Delgado julgou tema, consoante se extrai da transcrição a seguir:

“... RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRES-

4 Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. Ed. Ltr. 2009. pág.1.205/1.206.

TAÇÃO JURISDICIONAL. 2. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE - CÂNCER. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. SÚMULA 443/TST. Nos termos da Súmula 443/TST: - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego-. Configurada a situação ensejadora da presunção jurídica, incide a proteção normativa apontada pela Súmula 443. Desse modo, o recurso de revista não preenche os requisitos previstos no art. 896 da CLT, pelo que inviável o seu conhecimento. Recurso de revista não conhecido, no aspecto.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. SÚMULA 219 DO TST. Consoante orientação contida na Súmula 219/TST, interpretativa da Lei 5.584/70, para o deferimento de honorários advocatícios, nas lides oriundas de relação de emprego, é necessário que, além da sucumbência, haja o atendimento de dois requisitos, a saber: a assistência sindical e a comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou que o empregado se encontre em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Com efeito, se a obreira não está assistida por sindicato de sua categoria, é indevida a condenação ao pagamento da verba honorária. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto. (RR 1362920115040372 136- 29.2011.5.04.0372, Relator(a): Mauricio Godinho Delgado, Julgamento: 08/05/2013, Órgão Julgador: 3ª Turma Publicação: DEJT 10/05/2013)

*Ex positis*, mantenho a sentença, no particular, inclusive quanto à readaptação da obreira para exerça funções compatíveis com a sua atual condição.

#### DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO.

A empresa recorrente pede, ainda, que seja excluída a condenação de indenização por danos morais, ao argumento de que não se observam os requisitos necessários à sua configuração.

Afirma que não há prova robusta da existência de dano, conduta culposa do demandado e nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido, haja vista que o exame de retorno prova que a autora não tinha qualquer doença incapacitante, que a reclamante não produziu prova pericial e que não houve ato ilícito por parte da demandada.

Postula, por fim, a diminuição do valor arbitrado em primeiro grau, ao fundamento de que se configura flagrantemente exorbitante.

Ao exame.

Pelos termos da fundamentação supra citada da decisão recorrida, é notório que o entendimento do Magistrado, ao deferir o pedido constante da exordial, foi no sentido de considerar a despedida arbitrária como ato ilícito, associada à dor decorrente da circunstância delineada de a obreira encontrar-se debilitada e sem emprego.

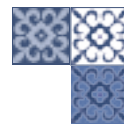
A obrigação de indenizar encontra seu fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil atualmente em vigor, que aprimoram o sistema antigo, e, ao mesmo tempo, confirmam a interpretação que a doutrina e jurisprudência faziam ao art. 159 do Código de 1916. Estabelecem os citados dispositivos:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Afora isso, é certo que o empregador deve zelar por um meio ambiente equilibrado, nos termos do art. 225, da Constituição Federal, pois o contrato de trabalho, como fonte de direitos e obrigações, é campo fértil para a existência de lesões, danos e reparações, como, aponta José Affonso Dallegrave Neto<sup>5</sup>, no seu ensaio Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. Veja-se:

“Oportuno observar que o contrato de trabalho, ante suas características, encerra profusão de da-



nos, os quais devem ser analisados sob o enfoque da teoria civilista da responsabilidade civil, guardadas as devidas adaptações principiológicas próprias do Direito do Trabalho e os valores supremos albergados na Constituição da República.”

Como se depreende, o empregador possui o dever de promover o trabalho da forma mais saudável possível, máxime nos segmentos cujas atividades apresentam risco efetivo. Embora o empregador esteja a exercer um direito, qual seja, o de cobrar trabalho, deve, por outro lado, primar pela preservação de sua mão de obra. Se ele o faz com negligência, não concedendo, ao empregado, condições saudáveis para o exercício de suas atribuições, e, se esta negligência causa dano ao empregado, ao empregador cabe indenizá-lo.

No caso, a despedida imotivada de trabalhadora imediatamente após a alta previdenciária decorrente de benefício concedido em razão de cirurgia para retirada de câncer de mama, viola a função social do contrato, além de caracterizar discriminação à pessoa portadora de doença desta natureza, causando-lhe dor, humilhação, sofrimento e alienação do ambiente de trabalho. Tal ato justifica a condenação da empresa no pagamento de indenização por dano moral.

Por se tratar de dor íntima, ou seja, de mal-estar da órbita subjetiva dos sujeitos, o dano moral não supõe, necessariamente, a existência de constrangimento que se exteriorize no convívio social ou que provoque achincalhe social.

Ensina o jurista Sérgio Cavalieri Filho, que “*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 fato 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 da experiência comum.*”<sup>6</sup>

Como bem destaca Sebastião Geraldo de Oliveira, “... basta o mero implemento do ato ilícito para criar a presunção dos efeitos negativos na órbita subjetiva do acidentado...”<sup>7</sup>

Portanto, o dano moral é presumível, por ser inerente à ilicitude do ato praticado, do que decorre ser desnecessária a produção de prova das suas repercussões da órbita da demandante.

A jurisprudência também tem se posicionado em igual sentido, consoante se vê dos seguintes julgados:

“INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO PRESUMIDO. Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si sendo desnecessária a sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe in re ipsa. Afirmo Ruggiero: Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.” STJ. 1ª Turma, REsp n. 608.918, Rel. Ministro José Delgado, DJ 21/06/2004’.

A legislação não estabelece critérios objetivos para fixação da indenização por dano moral.

O professor Fernando Noronha, citado por Sebastião Geraldo de Oliveira in “Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional”, LTr, 2005, pag. 123, afirma que “*a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente ao preço, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.*”

Sebastião Geraldo de Oliveira, na obra já referida, ressalta ainda que a Jurisprudência também revela o caráter pedagógico da indenização por dano moral, de sorte a “*servir de freio para atos culposos futuros do empregador e de outros do mesmo ramo*”.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira a vítima “*deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Não tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena*

6 Programa de Responsabilidade Civil, 4ª edição, Malheiros, 2003, p. 102.

7 Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, LTr, 2005, 1ª edição, p. 120.

*que se torne inexpressiva*<sup>78</sup>

No presente feito, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se a despedida discriminatória perpetrada pelo empregador, bem assim sua capacidade econômica, tendo em conta, também, que o valor fixado não deve ser insignificante a ponto de não coibir a reincidência da prática da conduta ilícita perpetrada e a perder de vista o caráter pedagógico da indenização, tampouco se revelar excessivo, de modo a fomentar e estimular aventuras jurídicas, o montante de R\$ 15.000,00 arbitrado em primeiro grau não merece sofrer qualquer alteração.

Sem reparos.

#### COMPENSAÇÃO.

A recorrente pleiteia que, acaso seja mantida a sentença quanto à reintegração, ocorra a compensação dos valores pagos a título de rescisão.

Observando os termos da contestação, constata-se a existência de tal pleito, à fl. 106.

Considerando o documento de fl. 114, determino que seja abatido do valor da liquidação da sentença o montante pago a título de rescisão, apontado no TRCT juntado aos autos.

Reformo.

#### REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA.

A reclamada pleiteia, ainda, que seja reduzido o valor da multa arbitrada em R\$100.000,00 (cem mil reais) para o caso de descumprimento da decisão.

Ao exame.

Almejando a efetivação das obrigações de fazer, os magistrados podem adotar medidas coercitivas indiretas, definidas como aquelas através das quais o Estado busca a colaboração do condenado ao impor penalidades que afetam a sua vontade. O condenado seria então compelido a cumprir pessoalmente a obrigação.

Exemplo clássico de medida coercitiva indireta seria a multa coercitiva ou *astreintes*, previsto nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, que estimula o réu a cumprir a obrigação.

Tratando-se, *in casu*, de obrigação de fazer, deve o juiz utilizar os meios legais, inclusive cominação de *astreintes*, que possibilitem coagir a executada ao cumprimento da obrigação.

A multa, nesta hipótese, se revela como ferramenta coercitiva que dispõe o Judiciário para se fazer cumprir as suas decisões.

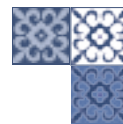
Reputo que o valor é compatível com a situação fática em apreço, razão pela qual mantenho o valor ora arbitrado.

Isto posto, resolve a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, à exceção do pedido de esclarecimento quanto ao cumprimento das obrigações, e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para determinar que seja abatido do valor da liquidação da sentença o montante pago a título de rescisão, apontado no TRCT juntado aos autos.//

Salvador, 4 de setembro de 2013 (quarta-feira).

LUÍZA LOMBA  
Desembargadora Relatora





## RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000850-81.2011.5.05.0009RecOrd

Desembargadora Relatora  
**LUÍZA LOMBA**

(2ª Turma)  
Recurso Ordinário

nº 0000850-81.2011.5.05.0009RecOrd

RECORRENTE(s): Ana Rosa Figueiredo Léu  
RECORRIDO(s): Caixa Econômica Federal  
RELATOR(A): Desembargador(a) LUÍZA LOMBA

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUTONOMIA CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DECORRENTE DE ADESÃO A NOVO PLANO DE ESTRUTURAÇÃO SALARIAL E DE FUNÇÕES GRATIFICADAS. O contrato de previdência privada possui autonomia em relação ao ajuste de emprego, de modo que qualquer alteração em suas regras não pode estar automaticamente vinculada às modificações do contrato de trabalho. Tratando-se, como se trata, de relação jurídica regulada pelo direito privado, deve obedecer ao princípio da intangibilidade dos contratos, cujo sentido indica que o acordo de vontade faz lei entre as partes, sem falar na boa fé contratual, em que os interessados devem se portar de maneira correta e eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, não se permitindo, ainda, condutas contraditórias ou falsamente induzidas.

EXIGÊNCIA DE RENÚNCIA A PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMO CONDIÇÃO PARA ADESÃO A NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. CONDIÇÃO ILEGAL. É ilegal e arbitrária a exigência, pelo empregador, de renúncia do empregado a plano de previdência privada, ou a qualquer outro contrato de natureza privada por este mantido como condição para adesão a plano de cargos e salários. A relação de previdência privada é autônoma da relação de trabalho e tanto isto é verdadeiro que o STF afastou da Justiça do Trabalho a competência para dirimir controvérsias decorrentes da primeira. Portanto, não pode o empregador exigir do empregado renúncia a contrato de natureza privada por ele mantido como condição para a sua adesão a plano de cargos e salários.

Tal adesão só importará em renúncia a anterior plano de igual natureza, ou seja, a anterior plano de cargos e salários.

ANA ROSA FIGUEIREDO LÉU, nos autos da reclamação trabalhista em que contende contra CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, inconformada, recorre ordinariamente da r. sentença de fls. 344/346, prolatada pelo MM. Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Salvador, apresentando suas razões às fls. 349/384.

Contrarrazões às fls. 389/391.

### É O RELATÓRIO.

### VOTO

### DA ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do apelo.

## MÉRITO

Alega a recorrente ter sido admitida pela reclamada em 1989, estando vinculada ao PCS de 1998. No entanto, requer lhe seja reconhecido o direito de aderir ao Plano de Estrutura Salarial (2008) e ao Plano de Funções Gratificadas (2010) da reclamada.

Argumenta que a reclamada mantém plano de previdência complementar autônomo, administrado pela FUNCEF - Fundação dos Economiários Federais, com a qual mantém contrato previdenciário no plano denominado REG/PLAN.

Aduz que em 2008 a reclamada instituiu novo plano salarial denominado PLANO DE ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA 2008, ao qual a reclamante não aderiu tendo em vista que a reclamada estabeleceu que somente poderiam aderir ao novo plano os trabalhadores que fizessem a mudança de Plano da FUNCEF ou saldamento da FUNCEF, conforme item 7.1.2 da CI VIPES/SURSE 024/08.

Alega, ainda, que em 2010 a reclamada instituiu o PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS - PGF 2010, ao qual a reclamante também não pôde aderir porque a reclamada condicionou a adesão à mudança de Plano da FUNCEF ou saldamento da FUNCEF, conforme item 2.1.1 da CI SURSE 035/10.

Assim, salienta que “vendo a sua carreira estagnada, já que não pode adquirir progressão salarial do PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS 2010, o RECLAMANTE recorreu ao Judiciário, para postular o direito de aderir ao referido plano, sem ter que mudar de plano de previdência” (fls. 351/352).

Argumenta que com a implantação da nova estrutura salarial unificada em 2008 e a instituição do plano de funções gratificadas em 2010, a reclamada violou o princípio da legalidade, uma vez que a adesão a novo plano de previdência denominado saldamento, como condição para ter acesso a nova estrutura salarial atropelaria o princípio da autonomia dos contratos.

Outrossim, aduz que não se aplica, in casu, o princípio do conglobamento, porquanto não se postula o fracionamento da norma trabalhista do plano de funções gratificadas, mas apenas o respeito à autonomia dos contratos de trabalho e de previdência.

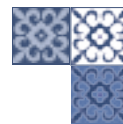
Ao exame.

O juízo de primeiro grau, ao apreciar o objeto da lide, assim decidiu:

“DA PRETENSÃO DE INCLUSÃO NO PLANO DE ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA 2008 E NO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS - PFG SEM MIGRAÇÃO PARA O NOVO PLANO DA FUNCEF E SEM SALDAMENTO À FUNCEF (pedido “a”, “e” e “f”) / DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE CONDICIONAM A PRETENDIDA INCLUSÃO À MIGRAÇÃO AO NOVO PLANO DE BENEFÍCIOS DA FUNCEF (pedidos “b”, “c” e “d”) A acionante iniciou o seu raciocínio lembrando estar vinculada ao Plano de Cargos e Salários de 1998 e ser associada à FUNCEF desde a sua admissão. Com base nesses elementos, trouxe ao Juízo a informação de que, no ano de 2008, a demandada, com o objetivo de instituir unificação de carreira administrativa, criou um novo Plano de Estrutura Salarial Unificada.

A demandante demonstrou interesse em aderir a esse novo plano, mas foi obstaculizada pela acionada por meio de ato discriminatório e ilegal. Segundo informou na inicial, somente poderiam aderir ao novo plano se efetivamente migrasse para ele e se operasse o saldamento junto à FUNCEF.

A autora deixa claro na inicial que, embora deseje aderir ao bônus do novo Plano, não quer para ele migrar e nem deseja fazer o referido saldamento. Segundo a sua visão, a atitude da empresa produziu violação ao princípio da autonomia contratual, na medida em que ela não pode exigir uma alteração no contrato firmado entre os empregados e a FUNCEF para assegurar direitos no Contrato de Trabalho. A autora arremata seu raciocínio, dizendo que se não passar a fazer parte do novo Plano instituído pela reclamada, será impedida de obter ascensão salarial e terá tratamento diverso dos demais empregados.



Pois bem. Não me parece assistir razão à acionante. Assim me manifesto porque não há como juridicamente admitir que além adira a um plano apenas para dele retirar seus bônus.

Isso contraria o mais aplicado método de determinação da fonte trabalhista mais favorável: o conglobamento. Afinal, o empregado, em lugar de pinçar o que de melhor existe em dois ou mais sistemas jurídicos que lhe são aplicáveis, deve aderir a apenas um com todos os seus prós e contras.

É importante lembrar nesse contexto que a unificação de carreira administrativa na CEF é uma pretensão sindical histórica e que foi justamente por conta dela que se produzir um acordo no ano de 2008 com vistas à acionada assumir o compromisso de “desenvolver projeto estruturado em estudo técnico e de viabilidade econômica visando à unificação das Carreiras Administrativas dos PCS/89 e 98, na estrutura salarial do PCS/98, de forma a estruturar tabela única de remuneração e unificar regras de promoções por antiguidade e merecimento, objetivando a sua implementação em 2008”.

Perceba-se que no parágrafo primeiro do instrumento normativo ficou ajustado que a adesão à nova Tabela Salarial dar-se-ia “de forma espontânea, mediante a opção individual de cada empregado, de acordo com as condições que serão estabelecidas pela Caixa”.

Ora, a CI VIPES/SURSE 024/2008, de 01-07-2008 atendeu a determinação normativa e a proposta nela veiculada foi avaliada em assembleias sindicais.

Impedir que alguém adira ao Plano de Estrutura Salarial Unificada sem o afastamento do Plano de Cargos e Salários de 1998 impede, em verdade, a perpetuação de diferenças entre os empregados, por ora justificáveis apenas no direito adquirido. Não há discriminação. Todos podem aderir ao Plano de Estrutura Salarial Unificada, mas, para tanto, terão que aceitá-lo integralmente, como sói ocorrer diante do conglobamento.

Indeferem-se, por isso, as pretensões contidas na inicial, in totum, salvo a concessão da justiça gratuita” (fls. 344/345).

Data venia, não acompanho o entendimento do julgador singular.

A tese do Recorrente é de que haveria violação à autonomia contratual porquanto a relação mantida com a FUNCEF decorreria de um contrato de previdência privado independente do contrato de trabalho. Logo, não se poderia exigir para adesão ao plano de cargos e salários alteração em contrato de previdência privada.

De fato, a relação mantida com a FUNCEF não se confunde com a mantida com a CEF, a primeira se refere a uma relação contratual de previdência privada à qual aderiu o empregado da CEF. Já a segunda se refere a uma relação de emprego.

Muito embora o contrato de previdência complementar tenha início, em alguns casos, com o próprio estabelecimento do contrato de trabalho, cabe ao emprego optar pela adesão ou por sua exclusão, independentemente do término do pacto laboral. De igual modo, é possível a continuidade no sistema de previdência privada, mesmo após a extinção da relação de emprego.

Neste contexto, o contrato de previdência privada complementar é autônomo, regulado pelo Direito Privado e regido pelo princípio da autonomia da vontade, como leciona o especialista sobre o tema Dr. Wladimir Novaes Martinez:

“... Nada obstante o leviatânico intervencionismo estatal, a previdência complementar é relação jurídica estabelecida no âmbito do direito privado. A adesão do não segurado firmado entre o participante e o fundo de pensão, no caso da fechada, bem como na aberta, pertence à esfera do Direito Civil, e por ela é regulada...”

...

“... Na análise das diferentes situações, o aplicador ou intérprete deve partir da liberdade de assunção da proteção supletiva, facultatividade de ingresso, permanência e contínua manifestação do desejo de agregar-se. A convenção encontra limite na lei e na volição das pessoas.

Nessas condições, exemplificativamente, preenchidos os requisitos contratuais, se o participante não pretende, não está desobrigado de requerer o benefício.

Observados a lei e o Regulamento Básico, o desejo do participante é soberano; salvo quando afetado pela norma pública ele é pleno e deve ser respeitado...”<sup>1</sup>

Tratando-se, como se trata, de relação jurídica regulada pelo direito privado, deve obedecer ao princípio da intangibilidade dos contratos, cujo sentido indica que o acordo de vontade faz lei entre as partes, sem falar na boa fé contratual, em que os interessados devem se portar de maneira correta e eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, razão pela qual não se permite condutas contraditórias ou falsamente induzidas.

Nada obstante, também é certo que, a partir da 15/12/1998 com a promulgação da Emenda Constitucional 20, as alterações do contrato de trabalho não implicam em qualquer repercussão nas cláusulas relativas à relação contratual de previdência privada.

Assim dispõe a referida norma:

“... 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei...”

Neste mesmo sentido, seguiu o art. 68 da Lei Complementar 109/2001:

“... As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes...”

A jurisprudência do STJ sempre seguiu forte no sentido de conferir a autonomia do contrato de previdência privada em detrimento do contrato de trabalho, como se colhe dos precedentes ora transcritos:

“... EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

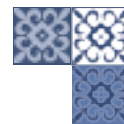
1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade, admite-se o recebimento, como agravo regimental, de embargos declaratórios opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito, quando manifesto o caráter infringencial do reclamo.

2. Precedente da Segunda Seção, que afasta a extensão aos inativos do auxílio cesta-alimentação, em razão da natureza eminentemente indenizatória do benefício e da autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar, à luz do disposto no artigo 202 da Constituição da República de 1988 e nas Leis Complementares 108 e 109 de 2001 (Recurso Especial 1.023.053/RS). Irrelevância, no caso, da adesão ou não do empregador/patrocinador ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Aplicação de multa de 1% sobre o valor corrigido da causa.

(EDcl no REsp 1268971/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012) “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - CRITÉRIO DE CONVERSÃO EM CRUZEIROS REAIS PARA REAIS DOS BENEFÍCIOS MENSAIS DE APOSENTADORIA PRIVADA - ADOÇÃO DO MESMO CRITÉRIO DE CONVERSÃO DETERMINADO POR LEI AOS SALÁRIOS, VENCIMENTOS E BENEFÍCIOS PAGOS PELA PREVIDÊNCIA OFICIAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE NATUREZA SALARIAL, TAMPOUCO SE CONFUNDEM COM OS BENEFÍCIOS MANTIDOS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL - RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE GESTÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, A QUEM COMPETE TUTELAR OS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, QUE CUIDOU EXATAMENTE DA CONVERSIBILIDADE E DO REAJUSTE DOS BENEFÍCIOS PARA AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA,

1 Wladimir Novaes Martinez. Curso de Direito Previdenciário. Ltr. 2010. Pág. 1.241 e 1.258



REGULAMENTANDO O ARTIGO 16, 'F', DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 542/94 - OBSERVÂNCIA - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Os benefícios mensais de aposentadoria privada não se revestem de natureza salarial, na medida em que não

possuem qualquer subordinação direta com o contrato de trabalho, tampouco se confundem com os benefícios pagos pelo sistema de previdência oficial, circunstância que impede a adoção do critério de conversão (de cruzeiros reais para real) próprio dos vencimentos, soldos, salários e benefícios mantidos pela Previdência Social aos benefícios afetos à previdência privada, tal como pretendido;

II - Na verdade, as entidades de previdência privada, como pessoas jurídicas de direito privado que são, realizam atividades de natureza civil, sendo certo que a relação jurídica estabelecida entre as entidades de previdência privada, seus participantes, patrocinadores e empresas, é puramente contratual. Assim, inexistente relação jurídica de natureza trabalhista entre o beneficiário da previdência complementar e a entidade de previdência privada. Aliás, a contratação de plano de previdência privada não pressupõe, necessariamente, a existência de vínculo trabalhista;

III - A lei de regência, ao dispor sobre os critérios de conversão das obrigações em cruzeiros reais para reais, não determinou que os benefícios mensais de aposentadoria privada observassem o mesmo critério de conversão conferido ao Regime da Previdência Oficial, não cabendo ao intérprete fazê-lo, notadamente pela distinção e independência existente entre ambos;

IV - O Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC, a quem compete, dentre outros órgãos estatais, tutelar o contrato de previdência complementar estabelecido entre a entidade de previdência privada e o participante, editou, em atendimento ao § 4º do artigo 16, da Medida Provisória n. 542/94, a Resolução n. 02 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada, o que induz à conclusão de que a expressão “operações da previdência privada” não se restringiria, nos termos sustentado pelos ora recorrentes, às operações financeiras;

V - Ademais, considerando-se, pois, o caráter de fonte institucional de investimento intrínseco aos benefícios de aposentadoria privada, tem-se que estes não destoam (de forma absoluta, a ponto de afastar a presente exegese) da natureza das obrigações constantes nas outras alíneas do mencionado artigo 16, tal como soldos das cadernetas de poupança, os depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança, etc;

VI - Recurso Especial improvido.” (REsp 909.861/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 11/05/2012)

Infere-se, portanto, dos conceitos doutrinários e dos precedentes jurisprudenciais em voga que o contrato de previdência privada possui evidente autonomia em relação ao ajuste de emprego, de modo que qualquer alteração em suas regras não pode estar automaticamente vinculada às modificações do contrato de trabalho.

Por fim, é de ser ressaltado que o STF também deixou clara a autonomia entre tais relações ao julgar no dia 20/02/2013 os Recursos Extraordinários nº 586453 e 583050 concluindo pela competência da Justiça Comum para julgar demandas decorrentes de contrato de previdência complementar, justamente por se tratar de relação desvinculada do contrato de trabalho e de natureza privada.

No caso concreto, toda a controvérsia originou-se do novo programa de estruturação salarial e do plano de implantação de novas funções gratificadas – PFG, que exigiam a desvinculação dos empregados do plano de previdência privada denominado REG/REPLAN sem saldamento.

Em primeiro plano, a cláusula normativa firmada no Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho 2007/2008, definiu as regras para a implantação da nova estrutura salarial unificada 2008, impondo, também, a referida desvinculação do regime previdenciário sem saldamento. Para melhor visualizar o regramento específico, firmado mediante negociação coletiva, necessária sua transcrição: “CLÁUSULA 5ª – DA ADESÃO A ESTRUTURA SALARIAL

UNIFICADA 2008. A adesão às novas condições da Estrutura Salarial Unificada 2008 dar-se-á de forma espontânea, mediante opção individual do empregado, em conformidade com a Súmula 51, Item II, do Tribunal Superior do Trabalho:

II- Havendo a coexistência de dois regulamentos na empresa, a opção do empregado por um deles

tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.”

Parágrafo 1º - A adesão ocorre por meio de assinatura eletrônica do Termo de Transação e Adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 da Carreira Administrativa do PCS/98, disponibilizado no aplicativo 4.1. – SISRH – Autoatendimento.

Parágrafo 2º - O período de Adesões será de sessenta dias a contar de 07 de julho de 2008, com vigência a partir de 1º de julho de 2008.

Parágrafo 3º - Poderão Aderir à Estrutura Salarial Unificada 2008 todos os empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98, com exceção dos empregados associados à FUNCEF vinculados ao REG/REPLAN sem saldamento.

Parágrafo 4º - A CAIXA informa que, por iniciativa própria, irá solicitar à FUNCEF a reabertura do saldamento para os empregados que desejarem realizar o saldamento e aderir à Estrutura Salarial Unificada 2008.

Parágrafo 5º - Os empregados afastados que atendam todas as condições previstas neste aditivo poderão aderir a Estrutura Salarial Unificada 2008.

Parágrafo 6º - A adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 da Carreira Administrativa do PCS/98 implica na transação e quitação de eventuais direitos que tenham por objeto discussão em torno de Plano de Cargos e Salários – PCS, na exata forma prevista na cláusula 6ª.” – grifos acrescidos.

Aliado a isso, em 01/07/2008, foi editada a norma interna CI VIPES/SURSE 024/08 # 10, cujo teor do item 7.1.2 dispõe que:

“7.1.2. Poderão aderir à Estrutura Salarial Unificada 2008 todos os empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98, lotados em unidades localizadas na região de abrangência dos Sindicatos que assinaram o Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho para implementação da estrutura salarial unificada em suas bases, com exceção dos empregados vinculados ao Plano de Previdência Complementar REG/REPLAN sem saldamento, junto à FUNCEF.” - grifos acrescidos.

Com referência ao Plano de Funções Gratificadas, a CI SURSE 035/10 # 10 (fls. 43), estabeleceu que:

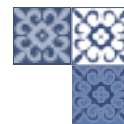
“...2.1.1 Os empregados ocupantes de cargo em comissão do PCC/98 e vinculados à Estrutura Salarial Unificada das Carreiras Administrativa e Profissional do PCS/98 e a outros PCS serão automaticamente adequados nas funções gratificadas do PFG, desde que não estejam vinculados ao Plano de Benefício da FUNCEF REG/REPLAN em saldamento...” - grifos acrescidos.

Data venia das ponderações do julgador singular, a condição imposta pela recorrida para que o trabalhador ingresse na nova estrutura salarial unificada e no novo Plano de Funções Gratificadas, abdicando de ajuste contratual válido formalizado com a FUNCEF, viola não somente o princípio da autonomia do contrato de previdência privada, como também expresso regramento constitucional, contido no art. 202, § 2º, que a partir de 1998 desassociou as duas relações jurídicas.

Ao firmar o ajuste previdenciário privado, o reclamante aderiu aos termos do regulamento inicial do Plano REG/REPLAN, os quais devem nortear integralmente a relação civil das partes.

Lado outro, à empregadora, ao elaborar novo plano de estrutura salarial e de funções gratificadas para seus empregados, criou norma interna extremamente benéfica, que, se aceita pelo empregado, deve integrar definitivamente o contrato de trabalho.

Não se deve interpretar o caso à luz de duas cláusulas contratuais ou normas internas dependentes umas das outras, as quais impõem uma adesão conjunta pelo interessado, uma vez que a relação previdenciária é autônoma da relação de emprego.



Penso, inclusive, não ser aplicável a orientação traçada pela Súmula 51, II, do TST, notadamente na parte que condiciona a adesão do empregado ao novo plano salarial à renúncia do contrato de previdência privada inicial. Não se trata de adesão abdicativa a conjunto de normas integrantes do contrato de trabalho, como visto na fundamentação pretérita, mas sim a imposição de modificação de um contrato civil e plenamente autônomo com a adesão as novas regras do pacto de trabalho.

A reclamada, em contestação, defende que a cláusula coletiva em referência e a norma interna também em destaque são necessárias para preservar o equilíbrio atuarial do plano, uma vez que “...*A nova estrutura salarial oferecida pela CAIXA apresenta um incremento salarial. Todavia, a formação do saldo atuarial pelo reclamante se deu com base num patamar salarial muito inferior, o que gera um desequilíbrio, na medida em que seu salário será majorado, gerando reflexos em seu benefício futuro, sem que tenha contribuído para tanto...*”. Alega que as regras previdenciárias pretéritas garantem o pagamento da complementação de aposentadoria com base no valor da remuneração do trabalhador ao se aposentar, razão pela qual a demandante terá direito a valor mensal sem a existência do necessário custeio prévio. Assevera, assim, a necessidade de um saldamento baseado no salário de contribuição do empregado e a sua aposentadoria sem vinculação da remuneração, a fim de manter o equilíbrio atuarial de todo o plano de previdência privada.

*Data venia* das ponderações do recorrido, tal raciocínio impediria a concessão de qualquer reajuste salarial aos empregados no curso do contrato, sob pena de sempre ensejar o alegado desequilíbrio atuarial do sistema previdenciário.

Ora, é claro que o empregado, no início de sua carreira, possui patamar salarial muito inferior ao identificado no final de sua relação de emprego, notadamente quando permanece longo tempo prestando serviços ao mesmo empregador, como é o caso da demandante.

No entanto, a partir do momento em que passar a receber uma remuneração mais vultosa com a adesão ao novo plano de estrutura salarial também recolherá um valor superior ao anterior, obedecendo, assim, o que definiu regulamento básico do plano de previdência privada REG/REPLAN (fls.243/267verso).

Afora isso, ao alegar que o acréscimo salarial proporcionado com a adesão ao novo plano ensejará desequilíbrio atuarial no plano, apontou fato modificativo do direito alegado, atraindo, assim, ônus da prova, nos termos do art. 333, II, do CPC, dever processual do qual não se desvencilhou a contento.

Ademais, caberá à entidade de previdência privada buscar, perante o juízo competente, a correção do equilíbrio atuarial caso de fato este venha a ser abalado pelo novo salário da Recorrente.

Daí porque entendo ilegais as cláusulas que imponham qualquer desvinculação do plano de previdência REG/REPLAN sem saldamento, podendo a demandante livremente optar pela adesão ao novo plano e estrutura salarial ou de funções gratificadas em todos os seus termos.

Provejo, pois, o recurso para decretar nulas as cláusulas coletivas e normas internas da demanda que estipulem a necessária desvinculação do plano de previdência REG/REPLAN sem saldamento, reconhecendo o direito à adesão ao plano de Estrutura Salarial Unificada de 2008 e plano de Funções Gratificadas – PFG em todos os seus termos.

Com referência ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, presentes os requisitos do art. 273, do CPC, notadamente a prova inequívoca que induza o reconhecimento da verossimilhança da alegação, sem falar no evidente perigo de dano patrimonial inquestionável, defiro em parte o pedido “a” da inicial, apenas para determinar a inclusão da demandante no plano de Estrutura Salarial Unificada de 2008 e plano de Funções Gratificadas – PFG e imediata inclusão em folha de pagamento dos valores decorrentes da migração deferida, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00.

Deixo de deferir a tutela antecipada na parte que toca ao acesso irrestrito às promoções por antiguidade e merecimento, bem como a participação no Programa de Seleção Interna para designação de cargos comissionados e gerenciais, por inexistir, nos autos, prova inequívoca que induza a verossimilhança da alegação no particular, notadamente quando tais procedimentos internos dependem de regular observâncias das próprias normas internas da recorrida

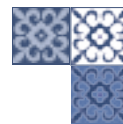
Em síntese, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para, invertendo o ônus da sucumbência: 1) decretar ilegais as cláusulas que imponham qualquer desvinculação do plano de previdência REG/REPLAN sem saldamento, podendo a demandante livremente optar pela adesão ao novo plano e estrutura salarial ou de funções gratificadas em todos os seus termos; 2) o reconhecer o direito à adesão ao plano de Estrutura Salarial Unificada de 2008 e plano de Funções Gratificadas – PFG em todos os seus termos; 3) deferir a tutela antecipada e determinar a inclusão da demandante no plano de Estrutura Salarial Unificada de 2008 e plano de Funções Gratificadas – PFG com a imediata inclusão em folha de pagamento dos valores decorrentes da migração deferida, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00.

Isto posto, resolve a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, e, no mérito, por maioria, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para: 1) decretar ilegais as cláusulas que imponham qualquer desvinculação do plano de previdência REG/REPLAN sem saldamento, podendo a demandante livremente optar pela adesão ao novo plano e estrutura salarial ou de funções gratificadas em todos os seus termos; 2) o reconhecer o direito à adesão ao plano de Estrutura Salarial Unificada de 2008 e plano de Funções Gratificadas – PFG em todos os seus termos; 3) deferir a tutela antecipada e determinar a inclusão da demandante no plano de Estrutura Salarial Unificada de 2008 e plano de Funções Gratificadas – PFG com a imediata inclusão em folha de pagamento dos valores decorrentes da migração deferida, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00. Resolve ainda a Turma julgadora inverter o ônus da sucumbência e condenar a reclamada no pagamento das custas processuais no montante de R\$ 200,00 calculadas sobre o valor da causa ora rearbitrado no importe R\$ 10.000,00. Vencida a Des. Dalila Andrade que negava provimento ao recurso.//

Salvador, 5 de junho de 2013 (quarta-feira).

LUÍZA LOMBA  
Desembargadora Relatora





## MANDADO DE SEGURANÇA n° 0002113-44.2012.5.05.0000

Desembargadora Relatora  
**LUÍZA LOMBA**

Acórdão  
(2ª Turma)  
Mandato de Segurança  
n°0000850-81.2011.5.05.0009RecOrd

Classe: MANDADO DE SEGURANÇA  
Relator: LUIZA APARECIDA OLIVEIRA LOMBA  
IMPETRANTE: TORRE EMPREENDIMENTOS RURAL E CONSTRUCAO LTDA - CNPJ: 34.405.597/0001-76  
ADVOGADO: WALDEMIRO LINS DE ALBUQUERQUE NETO - OAB: BA11552-A  
IMPETRADO: JUIZ DA VARA DO TRABALHO DE CONCEIÇÃO DO COITÉ CUSTUS MINISTERIO PUBLICO DO TRABALHO - CNPJ: 26.989.715/0036-32  
LITISCONSORTE: MINISTERIO PUBLICO DO TRABALHO - CNPJ: 26.989.715/0036-32

### EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SUA PROPOSIÇÃO. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988). Por isso mesmo, detém o Ministério Público capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, I e II, da CF/1988).

### RELATÓRIO

TORRE EMPREENDIMENTOS RURAL E CONSTRUÇÃO LTDA. impetra Mandado de Segurança objetivando cassar a decisão interlocutória proferida nos autos da Ação Civil Pública de n° 0000729-69.2012.5.05.0251 ACP, em que figura como acionante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, ora litisconsorte.

A inicial se fez acompanhar de procuração e diversos documentos.

A liminar foi indeferida conforme registro 10072.

Notificado o litisconsorte se manifestou, registro 12869.

A autoridade apontada como coatora não prestou as informações, embora tenha sido para tanto oficiada, registros 10420, 10424 e 10425.

A d. Procuradoria emitiu o parecer opinativo, conforme documento de número 15646.

### É O RELATÓRIO.

Fundamentação

## VOTO

### DO CONHECIMENTO

A ação foi proposta no prazo legal e seu objetivo é a cassação de decisão que concedeu a antecipação de tutela, sendo, portanto, cabível o Mandado de Segurança nos termos da Súmula nº 414, II, do TST.

### MÉRITO

Investe a Impetrante contra a decisão que concedeu a antecipação de tutela na ação civil pública proposta pelo Ministério do Trabalho.

Inicialmente, aduz a impetrante que a decisão impugnada reveste-se de patente ilegalidade, porquanto deferida pretensão formulada por parte manifestamente ilegítima. Alega que o Ministério Público do Trabalho, na defesa de interesses alegados na inicial, busca claramente a tutela de direitos individuais homogêneos, de natureza divisível, os quais não se qualificam ou se inserem na categoria dos preceitos passíveis de proteção por meio da conhecida legitimação extraordinária legalmente conferida.

Afirma, em seguida, que a demanda ajuizada em primeiro grau carece de uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir na modalidade interesse-necessidade. Sustenta, neste contexto, que “...ninguém pode pedir em juízo, abstratamente, que se cumpra a lei, tal como se verifica no caso dos autos em que foi proferida a decisão pela Autoridade Coatora, quando tais normas já são cogentes, não havendo, pois, necessidade de um provimento jurisdicional para que sejam atendidas...”.

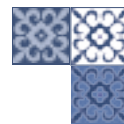
Assevera, ainda, que a impetrante demonstrou nos autos do procedimento civil preparatório o estrito cumprimento dos dispositivos legais supostamente violados, sem falar que “...a obra que fora objeto de fiscalização por parte do Órgão Ministerial, não mais subsiste, já tendo sido finalizada e entregue em caráter definitivo há quase um ano, conforme faz prova documento ora adunado, o que, por si só, é suficiente para afastar a pretensão do Parquet...”.

Sustentou, quando da interposição do Agravo Regimental, que “o artigo 73 da Lei nº 8.666/93 torna clara a existência de duas fases bem distintas no recebimento, quais sejam o recebimento provisório e o definitivo de obras e serviços de engenharia”. Segundo entende, “após a comunicação de término dos serviços por parte da empresa, a fiscalização deve realizar a vistoria no local da obra e emitir, como no caso em tela, o Termo de Recebimento Provisório em até 15 (quinze) dias da data da referida comunicação. Tal termo deve ser assinado por ambas as partes contratantes, o qual pode vir a consignar, ou não, pendências em relação à execução do objeto. Caso o Termo de Recebimento Provisório consigne pendências em relação à obra ou serviço, deve ser fixado pela fiscalização, no próprio Termo, prazo razoável para os reparos, correções, remoções, reconstruções ou substituições relativas ao objeto do contrato (art. 69 da Lei nº 8.666/93), limitado, em regra, a 30 (trinta) dias.”

Diz ainda que “Concluídos os trabalhos pela contratada, deve ser emitida nova comunicação escrita à fiscalização para uma segunda vistoria. Uma vez constatada a regularização das pendências apontadas, a fiscalização emite, então, comunicado interno, em até 5 (cinco) dias contados da comunicação da contratada, para que sejam efetivadas as providências com vistas ao recebimento definitivo. Neste viés, no caso em comento, apesar de ter sido juntado aos autos da Ação Civil Pública apenas o Termo Provisório de Recebimento da obra, tal documento pelo tempo em que ocorreram tais fatos já teve seu caráter transformado para definitivo.”.

Daí porque defende a inexistência do interesse processual em buscar a tutela de direitos supostamente violados em obra civil isolada, finalizada e entregue ao contratante.

Assevera, em seguimento, que a decisão impugnada transparece claro abuso de poder e foi proferida em flagrante violação aos princípios constitucionais da reserva legal, da separação dos poderes e da isonomia. Isto, porque tratou a autoridade tida como coatora de impor sanção não prevista em Lei e aplicar dupla punição pelo mesmo fato gerador, ressaltando que o órgão de fiscalização competente já instaurou os respectivos processos administrativos para apuração das mesmas denúncias noticiadas em primeiro grau pelo Ministério Público do Trabalho. Alega, ainda, que “...O Poder Judiciário NÃO tem COMPETÊNCIA LEGISLATIVA para estabelecer penalidade para a hipótese de descumprimento das normas legais e regulamentares positivadas, já que estas



mesmas normas já prescrevem sanções específicas e que, no caso dos autos, já foram encetados os procedimentos, inclusive punitivos, para hipótese de sua não aplicação...”

Obtempera, ademais, que os requisitos do art. 273, do CPC, não foram preenchidos a ponto de ser deferida, in limine, a antecipação dos efeitos da tutela final. Destaca que inexistem, no presente feito, prova inequívoca da verossimilhança da alegação, muito menos a caracterização do abuso de direito, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Afirma, também, que a decisão proferida carece da devida fundamentação, porquanto não indicou de forma clara as razões de seu convencimento.

Ataca, discriminadamente, todos os atos supostamente violados e apontados pelo Litisconsorte como causadores do falecimento do trabalhador no canteiro de obras da Impetrante, argumentando que observou e cumpriu todos os preceitos legais e administrativos previstos na CLT e nas Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego.

Ao exame:

Inicialmente registro que, das alegações apresentadas pela Impetrante, a decisão data venia proferida foi devidamente fundamentada, não existindo qualquer nulidade a ser decretada. O julgador registrou de forma clara e precisa as razões de seu convencimento embasadas na farta prova produzida.

No que tange às alegações apresentadas quando da propositura da ação, ratifico integralmente os termos da decisão proferida quando do exame da liminar, in verbis:

“A decisão imputada de ilegal e arbitrária antecipou os efeitos das diversas tutelas específicas vindicadas, para “...determinar à Re que: a) se abstenha de admitir e/ou manter empregado sem anotação do contrato de trabalho na CTPS, bem como sem registro em livro, ficha ou sistema eletrônico; b) comunique incontinenti ao órgão regional do Ministério do Trabalho e Emprego a ocorrência de acidente fatal;c) dote de alarme sonoro acoplado ao sistema de câmbio todos os equipamentos que operem em marcha à ré e periodicamente inspecione o respectivo funcionamento; d) mantenha em funcionamento e imponha aos empregados a utilizarem alarmes sonoros prévios às ocorrências de detonações; e) elabore e implante de modo efetivo o Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção (PCMAT); f) elabore e implante de modo efetivo o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO); g) passe a realizar exames admissionais, periódicos e demissionais em todos os seus empregados, observando os termos da NR-7; h) providencie a emissão de Atestado de Saúde Ocupacional de seus empregados com o conteúdo mínimo previsto no item 7.4.4.3 da NR-7 do Ministério do Trabalho e Emprego; i) elabore e implante de modo efetivo o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), observando as prescrições da NR-9; j) passe a fornecer Equipamentos de Proteção Individual (EPI) a todos os seus empregados, que deverão de ser treinados para o uso de tais equipamentos; II – estabeleço, de logo, a multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo atraso no cumprimento de cada alínea do item “I” da presente tutela, contada a partir do oitavo dia da ciência desta decisão;...”

Calcou sua decisão nos relatórios da inspeção efetuada pela Superintendência Regional do Trabalho, em que os auditores fiscais constataram o descumprimento de regras basilares de segurança do trabalho no canteiro de obras da Impetrante, tais como a ausência de simples constituição regular da CIPA e da SESMT, fatores que contribuíram para o falecimento do operário TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO.

Sopesando as razões declinadas no writ com os termos da decisão guerreada, afastado, de logo, a alegação de ausência de fundamentação suscitada pelo impetrante. Há robusta motivação no ato impugnado, como se colhe de sua simples leitura. O julgador de primeiro grau avaliou detidamente as provas pré-constituídas pelo Ministério Público do Trabalho, indicou as razões de seu convencimento e detalhou claramente quais obrigações resolveu conferir a antecipação de tutela.

Permanecem, ainda, três fundamentos que devem nortear este julgamento. O primeiro refere-se à verificação da legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para propor a demanda. A segunda, a investigação da

alegada ausência de interesse processual do autor da Ação Civil Pública. E, por derradeiro, o preenchimento dos requisitos contidos no art. 273, do CPC, a existência de fundamentação no ato judicial guerreado e a eventual ocorrência do abuso de poder por parte da autoridade apontada como coatora.

Pois bem.

No que tange à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de Ação Civil Pública, do cotejo da petição inicial manejada na demanda originária, percebo que seu objeto visa proteger direitos individuais homogêneos e coletivos dos trabalhadores contratados pela Impetrante para trabalhar em obra de pavimentação de rodovia estadual, seja para lhes garantir condições individuais de segurança ocupacional, seja para que o meio ambiente do trabalho – coletivamente considerado – seja adequado as normas prescritas pela legislação do trabalho.

A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988). Por isso mesmo, detém o Ministério Público capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, I e II, da CF/1988).

No campo das relações de trabalho, compete-lhe promover a ação civil pública no âmbito desta Justiça para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, bem assim outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (arts. 6º, VII, “d”, e 83, III, da LC 75/93).

A conceituação desses institutos se encontra no art. 81 da Lei nº 8.078/90, em que por interesses difusos se entende os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ao passo que os interesses coletivos podem ser tanto os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base, como os interesses individuais homogêneos, subespécie daquele, decorrentes de origem comum no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. Assim, a indeterminação é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinação é a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

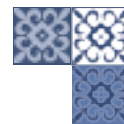
Neste contexto, se é indubitosa a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da Ação Civil Pública, quando destinada a preservar Direitos Individuais Homogêneos, quiçá para a preservação de interesses difusos e coletivos.

Neste sentido, defende Manoel Antonio Teixeira Filho :

“No tocante à Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública destinada à defesa de interesses individuais homogêneos, há necessidade de serem aduzidas duas notas complementares:

- a) nem a Constituição da República (art. 129, III), nem a Lei Complementar n. 75/93 (art. 83, III) fazem alusão a essa classe de interesses. Todavia, a Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável, em caráter supletivo, à ação civil pública (art. 21). O art. 81, III, do CDC faz expressa referência aos interesses ou direitos individuais homogêneos. Sendo assim, parece-nos irretorquível a competência do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública com a finalidade de empreender a defesa não apenas de interesses difusos e coletivos, mas, também individuais homogêneos;
- b) dispõe o art. 127 da Constituição Federal incumbir ao Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”

O TST , em recente julgado, confirma:



RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COOPERATIVA. FRAUDE. Conforme dispõe o art. 129, III, da CF, entende-se que o Ministério Público do Trabalho ostenta legitimidade para ajuizar ação civil pública, visando à defesa de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. Isso porque, devido ao fato de os mencionados direitos decorrerem de origem comum no tocante aos fatos geradores, recomenda-se a defesa de todos a um só tempo. No caso dos autos, em que se observa a utilização de cooperativa, cuja denúncia é considerada fraudulenta com nítido propósito de afastar os direitos decorrentes da relação de emprego, os interesses são individuais, mas a origem única recomenda a sua defesa coletiva em um só processo, pela relevância social atribuída aos interesses homogêneos, equiparados aos coletivos, não se propondo uma reparação de interesses meramente individuais. Recurso de revista não conhecido.

Destarte, a decisão impugnada não merece qualquer reprimenda por este fundamento.

De igual modo, não possui direito líquido e certo o impetrante quanto à alegada ausência de interesse de agir. O interesse processual, na definição de Ovídio A. Batista da Silva, citado por Dalzimar G. Tupinambá, é a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação do seu interesse material, ou para, por meio dele, realizar o seu direito. (in: Processo de Conhecimento – Anotações, LTr, 1ª edição, 2001, p. 64). Desse modo, para que haja interesse processual ou interesse de agir, basta que o autor demonstre a necessidade de vir a juízo e a utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar-lhe.

In casu, das alegações narradas na Ação Civil Pública, d'onde se efetua a observância do preenchimento das condições da ação, vejo claramente a necessidade de retirar da inércia o Poder Jurisdicional do Estado para conferir provimento útil às pretensões voltadas ao simples cumprimento de normas legais e administrativas afetas à segurança do trabalho.

Neste contexto, não possui razão o Impetrante ao sustentar que, existindo normas abstratas e imperativas de caráter coercitivo, somente pela via administrativa, o particular pode ser penalizado ou compelido ao cumprimento do fiel comando legal.

Desconhece o Impetrante a força da tutela específica, prevista nos artigos 461, do CPC, e art. 84, do CDC, cujo poder não engloba apenas as obrigações de fazer e não fazer previstas em relações contratuais. Serve, também, ao cumprimento da obrigação decorrente do simples direito material. Trata-se, assim, da demanda voltada ao cumprimento do direito, à manutenção da ordem jurídica, atacando sempre a ilicitude. Neste contexto, valiosas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, referência nacional sobre o tema:

“...Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC falam em ação destinada ao “cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer”. Alguém poderia supor, portanto, que tais artigos permitem apenas a tutela das “obrigações”, e não de direitos que não têm como correlato uma obrigação, como, por exemplo, os direitos da personalidade e os direitos difusos.

Como tal interpretação conduziria ao absurdo, uma vez que o próprio art. 84 do CDC, inserido no sistema de tutela coletiva dos direitos, fala em ação voltada “ao cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer”, não há que se precisar o alcance de tais normas.

Na verdade, o legislador, ao desenhar as referidas normas, criou apenas técnicas processuais voltadas a permitir a efetividade de determinadas tutelas, que decorrem naturalmente do direito material.

Em outras palavras, o legislador, ciente das necessidades de tutela do direito material, disponibilizou técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo e adequado.

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não-fazer ou um fazer, sob pena de multa, e ii) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer...” - grifos acrescidos.

Destaca o referido autor que a violação ao direito, além de possibilitar o ajuizamento da pretensão ressarcitória, visando reparar o dano causado pelo ato ilegal, provoca também a busca pela tutela reintegratória, aqui entendida como aquela que visa a eliminação prática do ilícito e a reintegração da ordem jurídica violada. Registro,

por relevantes, suas palavras, novamente esclarecedoras.

“...Há atos contrários ao direito que, muito embora não produzindo danos, devem ser eliminados. Pense-se, por exemplo, na construção de uma fábrica em local proibido pela legislação ambiental, ou mesmo de uma edificação em lugra proibido pela legislação municipal. Outro caso, que também pode servir de exemplo, é o do oferecimento ao público de produtos que estão sendo comercializados em desacordo com a lei.

A tutela que determina a interdição de uma fábrica, a destruição de uma obra ou a busca e apreensão de produtos que estão sendo comercializados em desacordo com a lei não se destina a reparar qualquer dano, mas simplesmente a eliminar uma situação de ilicitude.

Quando é removida a causa do dano ou do possível dano não há tutela ressarcitória. A tutela que interdita uma fábrica construída em local proibido reprime um ato contrário ao direito; a tutela que determina a busca e apreensão de produtos que estão sendo comercializados em desacordo com a lei, do mesmo modo, não se destina a reparar um dano. Contudo, se o funcionamento da fábrica provocou danos ou se a venda dos produtos prejudicou a saúde de alguns consumidores, não há dúvida quanto ao cabimento da tutela ressarcitória.

A compreensão da distinção entre as tutelas reintegratória e ressarcitória, a primeira voltada contra o ilícito e a segunda destinada a reparar o dano, permite que seja eliminada a confusão estabelecida pela doutrina que fala unicamente em tutela específica, como se não houvesse distinção entre a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória na forma específica.

A tutela reintegratória objetiva apenas eliminar a situação de ilicitude, restabelecendo a situação que era anterior ao ato contrário ao direito ou estabelecendo a situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada. Na tutela ressarcitória na forma específica não basta apenas restabelecer a situação que era anterior ao dano, sendo necessário estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido...”  
.. – grifos acrescidos.

Transpondo tais considerações ao caso vertente, percebo que as pretensões contidas na Ação Civil Pública visam, dentre outras, a eliminação dos diversos ilícitos identificados no canteiro de obras da Impetrante, bem como o restabelecimento da ordem legal vigente, com a finalidade primordial de impedir a continuação das respectivas lesões, frise-se, que resultou na precoce morte do operário TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO.

Daí porque, com base na melhor doutrina processual sobre o assunto, penso que o Ministério Público do Trabalho possui evidente interesse processual na formulação das pretensões atacadas pela Impetrante.

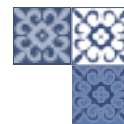
Não há, portanto, abuso de poder, dupla penalidade para o mesmo fato gerador, muito menos inovação legislativa e violação ao princípio da separação dos poderes, no que toca ao cumprimento das prescrições legais, sob pena de pagamento de multa diária.

Ora, como visto nos ensinamentos acima, “...o legislador, ciente das necessidades de tutela do direito material, disponibilizou técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo e adequado...”, razão pela qual o julgador de primeiro grau delas se valeu para imprimir efetividade e celeridade no respeito à ordem legal vigente.

Ultrapassada esta questão, também não vejo como prosperar o outro fundamento que baseia a alegação de carência de ação. Sustenta a Impetrante que não existe mais utilidade processual, em razão da finalização da obra citada pelo Ministério Público do Trabalho.

*Data venia*, não possui razão a impetrante. Seu pedido confunde-se com o próprio mérito exposto *Data venia* na peça defensiva, sendo certo que a análise das condições da ação deve ser efetuada à luz dos fatos narrados na inicial.

Não obstante, ampara sua postulação em documento unilateral (Doc. 9899- Pág. 1 – da prova pré-constituída), do qual a parte contrária não pode se manifestar devidamente em primeiro grau, ante a prematuridade da ins-



trução processual, de modo que, neste momento de análise sumária dos fatos, não lhe confiro valor probatório suficiente para firmar meu convencimento.

Afora isso, observando-se o seu conteúdo, depuro que a declaração de entrega refere-se apenas aos serviços decorrentes do Contrato de Empreitada CE003 CT052/09, não existindo qualquer referência sobre a pavimentação da totalidade da rodovia, no trecho Ipirá- Pintadas ou do local em que ocorreu o acidente fatal. De todo modo, há declaração apenas de recebimento provisório da obra, permanecendo, ainda, responsabilidade da Impetrante quanto a qualidade dos serviços.

Logo, a Impetrante não conseguiu demonstrar seu direito líquido e certo sobre a alegação de término das obras na região, por meio da prova pré-constituída nesta ação de segurança.

O último tema ventilado pela Impetrante refere-se a alegada inexistência de elementos para se conceder a tutela antecipada dos pedidos declinados na inicial da Ação Civil Pública.

A antecipação de tutela encontra-se prevista no art. 273, do CPC, que estabelece como requisitos para tal deferimento a existência de prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança, aliados ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que se encontre caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Ademais, não se confunde com ação cautelar, ou com liminar deferida em alguns procedimentos especiais que expressamente preveem sua concessão. O que caracteriza a antecipação de tutela é a possibilidade de se emprestar efeito imediato de execução a uma decisão que, em tese, só seria exequível após o seu trânsito em julgado.

Contudo, para que se conceda a antecipação de tutela, é necessário o preenchimento dos requisitos expressamente estabelecidos no art. 273, do CPC, como já anteriormente comentado. O primeiro deles é a prova inequívoca da alegação. O que seria então prova inequívoca?

Valho-me dos ensinamentos do brilhante Prof. José Joaquim Calmon de Passos, em sua obra “Inovações no Código de Processo Civil”, editora Forense, 1995, p. 5/38; que, discorrendo sobre o tema, afirma:

“...Temos, portanto, em primeiro lugar, uma alegação. Que não é alegação da existência de risco de dano ou de abuso de direito. Isso me parece indubitável, porquanto o art. 273 reclama a prova inequívoca da alegação, o convencimento da verossimilhança dessa alegação (indicado de modo claro e preciso) e (mais) os pressupostos referidos. Fosse prova inequívoca e convencimento da verossimilhança no tocante ao que os incisos I e II mencionam, nenhum sentido teria a copulativa e posta na lei. Dir-se-ia: prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da existência do risco de dano ou do abuso de direito de defesa. Concluo, portanto, que a prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. E essa prova inequívoca não precisa conduzir à certeza, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, suficiente sendo a verossimilhança. O que se vai antecipar é a tutela, conseqüentemente, a prova inequívoca que se pede diz respeito ao direito à tutela. Os demais pressupostos apenas, somados a ela, autorizam a sua antecipação.

O convencimento do magistrado, para decidir sobre matéria de fato, pode formar-se em três níveis: o da certeza, o da probabilidade (verossimilhança) e o da dúvida. A certeza é rara, geralmente deriva de uma presunção absoluta, de uma evidência, da impossibilidade do contrário, da confissão etc. A dúvida diz-se existir quando o magistrado não encontra fundamentação aceitável para qualquer das versões expostas, considerando a prova colhida no processo.

Sua perplexidade é um obstáculo à formação de seu convencimento. Cumpre-lhe, para decidir, pois não lhe é dado omitir-se, valer-se das regras que disciplinam o ônus da prova. O comum é decidir o magistrado com base na verossimilhança, na probabilidade de que a versão aceita seja

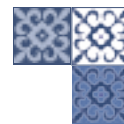
a verdadeira, e isso ele retira da prova dos autos, alicerçando-a em sua fundamentação, que torna transparente o quanto pensou e ponderou para concluir como concluiu. (...)

Falando a lei em prova inequívoca da alegação, ficou em mim a dúvida: é possível prova inequívoca da alegação que autoriza a antecipação, quando seja ela insuficiente para autorizar a decisão de mérito? A prova para antecipação é uma prova menos robusta ou menos inequívoca que a exigida para decisão de mérito? Minha resposta é negativa. A antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada, a ser concomitantemente proferida, ou já exista decisão de mérito, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente exequível. Não se cuida de um passe de mágica em favor da tão endeusada celeridade, efetividade, deformalização e outros vapt-vupts processuais. O que se fez, em boa hora, foi permitir, nos casos excepcionais indicados, que a decisão de mérito seja de logo exequível, pouco importando, no caso, o efeito suspensivo do recurso, que será afastado em face da antecipação, autorizada em razão da presença dos pressupostos que o art. 273 do Código de Processo Civil fixou em seus incisos I e II. Dir-se-á que a nossa assertiva encontra obstáculo no disposto pelo § 5º do art.273, no qual se prescreve que, concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. Essa conclusão, com a devida vênia de quem se torne seu defensor, não encontra respaldo nem mesmo na letra da lei.

Final julgamento' é expressão que significa até ao momento em que, esgotados todos os recursos ou não utilizados os previstos, a decisão de mérito transita em coisa julgada. E isso não ocorre, necessariamente, no primeiro grau, antes o comum é a utilização de todos os recursos de que o vencido dispõe. Assim, o que diz a lei é que, antecipada a tutela, o processo prossegue apenas com a novidade da eficácia executiva que se dá, em caráter provisório, ao julgado. Insisto nisso —se a antecipação é impossível sem prova inequívoca da alegação, ela só pode ser deferida havendo essa prova inequívoca e essa prova fundamenta, também, a prolação da decisão definitiva, com exame do mérito da causa. Talvez se queira argumentar que, ainda não concluída a instrução, pode já existir essa prova inequívoca e o juiz, com base nela, provocado, antecipa a tutela, concluindo a instrução do feito com a tomada das provas já requeridas e deferidas. Nego acerto a tal assertiva. A prova, ainda quando já requerida e mesmo que já deferida sua produção, pode e deve ser dispensada, se sua produção será meramente protelatória, visto como o que se quer provar tornou-se impertinente ou irrelevante. Destarte, o que entendo é que, havendo prova inequívoca, autorizadora da antecipação, há possibilidade de exame do mérito. As provas por acaso ainda passíveis de produção, se vierem a realizar-se, revestir-se-ão, necessariamente, em face daquela inequívocidade, do caráter de irrelevantes ou impertinentes. Se ainda há provas a produzir e são elas relevantes e pertinentes, inexistente a prova inequívoca autorizadora da antecipação. (...)

Em suma, para ficar bem claro meu pensamento: não se criou um momento novo para apreciação do mérito da causa, que não aquele em que ele pode e deve ser apreciado. A antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva. Onde esta não é ainda possível, não será possível a antecipação. A antecipação é apenas o poder deferido ao magistrado de emprestar eficácia executiva provisória imediata a sua decisão, e será impossível a existência, no processo, de duas “provas inequívocas”, uma que autoriza a antecipação, mas não permite decisão de mérito, e outra que autoriza a decisão definitiva. Puro engano. Uma coisa e outra estão casadas indissolúvelmente. A não ser que a vocação autoritária, que é nossa doença crônica, leve magistrados a utilizar a antecipação como mais uma forma de holocausto jurídico. A única diferença para mim, como tenho acentuado, é que a prova inequívoca, sem que exista o abuso de direito ou o intuito protelatório ou o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, obriga ao exame do mérito, sem que a decisão do magistrado se revista de eficácia executiva, salvo nos casos em que o recurso interponível seja desprovido de efeito suspensivo, ao passo que, presentes aqueles pressupostos, o juiz, além do dever de decidir o mérito da demanda, está autorizado a, provocado pelo autor, emprestar a sua decisão eficácia executiva, mesmo que o recurso dela interponível, normalmente, careça de eficácia suspensiva. Tenho mesmo, para mim que, no final de tudo, já se pode distinguir agora, com segurança, a plausibilidade do direito que constitui o *fumus boni iuris*, reclamada para efeito de cautelar, da prova inequívoca da verossimilhança, reclamada para





a antecipação. Ali, considerada a relevância do risco de ineficácia da futura tutela “provável” permite-se, não a antecipação, mas a adoção de medida adequada que assegure a futura efetividade do julgado, quando transitado em julgado. Aqui, na antecipação, não se resguarda a efetividade da futura tutela, antecipa-se a executividade da tutela já deferida ou que será concomitantemente deferida. Mas a antecipação é possível também e apenas porque o réu abusou do seu direito de defesa ou é manifesto seu propósito protelatório, o que jamais autoriza medida cautelar. E numa ou noutra hipótese, exige-se “prova inequívoca” da alegação, quando o que se pede, na cautelar, é prova convincente da plausibilidade (probabilidade de vir a tornar-se prova inequívoca) do direito e prova convincente do risco de dano. Espero que as duas coisas fiquem bem diferenciadas e que a doença cautelar não contamine a saúde dessa maravilhosa inovação que se introduziu no Código de Processo Civil.

O que se deve entender por prova inequívoca? A prova, em si mesma, não tem qualificativos com conteúdo valorativo. Ela é prova documental, testemunhal, pericial etc. A força de convencimento nela existente é algo que menos nela se situa que no “pensar” do magistrado a seu respeito, ao analisá-la. Assim, entendo que prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza...” (grifos nossos).

Utilizando-me dessas valiosas lições, indago: quando do deferimento da antecipação da tutela havia prova inequívoca capaz de confirmar a verossimilhança das alegações de que a Impetrante desreitou diversas normas de proteção e segurança do trabalho, causando prejuízos irreparáveis aos seus empregados?

Entendo que sim, da mesma forma que concluiu a autoridade tida como coatora, data venia.

O relatório da fiscalização oficial efetuado pelos Auditores da SRT (Doc Num. 9886-Pág. 1/10), frise-se, que gozam de fé pública em suas declarações, revelaram práticas ilegais efetuadas pela Impetrante no ambiente de trabalho em que laborava o falecido operário TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO.

Vale registrar, porque relevantes, algumas passagens extraídas dos atos fiscalizatórios. Veja-se:

“...Em fiscalização na modalidade mista realizada com o auditor Jose Alfredo Coutinho, que tem como finalidade a investigação do acidente fatal ocorrido com o trabalhador TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO, ficou constatado que , a empresa acima, qualificada, não mantinha em regular funcionamento a CIPA Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, na época que aconteceu o acidente na obra de construção da rodovia Ipirá a Pintadas, que contava em janeiro/2011 com 280 trabalhadores...”(Doc. Num. 9887- Pág 6).

“...Em fiscalização na modalidade mista realizada com o auditor Jose Alfredo Coutinho, que tem como finalidade a investigação do acidente fatal ocorrido com o trabalhador TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO, ficou constatado queo veículo que atropelou a vítima, em marcha ré, não dispunha de sirene de ré. Segundo a investigação essa foi uma das principais causas do acidente...” (Doc. 9887- Pág 6)

“...Em fiscalização na modalidade mista realizada com o auditor Jose Alfredo Coutinho, que tem como finalidade a investigação do acidente fatal ocorrido com o trabalhador TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO, ficou constatado que a empresa não tinha providenciado quianto ocorreu o acidente, o registro de SESMT – Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, no órgão regional do Ministério do Trabalho e Emprego, providência que só foi tomada pela fiscalização...” (Doc. 9887- Pág 12)

As assertivas supra, que desvendaram a ignorância de regras legais basilares por parte da Impetrante, servem, data venia, como prova inequívoca para o convencimento acerca da verossimilhança das alegações iniciais.

De igual modo, a Impetrante não produziu o mínimo de contraprova capaz de confirmar suas vazias assertivas de cumprimento integral das normas legais aplicáveis ao caso, o que reforça ainda mais a conclusão contida na decisão atacada.

Com referência à demonstração do dano irreparável ou de difícil reparação, o simples fato de tais condutas terem contribuído para o falecimento do Sr. TEMISTOCLES BARBOSA SAMPAIO, jovem operário de 36 anos, demonstram o risco potencial a que são submetidos os demais operários contratados pela Impetrante.

Desse modo, satisfeitos os requisitos previstos no art. 273, do CPC, para efeito de concessão da tutela antecipada, não vejo qualquer violação ao devido processo legal, bem como a alegada demonstração da fumaça do bom direito.

Em síntese, não tendo sido demonstrada pelas extensas razões contidas no presente mandamus a violação de direito líquido e certo, incabível a liminar perseguida.

### **INDEFIRO, POIS, O PEDIDO LIMINAR.”**

Como registrado no relatório, a autoridade apontada como coatora não prestou as informações solicitadas.

Por outro lado, é importante acrescentar à decisão anteriormente transcrita, que o pedido de tutela inibitória requerido na inicial não foi formulado apenas em face da obra mencionada na qual veio a falecer um trabalhador ante a não adoção, pela empresa, de forma integral, das Normas Regulamentares. O pedido é claro no sentido de adoção pela Impetrante de todas as normas regulamentares em todas as suas obras conforme se pode conferir da simples leitura da inicial, registro nº 9879. Destarte, a citada obra Ipirá-Pintadas foi indicada apenas como exemplo do mau proceder da empresa, mas todos os pedidos formulados se referem a todas as obras da empresa. Portanto, o que se pretende é uma mudança de conduta da empresa em toda e qualquer obra sob sua responsabilidade e não apenas naquela que foi objeto da inspeção. Disto resulta a conclusão de que ainda que de fato tenha sido entregue e encerrada a referida obra, o interesse de agir do Ministério Público permanece porque este busca evitar novas mortes em obras da Impetrante.

Destarte, não havendo nos autos qualquer fato ou prova apta a modificar a decisão anteriormente exarada, a ratifico integralmente.

### Dispositivo

Acordam os Desembargadores da SUBSEÇÃO II DA SEDI do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, sob a Presidência da Senhores Desembargadores JÉFERSON MURICY, MARIZETE MENEZES, NORBERTO FRERICHES e MARCOS GURGEL, à unanimidade, com restrições do Ex.mo Sr. Desembargador MARCOS GURGEL quanto aos fundamentos, julgar IMPROCEDENTE A AÇÃO nos termos da fundamentação. Custas, pela Impetrante, de R\$ 2,00 (dois reais), calculadas sobre R\$ 100,00 (cem reais), valor atribuído à causa na inicial.



## RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001249-08.2010.5.05.0022RecOrd

Desembargadora Relatora  
**LUÍZA LOMBA**

Acórdão  
(2ª Turma)  
Recurso Ordinário  
nº0001249-08.2010.5.05.0022RecOrd

RECORRENTE(s): José Maurício da Cruz, Petrobrás - Petróleo Brasileiro S.A. e Outros (1)

RECORRIDO(s): OS MESMOS

RELATOR(A): Desembargador(a) LUÍZA LOMBA

PAGAMENTO DE RMNR COM ABATIMENTO DE PARCELAS PERSONALÍSSIMAS OU DECORRENTES DE SITUAÇÃO ESPECIAL DE TRABALHO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Ao estipular o valor da RMNR e abater deste salário-base e parcelas de cunho personalíssimo como a VP ou decorrente de situação especial de trabalho, como o adicional de periculosidade, noturno etc... a empresa faz com que a remuneração global seja a mesma para empregados em situação de risco ou não em condições especiais ou não. Daí porque fere o princípio constitucional da isonomia. Também é importante ressaltar que não se pode considerar a ausência de violação ao princípio da isonomia ao fundamento de que o valor da RMNR dos trabalhadores em condições perigosas é superior a dos demais trabalhadores como forma de compensar o adicional de periculosidade. Isto porque, acolher-se tal tese importa em reconhecer o pagamento de salário complessivo o que é absolutamente rejeitado em nosso sistema jurídico.

DIFERENÇAS DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INÍCIO DA CONCESSÃO. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. REQUISITO NÃO PREVISTO NO ESTATUTO E DEFINIDO NA LEI COMPLEMENTAR 108/2001 APLICÁVEL SOMENTE AS RELAÇÕES JURÍDICAS INICIADAS A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA. As regras pactuadas antes da edição da Lei Complementar 108/2001 seguem o quanto estabelecido no momento da admissão do trabalhador, com alterações mais benéficas, e não do quanto previsto pela legislação na época do afastamento voluntário. Não existindo no estatuto vigente, quando do início do contrato de trabalho, a necessidade de sua extinção para concessão da suplementação de aposentadoria, faz jus o trabalhador ao seu pagamento a partir da data de seu jubramento.

FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL – PETROS, PETROLEO BRASILEIRO S/A E JOSÉ MAURÍCIO DA CRUZ, nos autos da Reclamação Trabalhista em que contendem entre si, recorrem ordinariamente da r. sentença de fls.1.253/1.254, complementada à fls. 1.285, prolatada pela Exma. Sra. Dra. Juíza da 15ª Vara do Trabalho de Salvador, apresentando as razões de fls. 1.270/1.277, 1.292/1.298, respectivamente.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante às fls. 1.334/1.354, pela PETROBRÁS às fls. 1.356/1.378 e pela PETROS às fls. 1.379/1.387.

Autos enviados ao MPT em face do requerimento contido no ofício de nº 355/09 GAB/PRT 5ª SSA. BA. A douta Procuradoria emitiu parecer, fls. 1.396/1.397, opinando pela aplicação da responsabilidade objetiva do empregador ou, caso não acolhida, pela inversão do ônus da prova.

É O RELATÓRIO.

VOTO

**ADMISSIBILIDADE:****PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA – PAGAMENTO DO COMPLEMENTO DA RMNR – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL**

Suscito, de ofício, a preliminar em epígrafe para não conhecer do pedido recursal voltado a exclusão do pagamento do complemento da RMNR, uma vez que a sentença impugnada deixou de condenar a primeira reclamada simplesmente por ter inexistido pedido correlato na inicial, fenecendo, assim, ao recorrente, o interesse recursal.

Conforme ensina José Carlos Barbosa Moreira, “...a noção de interesse, no processo, repousa sempre ao nosso ver, no binômio utilidade mais necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.” (grifos no original).

Considerando que sequer existe na inicial pedido e, conseqüentemente, condenação, não conseguirá a segunda reclamada qualquer resultado processual mais vantajoso com a interposição do recurso, razão porque não conheço do apelo, no particular.

**PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO DA SEGUNDA RECLAMADA EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE CUSTEIO**

Suscito, de ofício, a preliminar em epígrafe, para não conhecer o pedido recursal da segunda reclamada de dedução do prévio custeio das diferenças de suplementação de aposentadoria, uma vez que a sentença atacada deferiu sua postulação, inexistindo, pois, interesse recursal, no particular.

Com referência aos demais pedidos recursais, presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade formal, conheço dos apelos.

**MÉRITO****RECURSO DAS RECLAMADAS**

Por conterem matéria comum, os apelos devem ser julgados conjuntamente, merecendo prévia análise os pedidos voltados a declaração de incompetência da justiça do trabalho, porquanto, se acolhida, impedirá a análise dos demais pontos de impugnação.

**INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Suscitam as recorrentes em seus apelos a incompetência dessa Especializada para julgar a demanda.

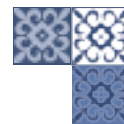
Pois bem.

De início cumpre ressaltar que no dia 20/02/2013 o STF julgou os Recursos Extraordinários nº 586453 e 583050 concluindo pela competência da Justiça Comum para julgar demandas decorrentes de contrato de previdência complementar.

Cabe aqui registrar que, embora me curve a entendimento do Corte Maior, a quem cabe dizer da constitucionalidade das normas, a partir de agora os trabalhadores que se vinculam a planos de previdência privada criados pelos seus empregadores, como no presente feito, serão obrigados a percorrer dois caminhos, para não dizer via crucis, em diferentes jurisdições, um perante a Justiça do Trabalho, para buscarem haveres inadimplidos pelo empregador na constância do contrato de trabalho, e outro perante a Justiça Comum para que estes haveres salariais sejam computados para fins de suplementação de aposentadoria ou pensão. Lamentável criar-se mais dificuldade ao cidadão. Também a partir de agora aos estudiosos do direito caberá um exame mais profundo acerca da obrigação, ou não, do empregador inadimplente indenizar o trabalhador pela diferença de suplementação de aposentadoria que deixou de receber, ante a inadimplência de parcelas contratuais no curso da relação de emprego. Desdobramentos virão desta decisão, o tempo revelará.

Certo, no entanto, é que a partir de 20/02/13 as ações nas quais ainda não foram proferidas decisão de mérito, deverão ser remetidas à Justiça Estadual, sendo também certo que as ações híbridas, ou seja, as que buscam parcelas decorrentes do contrato de trabalho pelo empregador e o reflexo delas em face da entidade de previdência privada, deverão ser extintas sem exame de mérito no que tange a esta e prosseguirem no julgamento na Justiça do Trabalho quanto àquelas.

No caso dos autos, já proferida a decisão de mérito. Logo, conforme notícia extraída do site do STF em 20/02/13, abaixo transcrita, a presente ação prossegue perante a Justiça do Trabalho. É de ser ressaltado que o STF não se reportou a trânsito em julgado na Justiça do Trabalho e sim a decisão de mérito. Destarte, devem prosseguir nesta Justiça as ações em que foram proferidas decisões de mérito, ainda que não transitadas em



julgado. É o que se extrai da notícia abaixo:

*Plenário: Justiça Comum é competente para julgar casos de previdência complementar privada*

*Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quarta-feira (20) que cabe à Justiça Comum julgar processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada. A decisão ocorreu nos Recursos Extraordinários (REs) 586453 e 583050, de autoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social (Petros) e do Banco Santander Banespa S/A, respectivamente. A matéria teve repercussão geral reconhecida e, portanto, passa a valer para todos os processos semelhantes que tramitam nas diversas instâncias do Poder Judiciário.*

*O Plenário também decidiu modular os efeitos dessa decisão e definiu que permanecerão na Justiça do Trabalho todos os processos que já tiverem sentença de mérito até a data de hoje. Dessa forma, todos os demais processos que tramitam na Justiça Trabalhista, mas ainda não tenham sentença de mérito, a partir de agora deverão ser remetidos à Justiça Comum.*

*O ministro Marco Aurélio foi o único divergente nesse ponto, porque votou contra a modulação.” (stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=231193)*

Portanto, ainda que por fundamento distinto, mantenho a sentença.

SUSPENSÃO DO FEITO (recurso da primeira reclamada)

Pleito prejudicado em razão das razões expostas no item referente à competência da Justiça do Trabalho.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM (recurso da primeira reclamada)

Noutro giro, renova, a primeira reclamada os argumentos apresentados como preliminar de defesa, pugnano por sua exclusão da lide e consequente extinção do processo sem resolução do mérito.

Sustenta que é parte ilegítima porque inexistente solidariedade entre as reclamadas, tratando-se a segunda demandada de fundação instituída com base no art. 24 do Código Civil para prestar assistência social e previdenciária suplementar aos seus empregados, possuindo autonomia e administração próprias. Não pode, assim, ser condenada ao pagamento da suplementação de aposentadoria cuja obrigação é de entidade que atua no segmento da previdência privada, de quem apenas é uma simples patrocinadora.

Ao exame.

Equívoca-se a recorrente, nas suas alegações, uma vez que utilizam como fundamento razões de mérito. Como é cediço, as condições da ação devem ser apuradas em abstrato, não devendo ser realizado qualquer exame meritório.

A legitimação subjetiva da ação é definida no momento em que o autor, dizendo-se credor, apontou, como devedores, os reclamados para figurarem como sujeitos passivos da relação jurídica de direito material posta como objeto da lide. O conteúdo da relação contratual mantida entre as partes litigantes é matéria relativa ao mérito da demanda. O mesmo raciocínio se aplica em relação à legitimidade ativa.

Portanto, para examinar a legitimidade de partes, não cumpre realizar qualquer cotejo entre o pedido e a causa de pedir da demanda, pois, do contrário, estaríamos adentrando ao mérito da reclamatória, o que não condiz com o exame das condições da ação.

Mantenho a rejeição das preliminares supra, porém sob fundamento diverso daquele utilizado pela MM Juíza singular.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO-SUPOSTA OFENSA AO §3º DO ART. 202 DA CF/88 E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR (recurso da primeira reclamada)

Alega o primeiro reclamado ser impossível, à luz do ordenamento, o reconhecimento da sua responsabilidade por vulneração ao §3º do art. 202 da Carta Magna. Isto porque a recorrente está absolutamente proibida de fazer qualquer aporte financeiro na Fundação Petrobrás Seguridade Social – PETROS, o que, na hipótese de manutenção da sentença, acabará por acontecer.

Lado outro, alega que o reclamante carece de interesse de agir, porquanto a alegada lesão ao correto pagamento das diferenças de suplementação de aposentadoria foi originada pela Petros, devendo, portanto, a pretensão ser a ela direcionada.

Ao exame.

Data venia, apenas restará configurada a carência de ação quando não se encontrarem presentes as condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e o interesse processual (art. 267, VI, do CPC).

Como é cediço, as condições da ação devem ser apuradas em abstrato, não devendo ser realizado qualquer exame meritório.

*In casu*, a investigação acerca da responsabilidade solidária das reclamadas pelo pagamento das diferenças de suplementação de aposentadoria para que ela seja caracterizada é matéria de mérito da ação, razão pela qual mantenho a decisão que rejeitou tal preliminar.

## PRESCRIÇÃO

Renovam, ainda, as reclamadas a prejudicial de mérito consubstanciada na aplicabilidade da prescrição biennial no caso concreto, rogando pela aplicação da Súmula 294 do C. TST, defendendo tratar-se de demanda que envolve pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do que antes fora pactuado.

Ao exame.

De início, cabe frisar que não há dúvida de que se trata de parcela de natureza previdenciária. No entanto, a sua origem se deu no contrato de trabalho mantido entre o demandante e primeira reclamada. Dessa forma, o prazo prescricional só inicia a sua contagem a partir do momento em que a parcela se torna exigível.

Ademais, o pedido é de parcela de trato sucessivo de base regulamentar, sendo a lesão renovada e continuada dia após dia, atraindo, assim, a aplicação da prescrição parcial, na forma preconizada na Súmula nº 327, da Corte Maior Trabalhista. A rigor, trata-se de pleito de diferenças de suplementação de aposentadoria e pensão, e, em se tratando de parcelas de trato sucessivo, em que a lesão é continuada e se protraí no tempo, incide, apenas, a prescrição quinquenal, nos termos da Súmula nº 327 do TST:

### COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO PARCIAL.

*A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretense direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.*

Ou seja, o direito à ação que reclama parcelas de trato sucessivo nunca é atingido. O que prescreve são as parcelas anteriores ao quinquênio imediatamente antecedente ao ajuizamento da ação.

É como decide abalizada jurisprudência:

*SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO PARCIAL. Em relação ao pleito de diferença de suplementação de aposentadoria, por se tratar de parcelas de trato sucessivo, em que a lesão é continuada e se protraí no tempo, incide, apenas, a prescrição quinquenal, conforme entendimento firmado por meio da Súmula nº 327 do TST. (Processo 0052200-79.2009.5.05.0009 RecOrd, ac. nº 005482/2010, Relatora Desembargadora LOURDES LINHARES, 3ª. TURMA, DJ 17/03/2010.)*

*COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO. Nos termos da Súmula nº 327 do c. TST, tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, NÃO ATINGINDO O DIREITO DE AÇÃO, mas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquênio. Ou seja, no caso sob análise, embora a alteração no regulamento empresarial, que se revelou prejudicial ao Autor, tenha ocorrido em 1997, a prescrição somente atinge as parcelas anteriores ao quinquênio, daí porque não cabe a discussão sobre quando teria ocorrido o ato unilateral lesivo (Processo 01061-2008-024-05-00-2 RecOrd, ac. nº 033153/2009, Redator Desembargador ROBERTO PESSOA, 4ª. TURMA, DJ 26/11/2009).*

*COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO. É parcial a prescrição incidente sobre os pedidos de diferenças de complementação de aposentadoria calcados em norma regulamentar, nos termos da Súmula 327 do c. TST (Processo 01086-2008-017-05-00-8 RecOrd, ac. nº 019522/2009, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 16/09/2009).*

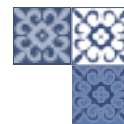
Assim, conquanto não se aplique ao caso a prescrição biennial, é cabível a prescrição quinquenal como acertadamente decidiu o juízo a quo.

### INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO – PROTESTOS JUDICIAIS (recurso da primeira reclamada)

Rebela-se a primeira reclamada em face do capítulo de sentença que reconheceu a interrupção da prescrição em face do protestos judiciais movidos pelo sindicato profissional, sustentando que formulados de maneira nitidamente genérica, sem conter a matéria perseguida na presente demanda e, por fim, não têm o condão de interromper a prescrição quinquenal, mas somente a biennial.

Ao exame.

A julgadora sentenciante reconheceu o efeito interruptivo do protestos judiciais comprovados às fls. 64/66 e 73/76, os quais definiram com clareza as pretensões objeto da cautela, vale dizer intervalo intrajornada e horas



extras, ao revés do que sustenta a reclamada.

Ao contrário do que arvora a recorrente, não se tratou de um protesto genérico. Na matéria das horas extraordinárias alegou o sindicato que *“os trabalhadores substituídos, apesar de serem credores das horas trabalhadas extraordinariamente, não tinham seu labor extraordinário integralmente pago, sendo um dos motivos mais freqüentes a ausência de registro correto da efetiva jornada.”* Com referência ao intervalo intrajornada, ressaltou *“...Durante a vigência dos contratos de trabalho a Requerida não tem respeitado o direito dos substituídos neste Protesto à fruição dos intervalos mínimos previstos em Lei, quer dentro da jornada de trabalho (inrajornada), quer entre duas jornadas, de 11(onze) horas (interjornadas), intervalos estes indispensáveis à recomposição física e mental desses trabalhadores...”*

Como é cediço, o ajuizamento de protesto judicial com mesma causa de pedir, dentro do prazo prescricional, por substituto processual, tem o condão de interromper o prazo prescricional, seja bienal ou quinquenal.

Isto, porque a força do ato interruptivo possui a finalidade de preservar a pretensão existente em face das lesões de trato sucessivo perpetrados pelo agente agressor, não focando o elemento subjetivo da relação jurídica e não se limitando a preservar o lapso de dois anos após a extinção dos contratos de trabalho. Daí porque pode ser provocado por qualquer interessado, a rigor do que estabelece o art. 203, do Código Civil.

Neste sentido, segue a ementa do seguinte julgado:

*RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PROTESTO INTERRUPTIVO. SINDICATO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. O protesto judicial interposto pelo Sindicato, em 27.11.98, teve por objetivo interromper o prazo prescricional em relação às horas extras laboradas pelos substituídos. A OJ-SBDI-I n.º 359 determina que a ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima “ad causam”. Por idêntica razão, o Sindicato possui legitimidade para figurar no pólo ativo da ação de protesto judicial, inclusive por força do art. 8º, III, da Constituição Federal. Precedentes. Ademais, o protesto judicial interrompe a prescrição quinquenal, assim como a prescrição bienal. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido.” (...)* (RR-100.153/2003-900-04-00.9, 3ª Turma, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, DEJT 27/2/2009.)

Segundo o art. 202 do Código Civil, *“A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo para a interromper.*

Mantenho.

#### JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (recurso comum das reclamadas)

Investem as reclamadas em face da concessão dos benefícios da justiça gratuita, argumentando que o demandante não preenche os requisitos específicos do instituto.

Requer, ainda, a primeira reclamada a exclusão da condenação quanto ao pagamento de honorários advocatícios, haja vista que não foram preenchidos os requisitos da Lei 5.584/70 e das súmulas 219 e 329 do TST, bem como por não se tratar de causa com natureza trabalhista. No caso de manutenção da sentença seja limitado ao percentual de 15%.

Ao exame.

Ressalte-se que, para a concessão da gratuidade de justiça é necessário tão somente o preenchimento dos requisitos previstos no §3º do art. 790, consolidado.

Do cotejo da literalidade do aludido dispositivo legal, inserido pela Lei. 10.537/02, tem-se que a parte que declarar *“que não tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família”* fará jus aos benefícios da Justiça Gratuita.

Saliento que a Lei nº 7.115/83, no “caput” do seu art. 1º, estabelece que declaração de pobreza, assinada pelo interessado, ou por procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira.

Assim, ante a declaração do reclamante, de que não possui condições financeiras de custear as despesas processuais sem prejuízo do seu sustento, e considerando que as reclamadas não produziram prova em contrário, provejo o recurso para conceder o benefício em comento.

Com referência aos honorários advocatícios, o reclamante encontra-se assistido pelo sindicato profissional e firmou declaração de miserabilidade jurídica, razão pela qual mantenho a sentença no capítulo que condenou as reclamadas ao pagamento de honorários advocatícios.

Sem reparos.

#### SOLIDARIEDADE (recurso da primeira reclamada)

A PETROBRÁS, ex-empregadora dos antigos trabalhadores, é a instituidora e mantenedora da PETROS,

instituição de previdência privada criada exatamente para atender aos empregados da primeira.

Logo, patente que as Reclamadas integram o mesmo grupo econômico, sendo, pois, indiscutível a solidariedade existente entre elas, na forma do art. 2º Consolidado, razão pela qual deve permanecer no pólo passivo da presente lide.

Registra-se, inclusive, que a autonomia da fundação PETROS é bastante limitada pela atuação da primeira reclamada. Note-se que esta detém o poder de nomear o conselho de curadores (art. 79, § 3º, do regulamento básico da PETROS – fls. 818), bem como de escolher a diretoria executiva, nos termos do art. 88 do mesmo regulamento.

Destarte, irretocável a sentença revisanda.

#### DIFERENÇAS DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA EM RAZÃO DA NÃO INTEGRAÇÃO DA PARCELA PL/DL 1971 (matéria comum ao recurso das reclamadas)

Argumentam as reclamadas ser incabível o deferimento da postulação epigrafada, em síntese, porque 1) a PL/DL 1971 jamais integrou o salário de participação; 2) por força do Decreto-Lei 1.971/1982 foi obrigada a duodecimar a participação nos lucros, sem isto importasse modificação na natureza jurídica de tal parcela; 3) o artº 7º, XI, da CF desvincula a participação dos lucros e resultados da remuneração; 4) sobre ela a reclamante jamais contribuiu; 5) O regulamento básico não cogitava a verba PL DL; 6) que tal parcela benéfica deve ser interpretada estritamente.

Ao exame.

De acordo com as regras gerais da contratação do plano de previdência, o salário real de benefício era calculado a partir da soma de todas as parcelas estáveis da remuneração, de modo que se deve investigar a forma como foi quitada a participação nos lucros regulada pelo Decreto-Lei nº 1971/82.

Inicialmente, cumpre registrar que as reclamadas não trazem aos autos as normas coletivas que instituíram tal vantagem. Assim, não há como aferir que o pagamento da parcela participação nos lucros seja efetivamente vinculado ao lucro da segunda reclamada (PETROBRÁS), não se desincumbindo as reclamadas do ônus de comprovar que a natureza de tal parcela não é salarial. E não se encontrando o pagamento da participação nos lucros condicionado à existência de lucro, não incide, na hipótese, a disposição do artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, ainda porque a participação de lucros paga e ora discutida antecede a Constituição Federal ora vigente.

Doutrotanto, a norma constitucional supra aludida não poderia ser aplicada porque, antes da promulgação da atual Carta Política, a parcela já era paga aos empregados da primeira reclamada. Naquela época, toda parcela concedida sob a rubrica de “participação de lucros da empresa” possuía natureza salarial, como disciplinava a Súmula nº. 251, da Corte Maior Trabalhista, que somente foi cancelada com o advento da novel Carta Magna. Entretanto, a natureza salarial da referida parcela já estava incorporada ao contrato de trabalho daqueles que a recebiam.

Demais disso, a partir da edição do Decreto-Lei nº 1971/82, a parcela passou a ser paga, por mês, desvinculada dos lucros da empresa, não se podendo, por outro lado, imputar ao empregado a responsabilidade pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias ao INSS e à Petros, decorrentes dessa parcela.

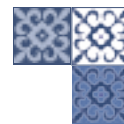
Conclui-se, pois, pela natureza salarial da parcela PL-DL 1971, devendo essa parcela ser alcançada também aos aposentados, tendo em vista que o artigo 41 do Regulamento do Plano de Benefícios da primeira reclamada (Fundação Petrobrás de Seguridade Social - Petros) garante que os valores das suplementações de aposentadoria, de auxílio-doença, de pensão e de auxílio-reclusão, serão reajustados nas mesmas épocas em que forem feitos os reajustamentos salariais da patrocinadora.

Neste sentido já se posicionou a 2ª turma do TST:

*PARCELA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PL/DL 1971. NATUREZA SALARIAL. INCORPORAÇÃO. DIFERENÇAS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. A matéria não comporta mais discussão no âmbito desta Corte Superior que firmou entendimento no sentido de que a parcela participação nos resultados, concedida anteriormente à vigência da Constituição de Federal de 1988, tem natureza salarial. Logo, deve ser incluída nos cálculos da complementação de aposentadoria, por se tratar de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do empregado aposentado (CF, artigo 5º, XXXVI). Precedente da SBDI-1. Inteligência da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 15 da SBDI-1. Afronta ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal não configurada. Incidência da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista não conhecido- (RR-80300-25.2006.5.05.0017, Ac. 2ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 20/5/2011.*

*PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. PL/DL 1971. NATUREZA SALARIAL. INTEGRAÇÃO NOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (EXAME CONJUNTO). A jurisprudência desta Corte tem-se firmado no sentido de que a parcela paga pela PETROBRAS, intitulada PL-DL-1971, decorrente da incorporação da participação nos lucros no salário dos empregados, não tem a mesma natureza jurídica da participação nos lucros prevista no art. 7º, XI, da Constituição da República, devendo, portanto, ante sua natureza salarial, integrar os proventos da*





*aposentadoria. Recurso de revista de que não se conhece- (RR-78900-24.2006.5.05.0001, Ac. 5ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 20/5/2011).*

Assim, concedido o pagamento da PL-DL 1971, participação nos lucros, aos empregados em atividade da segunda reclamada (Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS), devem essas parcelas ser alcançadas também aos empregados aposentados, beneficiários do seu plano de previdência, sob pena de quebra do princípio da isonomia.

Mantenho.

**REMUNERAÇÃO MÍNIMA POR NÍVEL E REGIME - INTEGRAÇÃO PARA EFEITO DE PAGAMENTO DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA (matéria comum ao recurso das reclamadas)**

Não se conformam as reclamadas com o capítulo da sentença que deferiu o pagamento de diferença mensal de suplementação de aposentadoria decorrente da integração das verbas deferidas em sentença, dentre elas a RMNR.

Aduz a primeira reclamada que: 1) a RMNR não consiste em reajuste de salário e não foi concedida indistintamente à categoria, sendo uma forma de garantir uma remuneração mínima aos seus empregados em homenagem ao princípio da isonomia; 2) que o art. 14 do Regulamento da Petros dispõe que os benefícios serão calculados sobre o salário-real-de-benefício do mantenedor beneficiário consistentes nas parcelas estáveis da remuneração, mas que a RMNR não teria tal natureza; 3) que parcelas estáveis da remuneração são aquelas sobre as quais incide INSS; 4) que, como a reclamante já recebia valor superior ao teto do INSS, sobre a RMNR não incidia qualquer contribuição.

Já a segunda reclamada aduziu que o cálculo está em consonância com o Regulamento, não havendo contribuição em relação a tal parcela para o plano Petros, por não se tratar de parcela estável da remuneração.

Ao exame.

Na inicial alegou o reclamante que recebia mensalmente a verba denominada “complemento de RMNR”, sob o código 192, originária da cláusula 35 do acordo coletivo 2007/2009 e 36 do Acordo Coletivo 2009/2011 e que, por ser uma parcela que compunha sua remuneração e, por conseguinte, sobre a qual incidiam contribuições para o INSS, teria que integrar a suplementação de aposentadoria por força de norma regulamentar, o que não foi efetuado pela segunda reclamada.

Argumentou também que na apuração do salário de cálculo da suplementação da aposentadoria deve ser computada a soma de todas as parcelas estáveis da remuneração, dentre elas a RMNR.

A Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNR constitui contraprestação pelo trabalho. Nesta condição é salário e, como tal constitui parte integrante do salário-real-de-benefício e deve ser computado para efeito de apuração do valor da suplementação de aposentadoria.

Mantenho.

**DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – CÁLCULO INICIAL DO BENEFÍCIO (recurso das reclamadas)**

As reclamadas, em sua defesa, sustentam que, após 1984, foi introduzido no referido estatuto os artigos 41 e 42, que começaram a vigor em 1985, que estabeleceram um novo reajuste do benefício por meio de “...uma fórmula de cálculo que visa manter a suplementação em torno de 90% do salário de participação sobre o qual contribuía o empregado quanto em atividade, respeitados os coeficientes redutores de aposentadoria e pensão”..

Afirmam que, a partir daí a suplementação do Autor passou a ser reajustada de acordo com o art. 41 do regulamento, estabelecendo que em cada mês de reajuste da tabela da patrocinadora a que pertencia o participante e/ou, nos meses em que houver reajustes gerais das aposentadorias e pensões do INSS, seja aplicado o Fator de Correção de modo a garantir ao participante e aos seus beneficiários, a percepção da soma das rendas (proventos INSS + benefício Petros), em torno de 90% do último salário percebido em atividade, respeitados os coeficientes redutores de aposentadoria e de pensão, o que foi vantajoso para o aposentado.

Acrescentaram, também, que, em maio de 1992, foi instituído o ISB – Índice para Cálculo da Renda Global – como forma de reajuste dos benefícios de suplementação, consistindo em calcular a soma das Rendas (Petros + INSS) do mês de início do benefício, dividida pelo Salário Básico do mesmo mês, conforme item 5.2, da Resolução 32-B da Petros.

Neste contexto, esclareceu, como novo procedimento adotado, a aplicação deste novo índice, nos meses de reajuste geral das aposentadorias e pensões do INSS, sobre o “o valor do salário base do nível salarial a que pertencia o participante no mês anterior ao da suplementação para determinação da soma das Rendas (proventos INSS + Benefício Petros).”

Pois bem.

O deslinde da matéria passa pela revisão das normas internas da Recorrida (resolução, regulamento), citados na contestação e residentes nos autos, e contrato firmado entre as partes.

Com efeito, o reclamante foi admitido em momento anterior à modificação de 1985, vale dizer na data de

04/08/1979, razão pela qual se filiou ao estatuto original, norma regulamentar que deve reger a matéria, já que aderiu ao contrato de trabalho do empregado por força da época de sua admissão. As alterações posteriores, expressamente admitidas pela contestação, em especial a de 1984, só poderiam ser aplicadas se houvesse expressa adesão do Recorrente ou, em seu conjunto, e neste aspecto aplicando-se a teoria do conglobamento, fossem mais benéficas ao empregado, nunca a ponto de lhe causar prejuízo. Nesse sentido, a Súmula 288 do TST, sem falar do art. 468 da CLT. De fato, assegura a Súmula:

Complementação dos proventos de aposentadoria. A complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, observadas as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito”.

Penso que era ônus da Demandada comprovar que as alterações foram mais benéficas aos trabalhadores ou que o reclamante tenha concordado com estas, o que não ocorreu.

Na presente demanda, ao meu sentir, o prejuízo é evidente, haja vista que a regra de 1969 estipulava a integralidade da média corrigida dos salários de cálculo dos 12 (doze) meses anteriores à aposentadoria, sem aplicação do coeficiente redutor e fator de redução do salário-real-de-benefício, considerando ainda a integralidade das parcelas que deveriam compor a média dos salários de cálculo corrigida para a apuração do salário real do benefício, o que ficou demonstrado na própria declaração da empresa no sentido de que “... Até 1984, o regulamento da PETROS estabelecia que a suplementação fosse reajustada nas mesmas épocas e proporções dos reajustamentos gerais das aposentadorias gerais e pensões do INSS...” (fl. 169)

Neste contexto, tendo o reclamante alegado prejuízo financeiro com as alterações posteriores e apontando a reclamada que as regras de modificação foram mais benéficas, incumbia-lhe o ônus da prova quanto ao fato impeditivo alegado, o que, “data venia”, não foi produzido nos autos.

O que houve, “data venia”, foi exatamente uma afronta às regras contratadas, ao direito adquirido e não mera expectativa de direito do recorrido, sendo insustentáveis as alegações de violação constitucional ou infraconstitucional de que trata a recorrida ao longo de sua contestação.

As tais alterações, estipuladas pelos RB de 1984 e introduzidas pelas resoluções 32 e 32-B, só podem abarcar aqueles empregados que se filiaram a PETROS no período posterior à vigência de tais regulamentos, ou seja, em momento bem posterior ao da admissão do recorrido nos quadros da empresa, motivo pelo qual o recurso merece integral provimento, a fim de que sejam deferidas as diferenças de suplementação de aposentadoria com base nos moldes dos artigos 13 a 18, 23 e 24, do regulamento geral dos benefícios de 1969, sendo este o estatuto integralmente aplicável ao caso concreto.

Esclareça-as, por fim, que a alegação de repactuação da reclamada não merece prosperar. Isso porque a repactuação se refere ao artigo 41 introduzido posteriormente pela reclamada e não ao quanto pactuado pelo autor na época da sua contratação.

Veja-se o que dispõe o artigo 41 do regulamento de 1969:

“Toda vez que se extinguir uma cota de pensão, proceder-se-á a nova cálculo e novo rateio da suplementação de benefício, na forma do disposto no artigo 39 e seu parágrafo único, considerados, porém, apenas os beneficiários remanescentes.

Parágrafo único – Com a extinção da cota do último beneficiário, extinta ficará, também, a suplementação da pensão”.

Assim, não tendo havido em momento algum a alegação de violação ao artigo 41, a alegação de repactuação não tem qualquer relação com a demanda e com a causa de pedir e pedido do reclamante, motivo pelo qual não merece ser considerada.

Mantenho.

## RECURSO DO RECLAMANTE

### ACÚMULO DE FUNÇÕES

Inconformado com o capítulo de sentença que indeferiu o pedido de quitação das diferenças salariais decorrentes do alegado acúmulo de funções, insurge-se a parte autora ao fundamento de que a reclamada, na contestação, não impugnou de forma específica o fato alegado na inicial, os documentos de fls. 293/299 denominados de “Requisitos de Carreira” não indicam a previsão de direção de veículos como atividade inerente do cargo ocupado, e, por fim, o preposto incorreu em confissão ao reconhecer que o demandante dirigia veículos da reclamada para transportar equipamentos.

Ao exame.

A jurisprudência tem entendido pelo direito ao “plus” salarial quando o empregado é desviado para exercer atribuições mais complexas e com maior nível de exigência técnica do que aquelas para as quais fora contratado e remunerado ou quando acumula responsabilidades outras que exorbitem do seu contrato de trabalho.

A demandada, em defesa, narrou que o demandante não acumulava a função de motorista, à medida que executava atividades notadamente externas como técnico ambiental, necessitando de constante deslocamento



com o veículo da empresa, para efetuar as visitas de campo, coletas de dados e verificação de tratamento de resíduos e levantamento de áreas, tarefas inerentes ao seu cotidiano.

Uma vez negado, pela reclamada, o acúmulo de função – fato constitutivo do direito do autor – recaiu sobre este o ônus de prová-lo, a teor do que dispõe o art. 818, da CLT c/c o art. 333, I, do CPC.

Ao prestar depoimento, a parte autora confessou claramente a inexistência de qualquer acúmulo de função, declarando que “...que fazia parte das atribuições do depoente dirigir veículos da primeira reclamada com equipamentos de emergência ambiental;...”

Afora isso, ao revés do que alega a recorrente, o preposto do demandado não incorreu em qualquer confissão, somente porque reconheceu que existiam motoristas terceirizados dirigindo veículos da empresa. Nota-se que não esclareceu em que setor ou atividades tais profissionais auxiliavam a recorrente.

Mantenho.

#### HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA

Investe o reclamante em face do capítulo de sentença que indeferiu os pleitos de pagamento das horas extras, intervalos intrajornada, com integração e reflexos.

Sustenta que a primeira reclamada não apresentou qualquer controle de jornada válido, malgrado possuísse muito mais que dez empregados em seus quadros, pugnando, assim, pela aplicação da Súmula 338, I, do TST. Argumenta, ainda, que os relatórios de frequência de fls. 347/401 não servem como meio de prova, à medida que deixam de contemplar seus horários de entrada e saída e, nos pouquíssimos períodos de efetivo registro, a jornada é diversa da apontada pela defesa.

Com referência ao intervalo, alega que a própria prova documental colacionada contém a pré-assinalação de um horário fixo e invariável com a indicação de gozo de apenas 45min, o que demonstra a ilegalidade cometida.

Pugna, por fim, pela aplicação do divisor 200, no cálculo das horas extras, sem falar no reconhecimento de dois dias de RSR na semana.

Ao exame.

Ao apresentar o voto condutor assim me manifestei:

*Contando a empregadora com mais de dez empregados, estava obrigada a apresentar nos autos o registro manual, mecânico ou eletrônico de jornada, nos moldes do art. 74, § 2º, da CLT, de toda a relação de emprego.*

*Vale dizer, existindo preceito de ordem pública que estabelece para as empresas com mais de uma dezena de empregados, a obrigatoriedade do registro manual, mecânico ou eletrônico das jornadas dos empregados, o empregador que se enquadra nessa categoria de empresas, ao alegar jornada distinta da declinada na exordial, atrai para si o ônus de provar documentalmente a jornada alegada, independentemente de determinação judicial nesse sentido, sob pena de presunção “iuris tantum” da jornada alegada pelo autor no libelo.*

*Neste contexto, a reclamada colacionou os relatórios de acompanhamento de frequência de fls. 347/401 que não possuem qualquer tipo de assinatura. Nota-se que o demandante impugnou o valor probante da referida prova desde o momento da propositura da demanda, ao alegar “...Era adotado um controle de ponto que não refletia a efetiva jornada, razão porque não tem validade jurídica como meio de prova (fls. 03)...”.*

*Com efeito, reza o art. 212 do Código Civil Brasileiro “in verbis”:*

*“Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*

*I - confissão;*

*II - documento;*

*III - testemunha;*

*IV - presunção;*

*V - perícia.”*

*Destarte, estes são os meios de prova admitidos em direito. Ora, exigindo a CLT prova documental pré-constituída quanto à jornada de empregados cujas empresas empregadoras possuam mais de dez empregados, há que se perquirir em qual dos incisos anteriormente transcritos se incluiriam esses controles de ponto. Só uma resposta é cabível, qual seja, a de constituírem tais controles prova documental.*

*Em se constituindo os controles de ponto prova documental, estes deverão preencher os requisitos legais para se caracterizarem como documento.*

*Dessa forma, verifica-se que a presunção de veracidade das declarações constantes de um documento reclama a existência de assinatura da parte contra quem é este produzido. “Mutatis mutandis”, declaração apócrifa não é documento, não comporta qualquer presunção de veracidade e, portanto, permanece com a parte que o produziu o ônus da prova.*

*Entender-se de forma contrária resultaria em permitir ao empregador a produção unilateral de qualquer controle de jornada, com registro dos horários de sua conveniência, para anexação aos autos do processo.*

*Por conseguinte, e abraçando o entendimento doutrinário anteriormente transcrito, entendo que no caso dos autos permaneceu com a empresa o ônus de provar a jornada por ela alegada em sua defesa, do que não cuidou, prevalecendo a jornada da inicial, se não vejamos.*

Neste quorum julgador, formado por esta relatora e pelos Desembargadores Graça Laranjeira e Renato Simões, prevaleceu, no entanto, o entendimento de que os controles de ponto apócrifos são válidos.

Assim fundamentou o Exmo. Desembargador Renato Simões:

*“...Não vislumbro vício nos cartões de ponto que estão sem a assinatura do empregado, ante a ausência de previsão legal impondo tal obrigação, de modo que os referidos documentos têm valor probante, não havendo falar na jornada narrada na inicial quanto ao período que registram, notadamente porque apresentam jornada variada, e foram inclusive eleitos como meio de prova pelo reclamante...”*

Por esta razão, prosseguiu a Relatora no exame dos fatos através da verificação da prova testemunhal e dos papéis anexados aos autos com registro de jornada.

Deste exame, extrai-se que a prova documental coligida, em sua vasta maioria, não possui qualquer registro dos horários de entrada, intervalo e saída. Em pouquíssimos meses, aponta registros incompletos de horários diversos dos apontados na contestação. Assim, em sua totalidade, as folhas de frequência não possuem valor probatório algum, razão pela qual acolho a jornada da inicial, ante a inexistência de prova em sentido contrário.

Narrou, na inicial, o demandante que laborava, em média, das 07h15min as 17h30min, de segunda a sexta-feira, com intervalo de 40min, laborando nesta mesma jornada em um sábado e domingo no mês.

Daí porque dou provimento ao apelo para deferir o pagamento das horas extras, com adicional de 50%, laboradas além do limite de oito horas diárias e 44 semanais, a partir da jornada declarada na inicial, com integração e reflexos em Férias e 1/3, 13º salários, FGTS, consoante pedido A, da inicial.

Registro que a cláusula 17ª dos Acordos Coletivos residentes nos autos garante o pagamento do adicional de 100% somente para as horas extras laboradas nos dias de sábados, o que deve ser observado na liquidação do julgado.

No que toca a quantificação das horas extras, tendo em vista que o demandante foi contratado para trabalhar de segunda a sexta-feira, acolho o pedido de aplicação do divisor 200, tal qual reconhecida pela reclamada às fls. 281.

Em relação ao intervalo intrajornada, entendo devido o pagamento correspondente a uma hora acrescida do adicional legal para os dias efetivamente trabalhados.

Tecnicamente, não se trata aqui de hora extraordinária, porquanto quando suprimido o intervalo intrajornada o seu pagamento se impõe, independentemente de ter havido ou não labor excedente à jornada legal, sendo devido o pagamento da hora normal acrescida de no mínimo 50%, consoante previsto no art. 71, §4º, da CLT, e também em conformidade com o entendimento revelado na Súmula 437, I, do TST.

O parâmetro adotado para pagamento da indenização (hora acrescida do adicional de no mínimo 50%) é que se assemelha ao utilizado para pagamento de horas extras.

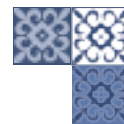
O pagamento do intervalo na sua totalidade se justifica como indenização ao empregado ante a atitude do empregador que não concedeu o intervalo mínimo de uma hora, porquanto em assim agindo, desvirtuou a finalidade do instituto, que é exatamente garantir ao obreiro o tempo mínimo de descanso necessário ao refazimento de suas energias.

Quanto à integração, é importante salientar que muito embora entenda se tratar de indenização, penso que ante a habitualidade com que a parcela é devida sofre, assim como os adicionais de periculosidade e insalubridade, a influência da força atrativa do salário passando a integrá-lo.

Embora com outro fundamento, ou seja, entendendo pela natureza salarial, outro não é o posicionamento do TST que se encontra sedimentado também na Súmula 437, inciso III, que assim dispõe:

*III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais...*

Por conseguinte, concluo por dar provimento ao recurso do reclamante e deferir o pagamento de 1 (uma) hora diária acrescida do adicional de 50%, com integração e reflexos em Férias e 1/3, 13º salários, FGTS, consoante pedido B, da inicial.



## DIFERENÇAS DE RSR SOBRE AS HORAS EXTRAS

Persegue o demandante o pagamento das diferenças de RSR em decorrência das horas extras postuladas e pagas no curso do contrato de trabalho, bem como sua integração e quitação dos reflexos em Férias e 1/3, 13º salários, FGTS, consoante pedido A.1 da inicial. Pugna pela observância dos sábados e domingos como dias de repouso semanal remunerado.

Procede, em parte, a alegação.

Isto, porque, pelo pagamento da remuneração do obreiro ter sido considerada mensal, recebeu, ao longo da relação de emprego, embutido no seu salário, o valor correspondente aos dias de repouso semanal remunerado.

Todavia, sendo as horas extras pagas em função dos dias efetivamente laborados, imperativo o deferimento da diferença de repouso semanal remunerado sobre estas. Tratando-se tal diferença de parcela salarial, efetivamente integra a remuneração para os efeitos de pagamento das diferenças postuladas. Tal deferimento não resulta em bis *in idem*. O principal de parcelas devidas em decorrência do contrato de trabalho é auferido com base na remuneração mensal correspondente aos trinta dias. As horas extras são pagas em face dos dias efetivamente prestados, ou seja, não se observa a remuneração mensal. Por isto é devida a diferença de repouso remunerado de sorte a se formar a remuneração mensal (trinta dias) de horas extras, e, é esta totalidade (remuneração de trinta dias de horas extras), que deve ser integrada para efeito de pagamento das parcelas reflexas.

Não obstante, considerando a submissão do demandante ao turno administrativo, penso não que foi criado para estes trabalhadores uma proporção de repouso remunerado superior à fixada na Lei nº 605/49. Destarte, para os trabalhadores em turno administrativo, tem-se cinco dias de trabalho e um dia de repouso, valendo ressaltar que os acordos coletivos da categoria não consideram o sábado como dia de repouso, estabelecendo-, por outro lado, como dia de folga – Cláusula 79.

Reformo, pois, para deferir as diferenças de RSR em razão das horas extras quitadas e deferidas no bojo desta decisão, observando o percentual de 23,81% e a dedução dos valores pagos a igual título.

### INTEGRAÇÃO DO ANUÊNIO NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

Investe o reclamante em face do capítulo de sentença que indeferiu o pedido de pagamento das diferenças de adicional de periculosidade decorrente da integração do anuênio regularmente quitado pelo reclamado. Sustenta que o adicional por tempo de serviço “...é salário porque integra a remuneração fixa do obreiro em caráter permanente, independente do cargo ou da função exercidos, e por este motivo deve compor o cálculo do adicional de periculosidade...”.

Ao exame.

Ao apresentar o voto condutor assim me manifestei:

*“Dispõe o art. 193, da CLT:*

*“Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.*

*§ 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.”*

Pois bem.

Considerando que a cláusula 5ª dos acordos coletivos não trata da natureza jurídica da parcela e que a Súmula 203 do c. TST dispõe que a gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais, deve ser reformada a decisão a quo.

Aliás, este é posicionamento adotado por esta 2ª Turma, nos termos do julgamento proferido nos autos do processo nº 00680-75.2010.5.05.0161, o qual transcrevo como razões para o deslinde da presente controvérsia:

*“...a regra prevista no art. 193 da CLT, ao especificar as parcelas que integram o salário para efeito de cálculo do adicional de periculosidade, deve ser interpretada em conformidade com o disposto no art. 457, § 1º do mesmo diploma legal:*

*Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.*

*§ 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.*

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Sem destaques no original).

Entendo que o conceito de salário está fixado no art. 457 da Consolidação Trabalhista, e engloba também as gratificações percebidas, de modo que a interpretação aplicada só pode ser a sistemática e não a literal.

Maurício Godinho Delgado[1] salienta que as gratificações têm caráter contraprestativo, pois com o seu pagamento ocorre elevação da retribuição pecuniária deferida ao obreiro no desenrolar do contrato de trabalho; embora ressalve que sua efetiva potencialidade para produzir efeitos nas demais parcelas contratuais tenha que observar o atendimento a certo requisito. E prossegue o doutrinador a explicar duas correntes de interpretação sobre o tema: subjetivista e objetivista; tendo a jurisprudência brasileira se pautado pela segunda (moderna), diante da posição do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 207 - As gratificações habituais, inclusive a de natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário; que se coaduna com a manifestação constante da Súmula nº 203 do TST:

**GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL.** A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais.

De acordo com tal entendimento[2], não há que se perquirir a intenção instituidora da figura jurídica, já que decorre de mera liberalidade do empregador (em regra); ao contrário, a incorporação está pautada no critério da habitualidade do pagamento, estritamente objetivo, atado ao caráter oneroso do contrato empregatício, que não acolhe a idéia de meras graciosidades repetidas ao longo do cumprimento contratual.

Por sua vez, aplica-se analogicamente a interpretação constante da Súmula nº 191 do TST disciplina que:

O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

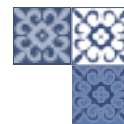
Depreende-se, por conseguinte, que o adicional de periculosidade deve incidir sobre o salário básico sem o acréscimo de outros adicionais. Resta definir se os anuênios e a outra verba percebida pela autora agregam-se ao valor do salário base com o fim de integrar também a base de cálculo do adicional de periculosidade.

Francisco Antonio de Oliveira[3], ao comentar a referida Súmula 191, diz:

(...) o anuênio, o biênio, o quinquênio ou outro nomen juris que se institua para nomear o tempo de serviço na empresa, amalgama-se ao salário com animus de definitivo e a ele se incorpora, não havendo como desdizer o fato gerador que o originou, salvo pela rescisão contratual. Vale dizer, não tendo o anuênio a dignidade de 'adicional', mas de verdadeiro salário, compõe a base de cálculo para o pagamento do adicional de periculosidade.

Logo, tem-se que o art. 193, § 1º, da CLT bem como a Súmula nº 191 do TST, levam ao entendimento de que o adicional de periculosidade deve ser calculado sobre o salário básico do empregado, do qual fazem parte os anuênios. Nessa senda, afasta-se a aplicação da orientação constante da Súmula nº 70, cuja aprovação ocorreu em 1978, em nome de interpretação atualizada daquela Corte:

**RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. [...] BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ANUÊNIO. INTEGRAÇÃO. NATUREZA SALARIAL.** A Súmula nº 191 do C. TST, ao estabelecer que o adicional de periculosidade não incide sobre o salário acrescido de outros adicionais, se referiu aos adicionais de natureza indenizatória. Contudo, o adicional por tempo de serviço possui natureza salarial, nos termos da Súmula nº 203, e deve integrar o salário do empregado para todos os fins, especialmente por se atrelar ao salário básico de forma definitiva. Recurso de revista não conhecido. [...]. Recurso de revista não conhecido. (RR - 79100-66.2008.5.04.0008



, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 02/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 11/02/2011);

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO. INTEGRAÇÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. Explicitando o Regional que o adicional por tempo de serviço integra o salário básico do empregado, não se cogita de contrariedade à Súmula 191/TST. 2. MULTA DO ART. 477 DA CLT. Sendo necessário o revolvimento de fatos e provas (Súmula 126/TST), não merece conhecimento o apelo. 3. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS. Revelado o caráter protelatório dos embargos declaratórios, correta a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 18922-10.2010.5.04.0000, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 10/08/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 19/08/2011).*

*Em idêntico sentido a jurisprudência deste Quinto Regional:*

*ANUÊNIO. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. A inclusão do adicional por tempo de serviço - anuênio - na base de cálculo do adicional de periculosidade não viola o ordenamento jurídico. A Súmula 203 do C. TST esclarece que a gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais e a lei - art. 193, § 1º da CLT - não exclui expressamente a parcela. (Processo 0032900-20.2008.5.05.0122 RecOrd, ac. nº 026028/2009, Relatora Desembargadora NÉLIA NEVES, 4ª. TURMA, DJ 01/10/2009);*

*ANUÊNIO. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. A inclusão do adicional por tempo de serviço - anuênio - na base de cálculo do adicional de periculosidade não viola o ordenamento jurídico. A Súmula 203 do C. TST esclarece que a gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais, isto é, o adicional de tempo de serviço se soma para efeito de cálculo de outras verbas e, como já dantes explanado, a lei - art. 193, § 1º da CLT - não exclui expressamente a parcela. A CFB preconiza a isonomia e, consoante a jurisprudência pacificada, a Corte Maior trabalhista já admite que o adendo de periculosidade seja calculado com base em todas as parcelas de índole salarial percebidas pelos eletricitários (Súmula 191). (Processo 0087600-38.2007.5.05.0038 RO, ac. nº 001771/2008, Relator Desembargador VALTÉRCIO DE OLIVEIRA, 4ª. TURMA, DJ 15/02/2008);*

*O adicional de periculosidade incide sobre o anuênio. Inteligência do art. 193, § 1º da CLT. (Processo 0181600-45.2002.5.05.0025 RO, ac. nº 018111/2003, Redatora Desembargadora MARIA ADNA AGUIAR, 5ª. TURMA, DJ 07/11/2003).*

*Não se pode concluir pela existência de dispositivos de conteúdo e alcance distintos, pois a melhor interpretação a ser adotada à expressão “gratificações”, contida no § 1º do art. 193 da CLT, é somente ser possível a sua exclusão quando se tratar de parcela de natureza episódica, eventual, ligadas a fatores aleatórios, a exemplo da liberalidade do empregador.*

*Em se tratando, contudo, de gratificação que remunera a antiguidade do empregado, vinculada de modo objetivo ao fator tempo, prospera o pleito de inclusão na base de cálculo do adicional em foco.*

*Reformo, pois, para deferir o pagamento das diferenças de adicional periculosidade, em razão da integração do anuênio quitado pela primeira reclamada. Por conseguinte, ante a majoração do salário, acolho também o pedido de pagamento dos reflexos nas horas extras pagas, nas horas extras deferidas nesta decisão e respectivas diferenças em férias e 1/3, 13º salário e FGTS, conforme postulado no pleito “d” da inicial.”*

Neste quorum julgador, formado por esta relatora e pelos Desembargadores Graça Laranjeira e Renato Simões, prevaleceu, no entanto, o entendimento de que o anuênio não integra a base de cálculo do adicional de periculosidade.

Assim fundamentou o Exmo. Desembargador Renato Simões:

*“...O entendimento expresso na Súmula 191 do E. TST é no sentido de que: “O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. (...)”. A exceção é apenas quanto aos eletricitários, que a súmula adverte ser o cálculo do adicional de periculosidade composto sobre a totalidade das parcelas de*

*natureza salarial.*

*Não sendo o autor eletricitário, correta a PETROBRÁS ao calcular o pagamento do adicional sobre o salário básico do autor.*

*A Súmula 203 esclarece que o anuênio compõe a “remuneração” do autor e o adicional de periculosidade é pago sobre o “salário básico”. Assim, a Súmula 203 não serve como fundamento para o pagamento da diferença do adicional de periculosidade...”*

Assim, por maioria, resolveu a Turma manter a sentença, no particular, por seus próprios fundamentos.

REPERCUSSÃO DAS VERBAS POSTULADAS NA SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA (recurso do reclamante)

Pugna o demandante pela inclusão das parcelas de natureza salarial deferidas no curso desta demanda na suplementação de aposentadoria.

Ao exame.

Como visto no item anterior, o salário real de benefício era calculado a partir da soma de todas as parcelas estáveis da remuneração, de modo que todas as verbas de natureza salarial quitadas com habitualidade deveriam ter formado sua base de cálculo.

Daí porque houve, por consequência, majoração na base de cálculo da complementação de aposentadoria incontroversamente recebida pelo reclamante, valendo salientar o caráter salarial das parcelas deferidas.

Se à época do vínculo não foram pagas totalmente as parcelas a que fazia jus o trabalhador, é inegável que o salário de participação sobre o qual foi calculada a complementação da aposentadoria teve minorado o seu valor. Recompondo-se, através de decisão judicial, a base remuneratória do obreiro, impõe-se a requantificação do benefício e o pagamento das diferenças daí advindas. Para preservar o equilíbrio atuarial e financeiro do plano, determina-se o desconto, por ocasião da liquidação do julgado, as cotas-parte de responsabilidade do autor.

Registre-se, por fim, que a própria norma instituidora do plano é expressa em determinar a incidência de todas as verbas remuneratórias no salário participação, o que, no caso concreto, reforça o convencimento ora exposto.

Reformo.

DIFERENÇAS DE GRATIFICAÇÃO DE CONTINGENTE – FÉRIAS DECORRENTES DAS VERBAS DEFERIDAS.

Persegue o demandante o pagamento das diferenças das verbas em epígrafe, ante a reforma da sentença quanto as parcelas salariais requeridas na presente demanda.

Ao exame.

De início é importante registrar que o contrato de trabalho ora em discussão se encontrava em vigor na época da vigência das normas coletivas. Não é demais lembrar que a aposentadoria do Reclamante somente ocorreu em 2009.

Peço venia para transcrever a cláusula 4ª do ACT 2007/2009 :

Cláusula 4ª- Gratificação de Contingente:

*“A companhia pagará de uma só vez a todos os empregados admitidos até 31 de agosto de 2007 e que estejam em efetivo exercício em 31 de agosto de 2007, uma Gratificação Contingente, sem compensação e não incorporado aos respectivos salários, no valor correspondente a 80% (oitenta por cento) da sua remuneração normal, excluídas as parcelas de caráter eventual ou médias.”(grifo)*

Pois bem.

Na inicial argumentou a reclamante que, como parte dos pedidos repercute no aumento da remuneração da parte autora, o seu deferimento enseja diferença da gratificação contingente.

Diferentemente dos reajustes camuflados de aumento de nível aos trabalhadores da ativa, a gratificação de contingente foi paga uma única vez aos empregados, sem incorporação do percentual aos salários, sendo legítimas as diferenças de tal gratificação, como postulado no item VII da causa de pedir.

De igual modo, o acréscimo de um terço às férias que a Constituição estabelece é o mínimo. Se a empregadora concede ao empregado um acréscimo maior, tal valor deve ser integrado ao salário para o pagamento de diferenças, dada a sua natureza salarial.

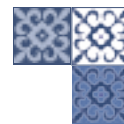
Reformo, pois, para deferir o pagamento das diferenças de gratificação de contingente e gratificação de férias em face da condenação no pagamento das horas extras, intervalo, diferenças de RSR e diferenças de periculosidade.

PAGAMENTO DA SUPLEMENTAÇÃO DESDE A DATA DA APOSENTADORIA.

Avança o demandante em face do indeferimento do pleito de pagamento da suplementação de aposentadoria desde o momento da concessão do benefício previdenciário pelo INSS, sustentando ser esta a única condição imposta pelo regulamento da PETROS.

Ao exame.





Inicialmente, cumpre esclarecer que o posicionamento desta relatoria seguia o sentido de que as regras legais a serem aplicadas ao contrato de previdência privada seriam as da data da aposentadoria, conforme inteligência majoritária do STF, ao passo que, em referência às normas estatutárias e regulamentares do plano previdenciário, com espeque no disposto nas Súmulas 51 e 288, do TST, seria observado o que foi inicialmente contratado, ressalvadas as alterações posteriores mais benéficas quando se verificar que a aposentadoria ocorreu antes da E.C 20/98.

Todavia, após analisar mais detidamente a matéria, à luz do estudo apresentado pelo Exmo. Desembargador Renato Simões, modifiquei minha interpretação a respeito do pagamento da suplementação de aposentadoria a partir de sua concessão por parte do órgão previdenciário, passando a entender que as regras pactuadas antes da edição da Lei Complementar 108/2001 seguem o quanto estabelecido no momento da admissão do trabalhador, com alterações mais benéficas, e não do quanto previsto pela legislação na época do afastamento voluntário.

Afirmou o I. Colega:

*“...Entendo que não assiste razão à reclamada quanto à aplicação da Lei Complementar nº 108/2001 ao caso do reclamante. A lei, a meu ver, só se aplica aos contratos e situações jurídicas posteriores a ela, jamais àqueles contratos celebrados sob a égide de lei anterior, muito menos quando o pactuado para o futuro era cláusula obrigacional expressa, perfeita e acabada.*

*Ao ingressar no plano de previdência complementar em 1983, que se regulava por norma legal específica, autorizatória da realização daquele tipo de ajuste, visando não uma suplementação salarial pelo rompimento de vínculo empregatício, mas uma garantia de que, implementada a condição contratualmente prevista e objeto do próprio contrato, representada pelo atingimento do ato aposentatório, deveria receber o benefício para o qual contribuiria, desde o momento em que assim contratou, o recorrente se pôs ao abrigo do ato jurídico perfeito, não se podendo, sem afronta à CF, e ao princípio da força obrigatória dos contratos, representado pelo “pacta sunt servanda”, alterar o pactuado.*

*Não se trata aqui de contrato de trabalho, nem de aplicação das regras protecionistas, nem tampouco de integração de direitos a este tipo de contrato. O contrato em tela tem natureza privada, não se contaminando, nem se estendendo a contratos de natureza pública, ou focados em direitos públicos, conquanto voltados para uma necessidade de equilíbrio de sobrevivência do cidadão economicamente produtivo, decorrente de uma limitada garantia previdenciária.*

*Só se adere a este tipo de contrato, porque não se tem a possibilidade de, mesmo num regime contributivo, garantir que se permanecerá sempre com o mesmo patamar salarial, sofrendo a redução dos seus ganhos, exatamente no momento da vida em que deles mais se necessita, para a compensação de toda uma vida de trabalho.*

*A implantação de tal sistema atuarial, subtraindo do Estado a responsabilidade por tal equilíbrio, transfere para a esfera privada esta responsabilidade, passando aquele apenas a ter atividades reguladoras de mercado, para assegurar que os contribuintes privados não sofram lesões capazes de causarem desequilíbrios sociais.*

*Por isso a previsão constitucional de que, “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.*

*Por certo não se pode desprezar tão significativo desiderato constitucional e em 2001 implantou-se nova sistemática voltada à cessação do vínculo com o ente patrocinador. Mas só em 2001.*

*Antes, vigora o pactuado.*

*O recorrente contratou com a Petros, na qualidade de “Mantenedor-Beneficiário, “A suplementação de aposentadoria por tempo de serviço” a que faz jus, “enquanto lhe for concedida a aposentadoria por tempo de serviço pelo INPS “(art. 23) - Regulamento de 1975). Como ensina Orlando Gomes (Contratos, Ed.Forense, pág43),*

*“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as*

*circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução o arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.*

*Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.*

*O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de libertação por ato seu.*

*As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrem motivos que justifiquem a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para modificação do seu conteúdo.*

*Dada ao princípio da força obrigatória dos contratos essa inteligência larga não se apresenta como corolário exclusivo da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar.*

*A necessidade lógica de preservar de estranhas interferências a esfera da autonomia privada conduziu necessariamente ao robustecimento do princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos. No contexto normal desse princípio, não seria possível admitir que superveniência de acontecimentos determinantes da ruptura do equilíbrio das prestações pudesse autorizar a intervenção do Estado, pelo órgão da sua magistratura, para restaurá-lo ou liberar a parte sacrificada. Cada qual que suporte os prejuízos provenientes do contrato. Se aceitou as condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente impede se socorra da autoridade judicial para obter a suavização, ou a libertação. Pacta sunt servanda. Ao direito é indiferente a situação a que fique reduzido para cumprir a palavra dada.”*

*A relativização da intangibilidade dos contratos, tanto a decorrente da cláusula “rebus sic standibus”, quanto à lastreada na Teoria da Imprevisão, somente se opera quando, por força das circunstâncias, por absoluta imprevisibilidade, a obrigação onere de tal forma uma das partes que o reduza à ruína.*

*É ainda o velho mestre quem adverte na mesma obra, pág. 47:*

*“Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração do estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando conseqüências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da alea que todo contrato dependente do futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações.”*

*No caso em tela, o equilíbrio financeiro contratual não se altera pelo pagamento da suplementação pactuada ao contratante. Isto decorre da obrigação assumida, esteja ele trabalhando, ou sem trabalhar. É irrelevante o fato, mesmo porque, se ele romper o vínculo com o patrocinador e voltar a trabalhar para outro empregador, não perderá o direito à suplementação.*

*A barreira que a ele se levanta, com a aplicação de uma lei que a ele não se estende, editada para conformar situações futuras, obrigando-o a se afastar do emprego para poder receber a prestação de uma forma diferente do que foi ajustado, importa em interferência jurídica, que não pode ser tolerada. Se está, aí, interferindo na própria vontade consensual. Impondo-se a mudança da regra do jogo durante o próprio jogo, e o que é pior, mudando-se, compulsoriamente, o próprio objeto contratual. É como contratar para receber uma casa ao final de determinado tempo, pagando durante longos anos as prestações necessárias*



ao seu recebimento, e receber, no lugar dela, uma bicicleta, porque a nova lei disse que naquele tipo de contrato, a partir de um determinado momento, a prestação devida é uma bicicleta e não uma casa.

Também não vejo qualquer razão para se admitir que a entidade de previdência complementar, de caráter fechado, tenha por escopo a manutenção do padrão de renda anterior para o período posterior ao rompimento do vínculo e não a elevação desse patamar salarial.

O escopo da entidade tem que ser o de cumprir o pactuado com os seus associados.

Pela mesma forma não concordo com o entendimento de que “a pretensão viola os ideais constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária, com base numa ordem econômica fundada no pleno emprego, pois provocaria elevado e injustificável acúmulo de renda em uma só pessoa, em detrimento dos direitos e interesses dos demais integrantes da sociedade”.

Na realidade tal raciocínio encerra violação aos próprios ideais citados, na medida em que exige do aposentado o afastamento do emprego que mantém, por sua própria hígidez, apesar do jubramento. Castiga-o, impedindo-o de ter, ao final da sua vida produtiva, um conforto maior, representado por um ganho a mais, e pelo qual contribuiu durante toda a sua vida.

Uma sociedade livre, justa e solidária não pode entender que o velho deva ser alijado do emprego para dar lugar ao novo, pela simples inexistência de novas vagas no mercado de trabalho. A renda por ele percebida em complementação, em razão de ter contribuído para tanto, não caracteriza injustificável acúmulo de renda em uma só pessoa, nem usurpa direitos e interesses dos demais integrantes da sociedade”.

Ao contrário, é a maior medida de justiça que a nação poderia proporcionar ao cidadão economicamente ativo, envelhecido pelo trabalho e pela falta do dinheiro mensal que teve de despendar ao longo de sua vida, para bancar, em substituição ao próprio Estado, a sua sobrevivência digna até a morte...”

Nesta mesma linha de interpretação, há precedentes do Eg. TST, nos termos dos seguintes julgados:

*“...COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REGULAMENTO APLICÁVEL. SÚMULAS N.ºS 51, I, E 288 DO TST. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. CONDIÇÃO PARA A PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO.*

*Segundo a Súmula n.º 288, a complementação de aposentadoria rege-se pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.*

*No caso vertente, o reclamante foi admitido pela Petrobrás na vigência do Regulamento Básico da Petros que, em seu artigo 23, garantia que a suplementação da aposentadoria por tempo de serviço seria concedida ao mantenedor beneficiário enquanto lhe fosse concedida a aposentadoria por tempo de serviço pelo INSS.*

*Desse modo, o Tribunal Regional, ao aplicar as normas vigentes à época da aposentadoria do obreiro e concluir que não é o fato de se aposentar junto ao INSS que gera o direito à percepção do benefício suplementar, devendo ocorrer, ainda, o desligamento do emprego, contrariou as Súmulas n.º 51, I e 288. Precedentes.*

*Recurso de revista conhecido e provido.*

*Processo: RR - 241100-44.2009.5.20.0004 Data de Julgamento: 13/03/2013, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013.*

*RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REGULAMENTO APLICÁVEL. ÉPOCA DA ADMISSÃO.*

*A complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito. É o que orienta a súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho.*

*Conhecido e provido.*

*Processo: RR - 219-75.2011.5.09.0026 Data de Julgamento: 20/02/2013, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2013.*

*RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REGULAMENTO APLICÁVEL. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS APÓS APOSENTADORIA PERANTE O INSS. O regulamento aplicável quanto à complementação de aposentadoria do reclamante é aquele vigente à época de sua admissão, nos termos das Súmulas nos 51 e 288 do c. TST. Recurso de revista conhecido e provido.*

*Processo: RR - 1696-90.2011.5.20.0006 Data de Julgamento: 12/12/2012, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013.*

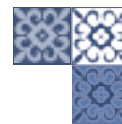
*RECURSO DE REVISTA. 1. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA JUDICIAL. DECISÃO DO STF NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 586453 E 583050, DE 20.02.2013, COM REPERCUSSÃO GERAL. Esclareça-se que o presente processo não trata de competência judicial quanto a pleito de complementação de aposentadoria. Contudo, de todo modo, por se tratar de feito com sentença, está mantida a competência da Justiça do Trabalho, em face da modulação de efeitos determinada pelo STF no julgamento dos Recursos Extraordinários 586453 e 583050, de 20.02.2013, com repercussão geral. 2. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. REGULAMENTO APLICÁVEL. DESLIGAMENTO DEFINITIVO. CONDIÇÃO NÃO EXIGIDA. O Regional, ao condicionar a percepção da suplementação de aposentadoria ao desligamento definitivo do Reclamante da Petrobrás, desconsiderando as normas internas vigentes na data de admissão do Reclamante, as quais não impunham tal condição, contrariou as Súmulas 51, I e 288/TST. Assim, nos termos do Regulamento vigente à época de admissão do empregado, a aposentadoria pelo INSS enseja a percepção da complementação de aposentadoria, ainda que mantido o vínculo de emprego com a Petrobrás. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1984-78.2010.5.20.0004, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/04/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2013)*

Daí porque, valendo-me dos ensinamentos acima destacados, dou provimento ao apelo do demandante para deferir o pagamento das diferenças de suplementação de aposentadoria, a partir de sua concessão pelo INSS até o término da relação empregatícia, conforme postulado no item “L” da inicial.

Acordam os Desembargadores da 2ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos das demandadas, salvo o tópico de complemento da RMNR agitado pela primeira reclamada e custeio alegado pela segunda, e, no mérito, à unanimidade, negar-lhes provimento. Também à unanimidade, conhecer do recurso do reclamante e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para incluir na condenação: a) o pagamento das horas extras, com adicional de 50% de segunda a sexta-feira e 100% aos sábados, laboradas além do limite de oito horas diárias e 44 semanais, a partir da jornada declarada na inicial, com integração e reflexos em Férias e 1/3, 13º salários, FGTS, observando-se os parâmetros da fundamentação; b) o pagamento de 1 (uma) hora diária acrescida do adicional de 50%, com integração e reflexos em Férias e 1/3, 13º salários, FGTS, consoante pedido B, da inicial; c) as diferenças de RSR em razão das horas extras quitadas e deferidas no bojo desta decisão, observando o percentual de 23,81% e a dedução dos valores pagos a igual título.; d) diferenças de suplementação de aposentadoria ante integração no salário de benefício de todas as verbas remuneratórias ora deferidas; e) diferenças de suplementação calculadas a partir da data de concessão pelo INSS da aposentadoria até a extinção do contrato de trabalho; f) o pagamento das diferenças de gratificação de contingente e gratificação de férias, nos termos da fundamentação. Vencida a Relatora que entendia pela imprestabilidade, enquanto prova, de controle de pontos apócrifos e provia o apelo do reclamante para incluir na condenação o pagamento das diferenças de adicional periculosidade, em razão da integração do anuênio quitado pela primeira reclamada e reflexos nas horas extras pagas, nas horas extras deferidas nesta decisão e respectivas diferenças em férias e 1/3, 13º salário e FGTS; vencida a Exma. Desembargadora Graça Laranjeira que excluía da condenação as diferenças decorrentes da integração da diferença de repouso remunerado ao salário e mantinha a sentença quanto as diferenças de suplementação de aposentadoria em data anterior à extinção do contrato de trabalho. Resolve, ainda, a Turma declarar a natureza salarial das horas extras, intervalos, diferenças de RSR, além de majorar o valor atribuído à condenação para R\$50.000,00 e das custas processuais, pelas reclamadas, no valor de R\$ 1.000,00.

Salvador, 02 de Outubro de 2013

LUÍZA LOMBA  
Desembargadora Relatora



## RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000463-88.2011.5.05.0131RecOrd

Desembargador Relator  
**NOBERTO FRERICHES**

Acórdão  
(5ª Turma)  
Recurso Ordinário  
nº0000463-88.2011.5.05.0131RecOrd

RECORRENTE(s): Luiz Alberto Alves Figueredo

RECORRIDO(s): Kordsa Brasil S.A.

RELATOR(A): Desembargador(a) NORBERTO FRERICHES

DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONCAUSA. Ainda que o trabalhador seja portador de doença degenerativa, o que impediria o reconhecimento de doença ocupacional para efeitos previdenciários, sendo demonstrado que as atividades desenvolvidas na empresa atuaram como concausas para o agravamento da enfermidade suportada pelo Obreiro, ainda que em época passada, deve o empregador ser responsabilizado pelo dano, porquanto presente o nexo de concausalidade entre o ato e o dano. No caso dos autos, pode ser verificada a omissão patronal no que concerne ao dever de zelar pela saúde do empregado, implicando em culpa pelo evento danoso, caracterizando o ato ilícito, em face da desobediência ao disposto no art. 157 da CLT. O dano restou cabalmente provado por meio de exames médicos. Assim, presentes os requisitos autorizadores, há que se deferir a indenização por dano moral e material.

311

LUIZ ALBERTO ALVES FIGUEREDO, nos autos da reclamação trabalhista que move contra KORDSA BRASIL S.A., interpôs RECURSO ORDINÁRIO, sob os fundamentos contidos às fls. 511/533, visando a reforma da sentença de fls. 508/510. A Reclamada apresentou contrarrazões às fls. 539/544. Manifestação do Ministério Público do Trabalho às fls. 550/556.

### É O RELATÓRIO.

### VOTO

#### DO ACIDENTE DE TRABALHO – DANOS MORAIS

O Reclamante aduz que a doença de que foi acometido tem estrita relação com o trabalho. Aduz que o laudo pericial que sustentou a decisão de base é imprestável em razão de não observar diversos documentos constantes dos autos, como o documento confeccionado pela própria Recorrida incluindo o autor na cota de deficientes físicos da empresa, os laudos de outros peritos que inspecionaram o ambiente de trabalho e por fazer alusão a documentos de exames radiológicos que inexistem nos autos.

Alega também o Reclamante não terem sido adotados os procedimentos necessários para se verificar o nexo de causalidade entre o infortúnio e as atividades desenvolvidas na empresa, a exemplo da análise do posto de trabalho do obreiro. Assevera a existência de lesões em outros trabalhadores que exerciam atividades semelhantes às suas, conforme atestam os laudos constantes dos autos, o que reforça o vínculo de causalidade da patologia da coluna, que exigia grau máximo de esforço.

Sustenta que o laudo pericial do Juízo apresenta inúmeras contradições relativas ao nexo de causalidade e a incapacidade, bem como a ausência de esclarecimentos sobre a matéria.

Alega também que a Reclamada juntou aos autos a CAT emitida pela mesma em 27.08.2002, estando o Autor afastado por Auxílio Doença Acidentário – B91 – até a presente data, sendo que a Acionada jamais impugnou a aludida decisão do órgão previdenciário.

Pugna pela reforma da sentença para que seja deferido o pagamento a título indenização por danos morais e materiais decorrentes da doença ocupacional.

Ao exame.

Segundo o sistema do livre convencimento motivado, consagrado em nosso ordenamento jurídico-processual, tem o juiz a livre apreciação da prova dentro do material probatório constante dos autos, devendo fundamentar a sua decisão demonstrando as razões de seu convencimento. Além disso, deve o julgador conduzir o feito sempre observando os limites impostos à lide.

Entretanto, com a devida vênia, impende advertir que o Juízo “a quo”, a meu ver, inobservou determinados aspectos cruciais para a verificação da ocorrência do infortúnio laboral.

No caso, não foi constatada a existência de doença relacionada à atividade laboral exercida do empregado pelo Juízo a quo, que acolheu exclusivamente a prova pericial “*em todos os seus termos, inclusive porque suplanta, em hierarquia e especificidade, as demais provas perpetradas*” (fl. 509). Vale ressaltar, porém, que o Juiz deve cotejar todas as observações que lhe forem apresentadas, manter sua percepção aguçada diante dos indícios, valorando no caso concreto as provas que lhe são apresentadas, não necessariamente hierarquizando-as, mas identificando a força que cada uma delas pode ter no caso concreto.

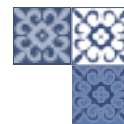
Assim, no caso em questão, o Magistrado de base não agiu com acerto ao considerar o laudo pericial como elemento idôneo para afastar a culpa e o nexo de causalidade das doenças apresentadas pelo Reclamante. O laudo pericial, de fato, apresenta vícios que maculam a sua credibilidade perante o caso, devendo o mesmo ser desconsiderado, sendo as demais provas documentais produzidas suficientes para julgar o feito, senão vejamos.

Conforme apontado pelo Reclamante, à fl. 378, ao responder ao quesito de número 25 apresentado por este, em que se questiona se “*existe nos autos documento da própria Reclamada, estabelecendo que O OBREIRO É DEFICIENTE PERMANENTE*”, respondeu o expert que “não”, a despeito de existir nos autos o citado documento à fl. 316 que atesta o inverso.

Além disso, não foi feita visita ao local de trabalho do Autor, procedimento aconselhável pelo art. 2º da Resolução 1488/98, do Conselho Federal de Medicina, e de grande relevância para a constatação do nexo de causalidade entre o acidente e a atividade exercida. A falta desta diligência efetivamente enfraquece a confiabilidade no laudo do Juízo.

Desperta curiosidade o fato de, na conclusão do laudo, a perita reconhecer que “*o Reclamante laborou por cerca de 23 anos, sendo 14 de trabalho efetivo, na empresa Reclamada, exercendo atividades que o expunham a agentes ergonômicos e com necessidade de posturas inadequadas do tronco, esforços excessivos, levantamento de cargas frequentes e/ou pesadas*” para em seguida afirmar que “*apesar de tudo isso, não houve agravamento radiológico das suas lesões de coluna*” (fl. 371).

Aliás, na maioria dos quesitos apresentados pelo Autor, a resposta da perita foi sempre no neste sentido de mencionar que as atividades eram anti-ergonômicas e com excessivos esforços. Inclusive quando questionada se as condições de trabalho em posições forçadas e em gestos repetitivos foram responsáveis por ocasionar ou agravar as patologias do obreiro, a resposta foi afirmativa, apesar de não ter havido agravamento radiológico das lesões de coluna.



Entretanto, seguindo o mesmo trilhar do quanto exposto no elucidativo parecer do d. Ministério Público do Trabalho às fls. 550/556, diante dos diversos laudos médicos apresentados pelo Reclamante e dos laudos periciais de outros casos semelhantes em outras demandas desta Especializada não impugnados para Reclamada (fls. 286/314), outro caminho não há senão reconhecer que o Autor foi vítima de doença ocupacional relacionada ao exercício do seu ofício na empresa Demandada.

Portanto, o laudo pericial realizado revela inconsistência ao concluir pela inexistência de nexo de causalidade entre a patologia apresentada pelo Autor e as atividades exercidas. Não obstante o laudo constar a existência de um “caráter degenerativo” das patologias apresentadas, há de se reconhecer, em confronto com as demais provas produzidas, a existência de doença ocupacional associada a LER/DORT, mormente pelas atividades exercidas pelo obreiro que se configuraram como concausas para o dano à sua saúde, restando configurada a culpa da Reclamada, fazendo incidir ao caso a regra contida no inciso I do art. 21 da Lei 8.213/91.

Vale ressaltar que ao perito cabe apenas analisar a situação fática do empregado e enquadrá-lo no que couber, competindo ao julgador a adequação de sua conclusão aos limites da lide. Assim sendo, se o perito concluiu pela inexistência de doença ocupacional, tal situação fática será analisada em conjunto com as demais provas dos autos pelo Magistrado, que emitirá o seu juízo de convencimento acerca da matéria.

A teoria da responsabilidade civil está construída sobre a reparação do dano. Tal princípio emerge do art. 186 do Código Civil Brasileiro: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Nos autos, está provado o dano, conforme farta prova documental produzida nos autos relativas aos laudos periciais e documentos do INSS. Logo, deve o julgador, diante do caso concreto, levar em conta as condições *latu sensu* do Autor e da Ré, como também a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômico-financeira do agressor e as condições sociais, a sua permanência e seus reflexos no presente e no futuro, devendo, no entanto, ter o cuidado de não fixar valores ínfimos que não sirvam para desestimular as práticas ofensivas, nos casos em que o réu seja detentor de grande patrimônio econômico.

No caso dos autos o objetivo de compensar o reclamante, ante a ausência de parâmetros legais para fixar o quantum indenizatório, não deve ter como meta servir de enriquecimento da vítima, nem ruína para o empregador, motivo pelo qual deve ser considerada a sua condição econômica e assim aplicar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade preconizados no inciso V do art. 5º da CF/88.

Quanto à indenização por danos materiais, considero razoável como critério a expectativa de sobrevivência do Reclamante de 22 anos e a metade da última remuneração percebida pelo mesmo, correspondente a R\$ 1.000,00 (um mil reais), o que totaliza o importe de R\$ 286.000,00 (duzentos e oitenta e seis mil reais), incluindo apenas o 13º salário, em parcela única, bem como as despesas médicas futuras relacionadas ao infortúnio, visto que não há comprovação de prejuízos pretéritos. Já em relação à indenização a título de danos morais, considerando que o vínculo entre as partes foi mantido até o momento, o tempo que perdura a situação e gravidade das moléstias, esta Relatoria condena a Reclamada no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). O valor arbitrado está em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

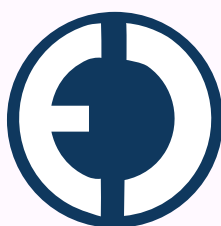
Logo, DOU PROVIMENTO ao recurso do Reclamante para, reconhecendo a existência de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, condenar a empresa Acionada ao pagamento de indenização a título de danos materiais em valor correspondente a R\$ 286.000,00 (duzentos e oitenta e seis mil reais), incluindo apenas o 13º salário, em parcela única, bem como as despesas médicas futuras relacionadas ao infortúnio, e, a título de danos morais, o importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Acordam os Desembargadores da 5ª. TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO ao recurso do Reclamante para, reconhecendo a existência de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, condenar a empresa Acionada ao pagamento de indenização a título de danos materiais em valor correspondente a R\$ 286.000,00 (duzentos e oitenta e seis mil reais), incluindo o 13º salário, em parcela única, bem como as despesas médicas futuras relacionadas ao infortúnio, e, a título de danos morais, o importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Fixa-se o valor da condenação ora imposta em R\$ 386.000,00 (trezentos e oitenta e seis mil reais) e custas em R\$ 7.720,00 (sete mil setecentos e vinte reais), a cargo da Reclamada.

Salvador, 28 de janeiro de 2014.

NORBERTO FRERICHS  
Desembargador Relator





REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO  
[www.trt5.jus.br/escolajudicial](http://www.trt5.jus.br/escolajudicial)

Colaborações e sugestões poderão ser  
encaminhadas para o email

[REVISTA.ESCOLA@TRT5.JUS.BR](mailto:REVISTA.ESCOLA@TRT5.JUS.BR)

