

Revista Eletrônica  
do Tribunal Regional  
do Trabalho da Bahia



Ano IV | nº 6 | Julho 2015

# Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano IV, número 6, julho de 2015

**PRESIDENTE:** Desembargador Valtércio Ronaldo de Oliveira

**VICE-PRESIDENTE:** Desembargadora Nélia de Oliveira Neves

**CORREGEDOR REGIONAL:** Desembargador Luiz Tadeu Leite Vieira

**VICE-CORREGEDORA REGIONAL:** Desembargadora Yara Ribeiro Dias Trindade

**DIRETORA 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 Sílvia Teixeira

**Organização:** Ana Lúcia Aragão

**Editoração:** Pedro Lima

# **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**

Ano IV, número 6, julho de 2015

## **Apresentação**

A sexta edição da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região apresenta mais uma vez trabalhos de excelente qualidade. Dos 29 trabalhos apresentados, 14 foram selecionados pelo nosso Conselho Editorial, envolvendo temas como direitos humanos, execução fiscal, direito à imagem, dentre outros, todos de autoria de desembargadores, juízes, advogados, servidores e estudantes de direito, da Bahia e de outros estados.

Inauguramos, ainda, um espaço dedicado à prosa e poesia dos magistrados e servidores do TRT, como sugestão do Conselho Editorial, brindando os leitores, nesta edição, com a poesia do magistrado Marivaldo Pereira.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Valtécio Ronaldo de Oliveira  
Desembargador Presidente do TRT5

## O Estado-Juiz

*Marivaldo Pereira*

Homens... *tout court!*  
Nada mais que homens...  
simples seres mortais...  
Como os prelados,  
assim somos nós outros,  
os juízes: “homens tirados  
do meio do povo para servir  
ao próprio povo!

A magistratura é sacerdócio,  
a magistratura é serviço...  
Somos serviços dos cidadãos,  
dos jurisdicionados...

Sem embargo,  
na ciência do Direito,  
dita Jurisprudência,  
alhures,  
costuma-se dizer  
que somos o Estado-juiz.

Então,  
parodiando o soberano francês,  
posso estufar o peito e proclamar:  
“*L'État-juge suis - moi!*”  
Sim, o Estado sou eu!  
Como não!

Mas não...  
Não vou cair  
nesta cilada,  
nem vou escorregar,  
de esparrela,  
nesta casca de banana...  
Saio na janela  
e vou respirar  
um ar diferente  
e sentir a fresca  
do vento curviana...

De minha parte,  
sentado à mesa de audiência,  
com a simplicidade  
de nossas vestes talares pretas,  
dou um intervalo  
e solicito à copeira  
que me traga um bule de café  
e uma xícara e,  
na minha insignificância,  
com bom humor,  
reclamo um privilégio:  
- “*Esperem! Deixem o Estado-juiz  
tomar um gole de café!*”

É o *quantum satis*  
a este pobre Estado-juiz!

Salvador – BA, 15 de maio de 2015.

# Sumário

## *Artigos*

Breves Considerações Acerca do Poder Disciplinar Empregatício no Ordenamento Justrabalhista Brasileiro <i>Adriano Lima Matos</i> .....	7
Fardamento Como Veículo de Propaganda: Necessidade de Fixação de Limites na Autorização pelo Empregado <i>Alessandra Dantas Camilo Correia</i> .....	23
Limites Constitucionais do Direito Fundamental ao Livre Exercício de Qualquer Trabalho, Ofício ou Profissão <i>André Luis Nacer de Souza</i> .....	31
Execução Efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal - a interpreta- ção sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN <i>Ben-Hur Silveira Claus</i> <i>Júlio César Bebbber</i> .....	48
O Assédio Moral Organizacional nas Instituições Bancárias <i>Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos</i> .....	77
Uniformização da jurisprudência no processo do trabalho <i>Edilton Meireles</i> .....	88
Mecanismos legais de combate às fraudes trabalhistas e seus reflexos no processo de execução <i>Eduardo Andrade</i> .....	100
Mediação Trabalhista Extrajudicial: A (Im) Possibilidade de se Mediar nos Conflitos Individuais do Trabalho <i>Erica Ribeiro Guimarães</i> .....	108
Limites da Jornada de Trabalho e a Inconstitucionalidade da Súmula 85 do TST - uma análise crítica à jurisprudência consolidada no país. <i>Marcelo Coutinho Vieira</i> .....	116
Discriminação racial e assédio moral no trabalho <i>Rúbia Zanotelli de Alvarenga</i> .....	131

Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas <i>Jorge Luiz Souto Maior</i> .....	145
Dies a Quo Para a Incidência da Taxa Selic a Multa: uma leitura Constitucional <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i> .....	174
O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos: é possível levar uma ofensa ao Direito do Trabalho à Comissão Interamericana de Direitos Humanos? <i>Thiago Luann Leão Nepomuceno</i> .....	187
A especialidade ao contrato de Trabalho Desportivo <i>Vinicius Lantyer Oliveira Esquivel</i> .....	208

## *Decisões*

PROCESSO nº 0006893-77.2014.5.15.0000 (DCG) <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i> .....	220
RECURSO ORDINÁRIO PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 0174000-02.2007.5.15.0095 <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i> .....	236
RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000484-48.2012.5.05.0222 <i>Dalila Andrade</i> .....	251
RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001010-71.2012.5.05.0462 <i>Dalila Andrade</i> 264	
RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001642-84.2012.5.05.0531 <i>Luiz Roberto Mattos</i> .....	268



# Breves Considerações Acerca do Poder Disciplinar Empregatício no Ordenamento Justrabalhista Brasileiro

Adriano Lima Matos<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tece considerações sobre o poder disciplinar empregatício, dando ênfase à abordagem acerca de sua evolução histórica, conceito, características, conteúdo, fundamentos, natureza jurídica e o seu vigente exercício. A presente análise tem como objetivo demonstrar que a ausência de procedimento específico acerca do exercício do poder punitivo do empregador, deixa margem para que os donos do capital abusem do exercício de tal poder. Apesar de existirem limites implícitos no ordenamento jurídico vigente, faz-se necessária a elaboração de um procedimento claro e criterioso que regulamente a forma como as sanções são aplicadas no seio da relação laboral, possibilitando que os direitos da personalidade do trabalhador não sejam violados. O poder disciplinar empregatício faz parte da dinâmica empresarial, mas este deve ser exercido respeitando-se os princípios trabalhistas, os princípios gerais constitucionais e os direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Poder disciplinar empregatício. Ausência de procedimento punitivo. Violação de direitos.

## 1 Introdução

Grande parte das relações jurídicas pressupõe certa dose de poder. Pode haver equilíbrio entre os sujeitos ou por motivos variados um exerce maior controle e dominação sobre o outro. Nesse contexto, Max Weber (2002, p. 97) define poder como “a oportunidade existente dentro de uma relação social que permite a alguém impor a sua própria vontade mesmo contra a resistência e independentemente da base na qual esta oportunidade se fundamenta.” Poder é a capacidade de subordinar a conduta de outrem, pressupondo sempre alteridade, mas tomando-se como premissa a circularidade que lhe é intrínseca, vale dizer, o poder é sempre relacional.

De fato, o poder não poder ser analisado como um fenômeno isolado e específico, mas deve ser concebido a partir da ideia de rede que fundamenta o seu funcionamento e exercício. Nesse sentido são os ensinamentos de Michel Foucault (1998, p. 183) que afirma que “... o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.”

Nessa esteira, o poder no contexto da relação de emprego é manifestado de diversas formas. Na relação empregatícia fala-se em poder empregatício, que é comumente dividido pela doutrina pátria em diversas faces: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. Vê-se, portanto, que o poder disciplinar é apenas uma das dimensões de um fenômeno mais amplo, ou seja, o poder empregatício. Maurício Godinho Delgado (1999, p. 132) define o poder empregatício como um “conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do em-

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – Ufba.

pregador para exercício no contexto da relação de emprego” e o poder disciplinar como sendo “o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.” A conceituação supracitada traz em seu bojo duas ideias centrais para o entendimento do fenômeno do poder disciplinar no âmbito contratual trabalhista: a vinculação do exercício do poder ao empregador e a violação dos deveres do contrato de trabalho.

Não há como negar, diante do exposto, a validade jurídica do poder punitivo no seio da relação empregatícia, apesar de vozes contrárias.

Este artigo visa analisar o poder disciplinar no seio empregatício de forma crítica, contribuindo para o amadurecimento de reflexões que possam superar a forma hodierna que as punições são aplicadas no âmbito laboral.

## 2 Fundamentos do Poder Disciplinar do Empregador

A doutrina tem travado grande discussão acerca dos fundamentos do poder do empregador. De antemão é preciso reconhecer que o juízo acerca do poder empregatício desemboca em duas perspectivas, a doutrinária e a legal.

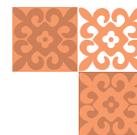
À análise do poder do empregador sob a ótica doutrinária, diversas teorias foram criadas para fundamentá-lo: teoria da propriedade privada, teoria institucional e teoria contratual.

As correntes privatísticas afirmam que o empregador por ser o dono da propriedade privada sob o qual se assenta o empreendimento, tem, conseqüentemente, o poder de dirigir, de regulamentar, de fiscalizar e de punir. Coutinho (1999, p. 117) faz referência a essa corrente em livro específico sobre o tema:

Sendo o empregador o proprietário dos bens de produção, ao organizá-los voltados ao desempenho da atividade econômica, assumindo os riscos do empreendimento, é-lhe reconhecido o poder de dirigir, controlar, fiscalizar e, em decorrência lógica aplicar sanções. O empregador manda porque é o dono. O fundamento do poder no sistema capitalista é a propriedade privada e, assim, somente o órgão ou a pessoa que represente a propriedade majoritária do empreendimento pode exercê-lo como titular.

Em vista disso, para a teoria da propriedade privada o título e o fundamento do poder patronal se assentam no fato do empregador deter os meios de produção, e, por isso, deter previamente o poder de controle sobre os aspectos deste e, conseqüentemente, sobre o empregado.

A compreensão da propriedade privada como fundamentação do poder do empregador recebe diversas críticas. Elvécio dos Santos (1994, p. 86) pontua que “[...] nos dias



de hoje, em países de regime democrático, não há mais lugar para tão egoístico modelo empresarial, em que o empresário, em nome do direito de propriedade, pode agir como verdadeiro déspota quanto às normas disciplinares.”

Por sua vez, a corrente institucionalista equipara a empresa a uma instituição e, por isso, o empregado deve pautar seu comportamento para que os objetivos desta sejam alcançados. Diante desse quadro, o empregador tem o poder de exigir que o empregado aja de acordo com os parâmetros fixados pela instituição, pois o bem comum deve prevalecer sobre o particular. Nesse diapasão, importantes as palavras de Luiz José de Mesquita (1950, p. 98):

O poder de aplicar sanções disciplinares que o Direito Disciplinar do Trabalho autoriza é de natureza institucional e se fundamenta pela teoria da instituição, não podendo a sujeição da atividade produtiva da pessoa humana do empregado à empresa, realizada através do poder hierárquico, ser explicada pelos poderes que surgem do contrato de trabalho, nem muito menos pelos poderes derivados do instituto da propriedade privada.

Vê-se, dessa forma, que a proposta institucionalista alça à empresa a uma instituição e esta a um organismo estável e permanente, na qual, apesar das correntes mudanças de pessoal, têm os empregados o dever de buscar os fins do empreendimento. Por isso, Nilson Nascimento (2008, p. 84) é categórico ao dizer que “para a teoria institucional a empresa é equiparada a uma instituição na qual o empregado tem o dever de colaborar para atingir aos objetivos sociais propostos pelo empregador.”

As ordens sobre os serviços e a imposição da disciplina no ambiente de trabalho recaem sobre aquele que dirige a empresa. Assim, segundo Mesquita (1950, p. 16) “pela instituição unem-se empregado e empreendedor ou empregador à comunidade da empresa por um vínculo social de direito comunitário, isto é, por um vínculo de direito intersocial.”

Dessa forma, o vínculo de direito intersocial citado corrobora a ideia de “família” presente nos dogmas institucionalistas e fundamenta as punições para os que destoam da busca do “bem comum”. Nesse passo as palavras de Silvia Isabelle Teixeira (2012, p. 276-277):

A ideologia institucionalista do início do século XIX é fincada no doutrinamento do empregado na fábrica, que, ao se vincular ao emprego, “ingressava para uma grande família” e, como a “empresa” seria a detentora do “poder”, todos os episódios de indisciplina não poderiam ser tolerados, pois o empregado rebelde ou letárgico não prejudicaria só a si, mas também aos outros, integrantes da “família”.

As refutações doutrinárias sobre a concepção institucionalista relacionam-se à afirmação que os ideais desta corrente beiram à utopia. Para os críticos a relação de trabalho é caracterizada por um antagonismo natural, já que é marcada por limitações na esfera jurí-

dica dos prestadores de serviços. Difícil, pois, combinar a fórmula da colaboração, levantada pela corrente institucionalista, com a natureza conflituosa do contrato de trabalho.

Já as concepções contratuálistas partem do pressuposto que o poder do empregador encontra-se fundamentado no próprio contrato de trabalho, ou seja, o empregado através de um ajuste de vontade submete-se de forma livre e espontânea ao controle, direção, fiscalização e punição do empregador, vez que este é quem dirige a forma como o trabalho deverá ser executado, consubstanciando, dessa forma, a subordinação que caracteriza fática-juridicamente a relação empregatícia. Essa corrente é defendida por Alice Monteiro de Barros (2011, p. 460):

Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada.

Não há como negar que hoje o contrato, como título e fundamentação do poder do empregador, constitui a concepção mais prestigiada e aceita pelos doutrinadores do Ordenamento Trabalhista. Para Delgado (2011, p. 629) “as concepções que atribuem a existência e reprodução jurídicas do poder intraempresarial ao contrato empregatício consistem naquelas que melhor traduzem o fundamento jurídico desse fenômeno.”

Deveras, os poderes empregatícios (diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar) encontram guarida jurídica no contrato de trabalho, porquanto o acordo de vontades que consubstancia a relação empregatícia traz em seu bojo um agrupamento de direitos e deveres necessariamente ligados aos sujeitos desta.

Essencial, ainda nessa discussão, citar o fundamento pensando pelo doutrinador espanhol José Luis Gyl e Gyl, para quem o exercício do poder disciplinar deve provir, necessariamente, da lei ou de negociação coletiva, assim:

[...] a possibilidade concreta de se aplicar uma sanção ou uma despedida disciplinar ao empregado terá que provir não do contrato, mas da lei e da negociação coletiva, isto é, de uma fonte de integração do contrato. O caráter de autotutela privada no âmbito das relações trabalhistas fundamenta a vigência do princípio da legalidade e, conseqüentemente, reconhece a possibilidade concreta de se aplicar uma sanção por motivos disciplinares que estejam reconhecidos em uma fonte heterônoma. Para fazer face a esse ato de autotutela privada, o ordenamento jurídico atribui ao empregado o direito de impugnar os atos ilegítimos no exercício do poder disciplinar e com isso o Estado limita e controla esse poder, tornando-o mais civilizado. (GYL E GYL apud BARROS, 2011, p. 481).

Realmente, o poder disciplinar empregatício deveria ter como fundamento imediato a lei ou um instrumento de negociação coletiva, consequência lógica do princípio da legalida-



de. O contrato de trabalho seria, apenas, um fundamento mediato, pois como “ato atrativo” seria integrado por aqueles, diga-se, pela lei e\ou pela negociação coletiva. Não se trata de negar a força que o contrato de trabalho e a subordinação têm na fundamentação do poder disciplinar, mas apenas ratificar a importância que a lei e os instrumentos coletivos de negociação de normas têm, sempre na perspectiva que estes últimos integram o contrato.

Quanto a análise do fundamento jurídico do poder do empregador na perspectiva legal, é preciso, antes de tudo, deixar claro que no Brasil inexistente procedimento previsto em lei que condicione o exercício do poder disciplinar do empregador. A ausência de procedimento específico, mesmo após mais de 25 anos do surgimento de uma ordem jurídica democrática pautada pela dignidade da pessoa humana, deixa margem para que os donos do capital abusem do exercício de tal poder.

Entretanto, observa-se a existência, no Direito do Trabalho pátrio, de meios indiretos e oblíquos de ponderar o poder do empregador no contexto do contrato de trabalho. Sobre o tema assinala Delgado (2011, p. 632):

Entre essas normas que, indiretamente, reportam-se ao poder empregatício destaca-se, na CLT, o preceito contido no caput do art. 2º celetista, que menciona a prerrogativa deferida ao empregador no tocante à direção da prestação dos serviços. Destacam-se, também, na mesma linha, certos preceitos celetistas que reconhecem, em alguma proporção, o chamado jus variandi do empregador no contexto do contrato (ilustrativamente, o art. 469, CLT, que trata da transferência de local de trabalho; o parágrafo único do art. 468, CLT, que trata da prerrogativa da reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança). Há que se destacar, ainda, o art. 474 da CLT, que reconhece e fixa limites temporais à suspensão disciplinar no âmbito empregatício.

Apesar de existirem limites implícitos no ordenamento jurídico vigente, faz-se necessária a elaboração de um procedimento claro e específico que regulamente o exercício do poder disciplinar empregatício. Procedimentos de tal natureza já são realidades em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como por exemplo, França, Espanha e Portugal.

Deveras, o poder disciplinar empregatício faz parte da dinâmica empresarial, mas este deve ser exercido respeitando-se os princípios trabalhistas, os princípios gerais constitucionais e os direitos fundamentais, principalmente o contraditório e a ampla defesa.

### **3 Natureza Jurídica do Poder Disciplinar do Empregador**

No tocante a natureza do poder empregatício, destacam-se quatro diferentes vertentes comumente trazidas pelos autores: poder empregatício como direito potestativo, como direito subjetivo, como fenômeno de caráter senhorial\hierárquico, como direito-função.

Faz-se necessário, em relação à natureza do poder empregatício como direito potestativo, conceituá-lo. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald asseveram que:

[...] caracterizam-se os direitos potestativos por atribuir ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em determinadas situações mediante um ato próprio de vontade, inclusive atingindo a terceiros interessados nessa situação que não poderão se opor. (FARIAS, ROSENVALD, 2011, p. 8).

Em vista disso, o poder disciplinar empregatício, sob a natureza potestativa, con-substanciaria o fato de o empregador ter “[...] a prerrogativa de cominar sanções a seu exclusivo critério e segundo a sua vontade.” (SANTOS, 1994, p.82)

A concepção da natureza potestativa do poder patronal tem pouca relevância no atual contexto de evolução do Direito do Trabalho, uma vez que essa teoria não consegue explicar a gradativa participação antiautoritária do empregado no empreendimento empregatício.

A não aceitação de vertente tão egoística de manifestação de poder inerente ao capitalismo irrefreável, mesmo em seio privado, corrobora o quão anacrônico é tal preceito.

Já a noção de poder empregatício tendo natureza de direito subjetivo se contrapõe à concepção de direito potestativo. Chaves e Rosenvald (2011, p. 6) definem direito subjetivo como sendo “[...] o poder de exigir ou de pretender de alguém um comportamento específico.” Nesse âmbito, Ribeiro (1994, p. 171) assinala “o sujeito ativo da relação é o portador do direito subjetivo, enquanto o sujeito passivo é o titular da obrigação, que está compreendida na ideia de dever jurídico. O sujeito passivo possui o encargo de garantir alguma coisa ao sujeito passivo.”

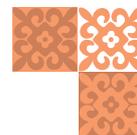
A ideia da natureza subjetivista do poder empregatício é incompleta, pois mantém no empregador a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica.

No que diz respeito à natureza senhorial\hierárquica do poder do empregador, Santos (1994, p. 83) declara que esta:

Decorre de sentimentos marcadamente corporativistas, de ranço feudal, que tem como fundamento o direito de propriedade. Segundo os adeptos dessa corrente, o empregador manda porque é dono do empreendimento e o empregado deve obedecer porque está trabalhando dentro de seus domínios.

Observa-se, diante das críticas expostas acima, que, de fato, o poder empregatício não tem natureza senhorial\hierárquica, pois essa corrente tem clara matriz autoritária e corporativista.

Já a natureza do poder do empregador sendo um direito-função goza de maior rigor técnico e respeito dos doutrinadores. Essa corrente consiste nos dizeres de Amauri Mascaro Nascimento “na imposição do exercício de uma função pela norma jurídica a alguém, com o que o titular do direito passa a ter obrigações.” (NASCIMENTO, 2009, p. 226). Diante dessa conjuntura, Delgado (1999, p. 157) cita as virtudes dessa concepção:



A concepção de direito-função traduz claro avanço teórico sobre as concepções anteriores. Trata-se, afinal, da primeira concepção que se mostra sensível ao dado empírico da participação obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação – principalmente os efeitos limitadores da vontade do sujeito-empresário.

Há de se relevar, nessa celeuma, a corrente que tenta explicar a natureza do poder empregatício como relação jurídica contratual complexa. Tal corrente, pensada e criada pelo jurista Maurício Godinho Delgado, enxerga no poder do empregador uma relação jurídica derivada do contrato de trabalho. Relação complexa, qualificada pela plasticidade de sua configuração e pela intensidade variável do peso de seus sujeitos. De fato, no dizer de Delgado (1999, p. 160-161):

Noutras palavras, seria uma relação jurídica contratual complexa plástica e de assimetria variável entre seus polos componentes. Relação jurídica contratual complexa, plástica e de assimetria variável entre empregador e empregado, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual se preveem, alcançam ou sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa. A ideia de previsão prevalece quando se reporta ao poder diretivo\regulamentar; as ideias de alcance, concretização e sanção prevalecem quando se reporta ao poder diretivo\fiscalizador\disciplinar.

Por certo, a natureza do poder empregatício e, dessa maneira, do poder disciplinar, como relação contratual complexa amolda as diversas facetas do fenômeno do poder no campo trabalhista e se ajusta a heterogeneidade das novas relações de emprego.

#### **4 Exercício do Poder Disciplinar Empregatício**

O exercício de punir o empregado está indissociavelmente ligado ao descumprimento das obrigações contratuais empregatícias por parte deste. Sendo assim, há de se ressaltar que tanto as normas heterônomas, quanto as autônomas, caracterizam substrato jurídico para a imposição de sanções aos empregados. Não é outra ideia senão esta assegurada por Nascimento (2011, p. 696):

O poder disciplinar exercita-se segundo uma forma que será estatutária ou convencional, sempre subordinada à forma legal. Estatutária, quando o regime de disciplina e sanções aplicáveis à sua violação estão previstos no regulamento da empresa, e convencional, quando previsto em acordos ou convenções coletivas. Essas duas formas não podem contrariar as normas legais, que são protecionistas e se destinam a evitar o abuso de direito. Com o mesmo fim, o poder disciplinar é submetido a controle, que será estatal ou não estatal, o primeiro mediante controle do Ministério do Trabalho ou do Poder Judiciário, o segundo pelos organismos de relação entre pessoal e empregador na empresa.

Dessa forma, as leis trabalhistas e as normas coletivas podem balizar a punição no âmbito empregatício.

#### 4.1 Infrações

As infrações ou faltas estão relacionadas a não observância de deveres instituídos pelo contrato de trabalho. Para Coutinho (1999, p. 127):

Falta seria toda conduta omissiva ou comissiva do empregado em transgressão a deveres identificados na conduta geral do trabalhador em relação às suas obrigações contratuais, ou seja, incumprimento de um dever de obediência ou submissão, bem como em função de atos contrários aos interesses da atividade empresarial.

Nessa esteira de entendimento, faz-se mister salientar que as faltas podem ser tipificadas ou não, daí a existência de dois critérios de caracterização das infrações trabalhistas. Delgado (2011, p. 646) explica que “o critério taxativo (ou de tipicidade legal) leva a que a legislação preveja, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas.” Já o critério genérico, por óbvio, se assenta no fato da não previsão, de forma expressa, de faltas no âmbito laboral. O modelo justralhista é o da tipificação, ou seja, as infrações existentes são aquelas previstas na CLT, especialmente em seu art. 482.

Não deveria ser de outra forma. O critério genérico de caracterização das faltas trabalhistas só aumentaria o caráter antidemocrático do presente modelo punitivo empregatício, demandando, da mesma forma, um esforço austero dos sistemas de proteção para que grandes abusos fossem evitados.

É preciso ressaltar, também, os elementos componentes da falta. Nesse diapasão, Coutinho (1999, p. 130) ensina que:

Quatro seriam os elementos componentes da falta: a) elemento material, verificado no real e no concreto, pela transgressão mediante uma conduta, comissiva ou omissiva, não sendo suficiente a mera intenção; b) elemento subjetivo, pela imputabilidade ao empregado, na concorrência de culpa ou dolo; c) elemento finalístico, com a verificação de uma lesão ou prejuízo material ou moral, suposto ou certo, ainda que eventual, aos interesses da empresa e; d) elemento jurídico, já que pressupõe a violação de um padrão médio de conduta tipificado concretamente na lei.

Destarte, fácil constatar que a infração trabalhista necessita da conjugação simultânea de todos os elementos citados para a sua caracterização, apesar da celeuma doutrinária quanto à consubstanciação do elemento subjetivo (dolo e culpa ou apenas dolo?).

#### 4.2 Sanções



A sanção trabalhista é a consequência do cometimento de faltas por parte do empregado. Coutinho (1999, p. 137) conceitua sanção trabalhista, para o empregado, como “toda medida disciplinadora aplicada pelo empregador, repressora e punitiva de uma conduta ilícita ou do descumprimento contratual grave praticado.”

Nessa seara, a doutrina cita a existência de três diferentes espécies de penalidades do seio do Direito do Trabalho: a advertência, a suspensão e as despedidas por justa causa.

A rigor, a CLT só prevê a suspensão disciplinar e as justas causas.

A advertência é caracterizada, nas palavras de Mesquita (1950, p. 219) “[...] quando os atos do empregado, pela sua imprudência, incompetência ou desleixo, podem causar um desvio na boa ordem do serviço”. Trata-se de construção reconhecida pelo costume, nesses termos as palavras de Viana (1996, p. 180-181):

Entre nós, a rigor, a CLT prevê apenas a suspensão disciplinar (art. 474), embora se possa sustentar, como faz a maioria, que as despedidas por justas causas (alinhadas principalmente no art. 482) também representam manifestação do mesmo poder. De qualquer modo, entendem doutrina e jurisprudência dominantes que outras sanções existem, não previstas expressamente. Justifica-se a conclusão: a) pela máxima segundo a qual quem pode o mais, pode o menos; b) pelos usos e costumes.

A suspensão disciplinar é a penalidade que provoca o afastamento temporário do empregado de suas atividades com a decorrente perda do salário durante tal período. Coutinho (1999, p. 150) conceitua suspensão disciplinar como “[...] a proibição do desempenho das atividades contratadas por um período determinado de até 30 dias, com prejuízo do recebimento dos salários, como punição pela prática de um ato faltoso.”

Ainda em relação à suspensão disciplinar, há de se evidenciar, na declaração de Coutinho (1999, p. 148) que “a penalidade de suspensão, indiretamente, pode acarretar efeitos no âmbito pecuniário.” Por conseguinte, nas hipóteses de aplicação reiterada de suspensão, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, pode-se falar em violação reflexa ao princípio da intangibilidade salarial. À vista disso, primordial a existência de um procedimento que possibilite o devido processo legal no meio punitivo trabalhista.

Finalmente, em relação à dispensa por justa causa, as hipóteses de infração são taxativas, conforme o já citado art. 482, da CLT; apesar de muitas configurarem cláusulas abertas. Baracat (2009, p. 57) conceitua a dispensa por justa causa como:

[...] sanção disciplinar aplicada ao empregado que cometeu ato faltoso de tal forma prejudicial à atividade econômica impedindo a continuidade da relação empregatícia, pois elimina a confiança mínima necessária à manutenção desta.

Deve-se destacar, no tocante à despedida por justa causa, que uma corrente doutrinária, minoritária, nesse caso, defende que esta não se trata de uma pena disciplinar. Con-

tudo, a despedida por justa causa é pena disciplinar por excelência, pois decorre da impossibilidade da manutenção do vínculo empregatício, quão grave foi a violação dos deveres.

Há de se falar, também, das sanções não permitidas.

Destarte, existem condutas inerentes ao contrato de trabalho que não podem ser utilizadas em caráter punitivo, tornando-se, logo por consequência, em penalidades rechaçadas pelo Direito do Trabalho Pátrio. Delgado (2011, p. 651) explica:

É o que ocorre com a transferência punitiva (a remoção por necessidade empresarial é permitida, mas não a remoção punitiva: Súmulas 43, TST). É também vedado o rebaixamento punitivo, que significa o retorno do obreiro a cargo inferior da carreira, anteriormente já ocupado, efetivado com intuito de apenação (observe-se que a simples reversão, isto é, o retorno ao cargo efetivo após ocupação de cargo de confiança, é autorizada pelo parágrafo único do art. 468, CLT). Do mesmo modo, é vedada a redução salarial como forma de punição (na verdade, a redução salarial tende a ser autorizada apenas em restritas hipóteses trabalhistas — Súmula 265, TST, por exemplo — ou quando coletivamente negociada — art. 7-º, VI, CF/88).

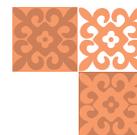
Na seara das penalidades vedadas existe ainda a figura da multa. A multa só pode ser aplicada aos atletas profissionais, conforme previsão na Lei nº 9.615, de 1998 (normas gerais sobre desporto). Quanto aos jogadores de futebol, existe uma celeuma doutrinária quanto à possibilidade da imposição de multa como pena disciplinar. Decerto, para alguns doutrinadores, a Lei nº 12.395, de 2011, revogou os dispositivos que autorizavam a viabilidade da aplicação de multa aos atletas profissionais de futebol, fazendo prevalecer, dessa forma, o conteúdo do art. 462, da CLT. Essa é a posição de Tiago de Faria (2012, p. 63):

A edição da Lei 12.395\2011, publicada no Diário Oficial no dia 17.03.2011, alterou completamente o cenário no que tange à multa salarial para os atletas de futebol. A nova lei revogou, por completo, o que ainda restava da moribunda Lei 6.354\76, retirando assim a autorização legal do então art. 15, §1º[...]. Mas não foi só. Ao alterar também a redação do art. 28, § 1º, da Lei 9.615\98, a novel legislação retirou a eficácia da multa salarial inserida no contrato de trabalho do atleta, porquanto exclui da ressalva “as peculiaridades integrantes do contrato de trabalho”.

Diante disso, para os doutrinadores que pregam a impossibilidade da aplicação de multas aos futebolistas, o art. 48, da Lei nº 9.615\98 não se aplica a estes.

#### **4.3 Limites ao Poder Disciplinar Empregatício**

Os limites ao exercício do poder disciplinar, sob as circunstâncias atuais da Ordem Jurídica Trabalhista, podem ser adjetivados como implícitos. Isto porque a CLT silenciou-se sobre o assunto.



Apesar do silêncio, Delgado (1999, p. 175) assevera que “[...] há, obviamente, um mínimo de limites à aplicação de penalidades pelo empregador, mesmo a luz do atual Direito do Trabalho. Esses limites consubstanciam um certo critério de fixação de penalidades trabalhistas no contexto empresarial.” Diante disso o autor cita três grupos de requisitos que devem nortear a aplicação das sanções:

O critério de fixação de penalidades no âmbito empregatício impõe a observância de três grupos de requisitos, a serem examinados conjuntamente em cada caso concreto: requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais. Objetivos são os requisitos que concernem à caracterização da conduta obreira que se pretende censurar; subjetivos, os que concernem ao envolvimento (ou não) do trabalhador na respectiva conduta; circunstanciais, os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta e do obreiro envolvidos. (DELGADO, 1999, p. 175).

Dentre os requisitos objetivos destacam-se a tipicidade e a gravidade da conduta do empregado.

Quanto à tipicidade, a doutrina pátria diverge de seu alcance. Parte da doutrina afirma ser possível a aplicação de penalidades mesmo que não estejam previstas em lei ou em ato negocial coletivo. Defendendo essa corrente, Luiz José de Mesquita:

Também no que concerne às penas disciplinares não se aplica em direito disciplinar rigorosamente a regra *nulla crime nulla poena sine lege*, pois a enumeração das sanções será estabelecida em cada empr rígido ou taxativo mas segundo as variações próprias de cada grupo. (MESQUITA, 1950, p. 141-142).

A outra parte da doutrina defende que o exercício do poder punitivo deve ocorrer, apenas, através da imposição de penas previstas necessariamente em lei. Santos (2007, p.19) menciona tal corrente:

Para uma segunda corrente só se admite a imposição das penas ou infrações aos empregados pelo empregador, que estejam devidamente tipificadas na lei, ou seja, com expressa previsão legal, com fulcro no brocardo romano “*nullum crimen nula poena sine lege*”, nos artigos 1º do Código Penal e 5º, inciso XXIX e II, da Constituição Federal de 1988, ou seja, nos Princípios da Legalidade e da anterioridade, que respaldam o Estado Democrático de Direito e não admitem juízo de exceção, nem que alguém seja sentenciado senão por autoridade competente.

Esse entendimento merece respaldo e respeito, porquanto está ajustado ao espírito do Estado Democrático de Direito. Não se trata, contudo, em interpretar restritivamente as penalidades previstas, mas apenas de aplicar as que estão previamente estipuladas.

No que se refere à gravidade da conduta, esta interfere na dosagem da penalidade, pois, no dizer de Delgado (2011, p. 654) “as punições caberão apenas se a conduta cen-

surável permanecer, não obstante a orientação educativa original”, levando-se em conta, nesse caso, se o empregado jamais cometera falta funcional.

Os requisitos subjetivos dizem respeito à autoria da infração e o dolo ou culpa do empregado.

A autoria da infração, quanto à pena disciplinar, é tautológica. Por óbvio, apenas os empregados que realmente violaram deveres inerentes ao contrato de trabalho devem ser punidos.

O dolo e a culpa, no âmbito punitivo trabalhista, sofrem certa adequação no meio trabalhista, mas, pode-se dizer, de forma geral, que apenas as condutas evadas de intenção ou de negligência, imprudência ou imperícia serão tidas como típicas infrações, estando, portanto, à mercê da mão punitiva.

Finalmente, os requisitos circunstanciais que são “[...] os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do obreiro envolvido.” (DELGADO, 2011, p. 654). Diversos são os requisitos circunstanciais:

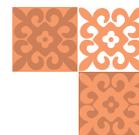
São inúmeros tais requisitos, a saber: nexo causal entre a falta e a penalidade; adequação entre a falta e a pena aplicada; proporcionalidade entre elas; imediatividade da punição; ausência de perdão tácito; singularidade da punição (non bis in idem); inalteração da punição; ausência de discriminação; caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades. (DELGADO, 2011, p. 655).

O nexos causal entre a falta e a penalidade está ligado ao fato de que o empregado deve ter cometido uma infração para ser punido. Chamado de causalidade por Aldacy Rachid Coutinho, o nexos causal é caracterizado da seguinte forma pela autora: “a pena é o efeito de uma causa anterior, que é o ato faltoso do empregado; trata-se da evidência, da inafastabilidade de uma sucessão de eventos.” (COUTINHO, 1999, p. 158).

A adequação, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, refere-se a “[...] correspondência substantiva entre a conduta infratora e a punição aplicada.” (DELGADO, 1999, p. 178). Traduz, também, a ideia de adequação entre meios e fins. Deve existir idoneidade entre a violação substancial do dever e a penalidade imposta. Nesse aspecto, a adequação está intimamente ligada à proporcionalidade, ou seja, deve existir simetria entre os graus da infração e da sanção.

A imediatividade da punição diz respeito à aplicação da penalidade de imediato, pois “[...] a delonga na aplicação da sanção, consubstanciada em uma inatividade, equivale ao perdão tácito ou presunção de renúncia à punição.” (COUTINHO, 1999, p. 159).

Percebe-se que o requisito da ausência de perdão tácito está intimamente ligado ao critério da imediatividade, pois a demora na aplicação da sanção equivale ao perdão tácito da punição. Há de se relevar que a doutrina tende a afirmar que o prazo decadencial de 30 dias para instauração de ação de inquérito para a apuração de falta grave pode ser uti-



lizado como parâmetro para imediatividade, pois inexistente prazo legal para o empregador punir o empregado após a verificação da falta. Esse prazo é contado a partir de quando? Mozart Victor Russonamo (1991, p.189) diz que “parece definitivamente assentado pela jurisprudência, porém, que a avaliação da atualidade deverá fazer-se tendo em vista o momento em que o empresário tomou conhecimento efetivo da falta.”

Outro requisito importante é a singularidade punitiva, que proíbe o bis in idem ou a duplicidade de sanções pela mesma e única causa. Tal critério está correlacionado diretamente ao requisito da inalteração da punição, pois deve haver definitividade da punição orquestrada, não devendo esta sofrer modificações.

A ausência de discriminação também deve parametrizar a aplicação das penas, pois os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana vedam a punição com efeitos discriminatórios.

Por último, o caráter pedagógico do exercício disciplinar empregatício deve ser ressaltado, pois “o objetivo central de tal poder não seria sancionar, apenar, mas principalmente criar condições para a ressocialização obreira no universo empresarial.” (DELGADO, 2011, p. 657).

Mesmo diante de todos esses critérios, casos de abuso do poder empregatício são recorrentes. Muitos empresários agem como déspotas, violando preceitos e princípios tão caros ao nosso constitucionalismo. Nesse diapasão, as palavras de Russomano (1991, p. 72):

Não se erige o empresário, no entanto, hoje em dia, como pretendia o liberalismo clássico, em senhor absoluto da direção da empresa. A faculdade de dar ordens apenas é legítima na medida da legitimidade das ordens emitidas. Em última análise, o poder diretivo do empregador está demarcado e restringido pela lei, pelas convenções coletivas, pelas sentenças normativas, pelos regulamentos da empresa e pelos contratos individuais.

Os limites implícitos postulados pelo Ordenamento Jurídico Trabalhista hodierno têm-se mostrados insuficientes diante da ferocidade com que se impõem os donos do capital quando do uso do poder disciplinar no seio da relação empregatícia.

Importante, nesse contexto, avaliar a forma como o Poder Judiciário aprecia os conflitos oriundos da aplicação do poder disciplinar.

#### **4.4 Da Ausência de Procedimento Disciplinar Empregatício**

A ausência de procedimento que balize a aplicação das sanções no seio disciplinar empregatício é um fato constatado e citado pela doutrina pátria.

De fato, como harmonizar o exercício de um poder tão abrangente e ilimitado com a atual ordem jurídica? O poder punitivo no Direito do Trabalho do país está em total dis-

sonância com o Estado Democrático de Direito, vez que o seu exercício fere, comumente, os direitos fundamentais do empregado.

Entender o porquê da ausência de um procedimento previsto em legislação trabalhista pátria é curial para a compreensão do atual modelo disciplinar empregatício brasileiro. A resposta para tal questionamento remonta à própria história do Direito do Trabalho no Brasil.

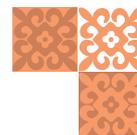
Decerto, o Direito do Trabalho no Brasil, após se constitucionalizar sem a devida maturação, sofreu a influência democratizante da Constituição Cidadã de 1988 ao mesmo tempo em que a “onda liberal” propugnava a sua desarticulação e ocaso. Esteve, portanto, “entre a cruz e a espada”, espremeu-se entre correntes opostas: de um lado, os avanços democráticos; do outro, a luxação de seus princípios. Nesse sentido, a alocução de Delgado (2011, p. 114):

De fato, logo após o surgimento da Carta Magna de 1988, fortaleceu-se no país, no âmbito oficial e nos meios privados de formação de opinião pública, um pensamento estratégico direcionado a total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a direta e indireta redução dos direitos e garantias laborais. Ou seja, mal se iniciara a transição democrática do Direito do Trabalho (já guardando, em si mesma, inúmeras contradições), a ela se acoplava uma proposta de desarticulação radical desse ramo jurídico especializado. Nesse quadro, a maturação do processo democratizante comprometia-se em face do assédio da proposta extremada de pura e simples desarticulação de todo o ramo jurídico protetivo.

Diante do exposto, fica fácil perceber que o modelo hodierno de punição empregatícia resultou da influência do neoliberalismo no campo justralhista, onde a ausência normativa estaria mais condizente com um padrão de desregulamentação proposto pela corrente anglo-saxônica de normatização autônoma e privatística. Sobre esta discussão, ressaltam-se as palavras de Oliveira (2009, p. 31):

No Direito – que é intrinsecamente ligado ao Estado – o neoliberalismo propõe a desregulação ou desregulamentação, com vistas a obter mais liberdade e fluidez nas relações jurídicas. Para tanto, prega a diminuição da capacidade regulatória do Sistema Jurídico, significando a desregulamentação de leis que impeçam ou dificultem o trânsito econômico, ou seja, que impeçam, retardem ou limitem o tráfego de bens, mercadorias e capital.

Percebe-se, dessa maneira, que a inexistência de um procedimento punitivo, em última análise, é uma opção política, pois a ideologia neoliberal foi prontamente adotada pelo Governo Federal no início dos anos 90.



## 5 Conclusão

O poder no contexto da relação de emprego é manifestado de diversas formas: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. O poder disciplinar pode ser definido como o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais e o seu exercício está indissociavelmente ligado ao descumprimento das obrigações contratuais empregatícias por parte do empregado. Sendo assim, há de se ressaltar que tanto as normas heterônomas, quanto as autônomas, caracterizam substrato jurídico para a imposição de sanções aos empregados.

Contudo, o exercício do poder disciplinar deve provir, necessariamente, da lei ou de negociação coletiva, consequência lógica do princípio da legalidade. O contrato de trabalho seria, apenas, um fundamento mediato, pois como “ato atrativo” seria integrado por aqueles.

A natureza do poder do empregatício, e por corolário, do poder disciplinar do empregador como uma relação jurídica complexa, qualificada pela plasticidade de sua configuração e pela intensidade variável do peso de seus sujeitos, corrobora, em última análise, a adoção da tese acima explicitada.

Ressalta-se que o Brasil não possui normas específicas acerca do exercício do poder do disciplinar empregatício, por isso o poder punitivo no Direito do Trabalho do país está em total dissonância com o Estado Democrático de Direito, vez que o seu exercício fere, comumente, os direitos fundamentais do empregado. Os limites ao exercício do poder disciplinar, sob as circunstâncias atuais da Ordem Jurídica Trabalhista, podem ser adjetivados como implícitos. Isto porque a CLT silenciou-se sobre o assunto e estes têm-se mostrados insuficientes diante da ferocidade com que se impõem os donos do capital quando do uso do poder disciplinar no seio da relação empregatícia.

Sobreleva-se, também, que a inexistência de um procedimento punitivo é fruto de uma opção política oriunda da ideologia neoliberal, que foi prontamente adotada pelo Governo Federal no início dos anos 90.

## Referências

BARACAT, Eduardo Milléo. **Poder de direção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações.** In: BARACAT, Eduardo Milléo. (Coord.). Controle do empregado pelo empregador, procedimentos lícitos e ilícitos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25-62.

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

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista.** São Paulo: Ltr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de trabalho: caracterização, distinções, efeitos.** São Paulo: Ltr, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho.** 10ª ed. São Paulo: Ltr, 2011.

FARIA, Tiago Silveira de. **A extinção da multa salarial para os atletas profissionais de futebol.** Revista do

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Rio Grande do Sul, n. 143, p. 61-64, jul. 2012. Disponível em: <[http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista\\_Eletronica/2012/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20n.%20143\\_2012.pdf](http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista_Eletronica/2012/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20n.%20143_2012.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2014.

FARIAS, C. C de; ROSENVALD, N. **Direito civil teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito disciplinar do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1950.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, N. de O. **O poder diretivo do empregador e os direitos Fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: Ltr, 2009.

RIBEIRO, Mona Maris Silva. **Alteração do contrato de trabalho**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 17, n. 1, p. 159-190, jan./dez. 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 1991.

SANTOS, Elvécio Moura dos. **O poder disciplinar do empregador**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 17, n. 1, p. 79-106, jan./dez. 1994.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Limites ao poder disciplinar do empregador**. A tese do poder disciplinar. Palestra proferida no Congresso de Direito Individual do Trabalho, promovido pelo Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), no Largo São Francisco, São Paulo, em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.saoluis.br/revista-juridica/arquivos/Revista%202008/LIMITES%20AO%20PODER%20DISCIPLINAR%20DO%20EMPREGADOR.%20A%20tese%20do%20Poder%20Disciplinar%20Compartilhado..pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

TEIXEIRA, Sílvia Isabelle Ribeiro. **O devido processo legal e o dever de motivação na despedida de empregado público**. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª região, Salvador, n. 11, p. 275-299, out./2012.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**. São Paulo: LTr, 1996.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de Sociologia**. 5ª ed. São Paulo: Centauro, 2002.



# Fardamento Como Veículo de Propaganda: Necessidade de Fixação de Limites na Autorização pelo Empregado

Alessandra Dantas Camilo Correia<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo doutrinário versa sobre o direito de imagem do empregado e a sua exploração pelo empregador, através do fornecimento de fardamento com logomarcas dos produtos comercializados. Trata, ainda, sobre a necessidade de prévia e expressa autorização do empregado para legitimar tal exploração, autorização esta que, além de ser, necessariamente, por escrito, deve estabelecer limites temporais, qualitativos e quantitativos, sob pena de responsabilização civil do empregador pelos danos morais decorrentes do uso indevido do direito de imagem do seu empregado, por se tratar de um direito fundamental constitucionalmente garantido, bem como por ser um direito à personalidade e, assim, inerente à própria condição humana. Em razão disso discorre, também, sobre a imagem como um direito fundamental autônomo do empregado, cujo uso indevido pelo empregador gera danos morais ou materiais, independentemente de ofensa à honra ou de finalidade comercial no seu uso pelo empregador, sobre o confronto entre o direito de imagem do empregado e a subordinação jurídica ao empregador, sobre a possibilidade de revogação da autorização e as suas consequências jurídicas, sobre a possibilidade de autorização do uso da imagem por norma coletiva de trabalho e sobre o proveito econômico auferido pelo empregado comissionado em virtude do estímulo às vendas causado pelo fardamento como veículo de propaganda.

**Palavras-chave:** Direito de Imagem. Fardamento. Veículo de propaganda. Autorização. Limites. Danos Morais.

## 1 Introdução: Direito de Imagem: conceito e natureza jurídica

“A pessoa é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico”. Tal afirmação de Miguel Reale traduz a alma da Constituição Federal de 1988, que prevê a proteção à dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos do nosso país, princípio que também deve nortear a criação e a aplicação das leis.

Nessa perspectiva constitucional, o Código Civil de 2002 elenca os direitos da personalidade, que são direitos inerentes à condição humana. Ainda segundo Miguel Reale, “o importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos”. Um dos desdobramentos de tal proteção ao ser humano e ao seu corpo é o direito de imagem.

Como bem observam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a imagem é “a expressão exterior sensível da individualidade humana”. Ainda segundo a melhor doutrina, a prote-

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pelo JusPodivm, conclusão em 2010.2; Advogada com atuação nas áreas Trabalhista e Consumerista desde 2009.

ção à imagem desdobra-a em imagem-retrato e em imagem-atributo. A imagem-retrato é a figura plástica e estática que apresentamos para a sociedade, ou seja, é a imagem do nosso corpo, considerado no todo ou em parte. Por sua vez, a imagem-atributo é a visão que a sociedade tem sobre a nossa pessoa, através de qualidades que foram por nós cativadas ao longo do tempo.

Importante salientarmos que a proteção à imagem-retrato é independente da proteção à imagem-atributo, que são proteções autônomas entre si, ou seja, que é possível a ofensa à imagem-retrato sem que haja, necessariamente, a ofensa à imagem atributo, como também é possível a ofensa em conjunto.

A imagem das pessoas, seja a imagem-retrato, seja a imagem-atributo, é direito fundamental expressamente garantido no art. 5º, inciso da X, da Constituição Federal, cuja violação gera para a vítima o direito à indenização por danos morais e materiais, vejamos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

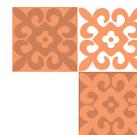
Dentre as características dos direitos e garantias fundamentais, pela pertinência com o tema ora proposto, citamos a relatividade ou limitabilidade. Isso significa que os mesmos não são direitos absolutos, podem vir a sofrer limitações em face da proteção ou exercício de outro direito ou garantia fundamental. Diante do conflito entre direitos fundamentais, segundo Pedro Lenza, “a solução vem disciplinada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição”.

Portanto, o direito à imagem, justamente por ser um direito fundamental, não é absoluto, podendo ter o seu exercício limitado em face de outro direito ou garantia fundamental.

O art. 20 do Código Civil dispõe que: “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

A citada previsão legal traz uma hipótese de legítima limitação ao direito de imagem, pois permite a utilização da imagem de uma pessoa, mesmo sem a sua autorização, quando necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

A expressão “se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”, parte final do citado dispositivo civilista, tem sido objeto de críticas pela doutrina, por ter condicionado a ofensa ao direito de imagem a uma concomitante ofensa à honra ou a uma finalidade comercial.



Ocorre que, a Constituição Federal trata da imagem e da honra como direitos fundamentais independentes entre si, como se vê no já citado inciso X do seu art. 5º. A compreensão desta autonomia entre a proteção à imagem e a proteção à honra é imprescindível para o julgamento das ações trabalhistas que pleiteiam indenização por danos morais pelo uso de fardamento com propagandas, como será adiante explicitado.

Destarte, através de uma interpretação do art. 20 do Código Civil sob a perspectiva constitucional, podemos concluir que a mera utilização da imagem de uma pessoa sem a sua prévia e expressa autorização gera o dever de indenizar, independentemente de qualquer aspecto relacionado à honra deste mesmo indivíduo ou à finalidade comercial de tal autorização. Como nos elucida Alice Monteiro de Barros, “a utilização da imagem, sem o consentimento expresso de seus titulares, configura ato ilícito, porque viola patrimônio jurídico personalíssimo do indivíduo (art. 5º, X, da Constituição Federal)”.

Portanto, o dano à honra e/ou a finalidade comercial, se existentes no caso concreto, são meros agravamentos de uma ofensa já caracterizada pelo uso indevido da imagem de uma pessoa.

Cumpre-nos, ainda, salientar que o direito de imagem, enquanto um dos direitos da personalidade, é inato, extrapatrimonial, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário e oponível erga omnes, características estas doutrinariamente elencadas. Além destas, o art.11 do Código Civil, dispõe que: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Tais características dos direitos da personalidade e, assim, do direito de imagem, refletem a sua concepção de direitos inerentes à condição humana, não admitindo, por isso, a limitação ao seu exercício, salvo exceções legalmente previstas ou diante da proteção de outro direito ou garantia fundamental.

## **2 Direito de Imagem e Subordinação**

Um dos principais requisitos para configuração de um vínculo empregatício é a subordinação, especificamente a subordinação jurídica que, sob a perspectiva subjetiva, manifesta-se através do poder de direção e fiscalização exercido pelo empregador sobre o empregado que, em contrapartida, tem o dever de obediência para com o seu empregador.

Há, ainda, a subordinação jurídica objetiva que, segundo Alice Monteiro de Barros, “consiste na integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho”.

Ocorre que, há limites que devem ser respeitados no exercício da subordinação jurídica, seja ela compreendida sob a perspectiva subjetiva ou objetiva, limites estes que são encontrados nas próprias fontes formais do contrato de trabalho, como na Constituição

Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho, em outras leis ordinárias, e nas normas coletivas de trabalho.

Assim, ao inserir-se em um vínculo empregatício, o empregado não abandona a sua condição de cidadão, ou seja, não deixa de ser titular dos direitos que lhe são constitucional e legalmente assegurados sob o pretexto da subordinação jurídica (dever de obediência ao empregador ou por inserção na organização da empresa). Por isso, também nas relações de trabalho há de ser respeitado o direito à imagem do empregado, sob pena de responsabilização civil.

### **3 Fardamento como veículo de propaganda: necessidade de fixação de limites na autorização pelo empregado**

Essa breve explanação introdutória é o plano de fundo para debatermos um tema que tem permeado as reclamações trabalhistas, principalmente aquelas decorrentes de vínculos empregatícios do setor do comércio, no qual, comumente, há o fornecimento aos empregados de fardamento com logotipos das marcas dos produtos que estão sendo comercializados pelos seus empregadores.

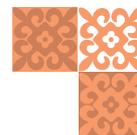
É o que vemos, por exemplo, no comércio varejista de móveis, eletrônicos e eletrodomésticos, no qual a farda do trabalhador é utilizada como um veículo de propaganda, um verdadeiro outdoor para as marcas dos produtos comercializados pelo empregador. É assim, também, nos bares e restaurantes que firmam parceria com uma determinada marca de cerveja, cujo logotipo está presente em toda decoração do local e, inclusive, no fardamento dos empregados.

Em razão desse uso indiscriminado da imagem do empregado pelo empregador para fins publicitários, vemos multiplicarem-se ações trabalhistas com o pleito de indenização por danos morais, ações estas que têm sido exitosas, principalmente porque, na maioria dos casos, tal uso ocorre sem a prévia e expressa autorização do empregado.

Para além desta constatação sobre a necessidade de autorização pelo empregado para a exploração do seu direito de imagem pelo empregador, através do fardamento como veículo de propaganda, existe outra questão. Precisamos avançar no tema para debatermos também sobre a necessidade de previsão expressa de limites em tal autorização.

Não há dúvidas que o fardamento é fornecido ao empregado para o trabalho, e não pelo trabalho, o que nos permite concluir que se trata de utilidade não salarial, prevista, como tal, no art. 458, §2º, I, da CLT. O fornecimento de tal utilidade, contudo, não autoriza o empregador a impor ao empregado o uso de fardamento de modo indiscriminado, principalmente se representar um uso indevido da imagem do trabalhador, o que se agrava se também significar uma ofensa à sua honra ou se tiver finalidade comercial.

Por outro lado, é comum no setor do comércio a remuneração dos empregados por produção, ou seja, através do pagamento de comissões sobre as vendas efetuadas, nos termos do §1º do art. 457 da CLT. Inclusive, é igualmente comum que a comissão seja o



único e exclusivo meio de retribuição pelo trabalho prestado, como previsto no parágrafo único do art. 78 da CLT.

Nestes casos, é evidente que empregadores e empregados beneficiam-se pelo aumento do número de vendas e, conseqüentemente, são bem-vindas a ambas as partes todos os meios que possibilitem tal crescimento, dentre eles os meios de divulgação das marcas e dos produtos que serão comercializados tendo o fardamento como suporte das imagens. Logo, a divulgação das marcas dos produtos comercializados pelo empregador no fardamento dos seus empregados é uma ação de marketing e propaganda e, como tal, tem o objetivo de aumentar o número de vendas. Conseqüentemente, beneficia não só o empregador, mas também aqueles empregados que recebem por comissão sobre as vendas efetuadas.

Retomando os exemplos anteriormente dados, seja o vendedor do comércio varejista que utiliza fardamento com as marcas dos móveis, eletrônicos e eletrodomésticos comercializados, seja o garçom do bar ou restaurante que utiliza fardamento com a marca da cerveja que tem parceria com o seu empregador, em ambas as hipóteses, tais trabalhadores beneficiam-se pelo estímulo que tal propaganda produz nos consumidores.

Diante de tal constatação, a indagação que se apresenta é se, então, seria legítima a utilização do fardamento do empregado como um veículo de propaganda, como mera decorrência do contrato de trabalho e da própria natureza da função desempenhada pelo empregado.

Ocorre que, apesar do inequívoco benefício do trabalhador nas referidas hipóteses, isso não legitima a conduta do empregador de utilizar a imagem do seu empregado sem a prévia e expressa autorização do mesmo, principalmente diante da finalidade comercial de tal uso, o que se conclui pela aplicação do já mencionado art. 5º, inciso da X, da Constituição Federal, bem como do art. 20 do Código Civil sob a perspectiva constitucional.

Superada a premissa da necessidade de prévia e expressa autorização do empregado para que o empregador possa utilizar o seu fardamento como meio de propaganda, sob pena de configuração do uso indevido da imagem e, conseqüentemente, o surgimento do direito a uma reparação civil, importante refletirmos, ainda, sobre a forma através da qual deve ser manifestada tal autorização, bem como sobre os seus limites.

Nos termos do art. 443 da CLT, “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”. Contudo, em relação à forma de autorização do uso do direito de imagem, novamente através de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico e conforme a Constituição Federal, podemos concluir que deve ser feita necessariamente por escrito.

Isto porque, o uso de fardamento com propagandas pelo empregado não está inserido no rol de atribuições inerentes e comuns a um contrato de trabalho, ainda que se trate de um vendedor, de um garçom, ou de qualquer outro empregado remunerado por comissões e que, por isso, beneficie-se de tal ação de marketing, como antes narrado.

Além disso, a própria natureza jurídica do direito tutelado, ou seja, do direito de imagem do empregado, enquanto um direito da personalidade, exige tal formalidade para a sua exploração pelo empregador. Filiamo-nos, assim, à corrente doutrinária defendida por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, segundo os quais o direito de imagem, a despeito de sua natureza admitir a cessão de uso, a autorização há de ser expressa para tanto.

Vê-se, portanto, que a exploração do direito de imagem do empregado pelo empregador enquadra-se no regramento contido na parte final do art. 111 do Código Civil, a seguir transcrito, não sendo possível, pelas próprias características de tal direito, falar-se em consentimento da exploração pelo silêncio do empregado no curso do contrato de trabalho: “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizam e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

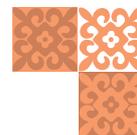
Além de ser por escrito, entendemos ser necessário, ainda, que a autorização defina, expressamente, a sua abrangência, estabelecendo, assim, limites para o uso do direito de imagem do empregado pelo empregador. Especificamente em relação ao fardamento, tais limites devem estar relacionados à especificação das marcas que serão estampadas e ao período de utilização da farda com estas marcas.

Havendo alteração no fardamento com a modificação das marcas estampadas, o que pode ocorrer em virtude da comercialização de novos produtos pelo empregador, ou em razão de uma campanha publicitária temporária, mostra-se imprescindível que o empregado forneça uma nova autorização, prévia e expressa, ao empregador, sob pena de uso indevido do direito de imagem.

Destaca-se, ainda, que a autorização do empregado quanto ao uso do seu direito de imagem pelo empregador não é cláusula que adere ao contrato de trabalho, ou seja, pode ser revogada pelo empregado a qualquer tempo, sendo vedado ao empregador, inclusive, aplicar qualquer sanção ao empregado em virtude disso. Tal revogação, portanto, não se enquadra nas hipóteses de justa causa previstas no art. 482 da CLT, não havendo falar-se em indisciplina ou insubordinação, já que o exercício do direito de imagem do empregado não está no âmbito da subordinação jurídica.

Entendimento diverso implica em limitação do exercício do direito da personalidade, o que não se permite em face da previsão do citado art. 11 do Código Civil, bem como pelas demais características que lhe são inerentes, anteriormente mencionadas. Neste sentido são os ensinamentos de Edilton Meireles, vejamos:

a cessão do direito de exploração de direito personalíssimo será sempre retratável, sob pena de configurar a limitação ao seu exercício. Em suma, desse negócio jurídico nunca se poderá extrair o direito subjetivo do cessionário (contratado) em poder exigir do cedente que este respeite a cessão, o que limitaria o exercício do seu direito personalíssimo. Assim, pode a pessoa, por exemplo, autorizar que outrem faça uso de sua imagem. Contudo, como o cedente não pode ficar limitado no exercício do seu direito personalíssimo, ele poderá, a qualquer tempo, impedir que o cessionário continue a fazer uso da informação relativa à sua vida íntima. E o cessionário não poderá alegar que o cedente tem obrigação de respeitar a cessão, pois se assim for, estar-se-á diante da hipótese vedada em lei.



Uma última questão diz respeito à possibilidade de previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho sobre o uso do direito de imagem dos trabalhadores. Ora, pelas razões já expostas, não se pode admitir tal previsão normativa. O direito à imagem é um dos direitos da personalidade e, por isso, inerente à condição humana do empregado, não podendo o seu exercício ser limitado por uma decisão coletiva tomada, geralmente e na prática, pelos votos da maioria simples dos trabalhadores presentes nas assembleias perante o sindicato profissional. Além disso, há limites ao exercício do poder normativo pelas entidades sindicais, tais como os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos, dentre eles o direito à imagem. Portanto, trata-se de direito cuja limitação depende, única e exclusivamente, da vontade individual do trabalhador.

## 4 Conclusão

Por todo o exposto, a concordância do empregado com a utilização de fardamento que tenham estampas das logomarcas dos produtos comercializados (propagandas) deve se dá por meio de prévia autorização escrita, na qual deverão estar expressamente definidos os limites temporais, quantitativos e qualitativos, ou seja, a abrangência desta autorização quanto ao seu tempo de duração, à quantidade e à especificação das marcas exibidas.

Isto porque, como vimos, tal tipo de fardamento representa uma limitação ao exercício do direito de imagem do empregado, um direito fundamental e um dos direitos da personalidade que, por tal natureza, não pode ser interpretado como uma consequência automática do contrato de trabalho e, assim, do dever de subordinação ao empregador, tampouco está vinculado à existência de um concomitante dano à honra, por se tratar de direito autônomo, podendo a autorização ser revogada, a qualquer tempo, pelo empregado.

E, por fim, ainda que bem-vindos para os trabalhadores que recebem por comissões os meios de fomento às vendas, dentre eles as ações de propaganda e marketing, categoria na qual podemos enquadrar o fardamento com logomarcas, o acréscimo financeiro daí decorrente não supre a necessidade de prévia e expressa concordância do empregado para utilização destas fardas, sob pena de responsabilidade civil pelo uso indevido de imagem.

O uso de fardamento como veículo de propaganda sem a prévia e expressa autorização do empregado representa dano ao seu direito de imagem, o que deve ser objeto de reparação pelos danos morais daí decorrentes. Mas também significa uso indevido de imagem do empregado a autorização genérica, ou seja, aquela estabelecida sem fixação de limites temporais, quantitativos e qualitativos, o que deve ser também objeto de reparação civil por danos morais.

## Referências

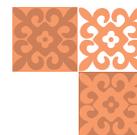
BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 2004.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dir-pers.htm>. Acesso em: 31/03/2015.



# Limites Constitucionais do Direito Fundamental ao Livre Exercício de Qualquer Trabalho, Ofício ou Profissão

André Luis Nacer de Souza<sup>1</sup>

**Resumo:** A “liberdade de trabalho” ou a “liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” é direito declarado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, e pode ser definida como a liberdade do ser humano em desempenhar qualquer atividade laborativa profissionalmente, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Como a literalidade do dispositivo constitucional sugere, há possibilidade de que, através de lei, sejam impostas certas restrições ao exercício de qualquer atividade profissional. Mas o Legislativo não tem poder ilimitado para impor toda e qualquer restrição a tal direito. Trata-se, consoante entendimento do STF, de “reserva legal qualificada”, razão pela qual alguns requisitos devem ser observados. O primeiro deles é o de que a lei deve limitar-se a estabelecer requisitos gerais relacionados às qualificações necessárias ao exercício da profissão. O outro é que eventual limitação ao direito deve ser realizada através de lei que respeite o princípio da proporcionalidade, com o intuito de proteger o direito fundamental de limitações arbitrárias ou desarrazoadas e de lesão ao seu núcleo essencial. Tal princípio diz respeito à necessidade e à adequação da providência legislativa, ou seja: o meio utilizado pelo legislador deve ser adequado e necessário ao fim visado. Deve existir uma correlação entre o critério escolhido pelo legislador e a finalidade que se pretende atingir. No caso da imposição de qualificações para o exercício de determinada profissão, a finalidade a ser observada deverá ser sempre a de evitar que um profissional desqualificado acarrete danos à coletividade. Não havendo correlação entre a qualificação exigida e a finalidade de evitar danos à coletividade, a conclusão que chegamos é a de que a limitação imposta não se coaduna com o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Direito do trabalho. Liberdade de trabalho.

## 1 Introdução

No presente artigo, pretendemos analisar, partindo-se de estudos doutrinários e da jurisprudência do STF, os limites constitucionais do direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Para isso, esposamos, sinteticamente, o conceito de liberdade e, em seguir, explicamos a abrangência do direito ao livre exercício profissional. Após, analisamos os requisitos constitucionais para a imposição de limitações ao referido direito. Ao final, apresentamos uma síntese das nossas conclusões.

## 2 Liberdade

A terminologia “liberdade” pode ser conceituada sobre vários ângulos e por diferentes ciências sociais, tratando-se, evidentemente, de um conceito extremamente vago e

---

<sup>1</sup> Analista Judiciário - Área Judiciária e Assessor de Desembargador do TRT da 2ª Região. É pós-graduado (latu sensu) em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

subjetivo. Cremos, a propósito, que a tarefa de conceituá-la está mais próxima do filósofo do que do jurista.

O presente trabalho, contudo, deve examinar a “liberdade” sob o seu aspecto jurídico, por ser essa a questão que nos interessa.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz, liberdade é o “*Poder de autodeterminação por força do qual o homem escolhe sua conduta pessoal*”.<sup>2</sup>

Segundo José Cretella Junior, “*Em seu sentido mais amplo, liberdade natural é a possibilidade máxima de expansão física e intelectual do ser humano, faculdade de autodeterminação, que cada um tem, de optar por este ou aquele comportamento*”.<sup>3</sup>

José Afonso da Silva explica que “*O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*”<sup>4</sup>. Depois, acrescenta: “*Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tem um conceito de liberdade bastante interessante no seu artigo 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Há, ainda, autores que costumam mencionar um conceito “antigo” e um conceito “moderno” de liberdade, tais como Jorge Miranda, que sintetiza que “*Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida na Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal*”.<sup>5</sup>

Segundo Celso Lafer, a ideia de liberdade antiga “*está relacionada com a experiência da democracia ateniense dos séculos V e IV a.C.*” e significa

distribuição democrática do poder entre os cidadãos que participam da feitura das leis, em virtude do acatamento pela comunidade política, dos princípios de isonomia e isegoria que asseguram aos seus membros igualdade na elaboração

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Liberdades públicas (Parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 6.

<sup>3</sup> CRETELLA JR, José. *Liberdades públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 22.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.233.

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 14.



e aplicação das normas. Trata-se, em síntese, de uma ativa liberdade de participação na polis, graças à presença do cidadão na praça pública.<sup>6</sup>

Daniel Sarmiento também faz essa distinção ao mencionar a liberdade “na praça”, relacionada à liberdade do cidadão em participar da formação da vontade do Estado (aquela experimentada pelos gregos antigos), e a liberdade “no jardim”, relacionada à liberdade do indivíduo em suas relações privadas sem a intervenção estatal (o ideal almejado pelos burgueses). A primeira é identificada pelo autor como “*autonomia pública ou soberania popular*”<sup>7</sup>; a segunda como “*autonomia privada*”, que, segundo ele, quer dizer “*a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual*”<sup>8</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, liberdade não é a ausência de coação, mas sim a ausência de coação imoral e ilegítima. “*Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe*”.<sup>9</sup>

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz,

a única coisa que pode autorizar os homens, individual ou coletivamente, a tolher a liberdade de ação de algum de seus semelhantes é a proteção a si próprio. A única razão legítima que pode ter uma comunidade para proceder contra um de seus membros é a de impedir que prejudique os demais. Não é razão suficiente para tanto apenas o bem físico ou moral deste indivíduo.<sup>10</sup>

Segundo Jorge Luiz Souto Maior,

a liberdade, em uma acepção moderna, é vista num sentido negativo, do não-impedimento (...) ou, mais precisamente, a liberdade é o espaço deixado pela não interferência da lei, isto é, a liberdade está na esfera do que sobra dos comandos obrigatórios e das proibições legais.<sup>11</sup>

Nesse contexto, definimos a liberdade como sendo a prerrogativa do indivíduo de adotar o comportamento que bem entender, limitado, apenas, pela lei, que deverá conter

---

<sup>6</sup> LAFER, Celso. *Ensaio sobre a Liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 12-13.

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 142.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 232.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 17-18.

<sup>11</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 76.

justificativa adequada, interferir o mínimo possível no seu comportamento e ser elaborada mediante a participação livre de todos.

A limitação da liberdade pela lei se justifica porque determinados atos do homem acarretarão consequências não apenas sobre si próprio, mas também a outros homens ou à coletividade em geral. Diante disso, faz-se necessário limitar o comportamento humano que atinge a esfera de outro indivíduo, tarefa essa que cabe ao Estado, que criará normas genéricas e abstratas impondo limites ao poder de atuação de cada um.

A grande questão – e que, inclusive, influencia na problemática deste trabalho – é definir quais limites devem ser impostos pela lei ao comportamento do indivíduo em suas relações privadas (o conceito “moderno de liberdade”; a “liberdade na praça”); ou, nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior, “o problema de se estabelecer qual o tamanho da esfera do permitido, pois por ela se definirá a liberdade”.<sup>12</sup>

A luta entre a liberdade e a autoridade é inerente à história da vida do homem em sociedade. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz, por

liberdade se entendia a proteção contra a tirania dos governantes políticos. Estes (exceto em algumas cidades democráticas da Grécia) pareciam encontrar-se numa posição necessariamente inimiga do povo que governavam. Naqueles tempos, o governo era exercido geralmente por um homem, uma tribo ou uma casta, que fundamentavam sua autoridade no direito de conquista ou de sucessão, mas nunca no assentimento dos governados (...).<sup>13</sup>

Também eles afirmam que todos os sistemas de governo podem ser reduzidos a uma só fórmula: contrabalancear a autoridade pela liberdade e vice-versa<sup>14</sup>.

E desse resultado, obtém-se um Estado autoritário ou liberal.

A conquista da liberdade foi a liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização da sua personalidade: econômicos, sociais, políticos.

Hoje é função do Estado promover essa liberdade. E, segundo a atual concepção de Estado e de liberdade, essa promoção se dará mediante a coordenação entre a imposição de restrições à liberdade de modo a preservar a liberdade comum.

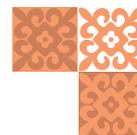
Os limites que devem nortear a atuação do Estado na restrição das liberdades – ou na autonomia privada – é a questão chave deste trabalho, pois o que está em discussão é, justamente, quais os limites da intromissão estatal, através de lei, na liberdade de ação profissional

---

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 76.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 23.



### 3 Liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão

#### 3.1 Breve histórico

O homem sempre trabalhou. Primeiro, para obter seus alimentos; depois, para defender-se, fosse de animais ferozes ou de outros homens.

Com o tempo, passou a escravizar os adversários para gozar do seu trabalho.

E, assim, a escravidão dos povos mais fracos foi força de trabalho durante séculos e séculos, pelas mais variadas justificativas. Recebeu seu mais duro golpe com a Revolução Francesa.

A servidão era outra forma de trabalho em que o indivíduo não dispunha da sua liberdade. Os servos, característicos dos regimes feudais, tinham direito de herança sobre animais, mas eram submetidos a várias restrições e a elevados tributos que os deixavam presos aos senhores feudais. O regime foi desaparecendo no fim da Idade Média, até ser sepultado com a Revolução Francesa.

Para fugir da servidão, muitos servos deixaram o campo e fugiram para as cidades. Lá, passaram a desenvolver diversas atividades profissionais.

Com isso, alguns profissionais, munidos de interesses comuns, uniram-se, surgindo as primeiras “Corporações de Ofício”. Tudo isso ocorria na Europa, especialmente na França, na Espanha e na Alemanha e, inclusive, na Inglaterra.<sup>15</sup>

Segundo Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segadas Viana,

O homem que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua atividade, sua profissão em forma organizada, se bem que ainda não gozando da inteira liberdade. É que, senhor da disciplina, não só profissional, mas também pessoal do trabalhador, surgira a figura do “mestre”.<sup>16</sup>

O “mestre”, nas corporações de ofício, mantinha rigorosa disciplina, inclusive dentro do domicílio dos demais trabalhadores – os “companheiros” e os “aprendizes”, em ordem hierárquica –. Em troca, o “mestre” pagava salário, prestava socorro em caso de doenças e garantia o monopólio da profissão, pois só podiam exercê-la os membros das Corporações.

As Corporações estabeleciam suas próprias e rígidas regras para seus trabalhadores. Eram, também, detentoras de privilégios concedidos pelos reis, interessados no enfraquecimento dos senhores feudais.

<sup>15</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, 12ª Ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 31.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 31.

Quando da sua completa extinção, já se apresentavam como uma forma mais branda de escravidão.

O fim das corporações veio com a Revolução Francesa, quando ocorreu a ascensão burguesa ao poder, que necessitava de mão-de-obra livre. O capital precisava que as pessoas estivessem livres para venderem a sua mão-de-obra e, por isso, a “liberdade de trabalho” era fundamental. Aqui, portanto, foi o marco inicial da liberdade do trabalhador – considerada no aspecto restrito de exercer o trabalho que quisesse, não se preocupando, contudo, se existiam efetivas opções para o trabalhador –.

Não havia, porém, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, qualquer previsão específica sobre a liberdade de trabalho. A Constituição Francesa de 1791 também não o fez.

Porém, antes mesmo da Constituição Francesa, foi editada a “Lei Chapelier” em 17/03/91, de autoria do seu patrono, que proibiu a coalizão de cidadãos, inclusive os “*empresários, os que tem estabelecimentos abertos, os operários e oficiais de qualquer arte*”, extinguindo as corporações de ofício.

Essa lei é, por muitos, considerada o marco da liberdade de trabalho no Estado moderno – embora não seja inútil lembrar que, pelo teor da mesma lei, ficavam proibidos os sindicatos; ou seja, a lei era “liberal” para os interesses burgueses, mas opressora aos interesses proletários –.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece no seu artigo 23: “*Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego*”. Também há previsão da liberdade profissional no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 6º, item 1).

### 3.2 Liberdade de trabalho no Brasil

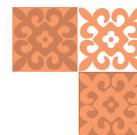
A atual Constituição prevê, no seu artigo 5º, XIII, que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Vejamos, por outro lado, como a liberdade de trabalho foi expressa nas constituições anteriores.

A primeira Constituição do país, a de 1824, limitou-se a proibir as corporações de ofício - que já eram poucas -.

A segunda constituição brasileira, já sob a égide do Estado Republicano, de 1891, garantiu o “*livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*” (artigo 127, § 4º).

Note-se que ambas não exigiam qualquer pressuposto de capacidade para o exercício profissional. E isso se explica porque, sendo um país até então predominantemente agrícola, era pequeno o número de profissões.



A Constituição de 1934, entretanto, trouxe as primeiras restrições, conforme se verifica do artigo 113, 13: “*É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público*”.

A de Constituição de 1937 assim dispôs no seu artigo 122, 8: “*A liberdade de escolha de profissão ou do gênero do trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei*”.

A de 1946, por sua vez, estabelecia no artigo 141, § 14: “*É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*”.

Por fim, a Constituição de 1967 trazia, em artigo 153, § 23, o seguinte: “*É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*”.

### 3.3 Conceito

A “*liberdade de trabalho*” ou a “*liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*” é direito declarado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, e pode ser definida como a liberdade do ser humano em desempenhar qualquer atividade laborativa profissionalmente. Tem inspiração na autonomia de vontade das partes e na liberdade contratual – alicerces do primado liberal básico –.

Sua importância se revela tanto ao indivíduo, por ser um aspecto essencial de sua existência, de sua vontade e da sua felicidade, quanto ao modo capitalista de produção.

A terminologia também é fruto de discussões. A título de exemplo, José Afonso da Silva não chama de “*liberdade de trabalho*” porque, segundo ele, “*essa terminologia não exprime bem a sua essência e porque não constitui direito social do trabalho*”. Ele prefere chamar de “*liberdade de exercício de ofício e de profissão*”, consoante o enunciado do artigo 5º, XIII.<sup>17</sup>

Com a devida vênua ao ilustre constitucionalista, dele discordamos apenas num aspecto: quanto às denominações “*liberdade de trabalho*”, “*liberdade de profissão*” e “*liberdade de qualquer trabalho, ofício e profissão*”, a despeito de essa última ter sido adotada pelo constituinte, cremos que todas são corretas e, como o próprio autor adverte, não se confundem com o “*direito ao trabalho*”, razão pela qual, neste trabalho, adotamos as três nomenclaturas.

No mais, tem razão o citado autor quando diz que a liberdade de trabalho é um direito individual, consistente na liberdade do indivíduo em escolher sua profissão, num aspecto amplo, e que não se trata, portanto, de direito social, porque ela não garante o direito “*ao trabalho*”, “*à profissionalização*” ou “*à educação profissional*”, por exemplo – esses, sim, direitos de cunho social –.

---

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p.257.

A liberdade de trabalho tem por escopo primário a proibição de que o Poder Público constranja o indivíduo a escolher uma ou outra profissão. E, como direito individual, não se importa se há condições materiais de o indivíduo alcançar a qualificação necessária para o exercício da profissão – a norma apenas o declara –. É uma liberdade, portanto, “formal”, o que, obviamente, não retira a sua grande importância.

José Cretella Junior, ao explicar o que ele chama de “*liberdade de escolha de emprego*”, afirma que, de acordo com tal direito, “*o homem escolhe livremente o emprego, público ou privado, disputando as vagas e obtendo-as na razão direta de suas aptidões. Ninguém o obriga a aceitar este ou aquele emprego*”.<sup>18</sup>

A liberdade de trabalho está intimamente ligada ao projeto de vida adotado pelo indivíduo. Há, portanto, estreita ligação com a dignidade da pessoa humana.

Tal direito somente pode ser limitado por lei que venha a estabelecer qualificações mínimas ao exercício da profissão, conforme se infere da literalidade do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal.

Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, sendo certo que somente à União cabe legislar sobre condições para o exercício de profissões (artigo 22, XVI).

### 3.4 Abrangência

Quais aspectos estão abrangidos no conceito de “liberdade de trabalho”?

Segundo Jorge Miranda, a liberdade de trabalho, em sentido amplo, compreende o seguinte:

- 1) Positivamente, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer gênero ou modo de trabalho que não seja considerado ilícito pela lei penal – possua ou não esse trabalho caráter profissional, seja típico ou atípico, permanente, temporário ou sazonal, seja independente ou subordinado, esteja estatutariamente definido ou não;
- 2) negativamente, a interdição do trabalho obrigatório, a impossibilidade de o Estado vincular quem quer que seja a certo gênero de trabalho, profissional ou não, a certo e determinada empresa ou a certo trabalho em concreto.<sup>19</sup>

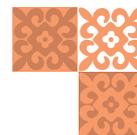
Prosseguindo, o jurista português faz uma interessante diferenciação entre a liberdade de *escolha* e a liberdade de *exercício* de qualquer profissão.<sup>20</sup>

Segundo ele, a liberdade de *escolha* de profissão alcançaria: 1) o direito de escolher livremente, sem impedimento ou discriminação, qualquer profissão; 2) direito de acesso

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 198.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 499.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, ps. 500-502.



à formação escolar correspondente; 3) direito de acesso à aprendizagem ou à prática profissional necessária; 4) direito de acesso aos requisitos necessários à promoção na carreira profissional; 5) direito de escolher uma especialidade profissional e de receber as qualificações necessárias; 6) direito de mudar de profissão.

A liberdade de *exercício* de qualquer profissão, por outro lado, abrange: 1) direito de obter sem discriminação as habilitações legais, que não somente as escolares, para o exercício da profissão; 2) direito de adotar a modalidade jurídica de exercício profissional que prefira; 3) direito de escolher o local onde exercerá a profissão; 4) direito de prática não só dos atos materiais, como dos atos jurídicos atinentes à profissão; 5) inviolabilidade de domicílio profissional; 6) direito de sigilo profissional; 7) direito de inscrição e de não-inscrição nas associações profissionais; 8) direito de não ser privado, senão nos casos da lei, do exercício da profissão.

E, por fim, o jurista português ainda acrescenta que o direito ao trabalho – considerado um direito social a obtenção de um emprego – não pode vir de encontro à liberdade de trabalho, como aconteceria, por exemplo, se o Estado, com o pretexto de efetivar o direito social ao trabalho, impusesse determinava atividade a um indivíduo.<sup>21</sup>

Já para Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a liberdade abrange,

em termos gerais e não exaustivos: (a) a possibilidade de escolher (ou não) qualquer profissão, trabalho ou ocupação; (b) a garantia do livre exercício da profissão, trabalho ou ocupação escolhido; (c) igualdade de condições de acesso à profissão escolhida, desde que preenchidos os requisitos legais.<sup>22</sup>

Em complemento a essas conclusões, entendemos inseridos no conceito de “liberdade de trabalho” os seguintes aspectos:

- 1) o direito de escolher livremente, sem impedimento ou discriminação, qualquer profissão;
- 2) o direito de não ser compelido a exercer qualquer ofício ou profissão, ressaltados, por própria disposição constitucional, o serviço militar obrigatório (artigo 143 da Constituição Federal)
- 3) o direito de acesso democrático à formação escolar disponibilizada pelo Estado, observando-se a quantidade de vagas, que devem ser preenchidas por critérios objetivos e não discriminatórios, não podendo limitar-se a determinada classe social o direito de qualificar-se profissionalmente;
- 4) direito de acesso democrático aos requisitos necessários à promoção na car-

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 498.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 506.

reira profissional, novamente para evitar-se que isso seja privilégio de determinado grupo ou classe;

- 5) o direito de mudar de profissão;
- 6) o direito de obter sem discriminação as habilitações legais, que não somente as escolares, para o exercício da profissão;
- 7) o direito de adotar a modalidade jurídica de exercício profissional que prefira;
- 8) o direito de escolher o local onde exercerá a profissão;
- 9) o direito de não ser privado, senão nos casos da lei, do exercício da profissão;
- 10) o direito de não trabalhar.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a atual Constituição Federal não alcança do direito de “não trabalhar”, ressaltando que “*Embora o texto da Constituição vigente não seja nesse ponto explícito, este parece resultar do que está no art. 1º, IV*”.<sup>23</sup>

José Cretella Junior, em publicação anterior à Constituição de 1988, também entendia que o trabalho não é só um direito, como também um dever.<sup>24</sup>

Não corroboramos tal afirmação. Acreditamos que, no conceito de liberdade de trabalho, está inserido o de não trabalhar - estando o indivíduo sujeito às consequências de tal opção -. A “obrigação” de trabalhar decorre dos regimes fascistas e não se coaduna com o regime democrático. Tanto assim o é que a Lei de Contravenções Penais, que prevê o delito de “vadiagem” (artigo 59), é de 1941, período em que o país tinha um governo fortemente inclinado à ideologia fascista.

### 3.5 A possibilidade de limitação

O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, ao estabelecer a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, autorizou ao legislador a proceder à limitação da liberdade de trabalho.

Isso se justifica porque o exercício dos direitos fundamentais pode dar ensejo a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção.

As restrições aos direitos fundamentais podem ser diretas ou indiretas. As diretas ocorrem quando o próprio texto constitucional impõe diretamente a restrição, como a limitação à inviolabilidade de domicílio nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (artigo 5º, XI). A restrição indireta é aquela que o constituinte preferiu remeter à lei a sua imposição, como é o caso da liberdade de exercício profissional.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1., p

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 196.



Segundo Gilmar Mendes, essas restrições constitucionais indiretas classificam-se, fundamentalmente, como “*restrição legal simples*” ou “*restrição legal qualificada*”. Segundo o referido autor,

No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.<sup>25</sup>

Fábio Rodrigues Gomes explica que “reserva de lei qualificada” quer dizer que “*não basta que a restrição seja inserida no mundo jurídico através de lei formal, mas também que ela (a lei) guarde pertinência temática com a finalidade contida na norma constitucional*”.<sup>26</sup>

Gilmar Mendes cita como exemplos de “*restrição legal simples*” os incisos VI (liberdade religiosa), XV (liberdade de ir e vir) e XXIX (propriedade intelectual de inventos industriais), afora outros. Menciona, como exemplos de “*reserva legal qualificada*”<sup>27</sup>, a liberdade do exercício de profissão, além dos incisos XII e XXXVIII do artigo 5º.<sup>28</sup>

O STF já decidiu, no Recurso Extraordinário 511.911/SP, relatado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, que o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, ao estabelecer a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, ensejou uma “reserva legal qualificada”, corroborando o entendimento doutrinário acima mencionado.

Nessa decisão, o STF julgou inconstitucional a exigência de conclusão do curso de Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

O mesmo autor leciona que, se as liberdades são passíveis de limitação ou de restrição, não se pode perder de vista que tais restrições também são limitadas. Menciona que esses são os chamados “limites dos limites”, que decorrem da própria Constituição, e se referem à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Não há regra específica sobre o que seria o núcleo essencial de cada direito fundamental. Isso não é fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito específico, determinado procedimento. Adota-se, para isso, o princípio da proporcionalidade, de modo a proteger o direito fundamental de limitações arbitrárias ou desarrazoadas, bem como contra a lesão ao núcleo essencial de tal direito.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

<sup>26</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. *O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 206.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 207.

O princípio da proporcionalidade diz respeito à necessidade e à adequação da providência legislativa. Ou seja: o meio utilizado pelo legislador deve ser adequado e necessário ao fim visado. Será adequado se, com a sua utilização, o objetivo pode ser alcançado; será necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, que seja menos restritivo ao direito fundamental objeto de cerceio.

Nesse contexto, ao fixar limites legais à liberdade de profissão, deve o legislador levar em conta o seguinte: a) trata-se de uma “*reserva legal qualificada*”, razão pela qual eventual restrição deve ter em vista a persecução de determinado objetivo; b) deve ser preservado o núcleo essencial do direito fundamental e, para isso, é necessário observar-se o princípio da proporcionalidade, que engloba os critérios de adequação e necessidade.

### 3.6 Alcance da expressão “*qualificações profissionais que a lei exigir*”

O exercício de qualquer atividade profissional – ou, em outras palavras, a liberdade de trabalho – transcende os interesses do próprio indivíduo.

Determinas profissões podem causar riscos individuais ou coletivos. Por exemplo: o exercício da profissão de motorista de caminhões, no Brasil, traz inegável risco individual ao empregado, considerando as condições das estradas brasileiras; ao mesmo tempo, se exercido por alguém sem capacidade técnica adequada ou sem os cuidados que a profissão exige, acarretará relevante risco de danos à coletividade.

Torna-se necessário, portanto, assegurar que, na atual sociedade de consumo de massa, os profissionais tenham capacidade técnica para exercer a atividade profissional por eles disponibilizada à sociedade, sob pena de colocar em risco vida dos outros indivíduos.

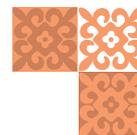
Os exemplos mais claros dessa necessidade são, certamente, as profissões de médico ou de engenheiro. Um médico sem conhecimento técnico específico inegavelmente causará danos à saúde do seu paciente; da mesma forma, um engenheiro desqualificado irá se responsabilizar por obras e construções que, se defeituosas, colocarão em risco a vida de um número indefinido de pessoas.

Por conta disso, tornou-se necessária a implantação de limites para o exercício de determinadas profissões. E, no Estado de Direito, essa limitação só pode ser feita pelo Poder Legislativo, órgão dotado de legitimidade para tal, sendo impossível, portanto, que a limitação seja procedida por mero ato administrativo.

Não é por menos, aliás, que o exercício ilegal da profissão é contravenção penal (artigo 47 da Lei das Contravenções Penais) e, no caso do médico, do farmacêutico e do dentista, é crime, tipificado no artigo 282 do Código Penal, tamanho é o risco que um profissional despreparado tecnicamente pode causar à coletividade.

Torna-se necessário, portanto, estabelecer o alcance da expressão “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Em primeiro lugar, não há dúvidas de que a lei deve restringir-se a estabelecer qualificações que o indivíduo deve, de alguma forma, adquirir, para exercer determinada profissão.



A propósito, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 expressamente se refere a “qualificações”, não utilizando, portanto, a locução “interesse público”, que estava presente até a Constituição de 1937.

Portanto, o “interesse público” não é fundamento para, por si só, justificar violação à liberdade profissional. É necessário que as limitações legais se restrinjam à exigência de qualificação para o exercício da profissão – o que, certamente, em última análise também se destina ao atendimento de um interesse público, qual seja o de evitar danos à coletividade –. Por exemplo: exigência de aprovação em curso de Medicina para o exercício da profissão de médico; de aprovação em curso de Engenharia para o exercício da profissão de engenheiro; etc.

Fundamentos pueris como “interesse público” - assim colocado de uma forma genérica - ou o “grande número de profissionais no mercado” não podem legitimar, de acordo com o artigo 5º, XIII, da CF, restrições à liberdade profissional. Tanto é assim que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 603.583/RS, que versava sobre a constitucionalidade do exame da OAB, entendeu ser o exame “constitucional” não porque ele atenda ao interesse público ou porque exista um grande número de bacharéis no país (embora provavelmente tal questão também tenha influenciado na decisão da Corte), mas sim porque o referido exame se insere no conceito de “qualificações”.

O Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ação, esposou que

(...) o exame não pode ser considerado, só por si, como qualificação profissional, mas como “avaliação da qualificação” previamente obtida. Prevendo o inciso constitucional uma hipótese de reserva legal qualificada, isto é, de restrição a direito fundamental somente admissível quando vinculada a certo fim, supostamente ausente no caso concreto, haveria a inconstitucionalidade da exigência. O jogo semântico não impressiona. Cabe reformular a alegação, pois o que verdadeiramente contesta o recorrente é a adequação do exame à finalidade prevista na norma maior – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade.

Há de entender-se a aprovação no exame, sem equívocos, um elemento que qualifica alguém para o exercício de determinada profissão. Qualificar-se não é apenas se submeter a sessões de ensino de teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitar-se ao teste relativamente à ciência adquirida. O argumento do recorrente não se sustenta: se o exame da Ordem “não qualifica”, também não teriam o mesmo efeito as provas aplicadas pelas próprias universidades, as quais são condições essenciais à obtenção do bacharelado. Também elas seriam inconstitucionais? A resposta é desenganadamente negativa. O exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados.

A primeira conclusão, portanto, é que a lei, ao impor restrições ao exercício de determinada profissão, deve limitar-se a estabelecer qualificações que o indivíduo deve, de alguma forma, adquirir, para exercer determinada profissão.

Em segundo lugar – e aqui entra o conceito de “*reserva legal qualificada*” já acima esposto –, embora seja possível a restrição à liberdade profissional, desde que seja relacionada com a exigência de uma qualificação ao exercício da profissão, é certo que o Legislativo não tem poder ilimitado para exigir toda e qualquer “qualificação” para o exercício de um ofício ou profissão.

Tratando-se de “*reserva legal qualificada*”, deve existir uma “*correlação entre o critério escolhido (de natureza eminentemente técnica) e a finalidade que se pretende atingir*”<sup>29</sup> – qual seja, a de evitar que um profissional incapaz acarrete danos à coletividade –, de modo a preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Portanto, as qualificações exigidas pela lei devem, conforme já ressaltado em julgamentos do STF, guardar ligação com o escopo de evitar danos à coletividade, decorrentes dos riscos de alguém se propor a exercer uma profissão sem conhecimentos técnicos para tanto. No Recurso Extraordinário nº 511.911/SP, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, tal posição se mostrou evidente:

Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias.

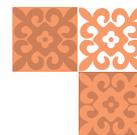
O Ministro Gilmar Mendes, nessa mesma decisão, reafirmou que para aferir a constitucionalidade de lei que, ao estabelecer determinada qualificação para o exercício de uma profissão, restrinja a liberdade de trabalho, torna-se necessário verificar se a lei transborda o princípio da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, embora entendam que se trate de uma reserva legal simples e não qualificada, esclarecem que a limitação do legislador deverá observar, “*a cada caso, dos limites dos limites, ou seja, dos critérios da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, bem como a proteção do assim chamado núcleo duro essencial (...)*”<sup>30</sup>

Jorge Miranda ainda acrescenta que as restrições devem ser impostas

<sup>29</sup> GOMES, Fabio Rodrigues. *O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 509.



não em razão de certa e determinada pessoa, mas em razão de uma pluralidade infinita de pessoas; e como restrições apuradas, segundo padrões igualmente objectivos, por órgãos ou agentes independentes.<sup>31</sup>

No caso em particular da exigência de curso superior de “Jornalismo” para o exercício da profissão de jornalista – objeto do Recurso Extraordinário 511.911/SP –, o Ministro e a maioria do STF entenderam inexistir justificativa legítima para a restrição profissional, mormente porque o exercício da profissão de jornalista sem a aprovação em curso superior de Jornalismo não trará, na opinião desses Ministros, qualquer risco à coletividade.

Um exemplo: a lei exigir que, para o exercício da profissão de médico, tenha o indivíduo cursado Medicina, é seguramente constitucional, porque há correlação entre o critério – cursar Medicina – e a finalidade da norma – evitar que indivíduos se proponham a cuidar da saúde de pessoas sem conhecimentos técnicos para tanto –.

Mas, ao contrário, uma lei exigir que, para o exercício da profissão de corretor de imóveis, torna-se necessário, como etapa indispensável, o registro nos conselhos regionais de corretores de imóveis, não se está observando o comando constitucional. Foi o decidido pelo STF na Representação 930/DF, cujo relator foi o Ministro Rodrigues Alckmin.

No julgamento deste caso, entendeu o STF pela inconstitucionalidade do dispositivo frente à CF de 67, porque a) a atividade de corretor de imóveis não teria potencial de causar dano a terceiros, inexistindo interesse público a ser tutelado, no caso, e b) porque a restrição à liberdade de trabalho não dizia respeito a qualquer requisito de capacidade técnica para o exercício da atividade de corretor de imóveis.

Esses argumentos foram novamente adotados no julgamento do caso envolvendo os músicos, que só poderiam exercer a profissão após o registro na Ordem dos Músicos, conforme previsão contida no artigo 16 da Lei 3857/6 (RE 441.426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie). Ora, qual perigo trará à sociedade um músico ruim ou mal preparado, de modo a exigir-lhe registro em conselho de classe e submeter-se à fiscalização do mesmo?

No julgamento do Recurso Extraordinário 603.583/RS, que versou sobre a constitucionalidade do exame da OAB, o Procurador Geral da República emitiu parecer que sintetiza a conclusão acima exposta, conforme se vê abaixo:

(...) 4. A locução “qualificações profissionais” há de ser compreendida como: (i) pressupostos subjetivos relacionados à capacitação técnica, científica, moral ou física; (ii) pertinentes com a função a ser desempenhada; (iii) amparadas no interesse público ou social e (iv) que atendam a critérios racionais e proporcionais. Tal sentido e abrangência foi afirmado pelo STF no julgamento da Rp. nº 930 (RTJ 88/760) em relação à locução “condições de capacidade” contida no § 23 do art. 153 da CF de 1967 e reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte na atual redação do art. 5o, XIII, da CF (RE 591.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.09), com a expressa ressalva de que “as restrições legais à liberda-

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 503.

de de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais”, e que “a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.”

Apenas a título de curiosidade, ressalte-se que o PGR opinou pela inconstitucionalidade do exame da OAB, opinião essa que não foi acolhida pelo STF.

### 3.7 Outras hipóteses constitucionais de limitação

Há, ainda, outras duas possibilidades de limitação da liberdade de trabalho que, embora não estejam mencionadas expressamente no artigo 5º, XIII, decorrem da própria Constituição Federal.

A primeira é a exigência de concursos públicos para acesso a cargos e empregos públicos. Trata-se de um limite imposto por outra norma constitucional (artigo 37, II) ao livre acesso aos cargos públicos e que se destina a fazer valer outros relevantes princípios constitucionais, como a impessoalidade e a moralidade administrativa.

A segunda se verifica quando o direito ao livre exercício de profissão colidir com outro direito fundamental.

Por exemplo: não é possível que alguém possa exercer profissionalmente atividades como a de “homicida”, pois isso atentaria contra o direito à vida constitucionalmente consagrado a todos (artigo 5º, *caput*). Sopesando-se o direito à vida e a liberdade profissional, o legislador privilegiou aquele, estabelecendo a conduta do homicida como crime, não sendo lícita qualquer atividade profissional nesse sentido.

Nesse sentido também lecionam Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, para quem soa “*contraditório que se pudesse falar em um direito a exercer ocupação vedada pelo legislador e mesmo cuja prática seja tipificada como crime ou contravenção*”.<sup>32</sup>

## 4 Considerações finais

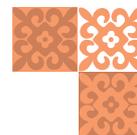
Em razão do acima especificado, concluímos o seguinte:

1) para estabelecer-se restrições ao exercício de determinada profissão – excluindo-se, aqui, a exigência de concursos públicos para acesso a cargos e empregos públicos, exigência essa imposta por outra norma constitucional e destinada a fazer valer outros relevantes princípios constitucionais, como a impessoalidade e a moralidade administrativa –, é necessária a edição de lei formal, conforme estabelecido no artigo 5º, XIII, da CF, não bastando, para tanto, a edição de, por exemplo, um ato administrativo;

2) a lei deverá limitar-se a estabelecer qualificações necessárias que um indivíduo deverá alcançar para o exercício de determinada profissão;

---

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 507.



3) a lei não poderá estabelecer qualificações que não sejam destinadas a evitar o perigo de dano à coletividade, devendo, ainda, existir proporcionalidade e razoabilidade entre a qualificação estabelecida e o risco de dano existente;

4) as restrições devem ser gerais, ou seja, destinadas a um número plural de pessoas;

5) há, ainda, a possibilidade de restrição ao livre exercício de profissão quando o referido direito colidir com outro direito fundamental. A título de exemplo, mencionamos não ser possível que alguém possa exercer profissionalmente atividades como de “assassino”, pois isso colidiria com o direito à vida constitucionalmente consagrado a todos. Sopesando-se o direito à vida e a liberdade profissional, o legislador privilegiou aquele, estabelecendo a conduta do homicida como crime, não sendo lícita qualquer atividade profissional nesse sentido.

## Referências

CRETELLA JR, José. **Liberdades públicas**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Liberdades públicas (Parte geral)**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GOMES, Fabio Rodrigues. **O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LAFER, Celso. **Ensaio sobre a Liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais**, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**, 12ª Ed. São Paulo: LTr, 1991.

# Execução Efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal - a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN

Ben-Hur Silveira Claus<sup>1</sup>

Júlio César Bebbber<sup>2</sup>

*As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro.*  
Karl Engisch

*[...] o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas 'afins na essência'.*  
Ovídio Baptista da Silva

**Resumo:** O presente artigo estuda a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho. Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, que se revela mais favorável ao credor do que o regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC.

**Súmaro:** Introdução. 1. As modalidades de fraude à execução no direito positivo. 2. Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário. 3. A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal. 4. Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN. 5. A aplicação do sistema legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT. 6. A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista. 7. A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da S-375-STJ). 8. O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude absoluta à execução trabalhista: ajuizamento x citação. Conclusão

**Palavras-chave:** Fraude à execução. Execução fiscal. Execução trabalhista. Efetividade da jurisdição. Crédito trabalhista. Súmula 375 do STJ.

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho e Mestre em Direito.

<sup>2</sup> Juiz do Trabalho e Doutor em Direito do Trabalho.



## Introdução

O Direito pressupõe a boa-fé das pessoas na vida de relação. É a boa-fé que fundamenta o princípio da responsabilidade patrimonial. De acordo com esse princípio, o patrimônio do contratante responde por suas obrigações: o patrimônio do sujeito obrigado é expropriado pelo Estado, para satisfazer coercitivamente a obrigação não adimplida espontaneamente, restabelecendo-se o equilíbrio da relação contratual e a integridade da ordem jurídica.

Esse princípio encontra expressão literal no art. 591 do CPC, preceito que estabelece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Trata-se de preceito localizado no título em que o Código de Processo Civil trata da execução forçada das obrigações não cumpridas espontaneamente. Na Lei nº 6.830/80, o princípio da responsabilidade patrimonial tem expressão nos arts. 10 e 30.

Para coarctar condutas de má-fé do devedor, a teoria jurídica extraiu do princípio de responsabilidade patrimonial dois institutos jurídicos destinados a combater fraude patrimonial praticada pelo sujeito passivo da obrigação – a fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159) e a fraude à execução (CPC, art. 593). O fato de não haver processo contra o obrigado quando da alienação do bem revela que a fraude contra credores é ato ilícito menos grave do que o ato ilícito de fraude à execução<sup>3</sup>, modalidade de fraude patrimonial na qual já há processo contra o obrigado<sup>4</sup> quando da alienação do bem que torna o obrigado insolvente para responder pela obrigação.

No presente artigo, estuda-se a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765). Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, uma das diversas modalidades de fraude à execução previstas no direito positivo.

---

<sup>3</sup> A fraude à execução típica, além de ilícito processual civil, o ilícito penal de fraude à execução capitulado no art. 179 do Código Penal. Outrossim, configura ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, I) sancionado com a multa do art. 601 do CPC. A ordem jurídica atua contra a fraude à execução mediante a declaração de ineficácia do ato fraudulento (CPC, art. 592, V), autorizando a penhora do bem alienado em fraude como se permanecesse no patrimônio do executado. Para facilitar o combate à essa espécie de fraude patrimonial, a declaração de ineficácia da alienação é pronunciada nos próprios autos em que flagrada a fraude, de ofício. Conclusão ainda mais evidente na execução trabalhista, por força da previsão dos arts. 765 e 878, caput, da CLT.

<sup>4</sup> A hipótese de fraude à execução fiscal prevista no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional constitui exceção à regra. Introduzida pela Lei Complementar nº 118, de 09-06-2005, a atual redação do art. 185, caput, do CTN radicalizou a figura da fraude à execução fiscal, estabelecendo que a fraude à execução fiscal caracteriza-se quando a obrigação tributária já estiver inscrita em dívida ativa à época da alienação do bem. Na redação anterior do art. 185, caput, do CTN, a disciplina da fraude à execução era mais favorável ao devedor tributário: somente se caracterizava a fraude se já estivesse em curso a execução fiscal à época da alienação do bem. Exigia-se a litispendência da execução fiscal. Essa exigência foi suprimida pela Lei Complementar nº 118, de 09-06-2005.

## 1 As modalidades de fraude à execução no direito positivo

Ao lado da modalidade geral de fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC, o sistema legal prevê uma modalidade específica de fraude à execução no inciso I do art. 593 do CPC e abrange as demais modalidades de fraude à execução previstas em diversas leis na genérica hipótese do inciso III do art. 593 do CPC<sup>5</sup> (inciso V do art. 792 do NCPC).

A fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC tem sido considerada a modalidade geral de fraude à execução por se tratar do tipo de fraude à execução que ocorre com maior frequência. Caracteriza-se quando, ao tempo da alienação do bem, já corria demanda capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Menos frequente é a modalidade de fraude à execução prevista no inciso I do art. 593 do CPC, que se caracteriza quando o devedor aliena determinado bem sobre o qual há ação judicial fundada em direito real. Essa modalidade de fraude à execução decorre do direito de seqüela próprio ao direito real. Nesse caso, a configuração da fraude à execução independe do estado de insolvência do devedor.

Entretanto, as modalidades de fraude à execução são mais numerosas do que normalmente se percebe, sobretudo quando se atenta para as diversas modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais. Nada obstante passem despercebidas algumas vezes, as demais modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais foram consideradas pelo legislador na abrangente previsão do inciso III do art. 593 do CPC, preceito que faz remissão a outras modalidades de fraude à execução, assim consideradas aquelas previstas “nos demais casos expressos em lei”.

Ao legislador é dado estabelecer, para a tutela do princípio da responsabilidade patrimonial, hipóteses outras em que a conduta do devedor caracterize fraude patrimonial a ser rejeitada pelo sistema normativo, tipificando novas modalidades de fraude à execução com o objetivo último de assegurar a integridade da ordem jurídica. Entre as demais modalidades de fraude à execução tipificadas em distintos diplomas legais, a teoria jurídica tem identificado – sem prejuízo de outras modalidades dessa espécie de ato ilícito<sup>6</sup> – as seguintes hipóteses:

- a) há fraude à execução quando, na penhora de crédito, o terceiro deixa de depositar em juízo a importância por ele devida ao executado, nada obstante

---

<sup>5</sup> CPC: “Art. 593. Considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo de alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.”

<sup>6</sup> Araken de Assis relaciona outras hipóteses de fraude à execução, que costumam passar despercebidas: “Além disso, atos de índole diversa, como a dação em pagamento, a renúncia à herança, a interrupção da prescrição e, conforme caso julgado pela 3ª Câmara Cível do extinto TARS, a partilha de bens em separação consensual, igualmente representam fraude contra a execução” (Manual da Execução. 14 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 303).



intimado pelo juízo para assim proceder (CPC, art. 672, §§ 2º e 3º<sup>7</sup>);

b) há fraude à execução quando há registro de averbação premonitória de existência de ação à época da alienação do bem (CPC, art. 615-A, § 3º<sup>8</sup>);

c) há fraude à execução quando o executado insolvente adquire bem residencial mais valioso, hipótese em que não poderá mais fazer prevalecer a alegação de impenhorabilidade de bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 4º, *caput* e § 1º<sup>9</sup>);

d) há fraude à execução fiscal quando o crédito tributário já se encontrava regularmente inscrito como dívida ativa à época da alienação do bem pelo executado (CTN, art. 185, *caput*).<sup>10</sup>

Esse resumido inventário das modalidades de fraude à execução autoriza a conclusão de que o sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC, identificando na previsão do art. 185, *caput*, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

## 2 Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário

No debate que conduziu à edição da controvertida Súmula 375 do STJ<sup>11</sup>, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram rica controvérsia acerca da natureza jurídica da fraude à execução.

<sup>7</sup> CPC: “Art. 672. A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor. § 2º. O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida. § 3º. Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução.”

<sup>8</sup> CPC: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. § 3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (593)”.

<sup>9</sup> Lei nº 8.009/90: “Art. 4º. Não se beneficiará do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º. Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.”

<sup>10</sup> CTN: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

<sup>11</sup> 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.

De um lado, alinhou-se a corrente tradicional de opinião, sustentando que a fraude à execução continuava a caracterizar-se de forma objetiva (*in re ipsa*), exigindo apenas:

- a) litispendência por ocasião da alienação do bem: demanda ajuizada em face do demandado à época do negócio fraudulento;
- b) alienação essa capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Para essa corrente de opinião, não se conhece do elemento subjetivo da boa-fé do terceiro adquirente na fraude à execução, ou seja, dispensa-se a prova acerca de “*consilium fraudis*”, requisito exigível apenas para a caracterização do ilícito civil de fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159). No âmbito da teoria justrabalhista, essa corrente de opinião tem em *Manoel Antonio Teixeira Filho* um histórico representante.<sup>12</sup>

De outro lado, articulou-se o entendimento de que a fraude à execução somente configurar-se-ia na hipótese de estar caracterizada – ao lado dos demais elementos objetivos mencionados – a má-fé do terceiro adquirente, compreendida na ciência do terceiro adquirente quanto à existência da ação movida em face do executado-alienante; ou seja, o elemento subjetivo (má-fé do terceiro adquirente) teria passado a ser exigível para a caracterização de fraude à execução. Em outras palavras: o elemento subjetivo do “*consilium fraudis*” teria passado a integrar o suporte fático da fraude à execução, conforme indica o enunciado da Súmula 375 do STJ, “*in litteris*”: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”.

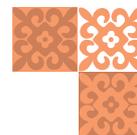
A jurisprudência trabalhista predominante assumiu essa posição sob inspiração da Súmula 375 do STJ, que passou a ser adotada por ocasião do julgamento de embargos de terceiro adquirente do bem.

Enquanto o primeiro entendimento faz resgate efetivo do compromisso da ordem jurídica com o princípio da responsabilidade patrimonial (CPC, art. 591) em detrimento da boa-fé do terceiro adquirente, o segundo entendimento tutela a boa-fé deste, privilegiando o interesse privado em detrimento do princípio da responsabilidade patrimonial.

A concepção de fraude à execução fiscal, todavia, passou praticamente incólume por tal controvérsia<sup>13</sup>. Isso porque a teoria jurídica do Direito Tributário sempre identificou na *supremacia do interesse público* tutelado pelo direito fiscal o histórico fundamento segundo o qual a fraude à execução fiscal configura-se de forma objetiva (*in re ipsa*) e caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude, não abrindo ensejo à discussão acerca da conduta subjetiva do terceiro adquirente, de modo a impedir a hipótese jurídica de convalidação do negócio fraudulento pela boa-fé do terceiro adquirente. Sequer a possibilidade da respectiva hipótese jurídica é admitida na fraude à execução fiscal; num autêntico resgate da categoria dos deveres patrocinado pela verticalização do princípio

<sup>12</sup> *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 200.

<sup>13</sup> Em 19-11-2010, o STJ uniformiza sua jurisprudência para afirmar ser inaplicável à execução fiscal a S-375-STJ, editada em 30-03-2009. A matéria é desenvolvida no item 6 do presente estudo.



de responsabilidade patrimonial, que se alicerça na boa-fé indispensável à construção de uma vida de relação fundada na honestidade dos contratantes.<sup>14</sup>

É da lição clássica de *Aliomar Baleeiro* que a fraude à execução fiscal não admite prova em contrário precisamente por se caracterizar como ato ilícito cujo vício faz constituir presunção absoluta de fraude contra o interesse tributário. Segundo o autor:

“O CTN, no art. 185, estabelece uma presunção geral, *iuris et de iure*, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta contra o Fisco, a alienação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo, desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito (CTN, arts. 201 a 204) e em fase de execução. Mas entender-se-á que esta presunção absoluta está limitada ao caso de o sujeito passivo alienar seus bens ou rendas em tal proporção, que não lhe reste o suficiente para o total pagamento da dívida em execução”<sup>15</sup>.

No mesmo sentido, alinha-se praticamente toda a doutrina do Direito Tributário. Depois de assinalar que o art. 185 do Código Tributário Nacional estabelece presunção de fraude à execução quando ocorre alienação de bem por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, o tributarista *Hugo de Brito Machado* afirma que “tal presunção é absoluta. Uma presunção de direito contra a qual não cabe nenhuma espécie de prova”<sup>16</sup>. O autor volta a explicitar referido entendimento quando contextualiza o tema do interesse do terceiro adquirente de boa-fé no âmbito da fraude à execução fiscal à luz da atual redação do art. 185 do CTN<sup>17</sup>:

“No âmbito do Direito Privado, a lei protege o terceiro de boa-fé, estabelecendo que são anuláveis os contratos onerosos de devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. O fato de ser devedor de um tributo com crédito tributário inscrito em dívida ativa, todavia, não pode ser considerado indicador de notória insolvência, e mesmo assim o Código Tributário Nacional considera sem validade, em face da presunção de fraude, a alienação ou oneração do bem, sem qualquer consideração para com o terceiro de boa-fé.”

Em sintonia com *Aliomar Baleeiro* e *Hugo de Brito Machado*, *Zelmo Denari* também identifica a presunção absoluta de fraude na fraude à execução fiscal<sup>18</sup> e a irrelevância da conduta subjetiva do terceiro-adquirente para o reconhecimento de ineficácia do negócio

<sup>14</sup> A responsabilidade socioeconômica dos sujeitos funda-se na boa-fé exigida pelo art. 422 do CC de 2002, preceito que irradia saneador efeito ético aos contratos em geral e a toda a vida de relação.

<sup>15</sup> *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 970. O autor está a comentar o art. 185 do CTN, na redação anterior à Lei Complementar nº 118, de 09.02.2005, quando se exigia estivesse já ajuizado o executivo fiscal para configurar-se a fraude à execução.

<sup>16</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 649.

<sup>17</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 677.

<sup>18</sup> Enquanto *Aliomar Baleeiro* escreveu à época da redação anterior do art. 185 do CTN, *Zelmo Denari* escreve sob a nova redação do art. 185 do CTN, introduzida pela Lei Complementar 118, de 09.02.2005. Contudo, ambos chegam à conclusão idêntica: a fraude à execução fiscal caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude e não admite prova em contrário.

fraudulento. A presunção absoluta de fraude, segundo ele, opera de tal modo que não é facultado ao terceiro adquirente produzir prova de sua eventual boa-fé<sup>19</sup>. “In litteris”:

“A presunção acautelatória aqui estabelecida é *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário. Irrelevante, portanto, se de boa ou má-fé o adquirente do bem ou o titular do direito real de garantia. A fraude se presume e a presunção é absoluta”<sup>20</sup>.

Na medida em que a fraude à execução fiscal é interpretada como hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à fraude à execução ao processo do trabalho – quem sabe se conduzido pelas mãos de *Karl Engisch*<sup>21</sup> – mediante recurso à analogia e com os olhos postos na promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Para tanto, é intuitivo ao operador do processo do trabalho dirigir especial atenção à histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal.

### 3 A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal

O privilégio do crédito trabalhista tem por fundamento próximo a natureza alimentar dos créditos decorrentes do trabalho<sup>22</sup>, enquanto que o fundamento remoto radica na dignidade humana da pessoa do trabalhador cuja prestação laboral transforma-se em riqueza apropriada pelo tomador de serviços inadimplente.

Mesmo na jurisdição fiscal, encarregada de fazer valer o privilégio legal assegurado ao crédito fiscal pelo art. 186 do CTN, o crédito trabalhista tem sido historicamente reconhecido como privilegiado em face deste, em razão da sua qualidade de crédito *ne-*

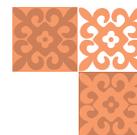
<sup>19</sup> Nesse mesmo sentido orienta-se o entendimento de *Mauro Luís Rocha Lopes*. Comentando o art. 185 do CTN, o autor observa que a doutrina do Direito Tributário considera absoluta a presunção de fraude, sendo dispensável a prova do “consílio fraudulento” à sua caracterização (*Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 7 ed. Niterói – RJ: Impetus, 2012. p. 106).

<sup>20</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 496.

<sup>21</sup> “Toda a regra jurídica é susceptível de aplicação analógica – não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito Consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro” (*Introdução ao pensamento jurídico*. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 293).

<sup>22</sup> CF: “Art. 100. ...

§ 1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários, e indenizações por morte e invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”



*cessarium vitae* (STJ. 1ª Turma. REsp nº 442.325. Relator Min. Luiz Fux. DJU 25.11.2002, p. 207).

A ponderação de se tratar de um crédito necessário à subsistência do ser humano que vive do próprio trabalho integra o arcabouço axiológico sob o qual a consciência jurídica tem conformado a estrutura hierárquica normativa em que são classificadas as diversas espécies de créditos ao longo da tradição jurídica brasileira. Com efeito, o predicado de crédito *necessarium vitae* tem sido, na verdade, o principal fundamento material da opção da consciência jurídica nacional de privilegiar o crédito trabalhista na concorrência com os demais créditos previstos no sistema legal brasileiro, ratificando nessa histórica opção da teoria jurídica brasileira a primazia da dignidade da pessoa humana enquanto valor superior que viria a ser eleito pela Constituição como fundamento da República<sup>23</sup>.

Nada obstante o reconhecimento doutrinário de que a relevância do crédito tributário funda-se na *supremacia do interesse público* que lhe é imanente<sup>24</sup>, ainda assim a consciência jurídica nacional tem posicionado – trata-se de tradição histórica - o crédito trabalhista num patamar superior àquele conferido ao crédito fiscal, sugerindo concretamente possa a supremacia do interesse público vir a ser superada em determinada situação especial, na qual a ordem jurídica identifique interesse ainda mais relevante a tutelar – no caso do privilégio do crédito trabalhista, o *interesse fundamental social* a tutelar é satisfação prioritária dos créditos decorrentes da prestação do trabalho humano. Desse interesse fundamental social deriva a formulação conceitual que conduziria a teoria jurídica a formular a expressão *superprivilégio* para bem significar a primazia conferida pelo sistema jurídico nacional ao crédito trabalhista.

Essa tradição histórica de a ordem jurídica nacional conferir primazia ao crédito trabalhista sofreu revés significativo com o advento da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial. Entre outros preceitos representativos dessa nova orientação, o art. 83, I, da Lei nº 11.101/2005 limitou o privilégio do crédito trabalhista ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos na falência, classificando como quirografário o crédito trabalhista excedente desse montante. A possibilidade de limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado montante foi reservada ao legislador ordinário pela Lei Complementar nº 118, também de 09-02-2005, que introduziu parágrafo único no art. 186 do CTN para conferir a prerrogativa que o legislador comum exerceria nessa mesma data mediante a edição da Lei nº 11.101/2005.

Na legislação anterior, não havia limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado valor (Decreto-Lei nº 7.661/45). A alteração em questão foi recebida com reservas por expressiva parte da doutrina, tendo *Francisco Antonio de Oliveira* registrado ser essa restrição imposta ao privilégio do crédito trabalhista pela nova Lei de Falências desejo de setores empresariais e do próprio governo sob a alegação infundada de excesso

---

<sup>23</sup> CF: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III – a dignidade da pessoa humana”.

<sup>24</sup> Cf. Hugo de Brito Machado. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 660.

de vantagens trabalhistas.<sup>25</sup> Depois de identificar afronta da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função social, *Mauricio Godinho Delgado*<sup>26</sup> assevera com sua reconhecida autoridade teórica:

“A Lei n. 11.101, de 2005, ignorando a filosofia e a determinação constitucionais, confere enfática prevalência aos interesses essencialmente econômicos, em detrimento dos interesses sociais. Arrogantemente, tenta inverter a ordem jurídica do País. [...] A nova Lei de Falências, entretanto, com vigência a partir de 9.6.05, abrangendo, essencialmente, processos novos (art. 201, combinado com art. 192, Lei n. 11.101/05), manifesta direção normativa claramente anti-tética à tradicional do Direito brasileiro, no que tange à hierarquia de direitos e créditos cotejados no concurso falimentar.”

Em sentido contrário, *André de Melo Ribeiro* posiciona-se a favor da orientação adotada pela Lei nº 11.101/2005, destacando que a Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho autoriza a lei nacional a limitar o privilégio do crédito trabalhista a determinado valor. A nova Lei de Falências e Recuperação Judicial “[...] consolida no ordenamento jurídico brasileiro – no entender do autor<sup>27</sup> – a orientação axiológica pela manutenção e recuperação das unidades produtivas viáveis, enquanto núcleo de um feixe de interesses sociais.” Essa orientação o autor reputa amparada nos valores eleitos pelo legislador constitucional relacionados à valorização do trabalho e da livre iniciativa, bem como na função social da propriedade e na busca do pleno emprego. Para o jurista, o legislador definiu a recuperação da atividade econômica como o objetivo precípua:

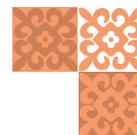
“Tal objetivo busca preservar a empresa – enquanto atividade econômica – por reconhecê-la como núcleo de um feixe de interesses sociais, mais amplo do que aquele composto pelos interesses patrimoniais individuais dos credores (resguardado o limite do crédito privilegiado dos credores trabalhistas), da Fazenda ou do empresário.”

Na fundada crítica do tributarista *João Damasceno Borges de Miranda* à nova diretriz adotada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005), de privilegiar, na falência, os créditos dotados de garantia real em detrimento do crédito fiscal, o autor conclui que “jamais se poderia deferir privilégio aos credores financeiros com garantia real, pois os mesmos estão alocados no ramo do Direito Privado e devem ser tratados com as regras próprias”. A consistência da fundamentação adotada pelo autor para chegar à referida conclusão justifica – note-se que se trata de jurista do campo do direito

<sup>25</sup> *Execução na Justiça do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 257.

<sup>26</sup> *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011. pp. 793-5; sem itálico no original.

<sup>27</sup> “O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005”. In *Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (org.). São Paulo: LTr, 2015. p. 166.



tributário – a reprodução do argumento cuja extração sistemática implícita é revelada pela ponderação do privilégio do crédito trabalhista<sup>28</sup>:

“Pacífico o entendimento quanto à prevalência do crédito trabalhista por se tratar de crédito social com natureza alimentar e ser, reconhecidamente, a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem. D’outra banda, o crédito tributário diz respeito ao interesse público e coletivo, de interesse geral da sociedade, e, sendo assim, conforme a previsão principiológica constitucional, este tem prevalência sobre os interesses privados.”

O argumento do jurista faz evocar o acórdão do STJ anteriormente referido, porquanto à natureza alimentar do crédito trabalhista destacada por *João Damasceno Borges de Miranda* corresponde a identificação pretoriana – estamos a examinar jurisprudência cível – do crédito trabalhista na qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ. 1ª Turma. Recurso Especial nº 442.325. Relator Min. Luiz Fux. DJU 25.11.2002, p. 207). Além disso, o argumento do tributarista tem o mérito de colocar em destaque relevante componente hermenêutico de feição socioeconômica, ao sublinhar a circunstância de que o crédito trabalhista é consequência da exploração econômica do trabalho humano e do inadimplemento da devida contraprestação ao trabalhador – *a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem*, na feliz síntese do tributarista.

Com efeito, o crédito trabalhista tem natureza jusfundamental (CF, art. 7º) e constitui-se como expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilégio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho. É nesse ambiente axiológico que se contextualiza o desafio hermenêutico de compatibilizar os arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN sob a condução do postulado da unidade do sistema jurídico.

#### **4 Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN**

A hermenêutica jurídica é a ciência da interpretação das leis. Para cumprir o objetivo de definir o alcance dos preceitos legais, estuda os diversos métodos de interpretação da lei e as respectivas interações. O método sistemático disputa – a observação é de *Luís Roberto Barroso* – com o teleológico a primazia no processo interpretativo.<sup>29</sup> Se o método teleo-

<sup>28</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1319.

<sup>29</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

lógico de interpretação orienta-se à finalidade da norma jurídica interpretada, o método sistemático de interpretação funda-se na ideia de que o ordenamento jurídico constitui um “sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente”.<sup>30</sup>

Conformando uma estrutura orgânica que pressupõe *ordem e unidade*, esse organismo jurídico unitário relaciona suas partes ao todo, de tal modo que o dispositivo legal interpretado o seja em harmonia com o contexto normativo no qual está compreendido. O postulado da unidade do ordenamento normativo enquanto sistema é conformado pela lógica da não contradição: as partes são interpretadas em harmonia com o seu conjunto, superando-se eventuais contradições por uma interpretação preordenada a reconduzir o dispositivo interpretado à unidade do sistema e de sua autopoietica coerência interna.

O fato de o art. 29 da Lei de Executivos Fiscais estabelecer que o crédito fiscal não está sujeito a concurso de credores e não se submete à habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento<sup>31</sup> acabou dando ensejo a interpretações no sentido de que, nada obstante o privilégio assegurado ao crédito trabalhista sobre o crédito fiscal no art. 186 do CTN, o crédito tributário poderia ser satisfeito no juízo fiscal de forma definitiva, inclusive sem observância ao pagamento prioritário devido ao crédito trabalhista em decorrência do privilégio legal previsto na precitada regra do Código Tributário Nacional.

*Humberto Theodoro Júnior* relata, no particular, que, diante dos termos exageradamente amplos do art. 29 da Lei nº 6.830/80, entendeu *Ricardo Mariz de Oliveira*<sup>32</sup> que até as garantias legais de preferência dos créditos trabalhistas teriam sido preteridas pelo preceito da Lei de Executivos Fiscais, com o abandono da sistemática do próprio Código Tributário Nacional (art. 186). Contudo, o processualista mineiro desnuda o equívoco da interpretação postulada por *Ricardo Mariz de Oliveira*, ao esclarecer que o art. 29 da Lei de Execução Fiscal quis apenas excluir a Fazenda Pública da participação nos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores. Entretanto, não entrou em linha de cogitação alterar privilégios instituídos pelas leis de direito material em vigor. Isso porque – pondera *Humberto Theodoro Júnior* – não seria razoável que, em questão de direito material como essa, pudesse ocorrer revogação de uma lei complementar, como é o Código Tributário Nacional, por uma simples lei ordinária<sup>33</sup>, como é a Lei nº 6.830/80.

A interpretação postulada por *Ricardo Mariz de Oliveira* somente pode ser compreendida como fruto de uma concepção não sistemática do ordenamento jurídico, interpretação que incorre no equívoco de tomar isoladamente o preceito do art. 29 da LEF quando deveria considerá-lo – o método sistemático de interpretação visa a preservar a unidade do ordenamento normativo – no contexto dos demais diplomas legais correlatos, especialmente o Código Tributário Nacional, sob pena de perder de vista o fato de que esse “[...] diploma legal predica a prevalência dos créditos trabalhistas sobre os créditos

<sup>30</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>31</sup> A previsão do art. 187 do CTN é semelhante à previsão do art. 29 da Lei nº 6.830/80.

<sup>32</sup> “Dívida Ativa da Fazenda Pública”. *RT Informa*, 261:5.

<sup>33</sup> *Lei de execução fiscal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.



fiscais”, conforme preleciona *João Damasceno Borges de Miranda* diante da correlata antinomia também sugerida pela primeira leitura do art. 187 do CTN<sup>34</sup>.

A interpretação de uma norma isolada do contexto no qual está compreendida pode conduzir o intérprete a equívoco, como geralmente acontece quando se despreza o elemento contextual na interpretação da lei. Isso ocorre porque “[...] a interpretação de uma norma – a observação é do tributarista *Hugo de Brito Machado*<sup>35</sup> – não deve ser feita fora do contexto em que se encarta, mas tendo-se em consideração outras normas com as quais se deve harmonizar”. Por vezes identificada como a mais racional e científica, à interpretação sistemática importa a coerência interna do ordenamento jurídico, conforme revela a didática lição de *Luís Roberto Barroso*<sup>36</sup> sobre a interpretação da Constituição: “Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta”.

A precisão da interpretação sistemática sustentada por *Humberto Theodoro Júnior* acerca do art. 29 da Lei de Executivos Fiscais pode ser aferida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na doutrina, essa aferição é obtida nos comentários de *Anderson Soares Madeira* acerca da relação de coordenação com que o art. 186 do CTN conforma a interpretação do art. 29 da Lei nº 6.830/80. Ao comentar a interpretação dada ao art. 29 da Lei nº 6.830/80 pelos tribunais, o autor observa que a “jurisprudência se quedou a entender que não poderia o fisco se sobrepor à preferência dos credores protegidos pela legislação trabalhista”.

A acertada observação de *Anderson Soares Madeira* decorre da supremacia da legislação complementar sobre a legislação ordinária. O autor contextualiza o dispositivo do art. 29 da LEF no âmbito do *sistema dos executivos fiscais*, identificando na supremacia do Código Tributário Nacional o consagrado critério hermenêutico que orienta a subordinar a lei ordinária (Lei nº 6.830/80 - LEF, art. 29) à lei complementar (Lei nº 5.174/66 - CTN, art. 186). Na harmonização dos preceitos legais em cotejo, a interpretação sistemática conduz o autor à consideração de que, “[...] sendo a Lei de Execução Fiscal lei ordinária, esta não poderia se sobrepor à lei complementar, como assim foi recepcionado pela Constituição Federal, o CTN, que em seu art. 186 prevê a ressalva de preferência da legislação do trabalho”<sup>37</sup>.

Na jurisprudência, o acerto da interpretação sistemática com a qual *Humberto Theodoro Júnior* harmoniza os arts. 29 da LEF e 186 do CTN pode ser apurado no julgamento do Recurso Especial nº 188.148-RS realizado pela Corte Especial do STJ. A síntese do julgamento da Corte Especial do STJ é a de que os créditos fiscais não estão sujeitos à

<sup>34</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1315.

<sup>35</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 676.

<sup>36</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-2. O autor informa que devemos a *Pietro Merola Chiercia* o mais amplo estudo sobre interpretação sistemática do direito constitucional, destacando que o jurista italiano atribui à interpretação sistemática uma posição de “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (*L'interpretazione sistemática della Costituzione*, Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e s.).

<sup>37</sup> *Lei de Execuções Fiscais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 214.

habilitação, mas se submetem à classificação, para disputa de preferência com os créditos trabalhistas. Eis a ementa do acórdão:

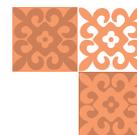
“PROCESSUAL – EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – BENS PENHORADOS – DINHEIRO OBTIDO COM A ARREMATAÇÃO – ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL – CREDORES PRIVILEGIADOS. I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até à alienação dos bens penhorados. II – Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL 7.661/45, art. 126). III – Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa.” (STJ. Corte Especial. Recurso Especial nº 188.148-RS. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 27.05.2002, p. 121 – sem grifo no original).

As considerações da tributarista *Valéria Gutjahr* sobre precitado acórdão da Corte Especial do STJ revelam-se didáticas à compreensão da matéria. Tais considerações estão situadas nos comentários da autora aos arts. 186 e 187 do CTN. Observa a jurista que, na falência, o produto arrecadado com a alienação de bens deve ser entregue ao juízo falimentar, para que este faça a posterior distribuição dos respectivos valores conforme a classificação dos créditos em disputa.

Nesse julgamento da Corte Especial do STJ – prossegue *Valéria Gutjahr* – consolidou-se o entendimento que reconhece a independência *da processualística* do executivo fiscal. Contudo, essa independência *procedimental* da Lei de Executivos Fiscais não assegura a *imediata satisfação do crédito tributário* quando houver credores preferenciais – e esse é o caso dos credores trabalhistas, por força do art. 186 do CTN. Vale dizer, observam-se as *normas procedimentais* da Lei de Executivos Fiscais, o que significa excluir o crédito fiscal de habilitação; mas à distribuição do valor apurado aplicam-se as *normas de direito material* (CC, arts. 957, 958 e 961) que classificam os créditos em disputa e observam-se os respectivos privilégios legais (CTN, art. 186) ao estabelecer a ordem de prioridade a ser observada no pagamento dos credores concorrentes. Preleciona a jurista<sup>38</sup>:

“Em outras palavras, trata-se do reconhecimento do princípio de que a lei especial (Lei de Execuções Fiscais) sobrepõe-se à geral (Lei de Falências) *na aplicação do procedimento* por aquela instituído, passando-se, após, à observância das normas gerais aplicáveis ao processo falimentar e obedecendo-se, inclusive, o disposto no próprio Código Tributário Nacional (art. 186 e seu Parágrafo único).”

<sup>38</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1337.



É de ver que a solução preconizada para a hipótese de falência do devedor também se aplica quando a disputa entre crédito fiscal e crédito trabalhista ocorre perante devedor solvente. “Haverá, então, um concurso de penhoras de natureza particular (e não um concurso universal) entre a Fazenda e o credor trabalhista, devendo aquela – na lição de *Humberto Theodoro Júnior* – respeitar a preferência legal deste no pagamento que se realizar com o produto do bem penhorado por ambos”<sup>39</sup>. Também aqui o comando do art. 186 do CTN protagoniza a interpretação sistemática do ordenamento jurídico em aplicação.

Nesse particular, cumpre observar que, ao protagonismo do comando do art. 186 do CTN na regência jurídica da classificação dos créditos, a interpretação sistemática do ordenamento normativo revela confluem tanto o art. 30 da Lei de Executivos Fiscais quanto o art. 711 do Código de Processo Civil, preceitos que reconduzem o intérprete à diretriz superior de se fazer respeitar, na disputa entre credores, a primazia assegurada aos créditos dotados de privilégio legal pelo direito material (CC, arts. 957, 958 e 961).

Enquanto o art. 30 da LEF afirma que o devedor responde pelo pagamento da Dívida Ativa com a totalidade de seus bens, ressalvando contudo que a responsabilidade do devedor é apurada “*sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei*” (Lei nº 6.830/80, art. 30, parte final), colmatando a lacuna do art. 29 da LEF que teria induzido *Ricardo Mariz de Oliveira* ao equívoco apontado por *Humberto Theodoro Júnior*<sup>40</sup>, o art. 711 do CPC colmata a lacuna dos arts. 612 e 613 do CPC para esclarecer que o critério cronológico da anterioridade da penhora somente define a ordem de pagamento aos credores se não houver, entre eles, credores detentores de crédito dotado de privilégio legal: “Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; *não havendo título legal à preferência*, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora” (CPC, art. 711 – sem destaque no original).

Se à compatibilização dos arts. 29 da LEF e 186 do CTN o método sistemático de interpretação faz prevalecer o postulado da unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua coerência interna sob a condução dirigente do comando superior do art. 186 do CTN, o desafio subsequente que a presente pesquisa propõe é responder se à execução trabalhista aplicam-se apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 ou se há um *sistema* legal de executivos fiscais a aplicar à execução trabalhista por força da previsão do art. 889 da CLT.

## **5. A aplicação do *sistema* legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT**

À primeira vista, pode parecer que a incidência subsidiária prevista no art. 889 da CLT estaria limitada a aplicarem-se à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais. A interpretação literal do art. 889 da CLT poderia conduzir a essa

<sup>39</sup> *Lei de execução fiscal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

<sup>40</sup> Ver notas de rodapé nº 32 e 33.

estrita compreensão do preceito. Entretanto, mais do que aplicar à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais, a necessidade de potencializar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV) tem fomentado interpretação extensiva do comando do art. 889 da CLT, na perspectiva de se compreender que todo o *sistema* dos executivos fiscais seria aplicável à execução trabalhista<sup>41</sup>.

Se pode ser controvertida a proposta de conferir interpretação extensiva ao art. 889 da CLT, parece razoável considerar que da teoria jurídica recolhe-se o reconhecimento implícito de que os executivos fiscais constituem um *sistema*. Se a própria natureza sistêmica ínsita ao ordenamento jurídico em geral é indicativo teórico de que também os executivos fiscais em particular podem ser compreendidos enquanto *sistema*, uma percepção ainda mais clara de que se estaria a tratar de *um sistema de execução fiscal* pode ser haurida da relação de coordenação e complementaridade existente entre os diplomas legais incidentes na matéria, como ressalta *Humberto Theodoro Júnior* nas sucessivas edições da obra *Lei de execução fiscal*.

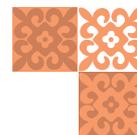
Já na introdução a essa obra, o jurista mineiro adota a precaução científica de sublinhar o fato de que seus comentários à Lei nº 6.830/80 não poderiam ser desenvolvidos sem o necessário recurso aos preceitos do Código Tributário Nacional correlatos à execução fiscal, deixando implícita a consideração de que os executivos fiscais, por conformarem-se à interpretação imposta pelo CTN, constituiriam um verdadeiro *sistema*. Essa implícita consideração parece decorrer da mencionada advertência com a qual o autor inaugura seus comentários<sup>42</sup>:

“Também, os dispositivos do Código Tributário Nacional serão colocados em confronto com o texto da nova Lei, sempre que se fizer aconselhável para a melhor interpretação das regras que comandam o processo da execução judicial da Dívida Ativa.”

O fato de a Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830/80 fazer remissão ao Código Tributário Nacional diversas vezes também sugere a relação de coordenação e de complementaridade com qual o CTN conforma a Lei de Executivos Fiscais, a indicar a conformação de um verdadeiro *sistema de executivos fiscais*, complementado pela aplicação subsidiária do CPC (Lei nº 6.830/80, art. 1º), sistema esse que encontra na sua compatibilidade com a Constituição Federal o fundamento de sua validade na ordem jurídica nacional.

<sup>41</sup> Sem prejuízo da aplicação subsidiária do CPC quando mais apta a fazer realizar a efetividade da execução prometida tanto na legislação ordinária (CLT, art. 765) quanto na legislação constitucional (CF, art. 5º, XXXV). Essa assertiva não é inovadora. A jurisprudência já atua no sentido de sobrepor algumas regras processuais comuns às trabalhistas sempre que aquelas se mostrarem mais efetivas, no escopo de fazer justiça, à moda do Tribunal Constitucional da Espanha, que enunciou o dever dos juízes de promover e colaborar ativamente para a realização da efetividade da tutela jurisdicional. Esse dever, segundo a corte espanhola, é um dever jurídico-constitucional, uma vez que os juízes e tribunais têm a “obrigação de proteção eficaz do direito fundamental” (Francisco Chamorro Bernal. *La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 329).

<sup>42</sup> *Lei de execução fiscal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3; sem grifo no original.



No âmbito da teoria jurídica do processo do trabalho, a doutrina *Luciano Athayde Chaves* também parece sugerir a existência desse sistema de execução fiscal, na medida em que o processualista sustenta, com fundamento na interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional ao processo do trabalho, a aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista<sup>43</sup>. Em outras palavras, ao sustentar a aplicação subsidiária de providência legal não prevista na Lei nº 6.830/90 – a respectiva previsão legal consta do Código Tributário Nacional<sup>44</sup> – à execução trabalhista com suporte jurídico no art. 186 do CTN, o jurista parece estar a reconhecer implicitamente a existência desse *sistema* de executivos fiscais, cuja incidência subsidiária ao processo do trabalho alicerça-se no solo hermenêutico em que se conformará então a necessidade de conferir interpretação extensiva à norma do art. 889 da CLT, na perspectiva da promoção da efetividade da jurisdição trabalhista (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765).

A jurisprudência trabalhista tem reconhecido a juridicidade da aplicação da indisponibilidade de bens capitulada no art. 185-A do CTN ao processo do trabalho, autorizando o entendimento de que, mais do que apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80, também preceitos do CTN correlatos à execução fiscal aplicam-se à execução trabalhista, o que parece corroborar a ideia de que há mesmo um *sistema de executivos fiscais* e que é todo esse sistema que ingressa no âmbito da execução trabalhista pelas portas abertas pelo permissivo do art. 889 da CLT. A seguinte ementa é ilustrativa dessa perspectiva de interpretação extensiva:

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE PROSEGUIMENTO REGULAR DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 185-A DO CTN. A ausência de bens em nome do executado constitui justamente o pressuposto para a determinação de indisponibilidade de bens, nos termos do disposto no *caput* do novel art. 185-A do Código Tributário Nacional. Trata-se, enfim, de medida a ser tomada na hipótese de impossibilidade de prosseguimento regular da execução, servindo como garantia de que bens futuros possam ser objeto de apreensão judicial. Isto é o que, aliás, está preceituado, há muito tempo, no art. 591 do CPC, que registra que ‘o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.’ O art. 646 do mesmo Diploma de Lei respalda este entendimento, na medida em que fixa que ‘a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).’ Veja-se, com isto, que, mais que se discutir sobre a perspectiva da moralidade – dar efetividade à jurisdição conferida à parte – tem-se uma questão de interpretação literal do texto de lei, não sendo demais praticar atos expropriatórios contra quem se nega, mesmo que seja forçado, a

<sup>43</sup> “Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista”. *Curso de processo do trabalho*. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009. p. 968.

<sup>44</sup> Atualmente, a medida legal de indisponibilidade de bens pode ser ordenada pelo magistrado mediante comando eletrônico por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, providência que representa considerável aporte à efetividade da execução, na medida em que atinge bens imóveis registrados em nome do executado em todo o território nacional. O comando de indisponibilidade é realizado mediante informação do CNPJ/CPF do executado. Para mais informações, consultar o Provimento CNJ nº 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) e o *site* <http://www.indisponibilidade.org.br>.

cumprir o que lhe foi determinado por sentença. A expropriação não se traduz em ato brutal contra o devedor e, muito menos, a decretação de indisponibilidade dos seus bens futuros, já que, quanto a estes, não há, nem mesmo, a suposição de que são essenciais à sobrevivência, não fazendo parte do que é esperado pelo devedor, diariamente. Cumpre ressaltar que o Direito Processual Moderno – especialmente, o do Trabalho – admite este tipo de procedimento. O juiz tem de buscar os bens do devedor e a efetividade da justiça, que deve ser buscada.” (AP-00264-1995-038-03-00-0, Rel. Milton Vasques Thibau de Almeida, 26.7.2006).

Parece razoável concluir, portanto, que os executivos fiscais constituem propriamente um *sistema*<sup>45</sup>, conformado pela Lei de Executivos Fiscais (Lei nº 6.830/80), pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), pelo CPC de aplicação subsidiária à LEF (Lei nº 6.830/80, art. 1º) e pela Constituição Federal, essa última a conferir validade a todo o *sistema de executivos fiscais*.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um *sistema*, é razoável concluir então que esse sistema – e não apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 – se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva<sup>46</sup>. Essa conclusão acaba por colocar a relevante questão de saber se, na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho sobre a matéria de fraude à execução (CLT, arts. 769 e 889), aplicar-se-ia ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN<sup>47</sup>.

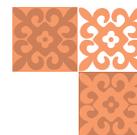
## **6 A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista**

Em 30-03-2009, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, fixando importante diretriz acerca do instituto da fraude à execução, com o seguinte enunciado: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

<sup>45</sup> Francisco Antonio de Oliveira sugere essa ideia de *sistema* quando, ao afirmar que a indisponibilidade de bens prevista no § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 não exclui os respectivos bens da execução trabalhista, sustenta que esse preceito da Lei de Custeio da Previdência Social deve ser interpretado “[...] em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT)”. (Cf. *Execução na Justiça do Trabalho*, 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196 – sem grifo no original).

<sup>46</sup> De acordo com o ensinamento de Luís Roberto Barroso, a interpretação extensiva tem cabimento diante de situação em que o legislador disse menos, quando queria dizer mais. Nesse caso, a correção da imprecisão linguística do dispositivo legal ocorre então mediante a adoção de “[...] uma interpretação extensiva, com o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (*Lex minus scripsit quam voluit*).” (Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125)

<sup>47</sup> Observadas as adaptações necessárias. Entre elas, a distinta definição do marco temporal a partir do qual se configura a fraude à execução trabalhista. O que é objeto do item 8 do presente estudo.



A diretriz da Súmula 375 do STJ é controvertida, na medida em que tutela a posição jurídica do terceiro de boa-fé à custa da posição jurídica do credor-exequente, estimulando – involuntariamente, é certo – indireta desconstituição do princípio da responsabilidade patrimonial do executado (CPC, art. 591). Com isso, estimula o executado à prática da fraude patrimonial, em conduta de autotutela. Conforme foi observado por *Manoel Antonio Teixeira Filho* em análise crítica à Súmula 375 do STJ, “a orientação jurisprudencial cristalizada nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”<sup>48</sup>.

Deveras, consoante já foi ponderado alhures, ao executado, em face dos termos da S-375-STJ, certamente ocorrerá alienar seus bens antes do registro da penhora. Fará isso intuitivamente para não perder seus bens; alienará seus bens e desviará o dinheiro apurado. Como o terceiro adquirente terá êxito nos embargos de terceiro em face da aplicação da diretriz da Súmula 375 do STJ, o executado safar-se-á ileso, sem ter que assumir perante o terceiro adquirente a responsabilidade regressiva que decorreria da declaração de ineficácia jurídica da alienação realizada em prejuízo ao credor. A experiência ordinária fartamente revela essa conduta de autotutela dos executados em geral e não apenas dos devedores contumazes, uma vez que desviar imóveis e veículos é muito mais difícil do que desviar o dinheiro apurado com a alienação particular dos bens<sup>49</sup>. Não há exagero quando *Manoel Antonio Teixeira Filho* perscruta na S-375-STJ estímulo à desonestidade do devedor.

Até o advento do Recurso Especial nº 1.141.990-PR, julgado pela 1ª Seção, tendo como Relator o Min. Luiz Fux, DJe 19-11-2010, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscilava na aplicação da Súmula 375 do STJ à execução fiscal.

No julgamento do referido recurso, realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia (CPC, art. 543-C)<sup>50</sup>, o Superior Tribunal de Justiça definiu a sua jurisprudência acerca da aplicabilidade da Súmula 375 do STJ na hipótese de fraude à execução, estabelecendo posicionamento distinto *conforme a modalidade de fraude à execução* caracterizada no caso concreto, a partir de distinção estabelecida entre *fraude à execução fiscal* e *fraude à execução civil*, nos seguintes termos:

a) *inaplicabilidade* da Súmula 375 do STJ à *execução fiscal*;

b) *aplicabilidade* da Súmula 375 do STJ à *execução civil*.

<sup>48</sup> *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. O autor sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da consequente insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

<sup>49</sup> Ricardo Fioreze e Ben-Hur Silveira Claus. “Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício”. In *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 366. Jun/2014, p. 8, nota 37.

<sup>50</sup> STJ-REsp nº 1.141.990-PR, 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, DJe 19-11-2010.

No item 5 da ementa do acórdão proferido no julgamento do referido REsp nº 1.141.990-PR, revelou-se a distinção de tratamento conferido à fraude à execução fiscal, na comparação com a fraude à execução civil, na diferença de qualidade do interesse jurídico tutelado em cada uma das modalidades de fraude:

“5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento de tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.”

A distinção estabelecida pelo STJ partiu da premissa de que na fraude à execução fiscal há afronta a interesse público, que justifica sujeitá-la ao *regime jurídico especial do art. 185 do CTN*<sup>51</sup>, sendo irrelevante, então, a boa-fé do terceiro adquirente. Daí a conclusão de ser inaplicável a S-375-STJ à execução fiscal. Nesse caso, subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão rejeitados, prosseguindo-se a execução fiscal com o leilão do bem e o pagamento do credor tributário.

Já no caso de *fraude à execução civil*, em que a execução se sujeita ao *regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC*, o STJ considerou existente afronta a *interesse privado*, fundamento pelo qual concluiu não haver presunção absoluta de fraude, situação em que a boa-fé do terceiro adquirente descaracteriza o ilícito. Daí a conclusão de ser aplicável a S-375-STJ à execução civil. Nesse caso, não subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão acolhidos, com livramento do bem constrito.

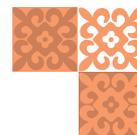
Pode-se argumentar que a parte final S-375-STJ abre à possibilidade de que a penhora venha a subsistir e de que os embargos de terceiros venham a ser rejeitados caso o credor prejudicado logre comprovar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda quando da aquisição do bem do executado.<sup>52</sup> De fato, a parte final da súmula – “[...] ou da prova da má-fé do terceiro adquirente” – opera como uma espécie de válvula de escape à restrição que a S-375-STJ impõe à esfera jurídica do credor-exequente civil. Entretanto, o ônus da prova ali atribuído ao credor-exequente é de tão difícil atendimento que, se não evoca a figura da chamada prova diabólica, remete o intérprete a perguntar-se sobre a razoabilidade da atribuição desse ônus de prova ao credor em sistema processual que reputa nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (CPC, art. 333, parágrafo único, II).

Daí a importância – no combate à fraude de execução – do resgate do instituto da hipoteca judiciária, mediante subsidiária aplicação de ofício dessa medida legal pelo juiz do trabalho na sentença<sup>53</sup>, orientação assumida por *Manoel Antonio Teixeira Filho* na 11ª

<sup>51</sup> No item 1 da ementa, o STJ começa por afirmar que a lei especial prevalece sobre a lei geral, numa referência à prevalência do *regime jurídico especial do art. 185 do CTN* sobre *regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC*, no que respeita à regência jurídica da fraude à execução.

<sup>52</sup> Na inteligência S-375-STJ, reputa-se verificada a má-fé do terceiro adquirente quando comprovado que esse tinha ciência da existência da demanda contra o executado à época da aquisição do bem.

<sup>53</sup> Ben-Hur Silveira Claus. “Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ – Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária”. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, nº 41, 2013, Porto Alegre: HS Editora, p. 45-60.



edição de sua obra clássica *Execução no processo do trabalho*, a primeira edição posterior ao advento da Súmula 375 do STJ<sup>54</sup>. Conforme interpretação extensiva do instituto, a hipoteca judiciária poderá recair inclusive sobre bens móveis<sup>55</sup>. Também de ofício, o magistrado poderá se utilizar de outras duas medidas legais correlatas que ingressam subsidiariamente no processo do trabalho pelas portas que lhes abrem os arts. 769 e 889 da CLT:

a) fazer registrar averbação premonitória da existência de ação trabalhista contra o demandado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CPC, art. 615-A)<sup>56</sup>;

b) fazer registrar ordem de indisponibilidade de bens do executado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CTN, art. 185-A)<sup>57</sup>.

A orientação adotada no julgamento realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia no REsp nº 1.141.990-PR uniformizou a jurisprudência do STJ na matéria, conforme exemplificam os julgamentos posteriores realizados nos seguintes processos: AgRg no REsp nº 241.691-PE, Relator Min. Humberto Martins, 2ª Turma, publicado em 04-12-2012; REsp nº 1.347.022-PE, Relator Min. Castro Meira, 2ª Turma, publicado em 10-04-2013; AgRg no REsp nº 289.499-DF, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, publicado em 24-04-2013; AgRg no REsp nº 212.974-AL, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, publicado em 29-11-2013. Essa orientação consolidou-se em definitivo, na medida em que o Supremo Tribunal Federal nega seguimento ao respectivo recurso extraordinário: o exame da matéria de fraude à execução implicaria análise de legislação infraconstitucional (CPC e CTN)<sup>58</sup>, não se configurando nessa matéria a contrariedade à Constituição que o art. 102, III, a, da CF estabelece como pressuposto ao conhecimento de recurso extraordinário (STF - AI nº 712245-RS, Relatora Min. Ellen Gracie, publicado em 27-03-2010; STF - ARE nº 793809-PE, Relator Min. Roberto Barroso, publicado em 05-09-2014).

Analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade da S-375 e a distinção estabelecida entre fraude à execução fiscal e fraude à execução civil, cumpre saber se é aplicável ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN.

<sup>54</sup> *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201/2: “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”.

<sup>55</sup> Aline Veiga Borges e Ben-Hur Silveira Claus. “Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico”. In *Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, nº 059/2014, p. 267-72.

<sup>56</sup> Ricardo Fioreze e Ben-Hur Silveira Claus. “Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício”. In *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 366. Jun/2014, pp. 7-29.

<sup>57</sup> Ben-Hur Silveira Claus. “A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista – Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura”. In *Revista do TRT da 8ª Região*, nº 92, 2014, p. 111-18.

<sup>58</sup> Cf. Júlio César Bebbler. *Recursos no processo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 344.

É positiva nossa resposta, tendo por fundamento a aplicação analógica<sup>59</sup> da orientação jurisprudencial adotada no precitado acórdão STJ-REsp nº 1.141.990-PR. Concorre, ainda, para tal aplicação analógica a inflexão da interpretação sistemática do art. 186 do CTN que se impõe ao intérprete nesse tema, submetido que está ao cânone hermenêutico da lógica da não contradição com o qual o método sistemático de interpretação – à delicadeza de sua “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (*Pietro Merola Chiercia*)<sup>60</sup> – se impõe à racionalidade jurídica.

A recusa a essa conclusão significaria dar ao crédito tributário tutela jurídica superior àquela assegurada ao crédito trabalhista. Com efeito, recusar essa conclusão importaria indireta – mas inequívoca – preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário, em contradição lógico-sistemática à previsão do art. 186 do Código Tributário Nacional, preceito de *direito material* cujo comando acabaria por ser obliquamente violado. A preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário expressar-se-ia no grau inferior de tutela jurídica que então seria atribuído ao crédito trabalhista por força de seu enquadramento no regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC, regime jurídico no qual a jurisprudência do STJ exclui a presunção absoluta de fraude, submetendo o credor civil à restritiva diretriz da Súmula 375 do STJ.

A questão faz lembrar a doutrina de *Francisco Antonio de Oliveira* acerca de dois problemas jurídicos correlatos cuja solução o jurista constrói pela sistemática administração do mesmo preceito legal. O primeiro problema jurídico é saber se lícito ao credor hipotecário obter a adjudicação de bem quando concorre com credor trabalhista. Na solução desse problema jurídico, é o art. 186 do CTN que o jurista invoca para fundamentar o entendimento de que não é dado ao credor hipotecário obter a adjudicação quando há disputa com credor trabalhista<sup>61</sup>. Ao recusar juridicidade à pretensão do credor hipotecário, *Francisco Antonio de Oliveira* obtempera “[...] que a tanto se opõe a preferência do crédito trabalhista (art. 186, CTN)”, explicitando sua conclusão nestes termos:

“A permissão legal (art. 1.483, parágrafo único) somente terá lugar em se cuidando de execução que não envolva créditos preferenciais (acidentário – art. 83, I, Lei 11.101/2005 (LF) -, trabalhista e executivos fiscais), pena de frustrar-se a execução”<sup>62</sup>.

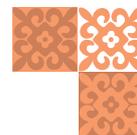
O segundo problema consiste em definir o alcance da medida legal de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Custeio da Previdência Social perante o credor traba-

<sup>59</sup> *Ovidio Baptista da Silva*, assíduo leitor de *Karl Engisch* e *Arthur Kaufmann*, rompe os grilhões que negam aos juristas o recurso à analogia: “Ao socorrer-nos, na exposição precedente, das lições dos grandes filósofos do Direito contemporâneo, tivemos a intenção de mostrar que, como diz Kaufmann, a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência.’” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 285).

<sup>60</sup> *L'interpretazione sistematica della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e s.

<sup>61</sup> Na verdade, quando há disputa com credor dotado de privilégio superior ao credor hipotecário.

<sup>62</sup> *Execução na Justiça do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 163.



lhista. Quando afirma que os bens declarados indisponíveis pelo § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 não estão excluídos da execução trabalhista, a doutrina de *Francisco Antonio de Oliveira* está fundada no método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, porquanto o jurista subordina o preceito da Lei de Custeio da Previdência Social ao comando superior do art. 186 do CTN. Outrossim, alarga a interpretação sistemática à consideração do art. 100, § 1º, da Constituição Federal, trazendo à ponderação a natureza alimentícia que a própria Constituição reconhece ao crédito trabalhista.

Com efeito, caso a aplicação da norma do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 pudesse excluir – por força de sua interpretação literal e isolada – da execução trabalhista os bens tornados indisponíveis em execução previdenciária, estaríamos então diante de contradição lógico-sistemática caracterizada pela indireta preterição do privilégio do crédito trabalhista em favor do crédito previdenciário, com subversão à ordem preferencial dos créditos estabelecida no Direito Brasileiro (CC, arts. 957, 958 e 961; CTN, art. 186).

Essa contradição lógico-sistemática instalaria uma crise no ordenamento jurídico cuja superação somente poderia ser alcançada mediante o restabelecimento da coerência interna do conjunto normativo ministrada pelo método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, de modo a, harmonizando as partes ao todo, restaurar a unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua unitária estrutura hierárquica. A didática lição do processualista paulista justifica a reprodução do argumento<sup>63</sup>:

“Dispõe a Lei 8.212, de 24.07.1991, art. 53, que, ‘na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exeqüente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º. Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.’ Evidentemente, referidos preceitos deverão ser interpretados em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT). Vale dizer, a ‘indisponibilidade’ de que fala o § 1º retrocitado diz respeito àqueles créditos cuja preferência não esteja acima do crédito tributário. (...) Mirando-se por outra ótica, tem-se que a ‘indisponibilidade’ de que fala a lei diz respeito ao proprietário. Os bens declarados indisponíveis pela Lei 8.212/91 não estão e não poderiam estar alijados da execução trabalhista. Essa não foi a *mens legislatoris* e não poderia sê-lo em face do superprivilégio e da natureza jurídica do crédito trabalhista.”

Com efeito, somente uma resposta positiva à pergunta acerca da aplicabilidade do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista pode conferir sentido à seguinte passagem do item 4 da Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830/80, na qual o legislador dos executivos fiscais, logo após sublinhar o predomínio de interesse público na realização do crédito tributário, afirma que “[...] nenhum outro crédito deve ter, em sua execução judicial, preferência, garantia ou rito processual que supere os do crédito público, à exceção de alguns créditos trabalhistas” (grifamos).

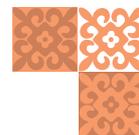
<sup>63</sup> *Execução na Justiça do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196.

À construção sistemática semelhante seria conduzido o Superior Tribunal de Justiça quando defrontado com o desafio hermenêutico de superar a aparente antinomia existente entre o art. 185-A do CTN (indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os arts. 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira). Enquanto ao credor comum se assegura a tutela jurídica da penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente (CPC, arts. 655 e 655-A), ao credor tributário não se assegurava essa tutela jurídica desde logo, exigindo-se-lhe o exaurimento de tais diligências para só depois poder chegar à penhora eletrônica de numerário. Isso nada obstante o privilégio legal que ordenamento jurídico confere ao crédito tributário no art. 186 do CTN.

Diante da necessidade de preservar a coerência do sistema normativo, o STJ recorreu à aplicação da *Teoria do Diálogo das Fontes*, que visa a harmonizar preceitos de diplomas legais distintos, para concluir que a interpretação sistemática do artigo 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do credor fiscal, porquanto se faltaria à coerência sistemática ao dar a credor comum tutela jurídica superior àquela dada a credor privilegiado por norma de direito material (CTN, art. 186).

A reprodução da ementa do acórdão justifica-se em razão da consistência de sua fundamentação e visa a permitir ao leitor avaliar se de fato há semelhança entre a construção sistemática proposta no presente estudo e a construção sistemática adotada no referido julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa do acórdão:

“A antinomia aparente entre o art. 185-A do CTN (que cuida da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. Deveras, a *ratio essendi* do art. 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente ‘colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)’ (REsp 1.074.228/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 07.10.2008, DJe 05.11.2008). Assim, a interpretação sistemática do artigo 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente” (STJ - REsp 1184765/PA, 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, j. 03.12.2010).



As razões expostas conduzem à conclusão de que relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN – a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista.

## 7 A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da S-375-STJ)

O novo Código de Processo Civil tratou da fraude à execução no art. 792 e exigirá a revisão da Súmula n. 375 do STJ, uma vez que disse textualmente o que parte da doutrina adverte há tempo: a fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência (CPC, art. 792, IV) *não se confunde* com a fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC, art. 792, III).<sup>64</sup>

A fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência tem como elementos caracterizadores: a) a litispendência (demanda pendente); b) a alienação no curso da demanda; e c) a redução do alienante à insolvência. Não cogita, portanto, do *consilium fraudis*, uma vez que sanciona o intento de subtração ao Poder Jurisdicional.<sup>65</sup> Como dizia Amílcar de Castro, “a responsabilidade processual é sujeição inelutável ao poder do Estado (...). E por isso mesmo devem ser tratadas com maior severidade as manobras praticadas pelo devedor, para fugir daquela responsabilidade, isto é, para suprimir efetivamente, ou sabendo que praticamente suprime, os efeitos de sua sujeição ao poder do Estado”.<sup>66</sup>

A fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC, art. 792, III) tem como elementos caracterizadores: a) a litispendência (demanda pendente); b) a constrição judicial de bem; c) a averba-

<sup>64</sup> Da distinção entre fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, do CPC e alienação de bem penhorado “resultam importantes consequências: se o devedor for *solvente*, a alienação de seus bens é válida e eficaz a não ser que (a) se trate de bem já penhorado ou, por qualquer outra forma, submetido a constrição judicial, e (b) que o terceiro adquirente tenha ciência – pelo registro ou por outro meio – da existência daquela constrição; mas, se o devedor for *insolvente*, a alienação será ineficaz em face da execução, independentemente de constrição judicial do bem ou da cientificação formal da litispendência e da insolvência ao terceiro adquirente” (ZAVASKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 286).

<sup>65</sup> A fraude de execução caracteriza “ato de rebeldia à autoridade estatal exercida pelo juiz no processo”, uma vez que, “alienar bens na pendência deste e reduzir-se à insolvência significaria tornar inútil o exercício da jurisdição e impossível a imposição do poder sobre o patrimônio do devedor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275). A alienação e a oneração (CPC, art. 593) “dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 108).

<sup>66</sup> CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. VIII, p. 84.

ção da constrição judicial junto ao registro do bem; e d) a alienação no curso da demanda. Independe, portanto, da redução do alienante à insolvência, uma vez que sanciona a afronta à individualização do bem e sua separação do patrimônio pelo ato de constrição, e pressupõe o *consilium fraudis*, diante da averbação do ato de constrição no registro. Se o bem se encontra sob o império da apreensão judicial, “não pode sofrer qualquer limitação decorrente de ato voluntário do devedor e de outrem”.<sup>67</sup> Por isso, o ato de constrição que grava o bem o acompanha, “perseguido-o no poder de quem quer que o detenha, mesmo que o alienante seja um devedor solvente”.<sup>68</sup>

## 8 O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude à execução trabalhista: ajuizamento x citação

Diversamente do que ocorre no Direito Tributário atual<sup>69</sup>, em que a presunção absoluta de fraude à execução fiscal configura-se quando o crédito tributário já se encontrava inscrito em dívida ativa à época da alienação do bem, no Direito do Trabalho não há uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista; há, apenas, a fase judicial, que tem início com a propositura da ação reclamatória trabalhista e prossegue com a citação do reclamado e demais atos processuais.

No Direito Tributário, há um livro de lançamento da dívida ativa, registro público que permite aos interessados livre consulta para saber se o alienante é sujeito passivo de obrigação tributária pendente. A referência doutrinária é do tributarista *Paulo de Barros Carvalho*<sup>70</sup>:

“... inscrito o débito tributário pela Fazenda Pública, no livro de registro da dívida ativa, fica estabelecido o marco temporal, após o que qualquer alienação de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito devedor, será presumida como fraudulenta.”

No Direito do Trabalho, a ausência de uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista mediante registro público acaba por conduzir o operador jurídico a cogitar de dois momentos possíveis para adotar-se como marco temporal a partir do qual há presunção de fraude na alienação do bem pelo reclamado: 1) o ajuizamento da demanda; 2) a citação do devedor.

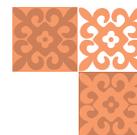
No âmbito do processo civil, a doutrina inclina-se a identificar na citação do réu o marco temporal definidor da fraude à execução. *Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz*

<sup>67</sup> GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 46.

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 111. Os atos executórios continuam a incidir sobre o bem em razão de um vínculo que o prende “ao processo, e que pré-existe à aquisição do terceiro. A propriedade deste já nasceu limitada” (GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 46).

<sup>69</sup> Desde o advento da Lei Complementar nº 118, de 09-06-2005.

<sup>70</sup> *Curso de Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 558.



*Arenhart* ponderam que, embora toda ação se considere proposta no momento em que é distribuída (art. 263 do CPC), a caracterização da fraude à execução depende da ciência do réu da existência da demanda. “Assim – argumentam *Marinoni e Arenhart* – a alienação ou oneração de bens é considerada em fraude à execução apenas após a citação válida (art. 219 do CPC)”<sup>71</sup>

No âmbito do processo do trabalho, a elaboração teórica tem se inclinado a identificar tal marco temporal na data do ajuizamento da demanda. Isso porque o art. 593, inciso II, do CPC, exige apenas a existência de uma ação pendente (*corria contra o devedor demanda*), não fazendo referência ao fato de que nela o réu já deva ter sido citado. Tem-se ação pendente desde o momento em que ela é ajuizada pelo autor<sup>72</sup> (ou exequente)<sup>73</sup>, nada obstante a tríplice angularização venha a ocorrer somente em momento posterior, com a citação do réu (ou executado)<sup>74</sup>. Portanto, se a alienação ocorreu posteriormente ao ajuizamento da ação, caracterizada estará a fraude de execução<sup>75</sup>. A distribuição da ação “é o quanto basta para o reconhecimento da configuração da fraude de execução, pouco importando que a própria citação do devedor e a própria penhora do bem houvessem ocorrido após a alienação, que, na linguagem desenganada da lei, foi efetuada quando já em curso demanda capaz de reduzir o executado à insolvência”<sup>76</sup>.

A opinião de *Manoel Antonio Teixeira Filho* em favor da adoção da data do ajuizamento da demanda como marco temporal a partir do qual se presume a fraude à execução do reclamado tem por fundamento o fato de que a doutrina trabalhista não exige ato citatório para considerar interrompida a prescrição e estabelecida a prevenção, reputando suficiente, para tanto, o ajuizamento da demanda<sup>77</sup>. O autor argumenta que a exigência de citação poderia permitir que o devedor se beneficiasse da própria torpeza, exemplificando com situação em que o devedor, antes da citação, viesse a alienar todos os bens após dispensar os empregados, frustrando a execução dos respectivos créditos trabalhistas.

Diante da omissão da CLT e da LEF sobre a matéria e diante da previsão do art. 263 do CPC, parece razoável adotar a data do ajuizamento da demanda como o marco temporal a partir do qual se tem por caracterizado o ilícito de fraude à execução trabalhista.

<sup>71</sup> *Curso de processo civil – Execução*. 6 ed. v. 3. São Paulo: Forense, 2014. p. 267.

<sup>72</sup> CPC, art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

<sup>73</sup> CPC, art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.

<sup>74</sup> FRAUDE À EXECUÇÃO - Débito fiscal - Caracterização - Transferência de uso de linha telefônica objeto de penhora - Antecedência de três meses depois da propositura da execução fiscal - Fraude que se caracteriza com a propositura da ação - Irrelevância do devedor ter ou não tomado ciência da citação - Aplicação dos artigos 185 do CTN e 593 do CPC - Recurso não provido (TJSP, Apelação Cível n. 228.959-2, Rel. Des. Ricardo Brancato).

<sup>75</sup> Nesse sentido: Alcides de Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol VI, pág. 452); Belmiro Pedro Welter (*Fraude de Execução*. Porto Alegre: Síntese, 1997, pág. 37); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Fraude à Execução. Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 3, pág. 6); Maria Berenice Dias (*Fraude à Execução*. Revista *Ajuris* 50/75).

<sup>76</sup> Yussef Said Cahali. *Fraudes Contra Credores*. São Paulo: RT, 1989, pág. 464.

<sup>77</sup> *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 204

## Conclusão

O sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC, identificando na previsão do art. 185, *caput*, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

Na medida em que a fraude à execução fiscal é considerada hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à execução ao processo do trabalho mediante recurso à analogia, em face da promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV).

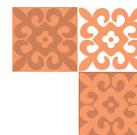
O crédito trabalhista é expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilegio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um *sistema*, é razoável concluir então que é esse sistema – e não apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 – que se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva.

Relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN.

## Referências

- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 14 ed. São Paulo: RT, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e ideologia – o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEBBER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.



- BERNAL, Francisco Chamorro Bernal. **La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución**. Barcelona: Bosch, 1994.
- BORGES, Aline Veiga. CLAUS, Ben-Hur Silveira. “Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico”. In *Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, nº 059/2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. VIII.
- CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. São Paulo: RT, 1989.
- CHAVES, Luciano Athayde. “Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista”. *Curso de processo do trabalho*. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009.
- CHIERCHIA, Pietro Merola. **L'interpretazione sistematica della Costituzione**, Padova: CEDAM, 1978.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. “Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ – Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária”. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, nº 41, 2013, Porto Alegre: HS Editora.
- \_\_\_\_\_. “A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista – Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura”. In *Revista do TRT da 8ª Região*, nº 92, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DENARI, Zelmo. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- DIAS, Maria Berenice. **Fraude à Execução**. *Revista Ajuris* 50/75.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fraude à Execução. Digesto de Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FIOREZE, Ricardo. CLAUS, Ben-Hur Silveira. “Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício”. In *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 366. Jun/2014.
- GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.
- GUTJAHR, Valéria. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol VI.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 7 ed. Niterói – RJ: Impetus, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009.
- MADEIRA, Anderson Soares. **Lei de Execuções Fiscais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil – Execução**. 6 ed. v. 3. São Paulo: Forense, 2014.
- MIRANDA, João Damasceno Borges de. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Marcelo Maga-

Ihães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005.

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

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “**Dívida Ativa da Fazenda Pública**”. *RT Informa*, 261:5.

RIBEIRO, André de Melo. “**O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005**”. In *Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (org.). São Paulo: LTr, 2015.

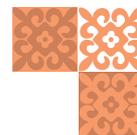
TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no processo do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Lei de execução fiscal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II.

WELTER, Belmiro Pedro. **Fraude de Execução**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

ZAVASCHI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000, v. 8.



# O Assédio Moral Organizacional nas Instituições Bancárias

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Assédio moral organizacional: uma proposta de conceituação; 3. Elementos caracterizadores do assédio moral organizacional; 4. A influência da tecnologia na nova organização do trabalho; 5. O assédio moral organizacional nos bancos; 6. Conclusões; Referências.  
**Resumo:** As instituições bancárias são fortemente marcadas por práticas de assédio moral organizacional. Com a redução dos postos de trabalho operada pela automatização das instituições financeiras, o trabalhador vê-se obrigado a se submeter às condições de exploração, aos abusivos métodos de gestão e à violência psicológica ocasionada, principalmente, pelas constantes pressões. Em nome dos resultados e do lucro, as instituições financeiras forçam o bancário a laborar num ritmo excessivo, mediante o cumprimento de metas exageradas, que, caso não sejam cumpridas, expõem o empregado às mais diversificadas formas de constrangimento, humilhação e ridicularização. O bancário sofre diversas consequências na sua saúde física e psíquica, comprometendo as suas relações laborais, sociais e familiares. Nessa senda, o presente artigo busca examinar o assédio moral organizacional no setor bancário, destacando a influência da tecnologia da informação na organização laboral dos bancos, além de apontar os contornos conceituais e os elementos caracterizadores dessa nova modalidade assediadora.  
**Palavras-chave:** Organização do trabalho; Assédio moral organizacional; Instituições bancárias.

## 1 Introdução

O século XXI marca uma nova sociedade e uma nova organização do trabalho. O desenvolvimento da tecnologia da informação transformou as relações sociais e também o modo de execução do labor. Por meio da robótica e da informática, tornou-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços.

A nova organização do trabalho, balizada pelo desenvolvimento tecnológico e informacional, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou as condições laborais. Ao mesmo tempo em que as inovações tecnológicas permitiram que homens e mulheres aumentassem a produção de mercadorias com mais qualidade e menos esforço, houve a intensificação das exclusões e discriminações que ocorrem dentro e em torno da força de trabalho.

Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos de produção, sofrem cada vez mais com o estresse, com as exigências de metas abusivas, com o controle do modo, forma e método de trabalho, com o comprometimento das relações interpessoais e, inclusive, com o desrespeito à diversidade. Pressão para atingir metas, sobrecarga e ritmo excessivo de trabalho, segregação dos funcionários, sistema de premiações, divisão de tarefas, estratégias de controle e extrapolação da jornada de trabalho são alguns traços característicos

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito, com Láurea Acadêmica, pela Universidade Federal da Bahia. Assessora Jurídica da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região

dessa nova organização do trabalho. É nesse contexto que emerge o assédio moral organizacional.

Nas instituições bancárias essa realidade não é diferente. Com a redução dos postos de trabalho operada pela automatização das instituições financeiras, o trabalhador vê-se obrigado a se submeter às condições de exploração, aos abusivos métodos de gestão e à violência psicológica ocasionada, principalmente, pelas constantes pressões.

Em nome dos resultados e do lucro, as instituições financeiras forçam o bancário a laborar num ritmo excessivo, mediante o cumprimento de metas exageradas, que, caso não sejam cumpridas, expõem o empregado às mais diversificadas formas de constrangimento, humilhação e ridicularização. A concorrência entre os colegas de trabalho é acirrada e o meio ambiente laboral torna-se cada vez mais hostil e violento. O bancário sofre diversas consequências na sua saúde física e psíquica, comprometendo as suas relações laborais, sociais e familiares.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva estudar o assédio moral organizacional no setor bancário, nova modalidade assediadora que acarreta inúmeras e graves consequências para a saúde mental do trabalhador.

## 2 Assédio Moral Organizacional: Uma Proposta De Conceituação

O assédio moral é a tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

Nos últimos anos, entretanto, foi detectada uma nova forma de assédio moral. Trata-se do assédio moral organizacional, que está relacionado com práticas de gestão e que alcança um grande número de trabalhadores. Esse tipo de assédio tem como principal objetivo extrair o máximo de produtividade dos empregados, incitando ao isolamento, ao egoísmo e à desunião, além de impedir a instituição da solidariedade entre os mesmos.

Conforme conceito proposto por Adriane Reis de Araújo, configura o assédio moral organizacional:

O conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> ARAÚJO, Adriane Reis de. O assédio moral organizacional. São Paulo: LTr, 2012, p. 76.



Desse modo, segundo a autora, o assédio moral organizacional funciona como um instrumento de gestão e de normatização da conduta dos trabalhadores, possibilitando o engajamento e controle de todo o pessoal, a fim de implementar o ritmo e a qualidade da produção, sem que qualquer reivindicação das condições de trabalho seja intentada.<sup>3</sup>

Lis Soboll e Thereza Gosdal conceituam o assédio moral organizacional como:

Um conjunto sistemático de práticas reiteradas, inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho, ou ao aumento de produtividade e resultados, ou à exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios.<sup>4</sup>

O assédio organizacional, consoante lição de Lis Soboll, corresponde a um processo no qual a violência está inserida nos aparatos, nas estruturas e nas políticas organizacionais ou gerenciais da empresa, políticas estas que são abusivas e inadequadas e que possuem o propósito de exercer o gerenciamento do trabalho e do grupo, visando produtividade e controle organizacional.<sup>5</sup>

Nesse sentido, com base nas definições acima apresentadas, formula-se a seguinte proposta de conceituação: o assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e hostis, reiteradas e prolongadas, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, atingindo gravemente a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

### 3 Elementos Caracterizadores do Assédio Moral Organizacional

O assédio moral organizacional apresenta os seguintes elementos caracterizadores: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do público alvo, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador.

A abusividade reside na extrapolação dos limites do poder diretivo patronal e na forma perversa e agressiva com que as condutas são praticadas. A título de exemplo, Lis Soboll e Thereza Gosdal identificam as seguintes práticas abusivas: a) cumprimento de

<sup>3</sup> Ibid., p. 78.

<sup>4</sup> GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira, et al. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. Assédio moral interpessoal e organizacional. São Paulo: Ltr, 2009, p. 37.

<sup>5</sup> SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 21.

metas exageradas; b) tempo de banheiro controlado; c) imposição e controle do que deve ser dito ao cliente; d) impossibilidade de apresentação de atestados médicos; e) desqualificação do trabalhador, do seu discurso e das suas ações; f) utilização de técnicas de humilhação e perseguição como estratégia para o estímulo de vendas, em especial através da ridicularização pública dos empregados ou equipes que vendem menor ou não alcançam as metas.<sup>6</sup>

Ressalta-se que o mecanismo assediador mais peculiar do assédio moral organizacional consiste na imposição de metas exageradas ou, até mesmo, inatingíveis ao trabalhador e na conseqüente imposição de “prendas” diante do inadimplemento dessas metas.

Além da abusividade da conduta, para que o assédio moral organizacional seja configurado, faz-se necessária a habitualidade, ou seja, a reiteração e prolongamento no tempo dos atos assediadores. A violência psicológica organizacional deve ser, portanto, regular, sistemática e perdurar no tempo.

Outro elemento caracterizador do assédio moral organizacional consiste no contexto institucional ou geracional em que as atitudes assediadoras estão inseridas. Assim, figura-se imprescindível que tais práticas estejam inseridas nas estratégias e métodos de gestão, nos aparatos e políticas gerenciais e na divisão do trabalho da empresa.

A natureza coletiva do público alvo também caracteriza o assédio moral organizacional, tendo em vista que essa modalidade de assédio sempre é coletiva lato sensu, pois atinge os trabalhadores na perspectiva individual homogênea, coletiva e difusa.

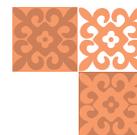
Verifica-se a dimensão individual homogênea do assédio moral organizacional quando as condutas agressivas, estruturadas via política organizacional da empresa, são direcionadas para alvos determinados a partir de um perfil, como, por exemplo, todas as gestantes da empresa, todos os trabalhadores acidentados, todos os trabalhadores que a empresa deseja despedir, mas não quer arcar com os custos da dispensa sem justa causa.<sup>7</sup>

A dimensão coletiva em sentido estrito do assédio moral organizacional se configura no momento em que todos os trabalhadores de determinada empresa são agredidos indistintamente pelas condutas abusivas ligadas à política empresarial. O mesmo raciocínio vale para determinados grupos ou setores que passam a ser perseguidos pela gestão da empresa.

No que se refere à dimensão difusa, deve-se compreender além de todos os trabalhadores indiscriminadamente atingidos pelas condutas assediadoras, os seus amigos, vizinhos e familiares, cujos laços sociais, diante do assédio, restam seriamente comprometidos, assim como os trabalhadores que venham a ser admitidos futuramente pela empresa.

<sup>6</sup> GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira, et al. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 38.

<sup>7</sup> SOBOLL, Lis Andrea Pereira; EBERLE, André Davi, et al. Situações distintas do assédio moral. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 19.



Outro traço característico dessa modalidade assediadora diz respeito à sua finalidade institucional, qual seja, promover atitudes gerenciais abusivas oriundas de uma organização que estimula a competitividade e que está estruturada sobre uma dose significativa de perversidade, além de envolver exigências desmedidas, como o cumprimento de metas inatingíveis.<sup>8</sup>

Podem ser apontadas como finalidades institucionais: a) aumento da produtividade; b) diminuição ou redução dos custos; c) controle dos empregados; d) exclusão de trabalhadores que a empresa não deseja manter em seus quadros, forçando pedidos de demissão e desoneração de verbas rescisórias; e) coibição da formação de demandas individuais e coletivas; f) controle do tempo e dos métodos de trabalho; entre outros.<sup>9</sup>

Por fim, outro componente essencial do assédio moral organizacional consiste na agressão à dignidade da pessoa humana e à integridade física e mental do trabalhador. Além disso, esse modalidade assediadora atinge, também, outros direitos fundamentais e sociais, dentre os quais se destaca: o direito ao trabalho; o direito à imagem, vida privada, intimidade e honra; o direito ao meio ambiente de trabalho saudável e seguro; o direito à igualdade nas relações de emprego, direito este, inclusive, que impede a prática de atitudes discriminatórias; o direito à saúde; o direito ao lazer; o direito à liberdade de manifestação do pensamento; o direito à liberdade religiosa; e o direito à liberdade de associação profissional ou sindical.

#### 4 A Influência da Tecnologia na Nova Organização do Trabalho

Com o advento das novas tecnologias, relacionadas principalmente à robótica e à informática, bem como à introdução de novas formas de organização e gestão do trabalho, esperava-se que houvesse um desenvolvimento nas relações laborais e uma melhoria nas condições de trabalho, elevando-se a qualidade de vida do trabalhador. Todavia, não foi isso o que ocorreu.

A organização do trabalho, como bem explica João Batista Ferreira, se desdobra em duas dimensões, quais sejam: a divisão do trabalho e a divisão dos homens. A divisão do trabalho corresponde à divisão de tarefas e à repartição do modo operatório prescrito. A divisão dos homens, por sua vez, consiste na divisão das relações de poder e no desenho do sistema hierárquico.<sup>10</sup> A organização do trabalho engloba, assim, uma organização horizontal, representada pela divisão de tarefas, e uma organização vertical, relacionada com o escalonamento hierárquico de poder.

---

<sup>8</sup> SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 23.

<sup>9</sup> GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira, et al. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 37.

<sup>10</sup> FERREIRA, João Batista. Violência e assédio moral no trabalho: patologias da solidão e do silêncio. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira (org.). **Violência psicológica no trabalho e assédio moral**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 116.

Pressão para atingir metas, sobrecarga e ritmo acelerado e excessivo de trabalho, segregação dos funcionários, desconsideração de aspectos éticos e de segurança, sistema de premiações, divisão de tarefas, divisão do tempo, desenho da estrutura hierárquica, estratégias de controle e extrapolação da jornada de trabalho são algumas formas da atual organização do trabalho.

Marie-France Hirigoyen aponta como principais características dessa nova organização laboral o estresse, a má comunicação, a padronização e a falta de reconhecimento. Com relação ao estresse, pontua a autora que o excesso de trabalho não é o responsável pelo assédio moral, mas sim o ambiente de trabalho no qual não existem regras internas, nem para comportamentos nem para métodos, e o poder dos chefes não tem limites. Além disso, a evolução das novas tecnologias obriga os trabalhadores a se enquadrarem constante e rapidamente às inovações informacionais, levando “a uma robotização das pessoas”.<sup>11</sup>

A má comunicação, por sua vez, interfere negativamente nas relações entre os trabalhadores. Seja na comunicação verbal, seja através de e-mails, fala-se depressa e vai-se direito ao essencial. Ademais, as novas tecnologias pressupõem a utilização de uma linguagem “técnica” e “codificada”, que exclui os não iniciados. A comunicação mais rápida, em verdade, disfarça a incapacidade desses novos métodos de melhorar as relações interpessoais.<sup>12</sup> A padronização e a falta de reconhecimento, por outro lado, violam a liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador, forçando-o, muitas vezes, a perder sua identidade.<sup>13</sup> As diferenças não são aceitas e as diversidades cada vez menos toleradas.

Exige-se da pessoa uma personalidade resiliente, ou seja, que resiste às adversidades, adaptando-se a um meio ambiente de trabalho perverso, haja vista que “mesmo depois de ‘queimada’, tal como no mito de fênix, é capaz de renascer das próprias cinzas, como se nada tivesse ocorrido, e continuar colaborando para a produção”.<sup>14</sup>

Nessa senda, infere-se que as inovações tecnológicas e informacionais transformaram a sociedade e a organização do trabalho. Por meio da robótica e da informática, tornou-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços. A nova organização laboral, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou as condições de trabalho. Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos, sofrem cada vez mais com o estresse, com o controle do modo, forma e método de trabalho, com o comprometimento das relações interpessoais e, inclusive, com o desrespeito à diversidade. O assédio moral encontra no sujeito pós-moderno perverso e na estrutura empresarial desumana terreno fértil para o seu desenvolvimento, consolidando-se a cada dia nessa nova organização laboral.

---

<sup>11</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 188-190.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 198-199.

<sup>14</sup> HELOANI, Roberto. Quando alguém se mata no trabalho, o que está querendo dizer? In: BARRETO, Margarida; NETTO, Nilson Berenchein; PEREIRA, Lourival Batista. **Do assédio moral à morte em si**: significados do suicídio no trabalho. 1. ed. São Paulo: Matsunaga, 2011, p. 261.



## 5 O Assédio Moral Organizacional nos Bancos

Com as inovações tecnológicas, visualizou-se um remodelamento da organização do trabalho bancário, sem a respectiva melhoria das condições laborais. Com a redução dos postos de trabalho operada pela automatização das instituições bancárias e financeiras, o trabalhador vê-se obrigado a se submeter às condições de exploração, aos abusivos métodos de gestão e à violência psicológica ocasionada, principalmente, pelas constantes pressões. O assédio moral organizacional emerge nesse contexto.

A cartilha elaborada pela Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação de Discriminação no Trabalho – Coordigualdade, do Ministério Público do Trabalho, aponta algumas características da organização laboral bancária que propiciam a prática do assédio moral:

- estrutura hierarquizada;
- burocracia excessiva;
- forte pressão por produtividade (cotas e investimentos);
- metas que desconsideram a situação econômica conjuntural/estrutural;
- baixa importância dada pela empresa à relação profissional/cliente;
- discrepância entre a jornada de trabalho real e a jornada de trabalho formal, registrada em cartões de ponto (os funcionários encerram suas atividades na sua própria senha e permanecem trabalhando “logados” em outras senhas fornecidas pela gerência com a finalidade de evitar deixar vestígios da sobrejornada);
- políticas de demissão (PDVs) e de transferências para agências mais distantes dentro da mesma localidade;
- tratamento hostil dispensado pelos gestores dos estabelecimentos bancários e pelos demais colegas aos empregados convalescentes;
- exigência de um perfil (que pode ser estético ou baseado em uma análise da vida pregressa do empregado etc.);
- resistência ao engajamento sindical, com criação de entraves;
- insegurança nas agências bancárias, com casuística de agressões físicas e psicológicas decorrentes de constantes assaltos;
- processo de qualificação permanente;
- progressão na carreira vinculada ao cumprimento de metas;

- políticas institucionais de competição entre os bancários;
- institucionalização de um padrão de comportamento dos bancários pautado nas seguintes premissas: ser amável, comunicativo, ter disposição para vender produtos, fidelizar clientes.<sup>15</sup>

Independentemente da posição hierárquica, o trabalhador bancário é monitorado através de sistemas informatizados de identificação do operador. Além do controle da jornada de trabalho, o sistema automatizado computa as tarefas realizadas e os resultados obtidos por determinado trabalhador, haja vista que, tanto em bancos público, como privados, o trabalho é operacionalizado por intermédio de um “sistema computadorizado” acessado por meio do número de matrícula do bancário. Assim, torna-se possível controlar a jornada e a produtividade instantânea e permanente do trabalhador.<sup>16</sup>

Esse tipo de controle, como sinaliza Lis Soboll, é constante, sutil, onipresente e persistente no tempo, registrando todas as vendas realizadas. Ademais, as avaliações de desempenho ficam arquivadas nesse sistema, podendo ser acessadas por outros profissionais, a depender da posição hierárquica.<sup>17</sup>

Além do controle e da vigilância realizada pela automatização do trabalho bancário, verifica-se, também, em algumas agências, que a conexão do funcionário ao sistema da instituição financeira somente é possível após a aceitação de alterações no seu contrato de trabalho. Como em muitos casos o bancário só pode laborar a partir do seu acesso ao terminal computadorizado, ele é obrigado a aceitar as alterações contratuais, geralmente lesivas, para poder trabalhar. Assim, os bancários são compelidos a aderir às mudanças propostas no sistema, ainda que não desejadas, já que este permanece travado até que as alterações sejam confirmadas.<sup>18</sup> É o chamado assédio moral organizacional virtual, uma modalidade nova e típica do setor bancário.

Após a reestruturação do setor financeiro, em especial através da tecnologia da informação, a venda de produtos tornou-se uma das atividades centrais do setor bancário. Produtos como seguros, cartões de crédito, planos de previdência, planos de capitalização, consórcios, empréstimos e investimentos são alguns dos produtos vendidos pelos bancários. Arelado a essas vendas está o cumprimento de metas.

O estabelecimento de metas é uma estratégia legítima. Entretanto, a especificidade dessa estratégia, juntamente com o processo de definição de metas, as pressões para a produtividade e o sistema de punições e recompensas, torna essa exigência abusiva e favorece a prática de assédio moral.<sup>19</sup> A alta hierarquia do banco define as metas, que, por sua vez,

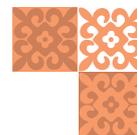
<sup>15</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Assédio moral em estabelecimentos bancários** (Cartilha). Brasília: Coordigualdade, 2013, p. 10.

<sup>16</sup> SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 92.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Assédio moral em estabelecimentos bancários** (Cartilha). Brasília: Coordigualdade, 2013, p. 18.

<sup>19</sup> SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 94.



são distribuídas aos setores e gerentes, sendo acompanhadas das pressões por todo sistema, até chegar ao trabalhador individualizado. A pressão se transmite, assim, em cascata, restando disseminada por todos os setores e níveis hierárquicos.<sup>20</sup>

Faz-se mister destacar que, muitas vezes, a progressão na carreira está vinculada ao cumprimento de metas, fato este que ocasiona maior pressão e preocupação aos bancários, que extrapolam os seus limites físicos e psíquicos para alcançar os elevados índices de produtividade e conseguir a progressão. Para tanto, muitos bancários excedem as suas jornadas de trabalho, comprometendo a saúde e a convivência social e familiar.

Atrelado ao cumprimento de metas, as instituições bancárias geralmente utilizam o sistema de “prendas”. Trata-se, em verdade, de um mecanismo punitivo, pautado na ridicularização pública do trabalhador que não alcançou as metas estabelecidas. Na maioria das vezes, o trabalhador é desqualificado, por meio de gestos, palavras, gritos, olhares ou atitudes, sendo forçado a “pagar prendas” perante colegas de trabalho, gerentes ou, até mesmo, clientes, como forma de compeli-lo a aumentar a produtividade, atingir as metas ou pedir o desligamento do quadro funcional.

Além do sistema de punições, podem ser utilizados os sistemas de premiações ou recompensas, principalmente através da classificação em ranking. O referido mecanismo estimula uma forte competitividade, tornando o ambiente de trabalho hostil e individualista. Como salienta Lis Soboll, esse processo, sem limites, inserido na estratégia de gestão, naturaliza o sofrimento e a violência, além de configurar um ambiente laboral de constante controle, avaliação e exposição, principalmente porque a produtividade é fixada de acordo com um padrão estabelecido pela própria organização. A comparação rompe com a solidariedade e transforma os pares em concorrentes, operando-se, desse modo, um processo de isolamento e individualização.<sup>21</sup> Além disso, os que conseguem atingir as metas estabelecidas sentem-se constrangidos diante das exposições e comparações de resultados.<sup>22</sup>

Com efeito, seja pelo sistema de punição, seja pelo sistema de recompensa os trabalhadores que “não foram produtivos” para a instituição financeira são humilhados e tem sua dignidade e integridade gravemente ferida.

Nesse contexto, o ambiente laboral bancário é marcado pela imposição do cumprimento de metas inatingíveis e pela forte pressão por produtividade. Em nome dos resultados e do lucro, as instituições financeiras forçam o bancário a laborar num ritmo excessivo, mediante o cumprimento de metas exageradas, que, caso não sejam cumpridas, expõem o empregado às mais diversificadas formas de constrangimento, humilhação e ridicularização. A concorrência entre os colegas de trabalho é acirrada e o meio ambiente laboral torna-se cada vez mais hostil e violento.

Por fim, outro fator que intensifica o assédio moral organizacional no setor bancário diz respeito ao excesso da jornada. Isso porque na busca por metas e produtividade,

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 94-95.

<sup>21</sup> Ibid., p. 109.

<sup>22</sup> Ibid., p. 110.

os bancários extrapolam a jornada de trabalho para atender às demandas impostas e não sofrer humilhação, rebaixamento ou hostilização. As constantes ameaças de demissão ou de perda da função comissionada também agravam essa realidade.

Como bem assevera Maria Maeno, médica e pesquisadora da Fundacentro, “o banco é um grande balcão de produtos. Lá, vendem crédito, empréstimos, seguros de vida, contra incêndio, contra roubos, previdência privada, o que mostra que todos os bancários foram ‘convertidos’ em vendedores”.

Nesse ínterim, os gestores pressionam os bancários a vender cada vez mais, fixando prazos desnecessariamente curtos para o cumprimento das metas de venda. O trabalhador não tem outra alternativa, senão exceder a jornada de trabalho para atingir os resultados fixados pelo banco. Ademais, para não comprometer a produtividade, muitas reuniões são marcadas após o expediente normal de trabalho.

Conclui-se, desse modo, que a atual organização do trabalho nos bancos é marcada pelo controle automatizado do trabalhador, pelas constantes pressões por produtividade, pela imposição de metas inatingíveis, pelo despreparo dos superiores hierárquicos, pelo excesso de jornada e planos prejudiciais coletivos, dentre outras práticas que tornam o ambiente laboral altamente competitivo, hostil e agressivo, atingindo ferozmente a dignidade e integridade do trabalhador, além de comprometer a sua saúde física e mental.

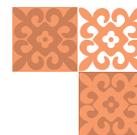
## 6 Conclusões

Evidenciou-se, no presente artigo, que:

1. o assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e hostis, reiteradas e prolongadas, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, atingindo gravemente a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

2. O assédio moral organizacional é caracterizado pelos seguintes elementos: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do público alvo, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador.

3. As inovações tecnológicas e informacionais transformaram a sociedade e a organização do trabalho. Por meio da robótica e da informática, tornou-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços. A nova organização laboral, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou as condições de trabalho. Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos, sofrem cada vez mais com o estresse, com o controle do modo, forma e método de trabalho, com o comprometimento das relações interpessoais e, inclusive, com o desrespeito à diversidade. O assédio moral encontra



no sujeito pós-moderno perverso e na estrutura empresarial desumana terreno fértil para o seu desenvolvimento, consolidando-se a cada dia nessa nova organização laboral.

4. Com as inovações tecnológicas, visualizou-se um remodelamento da organização do trabalho bancário, sem a respectiva melhoria das condições laborais. Com a redução dos postos de trabalho operada pela automatização das instituições bancárias e financeiras, o trabalhador vê-se obrigado a se submeter às condições de exploração, aos abusivos métodos de gestão e à violência psicológica ocasionada, principalmente, pelas constantes pressões. O assédio moral organizacional emerge nesse contexto.

5. O ambiente laboral bancário é marcado pela imposição do cumprimento de metas inatingíveis e pela forte pressão por produtividade. Em nome dos resultados e do lucro, as instituições financeiras forçam o bancário a laborar num ritmo excessivo, mediante o cumprimento de metas exageradas, que, caso não sejam cumpridas, expõem o empregado às mais diversificadas formas de constrangimento, humilhação e ridicularização. A concorrência entre os colegas de trabalho é acirrada e o meio ambiente laboral torna-se cada vez mais hostil e violento.

6. A atual organização do trabalho nos bancos é marcada pelo controle automatizado do trabalhador, pelas constantes pressões por produtividade, pela imposição de metas inatingíveis, pelo despreparo dos superiores hierárquicos, pelo excesso de jornada e planos prejudiciais coletivos, dentre outras práticas que tornam o ambiente laboral altamente competitivo, hostil e agressivo, atingindo ferozmente a dignidade e integridade do trabalhador, além de comprometer a sua saúde física e mental.

## Referências

- ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012.
- GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira, et al. **Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões**. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. Assédio moral interpessoal e organizacional. São Paulo: Ltr, 2009.
- SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- SOBOLL, Lis Andrea Pereira; EBERLE, André Davi, et al. **Situações distintas do assédio moral**. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. Assédio moral interpessoal e organizacional. São Paulo: Ltr, 2009.
- FERREIRA, João Batista. **Violência e assédio moral no trabalho: patologias da solidão e do silêncio**. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira (org.). Violência psicológica no trabalho e assédio moral. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- HELOANI, Roberto. **Quando alguém se mata no trabalho, o que está querendo dizer?** In: BARRETO, Margarida; NETTO, Nilson Berenchein; PEREIRA, Lourival Batista. Do assédio moral à morte em si: significados do suicídio no trabalho. 1. ed. São Paulo: Matsunaga, 2011.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Assédio moral em estabelecimentos bancários** (Cartilha). Brasília: Coordigualdade, 2013.

# Uniformização da jurisprudência no processo do trabalho

Edilton Meireles<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos procedimentos para uniformização da jurisprudência. 3. Do incidente processual de uniformização da jurisprudência. 4. Incidente de assunção de competência. Questão relevante. 5. Procedimento interno de edição de súmula. 6. Incidente processual posterior de uniformização da jurisprudência. 7. Conclusão.

## Introdução

No presente trabalho pretendemos lançar opiniões a respeito dos procedimentos para uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais do trabalho.

Revisitar esse tema, por sua vez, ganha contornos de maior importância diante da alteração havida na CLT a respeito deste tema, a partir da edição da Lei n. 13.015/14. E, neste caminho, ressalta-se a regra que impõe a obrigatoriedade dos Tribunais Regionais do Trabalho em uniformizar a sua jurisprudência (§ 3º do art. 896 da CLT). O que antes era mera faculdade, agora tornou-se obrigatório.

É preciso, assim, revisitar o incidente de uniformização de jurisprudência, tal como previsto no CPC, e tratar dos demais procedimentos utilizados pelos tribunais para uniformização da jurisprudência. E, para tanto, é preciso distinguir esses diversos procedimentos.

É certo, ainda, que devemos analisar o novo procedimento de incidente de uniformização instaurado a partir da vigência da Lei n. 13.015/14, que previu a possibilidade da uniformização ser realizada depois do julgamento do recurso pelos tribunais regionais do trabalho, ao invés de ser durante a sua apreciação.

Tratamos, pois, adiante, desses procedimentos.

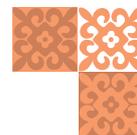
## Dos procedimentos para uniformização da jurisprudência

Quando falamos em uniformização da jurisprudência, de logo, vem à mente o incidente processual regulamentado no CPC que cuida desta questão.

É preciso, porém, destacar que a uniformização da jurisprudência nos tribunais não se procede apenas através deste incidente processual. Outros procedimentos podem ser apreciados com objetivo de uniformizar a jurisprudência.

---

<sup>1</sup> Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal).



E o próprio CPC aponta outro caminho para uniformização da jurisprudência. Estamos aqui a tratar do incidente de assunção de competência quando diante de questão relevante.

Vejam que o § 1º do art. 555 do CPC prevê a possibilidade do tribunal, “ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”... “propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

Nesta hipótese, independentemente de ter sido suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência regulado no art. 476 e seguintes do CPC, o tribunal poderá adotar outro procedimento para “prevenir ou compor divergência”, uniformizando a jurisprudência.

Mas não é só. Temos outros procedimentos tendentes a alcançar o mesmo fim. E um desses procedimentos é aquele que conduz à aprovação da súmula vinculante, envolvendo sua revisão e cancelamento, conforme regulado na Lei n. 11.417/06.

Observem que, mediante o procedimento previsto na Lei n. 11.417/06, independentemente de qualquer incidente processual suscitado em recurso, o STF pode, de ofício ou por provocação, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei”.

Aqui, então, temos um outro procedimento para uniformização da jurisprudência, independentemente do incidente processual regulado no CPC.

Mas, além desses dois procedimentos, é certo que nossos tribunais, em praxe consagrada, há muito editam súmulas (ou orientações jurisprudenciais) justamente com objetivo de uniformizar sua jurisprudência. E, de um modo geral, o procedimento para edição de súmulas, independentemente daquela surgida após o julgamento do incidente processual previsto no CPC, tem sido regulado nos regimentos internos dos tribunais. E, também de um modo geral, os tribunais adotam regras semelhantes para edição, revisão e cancelamento de súmulas, independentemente do incidente processual de uniformização da jurisprudência. Geralmente partem do pressuposto da existência de reiteradas decisões no mesmo sentido adotada pelo tribunal.

Temos, então, um terceiro procedimento para uniformização da jurisprudência, qual seja, aquele que visa a editar, revisar ou cancelar súmula, seja vinculante ou não, independentemente do incidente de uniformização ou da hipótese de assunção de competência quando diante de questão relevante.

A CLT, no entanto, nos §§ 4º e 5º do art. 896, com a redação dada pela Lei n 13.015/14, acabou por criar um outro procedimento. Teríamos agora, ao menos no processo do trabalho, no âmbito dos tribunais regionais do trabalho, outro procedimento de uniformiza-

ção de jurisprudência. Tal procedimento seria obrigatório quando determinado pelo TST ou quando provocado pelo Presidente do tribunal regional, como veremos adiante.

Teríamos, assim, no âmbito do processo do trabalho, quatro hipóteses para uniformização da jurisprudência, quais sejam:

- através do incidente de uniformização da jurisprudência, regulado no art. 476 do CPC;
- através do incidente de assunção de competência quando diante de questão relevante, previsto no § 1º do art. 555 do CPC;
- através do procedimento interno de edição, revisão e cancelamento de súmulas (ou orientações jurisprudenciais), disciplinado nos regimentos internos dos tribunais; e
- através do procedimento posterior de uniformização, por determinação do TST ou por provocação do Presidente do Tribunal Regional, previsto nos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT.

De logo, porém, destacamos que, nas duas primeiras hipóteses e na última, a uniformização da jurisprudência se opera no âmbito de um determinado processo judicial. Daí porque são considerados incidentes processuais. Já na terceira hipótese, o procedimento é autônomo, não vinculado a qualquer processo judicial especificamente.

Passamos assim, a tratar, especificamente, sobre cada um desses procedimentos.

## **Do incidente processual de uniformização da jurisprudência**

O incidente processual de uniformização da jurisprudência está regulado nos arts. 476 e seguintes do CPC.

Tal incidente processual pode ser provocado de ofício (caput do art. 476) ou mediante pedido da parte (parágrafo único do art. 476).

Esse incidente tem cabimento quando se “I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência” ou “II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que Ihe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas” (art. 476 do CPC).

Na primeira hipótese, o órgão julgador verifica que, no âmbito do tribunal, há decisões divergentes sobre a mesma matéria, a exigir a uniformização. Já na segunda, o órgão julgador de recurso interposto contra acórdão proferido em demanda julgada por outro órgão fracionário do Tribunal, verifica que a decisão é “diversa da que Ihe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”.



Em suma, constata a existência de decisões divergentes, no âmbito do mesmo tribunal, cabe aceitar o incidente de modo que o órgão superior do próprio Tribunal (Órgão Especial ou Tribunal Pleno) adote a tese jurídica que deve prevalecer.

No caso, aceito o incidente pelo órgão fracionário, reconhecendo a existência da divergência, cabe deslocar o julgamento do recurso para o órgão interno do tribunal competente regimentalmente para decidir sobre o mesmo. De preferência, é aconselhável que esse órgão seja o Pleno do Tribunal, de modo que a tese prevalecente reflita, de fato, a opinião da maioria dos membros efetivos da Corte. Nada impede, todavia, que essa competência seja reservada ao Órgão Especial (que é mera fração do Tribunal).

Mas, como dito, neste caso, o julgamento do recurso é deslocado de um órgão interno, que é, originariamente, competente para apreciá-lo, para outro, que assume essa função de forma excepcional.

A este outro órgão interno (Pleno ou Órgão Especial), por sua vez, cabe apreciar as teses jurídicas divergentes, caso em que, alcançando-se a maioria absoluta dos seus membros, aquela prevalecente “será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Uma vez decidida, no incidente processual, a questão divergente, cujo apreciação foi deslocada para o órgão superior do Tribunal, o recurso deve retornar ao órgão julgador originário para que este prossiga no julgamento das demais questões postas no recurso.

Vejam que, neste caso, através do incidente, a matéria que deveria ser julgada pelo órgão fracionário menor é deslocado para o órgão interno superior. E, uma vez julgado, pelo órgão superior, o recurso no ponto em que foi aceito o incidente, ele retorna ao órgão originário para que se prossiga na apreciação das demais questões porventura postas no apelo. Ao órgão inferior, neste caso, por óbvio, cabe respeitar o que já foi decidido.

Parece-me, ainda, óbvio que a decisão adotada pelo Tribunal neste incidente de uniformização de jurisprudência, tem efeito vinculante no âmbito da própria Corte. Isso porque, mediante este incidente, o que se quer é uniformizar a jurisprudência do tribunal. Logo, uma vez uniformizada, por óbvio que ela deve ser adotada, doravante, por todos membros e órgãos internos do tribunal. Do contrário, a uniformização se revela inútil.

Cabe destacar, porém, que, no novo CPC esse incidente processual desaparece. Ele, na realidade, já se revela, em parte, inútil, diante do que dispõe o § 1º do art. 555 do CPC, que, como veremos adiante, já o açambarca-o em outro procedimento tendente a uniformização da jurisprudência.

De qualquer modo, ainda que não regulamentado no novo CPC, é certo que a CLT prevê a sua adoção “nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”. Ou seja, mesmo com o fim no processo civil desse incidente de uniformização da jurisprudência, ele continuará a ter lugar nos processos do trabalho diante do disposto no § 3º do art. 896 da CLT. Em outras palavras,

para o processo do trabalho o disposto no Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) continuará em vigor.

Deve ser ressaltado, porém, que, enquanto no processo civil, essa uniformização através do incidente previsto no “Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”, é facultativo para o julgador, no processo do trabalho ele é obrigatório (§ 3º do art. 896 da CLT). Aqui, portanto, não há faculdade do julgador. A norma é imperativa.

Contudo, o CPC prevê outro procedimento tendente a uniformização da jurisprudência. Vamos a ele.

### **Incidente de assunção de competência. Questão relevante.**

Quando da reforma processual realizada em 2001, através da Lei n. 10.352/01, o legislador inseriu no CPC outro procedimento para uniformização da jurisprudência. Procedimento este, aliás, pouco usado e praticamente desconhecido dos doutrinadores que lidam com o processo do trabalho. Ignorado, ainda, pelos tribunais trabalhistas.

Estamos a nos referir ao que a doutrina aponta como um procedimento de assunção de competência por outro órgão interno do tribunal, diverso daquele originariamente competente para julgar, quando da apreciação de recursos.

Esse procedimento está previsto no § 1º do art. 555 do CPC, verbis:

“§ 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

Vejam que se trata, na realidade, de outro incidente de uniformização de jurisprudência. E, à semelhança daquele previsto no art. 476 do CPC, ele tem lugar por provocação do julgador (relator) para “compor divergência”.

De diferente temos que, na regulamentação deste outro incidente processual, não se abriu oportunidade para a parte poder pedir a instauração deste procedimento, no que diverge do incidente de uniformização do art. 476 do CPC. Aqui o incidente somente pode ser instaurado de ofício.

Contudo, a diferença que mais se faz patente é a que permite que seja deslocada a competência para apreciar o recurso quando se “faça conveniente prevenir ... divergência”.

Ou seja, enquanto no incidente de uniformização da jurisprudência é necessário que se esteja diante da existência de decisões divergentes, neste outro basta a mera possi-



bilidade de divergência (o que sempre é possível). Daí porque ele serve como instrumento de prevenção da divergência.

Outra diferença a ser apontada é que, este outro incidente, somente tem lugar quando diante de “relevante questão de direito” “que faça conveniente prevenir ou compor divergência”.

Relevante questão de direito, no entanto, é conceito indeterminado. Logo, serve para qualquer questão de direito.

No projeto do novo CPC esse incidente é mantido, sendo regulado de forma mais ampla. Conforme o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, esse incidente passaria a ser assim, regulamentado:

“Art. 959. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, seja o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese, na forma do art. 521, §§ 6º a 11.

§ 4º O disposto neste artigo se aplica quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

Diante desse texto normativo projetado, então, o incidente de assunção de competência teria lugar:

- quando “envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos”.
- quando “ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

A diferença nas hipóteses de cabimento no CPC projetado é que, na primeira hipótese, a questão relevante não precisa ser objeto de diversos recursos. Basta um. Já na

segunda hipótese, é preciso estar diante de uma questão jurídica relevante e que “seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência”.

Em relação ao processo do trabalho, apenas cabe ressaltar que, seja na forma atualmente regulamentada no CPC, seja conforme disciplinado no código projetado, em ambas hipóteses, esse incidente é compatível com a ação trabalhista. Logo, plenamente aplicável às reclamações e demais procedimentos trabalhistas em curso na Justiça do Trabalho.

### **Procedimento interno de edição de súmula**

Como dito anteriormente, tornou-se praxe nos tribunais brasileiro a edição de súmulas mediante a adoção de um procedimento desvinculado de qualquer demanda judicial.

Inicialmente, esse procedimento foi inserido no regimento interno do STF pela Emenda Regimental de 26 de agosto de 1963. Mas, sem querer adentrar em seus pormenores, é certo que, a partir dessa iniciativa do STF, os demais tribunais brasileiros, com o passar do tempo, acabaram por introduzir em seus regimentos procedimentos semelhantes.

Esse procedimento de sumular, por sua vez, acabou por ser consagrado com a possibilidade de edição de súmula vinculante.

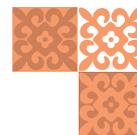
Para citar apenas um dos regramentos de nossos tribunais, no âmbito da Justiça do Trabalho, o TST disciplina esse procedimento de edição de súmulas nos arts. 162 a 166 do seu regimento interno.

Em suma, de modo geral, os tribunais preveem a edição de súmula, sua revisão e cancelamento, sempre que diante de decisões uniformes em determinado sentido. Nesta hipótese, então, o tribunal busca, de forma voluntária, ou por provocação de terceiro, consagrar uma tese jurídica de modo a se evitar, para o futuro, a edição de decisões divergentes.

É preciso, porém, destacar que a edição de súmula não pressupõe necessariamente a existência de decisões conflitantes. A súmula pode ser, inclusive, fruto da inexistência de decisões divergentes. Neste caso, então, edita-se a súmula, com efeito vinculante aos órgãos do tribunal, para se evitar a divergência futura.

A súmula, porém, pode ser editada também quando diante de decisões divergentes proferidas por diversos órgãos internos do Tribunal. Neste caso, então, à semelhança do incidente processual de uniformização de jurisprudência ou de assunção de competência, busca-se pacificar o que é conflituoso. A diferença, porém, em relação a estes incidentes processuais, é que o procedimento de edição de súmula não está vinculado a qualquer específico processo judicial.

Aqui, pois, cuida-se de um verdadeiro procedimento administrativo, se não legislativo, mas com efeito judicial. Isso porque, em outras palavras, cria-se uma regra (tese adotada na súmula) a ser respeitada pelo próprio Tribunal no julgamento futuro dos recursos e ações.



O que importa destacar, porém, é que, através deste outro procedimento não propriamente judicial (já que não apreciado em demanda judicial), o Tribunal procede na uniformização da sua jurisprudência.

Tal procedimento, por sua vez, está sendo objeto de disciplina no projeto do novo CPC, que prevê que “Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável”. E que, para tanto, “na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante”. Súmulas estas que serão vinculantes na forma prevista no art. 521 do CPC projetado, na redação aprovada pela Câmara dos Deputados.

Mas a CLT, em seu art. 896, §§ 4º e 5º, criou outra espécie de procedimento para uniformização de jurisprudência. Vamos a ele.

### **Incidente processual posterior de uniformização da jurisprudência**

Com a edição a Lei n. 13.015/14, o art. 896 da CLT, em seus §§ 4º e 5º, teve sua redação alterada para se dispor da seguinte forma:

“§ 4º Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

§ 5º A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecuráveis”.

Algumas questões, de logo, devem ficar clara a partir dessas novas regras.

A primeira é que, conforme disposto no § 4º do art. 896, da CLT, a uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais regionais do trabalho, pode ser ordenada por decisão do TST, ainda que por decisão monocrática do relator do recurso de revista (possibilidade complementada pelo § 5º do art. 896 da CLT). Tal procedimento de uniformização da jurisprudência pode, ainda, ser provocado por decisão irrecurável do Presidente do Tribunal Regional “ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista”.

Nas duas hipóteses, esse procedimento se assemelha ao incidente processual de uniformização da jurisprudência, já que ambos partem da existência de decisões divergentes no âmbito do tribunal regional.

Contudo, esse procedimento previsto nos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT se diferencia substancialmente do incidente de uniformização de jurisprudência regulado no art.

476 do CPC, já que ele é provocado em momento posterior ao julgamento do recurso por parte do órgão fracionário do tribunal regional. Ou seja, enquanto que, no incidente processual de uniformização de jurisprudência regulado no CPC ou mesmo no incidente processual de assunção de competência (questão relevante), o órgão fracionário desloca a competência para apreciação do recurso quanto a questão jurídica, aqui, conforme previsão dos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT, o procedimento é instaurado depois do julgamento do recurso por parte do órgão fracionário. Naqueles outros incidentes processuais, o recurso em si, no ponto da divergência, é apreciado pelo órgão superior, competente para apreciar o incidente de uniformização ou diante da assunção da competência. Já nesta outra hipótese, o recurso já foi julgado pelo órgão fracionário. Depois é que se determina, então, a uniformização.

Tal procedimento, por sua vez, merece acurada interpretação, já que a lei é extremamente lacunosa ao tratar deste procedimento. Contudo, o que se constata, a partir do texto normativo e de sua finalidade, é que se procurou estabelecer, via o incidente de uniformização a posteriori, um procedimento semelhante ao adotado quando do julgamento do recurso repetitivo. Tratar-se-ia, assim, um verdadeiro incidente processual, instaurado por ordem do TST ou provocado pelo Presidente do Tribunal Regional, ainda que em momento posterior ao julgamento do recurso originário.

Neste caso, então, como o recurso já teria sido julgado, caberia, após o julgamento deste incidente a posteriori, adotar, por analogia, a regra do recurso repetitivo em relação aos feitos suspensos após o julgamento do recurso afetado. Ou seja, uma vez julgado esse incidente de uniformização, ordenado pelo TST ou provocado pelo Presidente do Tribunal, caberia ao órgão fracionário que adotou decisão diversa daquela uniformizada, reexaminar o recurso interposto contra a decisão de primeiro grau (por analogia ao disposto no inciso II do § 11 do art. 896-C da CLT).

Ou seja, assim como, quando após julgamento do recurso repetitivo afetado, cabe ao tribunal regional reexaminar o recurso cujo acórdão “recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria”, igual procedimento adotar-se-ia nesta hipótese do incidente provocado na forma dos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT.

Duas, então, seriam a possibilidades que se acortinam.

Na primeira hipótese, o Tribunal Pleno ou Órgão Especial, ao apreciar esse incidente de uniformização de jurisprudência, alcançaria uma decisão coincidente com aquela já lançada no acórdão regional que foi objeto de recurso de revista.

Neste caso, então, uma vez julgado o incidente, caberia determinar a devolução do recurso de revista ao TST, para sua apreciação, ou, na hipótese do incidente ter sido provocado pelo Presidente do Tribunal, determinar que fosse processado o recurso de revista ainda não remetido à Corte Superior.

Já na segunda hipótese, o Tribunal Pleno ou Órgão Especial, ao apreciar esse incidente de uniformização de jurisprudência, adotaria decisão não coincidente com o deci-



dido pela Turma do Regional em recurso ordinário ou agravo de petição, cujo acórdão foi objeto de recurso de revista.

Nesta segunda hipótese, então, à semelhança dos recursos repetitivos, uma vez julgado o incidente de uniformização pelo órgão competente do Regional, os autos retornariam à Turma para que ela reexaminasse, nos demais pontos, o recurso recorrido que divergir da tese jurídica uniformizada. Em outras palavras, caberia o re julgamento do recurso interposto contra a decisão de primeiro grau nas demais questões postas à apreciação, adequando-se ao decidido no incidente.

Cabe, então, destacar que, nesta hipótese, descaberia a Turma – ao contrário do que pode ocorrer quando do recurso repetitivo (§ 12 do art. 896-C da CLT) – decidir por manter a decisão recorrida. Isso porque, neste caso, é o próprio Tribunal, por seu órgão interno superior, que procede no re julgamento da causa no que se refere à questão jurídica divergente. Ao órgão fracionário menor (a Turma), neste caso, apenas caberia, se for o caso, proceder nas adequações cabíveis, em relação as questões conexas e acessórias, de modo a se evitar contradições ou omissões em relação as matérias devolvidas ao Tribunal no recurso interposto contra decisão de Primeiro Grau, bem como apreciará as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em face da alteração procedida, lavrando-se o acórdão respectivo.

Por este procedimento, então, teríamos um outro procedimento a ser adotado de forma a uniformizar a jurisprudência dos tribunais regionais por força da obrigatoriedade prevista no § 3º do art. 896 da CLT. Ou seja, não uniformizada sua jurisprudência por ato do próprio Regional, ao TST caberia ordenar a mesma.

E uma vez ordenada a uniformização por decisão do TST, ainda que por ato monocrático do Ministro Relator, não caberia ao Regional proceder em qualquer juízo de admissibilidade do incidente de uniformização. A ele caberia apenas apreciar o mérito do incidente.

É neste sentido da obrigatoriedade, ainda, que se deve entender o incidente quando provocado pelo Presidente do próprio Regional quando da realização do juízo de admissibilidade do recurso de revista (§ 5º do art. 896-C da CLT). Em tal caso, também descabe ao Tribunal Regional, por seu órgão maior, exercer qualquer juízo de admissibilidade do incidente de uniformização. Isso porque, em verdade, quando o Presidente do Regional exerce o juízo de admissibilidade do recurso de revista e, agora, procede na averiguação do cabimento do incidente de uniformização, ele o faz por delegação de poderes do órgão superior. Ou seja, o Presidente do Regional, seja numa (admissibilidade do recurso de revista), como noutra hipótese (provocar o incidente de uniformização a posteriori), age por delegação de poderes do Tribunal Superior. Logo, tal como descabe exercer juízo de admissibilidade quando diante de ordem emanada pelo TST, que ordena a uniformização, ao Regional também faltaria competência para rever a decisão do seu Presidente, que provoca o incidente.

E, para socorrer essa posição, podemos nos valer da regra que estabelece que essa decisão do Presidente do TRT, tal como do Ministro Relator do recurso de revista, é irrecorrível. Logo, se é irrecorrível, ela transita em julgado formalmente de imediato. E, em

sendo assim, não pode qualquer o órgão judicial reapreciar a questão já acobertada pela preclusão máxima. Mas, lembre-se, o que preclui é a decisão que admite o incidente de uniformização. Logo, não cabe ao Tribunal fazer qualquer juízo de admissibilidade nas duas hipóteses, quais sejam, quando ordenada a uniformização pelo TST, ainda que por decisão do Ministro Relator, ou por decisão do Presidente do próprio Regional.

Talvez tenha sido essa a verdadeira intenção do legislador, tanto que prevê a regra de que cabe ao TST determinar “o retorno dos autos à Corte de origem”. Com tal expressão se tem a ideia de que cabe a reapreciação da questão divergente diante do “retorno dos autos” ao juízo de origem. Providência esta, ainda, possível de ser “determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis” (§ 5º do art. 896 da CLT).

Essa interpretação, porém, esbarra-se na falta de uma regulação específica quanto aos efeitos ou procedimento a ser adotado posteriormente ao julgamento do incidente provocado após o julgamento do recurso. No caso dos recursos repetitivos, temos uma regra clara que ordena a reapreciação dos recursos já julgados no âmbito dos tribunais regionais e que foram objeto de recurso de revista (§ 11 do art. 896-C da CLT). Já aqui, diante do procedimento previsto nos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT, devemos nos socorrer de uma regra aplicável por analogia. E é questionável admitir uma hipótese na qual o tribunal seja obrigado a reapreciar o recurso, após esgotada sua jurisdição, sem uma expressa previsão legal.

Daí porque se pode pensar numa segunda interpretação a ser dada aos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT. Por esta segunda hipótese, esse procedimento de uniformização, por ordem do TST ou provocado pelo Presidente do Tribunal, seria equiparado ao procedimento autônomo de edição de súmulas.

Em suma, ao invés de ser um incidente processual, atraindo-se, por consequência, a regra da reapreciação dos recursos recorridos, este outro procedimento seria mero procedimento administrativo-legislativo de edição de súmulas. Ele teria o condão de afetar os futuros recursos, mas não teria qualquer efeito em relação aqueles nos quais se constatou a divergência provocadora da ordem do TST ou da iniciativa do Presidente do Tribunal.

A primeira posição, todavia, é mais coerente com o sistema que se pretende criar para uniformização da jurisprudência. Contudo, a crítica que se pode fazer é que, neste caso, estar-se-ia violando a regra do esgotamento da jurisdição, que impede que o órgão judicial, uma vez proferida sua decisão, possa reapreciá-la novamente. E tal regra somente pode ser afastada quando diante de uma exceção expressamente prevista na lei. E é o que ocorre expressamente quando diante do julgamento do recurso repetitivo afetado em relação aqueles que foram suspensos. Neste caso a lei é clara em ordenar que, uma vez julgado o recurso repetitivo afetado, cabe aos tribunais regionais reapreciar o recurso já julgado e cujo acórdão tenha adotada decisão divergente àquela proferida no recurso de revista afetado.

Aqui, portanto, estamos de uma regra de exceção expressamente prevista. A se adotar idêntico procedimento quando diante das hipóteses do § 4º e 5º do art. 896 da CLT,



estariamos a aplicar uma regra de exceção por analogia. E regras de exceção, a princípio, não comportam aplicação analogicamente.

Mas, como dito, é mais coerente a primeira interpretação. Daí porque podemos ter que, neste último caso, estamos diante de um incidente processual de uniformização da jurisprudência, mas que é provocado após o julgamento do recurso.

## Conclusão

Assim, no processo do trabalho e na Justiça do Trabalho, podemos concluir que

- existem quatro procedimentos tendentes a uniformização da jurisprudência;
- os procedimentos uniformizadores seriam:
- através do incidente de uniformização da jurisprudência, regulado no art. 476 do CPC;
- através do incidente de assunção de competência quando diante de questão relevante, previsto no § 1º do art. 555 do CPC;
- através do procedimento interno de edição, revisão e cancelamento de súmulas (ou orientações jurisprudenciais), disciplinado nos regimentos internos dos tribunais; e
- através do procedimento posterior de uniformização, por determinação do TST ou por provocação do Presidente do Tribunal Regional, previsto nos §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT.
- a uniformização da jurisprudência na Justiça do Trabalho é obrigatória;
- a súmula ou tese jurídica prevalecente no Tribunal é vinculante em relação a todos os membros e órgãos do próprio tribunal; e,
- o incidente de uniformização determinado pelo TST ou pelo Presidente do Tribunal não comporta juízo de admissibilidade pelo órgão competente para deliberar sobre a questão jurídica divergente.

# Mecanismos legais de combate às fraudes trabalhistas e seus reflexos no processo de execução

Eduardo Andrade<sup>1</sup>

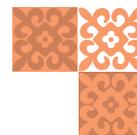
**Resumo:** Com o reconhecimento gradual e sucessivo, no plano legislativo e constitucional, dos direitos fundamentais inerentes aos trabalhadores urbanos e rurais, muitas empresas brasileiras e, de sobremaneira, as multinacionais, passaram a adotar posturas ilícitas tendentes a burlar as normas de tutela trabalhista, com o funesto desiderato de se afastarem da responsabilidade patrimonial decorrente dos encargos legais da relação de emprego. Destarte, eis alguns mecanismos de combate às fraudes, analisados e trazidos à baila, que autorizam o Poder Judiciário a enfrentar com maior austeridade tais práticas ilícitas, ainda que, aparentemente, estejam travestidas de legalidade jurídica. **Palavras Chave:** Sucessão, desconsideração, terceirização, fraudes, execução. A doutrina trabalhista, em toda a sua história, sempre nos lecionou que a Revolução Industrial trouxera alterações profundas no setor produtivo, em suas diversas facetas, dando origem assim às grandes classes operárias.

É sabido ainda que, no século XIX, passou-se a adotar, como prática corriqueira do setor empresarial, a contratação de menores e mulheres para o trabalho, diante da redução significativa do esforço físico proporcionado pelo uso de máquinas. Estes perfis profissionais executavam a contento as tarefas antes desempenhadas somente por homens. E, havia um detalhe que interessava às categorias econômicas: mulheres e crianças não tinham, àquela época, nenhum poder de voz em sociedade para reivindicar melhores condições de trabalho.

Diante deste quadro facilitador, estes trabalhadores, extremamente vulneráveis, foram sendo submetidos diuturnamente a jornadas de trabalho cada vez mais desumanas, laborando em ambientes cujas condições de higiene estavam absolutamente degradantes. Neste contexto de total e absoluto desrespeito, por parte da elite empresarial, face a seus empregados, inúmeras organizações representativas das classes operárias envidaram esforços no sentido de pressionar o Estado, exigindo deste uma intervenção mais positiva no âmbito destas relações privadas. Ideologias da esquerda e de pró-operários foram se manifestando em larga escala, em oposição aos abusos de direito perpetrados pela iniciativa privada. Doutrinas como as cristãs e marxistas insurgiram-se contra o liberalismo econômico, pois diante de tais fatos, não podiam se omitir para um sistema que, às claras, compactuava com a negação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sendo assim, com o surgimento de uma consciência coletiva, os Estados soberanos (em especial os da Europa), antes meros espectadores e garantidores da liberdade individual, passaram a intervir mais incisivamente no âmbito das relações privadas, em especial no das relações de emprego, regulando direitos e obrigações trabalhistas, fiscalizando seu efetivo cumprimento e os reconhecendo judicialmente. A importância dos

<sup>1</sup> Analista Judiciário do TRT17. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp, em 2014. E-mail: eduardo.andrade@trtes.jus.br



direitos trabalhistas fora gradativamente sendo reconhecida por todos os poderes dos países europeus.

Conclui-se, numa reflexão histórica inicial, que o Direito do Trabalho nasceu no século XIX, na Europa, numa época marcada pela desigualdade social e pelas iniquidades perpetradas contra os mais fracos e vulneráveis, tendo o Poder Público que intervir efetivamente nas relações sociais.

Atualmente, no âmbito nacional, a legislação trabalhista (seja de estatura constitucional ou legal) alberga inúmeros direitos de tutela do empregado, justamente com o desiderato de reduzir as desigualdades sociais e de promover a sua dignidade pessoal. Contudo, deparamo-nos hodiernamente com situações em que o empregador se utiliza dos expedientes mais perversos e maquiavélicos, tendentes a frustrar os direitos trabalhistas do empregado, seja simulando a transferência de propriedade do estabelecimento ou do fundo de comércio a outra pessoa jurídica, seja alienando os bens da empresa para reduzi-la a uma situação de parcial ou total insolvência. Urge, pois, destacar nos próximos parágrafos, alguns instrumentos jurídicos que tem buscado, a contento, inibir condutas fraudatórias faticamente constatadas, salvaguardando-se, assim, a solvência dos créditos trabalhistas judicialmente reconhecidos.

Abordarei inicialmente a sistemática jurídico-normativa da **sucessão empresarial**. O instituto da sucessão de empresa, encontra amparo legal (embora genérico e impreciso) nos arts.10 e 448 da CLT, *in verbis*:

Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

Insta inicialmente frisar que a repetição quase *ipsis literis* do conteúdo da norma em dois artigos distintos não fora mera coincidência. Ao contrário, vislumbra-se preocupação acurada com o instituto, concebido para a imprescindível proteção do trabalhador e do seu crédito no âmbito da relação de emprego. A sutil diferença que podemos encontrar entre estes dois dispositivos se revela no fato de que, ao primeiro, se vislumbra tutelar, com maior ênfase, os créditos trabalhistas do empregado já incorporados no seu patrimônio, sendo irrelevante o fato de que a empresa tenha sido posteriormente incorporada, fundada, cindida, ou ter ainda sofrido qualquer transformação no seu tipo jurídico societário (como por exemplo, passar de sociedade por cotas para sociedade anônima). Já o segundo dispositivo revela o desiderato de proteger a continuidade do vínculo empregatício, não podendo a sucessora demitir o empregado sob o fundamento de fechamento da entidade sucedida. A sucessora, desde que congregue e mantenha os mesmos elementos da anterior (ramo de atividade, bens, organização, clientela, ponto) é obrigada a manter o contrato, sob pena de ficar caracterizada a dispensa sem justa causa, com todas as consequências e ônus decorrentes desta modalidade de dispensa.

A doutrina conceitua o instituto da sucessão como fenômeno em virtude do qual se opera a transferência de titularidade da organização econômico-social, ou seja, da empresa, ou do estabelecimento, com preservação dos mesmos elementos caracterizadores da entidade sucedida, o que implica em uma completa assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos.

Um dos objetivos do citado instituto é evitar com que o empresário, premido da necessidade de solver os débitos legais e contratuais com seu empregado ou com um conjunto de empregados, transfira, com ou sem demissão deles, a entidade a terceiro, (muitas vezes em conluio com o empregador) o qual, posteriormente, para se eximir da responsabilidade trabalhista pretérita, venha a promover nova inscrição de ato constitutivo perante a junta comercial competente, dando origem a outra entidade empresarial, não obstante mantendo-se os mesmos bens(máquinas e móveis), clientela, ponto, ramo de atividade e organização socioeconômica.

A jurisprudência é assente no sentido de que, na sucessão de empresas, não se transferem apenas os bens corpóreos para outra pessoa, física ou jurídica, mas toda a organização econômico-social, sem que isso implique em interrupção da continuidade da atividade empresarial. Vejamos:

Sucessão de empresas. Fundo Empresarial. A aquisição do fundo de comércio caracteriza a sucessão, posto que ou transferida a parte principal da atividade-fim exercida pela empresa sucedida. Foi adquirido o cerne da existência da mesma. E, na sucessão, o que se transfere não são apenas os bens corpóreos mas, principalmente, a organização econômico-social.”(TRT/1ªR. RO 25.136/98, j. 29-8-2000, 8ª T., Rel. Juíza Maria das Graças Cabral Viégas Paranhos, DO/RJ, 14-9-2000) (apud ALMEIDA, 2007, p.185)

Podemos citar outras hipóteses de sucessão trabalhista, como: cessão onerosa, gratuita ou *causa mortis* de ações ou de quotas da empresa a outra pessoa física ou jurídica; transformação societária, ou seja, fusão, cisão, incorporação; venda/arrendamento do estabelecimento comercial; alteração do tipo societário, como de sociedade por cotas para S.A., entre outras.

Há de se destacar que, para a sua configuração, a doutrina e a jurisprudência concatenaram diversos requisitos, de observância obrigatória para o magistrado trabalhista. São eles, consoante a vertente tradicional: a transferência de unidade econômica-jurídica e a continuidade na prestação laborativa.

Outro instituto aplicado em larga escala no âmbito do processo do trabalho, seja em fase de conhecimento ou com a execução já iniciada, é o da desconsideração da personalidade jurídica. Quanto à fase de conhecimento, cabível a aplicação subsidiária do art. 50 do Código Civil, o qual estabelece requisitos de natureza objetiva para a sua aplicabilidade no processo (desvio de finalidade ou confusão patrimonial). A polêmica pode então ficar adstrita à fase de execução. Ou seja, esgotadas as possibilidades de localização dos bens em nome da pessoa jurídica, ré no processo de conhecimento e condenada judicialmente, seria



possível que os sócios, evidentemente pessoas físicas, pudessem também responder com seus próprios patrimônios para a plena solvabilidade dos créditos trabalhistas reconhecidos?

A doutrina costuma estabelecer 3 correntes sobre a matéria, sendo duas diametralmente opostas, e uma intermediária, que incorpora elementos das duas correntes extremadas.

A primeira corrente afirma que, com base no princípio do protetor e da dignidade da pessoa humana, não se poderia permitir em nenhuma hipótese que o risco da atividade econômica seja transferido para o empregado, ainda que não haja dolo ou culpa do empresário na má condução dos negócios mercantis. Outrossim, ainda que a insolvência da empresa esteja relacionada com fatores externos, alheios à sua vontade, é de se reconhecer, por este entendimento, pela desconsideração objetiva da personalidade jurídica, decorrente da responsabilidade subsidiária dos sócios, acaso os bens que compõe o acervo patrimonial da empresa não sejam suficientes para garantir a totalidade do débito exequendo.

Em sendo assim, o juiz, desconsiderando ou “ignorando” a pessoa jurídica, poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte (no curso do processo de execução), que a constrição da penhora recaia sobre os bens particulares dos sócios (tratando-se de sociedade por quotas de responsabilidade limitada) ou dos administradores (sociedades anônimas). Obviamente, os sócios em que incida a responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais (sociedade de fato, por exemplo), responderão com seus bens solidariamente por qualquer dívida da empresa, seja trabalhista, tributária ou quirografária, independentemente do exaurimento dos bens da entidade empresarial executada.

Perfilhando por esta corrente, preleciona o jurista Maurício Godinho Delgado:

No tocante às tradicionais sociedades por cotas de responsabilidade limitada, a jurisprudência trabalhista firmemente já ampliou as hipóteses de responsabilização do sócio-gerente(ou sócio controlador, quando não o gerente) por além daquelas previstas na clássica lei reguladora da figura jurídica(Decreto n.3078, de 1919). Fundada no art. 135 do Código Tributário Nacional(que fixa a responsabilidade tributária dos administradores societários) e na circunstância de que o crédito trabalhista recebe da ordem jurídica proteção ainda mais acentuada que a deferida ao crédito tributário(art. 8º, CLT), e com suporte ainda na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (lift the corporate veil) - hoje já claramente incorporada pelo próprio Direito Comum, a teor do art. 28 da Lei n. 8078, de 1990(Código do Consumidor) e mais recente art. 50 do CCB/2003 - a jurisprudência trabalhista tem compreendido que o sócio responde pelas dívidas trabalhistas da sociedade, caso esta não tenha bens para garantir a execução judicial. (GODINHO DELGADO, 2008, pág.475).

Ainda de acordo com o autor, a responsabilidade subsidiária dos sócios, de maneira geral, tem sido estendida pelas cortes trabalhistas a todos os demais sócios da empresa, independentemente de terem, ou não, participado de fato efetivamente na gestão societária.

A segunda corrente adota uma postura intermediária, mais comedida e menos radical, visando ainda a salvaguardar os créditos trabalhistas reconhecidos, mas admitindo-se a desconsideração da personalidade somente com fundamento na responsabilidade civil subjetiva, lastreada no art. 50 do novel Código Civil (igualmente aplicável ao Direito do Trabalho, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT) . A teoria abrange toda e qualquer modalidade societária.

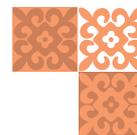
Para esta corrente, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser sempre uma exceção à regra, ou seja, os bens dos sócios somente poderão ser objeto de execução quando houver prova quanto ao abuso da personalidade jurídica, caracteriza pelas hipóteses de: retiradas abusivas de sócios, fraudes contra credores, (onerar ou dissipar maliciosamente os bens da empresa), desvio de finalidade, confusão patrimonial, etc. A ocorrência de qualquer uma destas hipóteses poderá ser oponível pelo reclamante, o qual deverá desincumbir-se do respectivo ônus probatório.

Outrossim, a decisão que declarar o abuso de personalidade determinará a sua desconsideração, para fins de execução patrimonial dos bens particulares dos sócios. Contudo, não podemos nos olvidar de que, desconsiderada a personalidade, o sócio demandado terá o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade (art. 596 do Código de Processo Civil) para depois responder com os seus bens próprios.

A terceira e última corrente entende por ser absolutamente inaplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo trabalhista; seja por ausência de normatização específica para o processo do trabalho, seja por omissão quanto à inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, ou pela impossibilidade legal de se prolarar um provimento jurisdicional que, transitado em julgado, emanasse seus efeitos a pessoas que não participaram do processo de conhecimento e dos debates de mérito. Invocar-se-ia, no caso, violação literal às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, que estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada”.

O último instrumento que optei por abordar no presente artigo, de igual importância em comparação aos outros dois abordados, é o do reconhecimento judicial da terceirização ilícita. O instituto da terceirização, de natureza cível mas de inegável capacidade de produzir fortes reflexos na seara trabalhista, pode ser conceituado como a contratação de empresa terceira para o desempenho de serviços especializados que não constituem o objeto principal da empresa tomadora/contratante. A este conceito denominamos de terceirização lícita, ou seja, a admissível pelo Direito, conforme preconizado pelo TST, na Súmula 331, III. Este modelo trilateral é algo inovador no âmbito das relações de trabalho, que sempre se fundou, a a princípio, no modelo bilateral.

No entanto, quando a empresa terceirizante desempenha atividade-fim na empresa tomadora dos serviços (ou seja, realiza atividade que configura o próprio objeto social da empresa tomadora), a doutrina denomina o fenômeno de terceirização ilícita, ou marchandage, responsabilizando solidariamente tanto a prestadora quanto a tomadora pelos encargos trabalhistas. Neste caso, não há especialização de serviços, mas apenas delegação de tarefas e funções típicas a terceiros.



Notadamente, sabe-se que a interposição de empresas só é legal nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, limpeza e conservação, alimentação de funcionários e outros serviços relacionados à atividade secundária da empresa.

No mais, torna-se salutar citar a súmula 331 do TST que, imiscuindo-se com clareza e concisão sobre a temática, estabeleceu profícua distinção entre terceirização lícita e ilícita, delimitando a responsabilidade patrimonial das empresas prestadora e tomadora dos serviços, conforme o caso:

“I- a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6019, de 03.01.1974);

“II- a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);

III- não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983), 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 de serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

O inciso I do verbete em comento refere-se expressamente à terceirização ilícita. Neste caso, conforme orientação da Corte, o vínculo de emprego forma-se diretamente com a empresa tomadora, concomitantemente com a prestadora, devendo ambas se responsabilizarem solidariamente por todos os débitos trabalhistas por ventura existentes, inclusive encargos previdenciários deles decorrentes. A ilicitude, caso verificada a contratação por empresa interposta para ser desempenhada atividade fim na tomadora, é presumida. Por consequência, a hipótese sugere, ainda que no campo das suposições, um indício de fraudes futuras; daí a responsabilidade solidária, com o desiderato de salvaguardar a solvabilidade dos créditos trabalhistas por ventura devidos e reconhecidos judicialmente.

O inciso II, prestigiando os entes da administração pública, isentou-os do vínculo de emprego com todo aquele que, através de empresa contratada, desempenha de fato atividade-fim no órgão. Para tanto, foi indicado como fundamento o art. 37, II, da Carta Magna, que assevera que, para ingressar no quadro de pessoal da administração pública, direta ou indireta, como servidor ou empregado, deve prestar obrigatoriamente concurso público.

Não obstante, o TST tenha fundamentado o referido entendimento sumular no dispositivo constitucional supracitado, entendo que, desvincular a administração pública dos empregados que nele desempenham atribuições próprias, diferentemente das empresas tomadoras de serviços oriundas da iniciativa privada, é negar, indubitavelmente, o

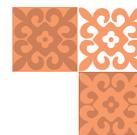
próprio princípio da primazia da realidade e, por conseguinte, o da igualdade, pois fora reconhecido à administração pública um privilégio não deferido ao particular. A prática ilegal desta forma de terceirização deve ser proscria tanto para o ente público quanto para o privado. Ademais, é despiciendo e irrazoável reconhecer o privilégio da não vinculação empregatícia às empresas públicas e de economia mista que executam atividades econômicas em regime de concorrência com a iniciativa privada. Neste compasso, mister invocar o art. 173, parág. 1º, II, da Constituição Federal, o qual afirma peremptoriamente que as estatais exploradoras de atividade econômica se submeterão integralmente ao mesmo regime jurídico aplicável à iniciativa privada.

No caso do inciso III da súmula acima transcrita, o TST estabeleceu exemplos clássicos de terceirização de atividade lícita (vigilância, limpeza, conservação). Contudo, não nos podemos olvidar de um importante requisito consubstanciado na parte final do referido inciso: inexistência de pessoalidade e subordinação direta. Para que terceirização seja plenamente válida, não podem coexistir elementos próprios da relação de emprego entre a empresa tomadora e o empregado terceirizado, principalmente o elemento subordinação. Não pode haver sujeição do empregado terceirizado ao poder diretivo da tomadora de serviços, ou seja, subordinação hierárquica entre ambos, controle de horário, etc. Deve haver total autonomia, independência, no exercício do labor terceirizado, caso contrário, estar-se-ia caracterizado o vínculo de emprego com a tomadora de serviço.

Em suma, a terceirização, acima de tudo, implica em parceria entre empresas, com divisão de tarefas e assunção de responsabilidades distintas e próprias de cada parte. Há imensas vantagens oriundas de uma terceirização bem aplicada, ou seja, a lícita, tais como a redução dos custos, agilidade, melhoria da competitividade (pois a empresa tomadora poderá canalizar seus esforços e preocupações somente no objeto que fundamentou sua existência), entre outras.

Destarte, diante de tudo que fora perfunctoriamente explanado, chegamos à seguinte conclusão: os instrumentos jurídicos retro abordados são excepcionais mecanismos de combate às fraudes trabalhistas; são também extremamente efetivos para a materialização do crédito trabalhista reconhecido por força judicial. Suas repercussões no processo executivo são notórias, seja por força da sucessão, da desconsideração da personalidade ou do reconhecimento da terceirização ilícita.

Por fim, cumpre sempre lembrar que, o presente trabalho não se coaduna com a afirmativa de se pugnar pela existência de uma “má fé presumida” do empregador, na hipótese de manejo de qualquer uma destas técnicas supra abordadas. Não podemos nos olvidar de que a casuística tem nos revelado casos em que o empresário deixa de solver seus créditos tão somente por circunstâncias alheias à sua vontade. Crises externas, elevada carga tributária (fato do príncipe), consumidores inadimplentes, motivos de força maior (incêndios, roubos inundações, etc.) são fatores que dificultam e muito a solvabilidade dos compromissos trabalhistas do patrão com os seus empregados. A casuística pode inclusive levar o julgador a deixar de aplicar o instituto da desconsideração objetiva da personalidade, se se verificada a evidente boa fé do empresário, e a ocorrência de fatores externos que o impediram de quitar suas obrigações a contento.



Não obstante, havendo um mínimo de prova indiciária carreada aos autos do processo, seja em fase de cognição ou de execução, que indique conduta tendenciosa e ilícita do executado em eximir-se do dever legal de solver os créditos trabalhistas do quadro de seus funcionários, tornar-se-á imperioso o manejo dos mecanismos acima expostos, pois, como já fora mencionado anteriormente, o princípio do protetor, alijado aos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho(CF, art. 1º, III e IV) é indissociável de qualquer relação empregatícia.

## Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT Comentada**.4ª ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ªed. São Paulo: Ltr. Editora, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ªed. São Paulo: Ltr. Editora, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. Coleção Fundamentos Jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

# Mediação Trabalhista Extrajudicial: A (Im) Possibilidade De se Mediar nos Conflitos Individuais do Trabalho

Erica Ribeiro Guimarães<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Meios alternativos de dissolução de conflitos; 3. Mediação trabalhista e o Decreto 1.572/95; 4. A (im) possibilidade de se realizar mediação nos conflitos individuais trabalhistas; 5. Considerações Finais; REFERÊNCIAS.

**Resumo:** O presente trabalho não buscou exaurir a temática da mediação extrajudicial nos conflitos provenientes da relação trabalhista, esforço existiu a fim de se compreender os meios alternativos de dissolução de conflitos, especialmente no que tange a mediação. Na contemporaneidade, tem-se percebido um aumento na visibilidade das técnicas alternativas de dissolução de conflitos, as quais tem se mostrado como meios eficientes e céleres de se alcançar a pacificação social. Entretanto, comumente a Justiça obreira tem-se negado a validar esses procedimentos nos casos concretos, o que tem gerado uma perda de credibilidade para tais institutos. Desse modo, buscar-se-á defender a validade do instituto da mediação em uma análise justaposta ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) nos artigos 9º e 444, uma vez preservada sua lisura, o instituto é plenamente capaz de proporcionar a pacificação de dissídios individuais trabalhistas.

**Palavras-Chave:** mediação trabalhista. conflitos individuais. (Im) possibilidade de realização.

## Introdução

O presente artigo propõe-se a demonstrar a relevância da mediação nos conflitos individuais decorrentes da relação empregatícia, tendo em vista a crescente proeminência dos meios alternativos de resolução de conflitos, os quais, na atualidade, têm-se mostrado interessantes tanto para a figura do empregador, quanto para o empregado.

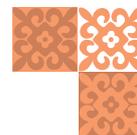
Os principais meios alternativos de resolução de conflitos são: negociação, arbitragem, conciliação e a mediação. O campo de abrangência deste estudo será principalmente na mediação, com o intuito de compreender a possibilidade ou impossibilidade de realizá-la nos conflitos individuais da seara trabalhista.

Nessa perspectiva, afirma o professor André Gomma de Azevedo (2013, p. 45) que a função social do mediador não é simplesmente apresentar soluções, mas auxiliar as partes conflitantes a encontrarem a pacificação. Nas palavras do referido Mestre “espera-se que a mediação tenha um papel educativo e se a parte aprender a buscar opções sozinha em futuras controvérsias, ela tenderá a conseguir encontrar algumas novas soluções (sic)”. Espera-se que o mediador incite a criatividade e a capacidade de autocomposição dos litigantes.

Assim, em análise justaposta com o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) nos artigos 9º e 444,

---

<sup>1</sup> Estagiária de Direito do TRT5, lotada no Gabinete da Desembargadora Luiza Lomba



buscar-se-á defender a validade do instituto, que, uma vez preservada sua lisura, é capaz de proporcionar a pacificação de conflitos de maneira célere e eficaz.

## Meios alternativos de dissolução de conflitos

Sabe-se que os meios de soluções de controvérsias podem ser divididos em duas esferas, quais sejam: meios heterocompositivos e autocompositivos.

Os meios autocompositivos são aqueles em que os atores sociais do conflito detêm a responsabilidade de proporem e, ao mesmo tempo, de se submeterem ao resultado da transação realizada, os mais comuns são: a conciliação e a mediação. Nessas situações, as partes são as protagonistas do impasse, pois, ainda que exista um terceiro, como se têm na mediação, este “deve evitar qualquer forma de imposição e deixar as decisões para os interessados” (AZEVEDO, 2013, p. 46).

Para Fredie Didier Júnior (2012, p. 104) as técnicas autocompositivas são equivalentes jurisdicionais, uma vez que são formas não-jurisdicionais de soluções de conflitos “são chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas”.

Ao revés estão os meios heterocompositivos, como a jurisdição estatal e a arbitragem, esses meios de solução de controvérsias são marcados pela presença de um terceiro julgador “imparcial”.

Cumprе ressaltar o posicionamento do ilustre Professor que esclarece: “arbitragem não é encarada, neste Curso, como um equivalente jurisdicional. Entende-se que se trata de exercício de jurisdição por autoridade não-estatal. Não é equivalente jurisdicional porque é jurisdição (sic)” (DIDIER, 2012, p. 104).

Sendo assim, imperioso se torna elucidar noções basilares das técnicas de soluções de conflitos supra citadas.

De logo, compete esclarecer a diferença entre conciliação e mediação, as quais possuem institutos jurídicos similares, mas que se distinguem ao final. Na conciliação, o conciliador propõe sugestões de acordo, participando ativamente do procedimento com suas propostas. De modo distinto, comporta-se o mediador que apenas acompanha e conduz o diálogo, não devendo sugerir soluções, contudo, deve buscar estimular as partes a encontrarem, por meio do diálogo, a melhor solução para o conflito.

É válido compreender, ainda, a distinção entre jurisdição estatal e jurisdição não-estatal (arbitragem), a primeira decorre de uma função do estado, na qual o terceiro (Estado) substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado. O mestre Giuseppe Chiovenda denominou de substitutividade essa atribuição, veja-se:

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. (CHIOVENDA apud DIDIER, 2012, p. 96)

Por outro lado, nota-se a arbitragem, regulamentada pela Lei Federal nº 9.307/96, constituída por meio de um negócio jurídico denominado “convenção de arbitragem”, nos termos do art. 3º da mencionada lei. Nessa forma de resolução de conflitos, o terceiro necessita ser alguém da confiança dos litigantes, a fim de se concretizar a pacificação social.

### **Mediação trabalhista e o Decreto 1.572/95**

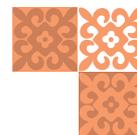
Segundo Juan Carlos Vezzulla (1998, p. 21) a mediação é uma técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, ao longo da história, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais. Isto porque as próprias partes encontram uma solução para dirimir seu impasse, o mediador somente as auxilia, assentando, os métodos de raciocínios necessários ao procedimento.

A história da mediação está intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado ainda na década de 70. Nesse período, clamava-se por alterações sistêmicas que fizessem com que o acesso à justiça fosse melhor na perspectiva do próprio jurisdicionado. Um fator que significativamente influenciou esse movimento foi a busca por formas de soluções de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais envolvidas na disputa. Isso porque já existiam mecanismos de resolução de controvérsias (e.g. mediação comunitária e mediação trabalhista), quando da publicação dos primeiros trabalhos em acesso à justiça, que apresentavam diversos resultados de sucesso, tanto no que concerne à redução de custos como quanto à reparação de relações sociais. (AZEVEDO, 2013, p. 21) (grifou-se)

Não obstante a noção de mediação esteja positivada em vários contextos do ordenamento jurídico brasileiro (como art.125, IV, art. 277, §1º e 331, todos do CPC, bem como, o Decreto 1.572/95), até o presente momento, inexistente lei específica que discipline essa técnica no âmbito dos conflitos individuais.

Entretanto, isso não retira a seriedade do instituto, inclusive, a Lei nº 9.099/95 em seu artigo 7º reconhece o mediador como auxiliar da justiça. Quanto à figura do mediador André Gomma de Azevedo (2013, p. 48) ilustra:

(...) exerce um papel relevante no desenvolvimento da cidadania, pois não apenas facilita o entendimento entre os cidadãos na busca da melhor solução para seus conflitos, mas também os ajuda na condução dos processos, no aspecto técnico, obviamente mantendo a imparcialidade que lhe é própria, mas dando mais objetividade ao processo, caso não haja acordo.



Cumpra analisar, ainda, o Decreto 1.572/95 que disciplina o procedimento de mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista. Senão veja-se:

Art. 2º Frustrada a negociação direta, na respectiva data-base anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, mediador para composição do conflito.

§ 1º Caso não ocorra a escolha na forma do caput deste artigo, as partes poderão solicitar, ao Ministério do Trabalho, a designação de mediador.

§ 2º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar de negociação direta, poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador.

(...)

Art. 4º O Ministério do Trabalho manterá cadastro de profissionais para o exercício da função de mediador para subsidiar a escolha pelas partes.

Esse diploma normativo possui oito artigos, mas pouco se aplica na esfera dos litígios individuais trabalhistas, vez que se volta a reger o instituto da mediação apenas em conflitos macros, em que se tem um grupo, categoria ou classe litigando em face dos empregadores.

Ressalta-se a importância que o mencionado decreto atribuiu ao Ministério Público do Trabalho (MPT), cabendo-lhe em diversas situações intervir no conflito, a fim de designar um mediador para atuar na causa em prol da pacificação.

### **A (im) possibilidade de se realizar mediação nos conflitos individuais trabalhistas**

Nos últimos anos, com o aumento da visibilidade dos meios alternativos de solução de controvérsias (mediação, arbitragem, conciliação, etc), os Tribunais brasileiros têm sido obrigados a analisar a validade desses institutos nos casos concretos. Na Justiça obreira, a situação é ainda mais séria, vez que a principiologia da CLT é amplamente voltada à proteção dos trabalhadores, com o conhecido “in dubio pro operário”.

Entretanto, em relação aos conflitos coletivos a jurisprudência trabalhista tem admitido à legalidade das técnicas de resolução de conflitos, tendo em vista a presunção de igualdade entre o grupo, categoria ou classe de trabalhadores pelejando em face dos empregadores.

Contudo, na seara dos conflitos individuais trabalhistas a resistência em validar tais técnicas é muito forte, os mesmos institutos são repudiados pela maior parte da jurisprudência quando se trata de dissídios individuais. Esse temor se fundamenta na vulnerabilidade do trabalhador, pois, para muitos magistrados, o indivíduo que atua sozinho em um processo de mediação (por exemplo) é “inábil” para impor seus direitos e condições frente ao empregador, a fim de se ter uma pacificação amigável do conflito.

Nesse diapasão, é de se notar o entendimento jurisprudencial acerca da arbitragem, que é ainda mais rejeitada quando comparada aos outros meios de pacificação, como a mediação e a conciliação, as quais são entendidas como menos tendenciosas. Veja-se:

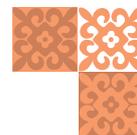
ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE.

Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e do salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: neste caso, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa também é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados neste caso os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 1477-33.2012.5.05.0015. Data de Julgamento: 25/06/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014). (grifou-se)

É cediço que a arbitragem tem guarida constitucional nos conflitos coletivos de trabalho, com fulcro nos §§ 1º e 2º do art. 144 da Constituição Federal. Entretanto, esclarecem os mestres Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 274) que a Lei nº 9.307/96 apenas traz normas gerais acerca do procedimento arbitral, necessitando, por isso, de uma lei específica para a arbitragem trabalhista “tendo em vista as peculiaridades próprias da relação jurídica laboral, notadamente o que chamamos de ‘alta carga de eletricidade social’ do vínculo empregatício”. Em relação aos dissídios individuais os ilustres Professores ensinam:

Já o Direito individual do Trabalho tem se mostrado um terreno mais resistente à aceitação da arbitragem. Isso por causa do disposto no já transcrito art. 1º da Lei n. 9.307/96, que limita o uso da arbitragem a “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Ora em função do princípio tradicional da irrenunciabilidade de direitos, há quem entenda que o juízo arbitral seria totalmente inaplicável às relações indi-



viduais do trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência (sic). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 274 e 275)

Desse modo, resta claro que existe um enorme preconceito por parte da jurisprudência e doutrina mais conservadoras, o que não existiria se houvesse uma precisa análise dos artigos 9º (admite a possibilidade de transação, mas não de renúncia dos direitos trabalhistas) e o art. 444 (afirma que a relação de trabalho pode ser objeto de transação, desde que não contrarie as disposições de proteção ao trabalho), ambos da CLT.

Segundo Antonio Anastasia (2007, p. 18), é possível realizar a distinção técnica dos direitos imantados por indisponibilidade absoluta (quando o direito em análise merecer uma tutela em nível de interesse público) e os direitos imanados por uma indisponibilidade relativa (quando é cabível a transação dos interesses).

Nessa perspectiva, entende o doutrinador Anastasia (2007, p. 20) que os meios alternativos de pacificação de conflitos podem ser utilizados nos dissídios individuais trabalhistas, desde que a atuação seja focada nos direitos disponíveis, “somente será passível de transação lícita parcela juridicamente não-imantada por indisponibilidade absoluta, independentemente do respeito aos demais requisitos jurídico-formais do ato”.

Esses demais requisitos que o autor se refere são as figuras previstas no Direito Civil: capacidade do agente, higidez da manifestação da vontade, objeto válido e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, do CC/02).

O requisito da manifestação da vontade deve ser tratado de forma especial. A ordem justralhista atenua o papel da vontade obreira como elemento determinante das cláusulas e alterações contratuais, antepondo a ela os princípios da imperatividade das normas laborais e da indisponibilidade de direitos. A análise deve se concentrar nos vícios de vontade (erro, dolo ou coação) (sic). (ANASTASIA, 2007, p. 21)

De tal modo, percebe-se que em algumas situações de controvérsias interindividuais é possível ter todos os requisitos para a realização de um procedimento alternativo de solução de conflitos, sobretudo a mediação, pois o mediador (terceiro imparcial), diferentemente da arbitragem, não dispõe do poder de decidir a contenda, nem sequer levanta sugestões, mas tão-somente conduz os litigantes ao diálogo.

Assim, cabe ao mediador estimular as partes a refletir conjuntamente, por meio de uma criatividade-cooperativa.

O mediador deve evitar qualquer forma de imposição e deixar as decisões para os interessados. Se eles vislumbrarem, em qualquer mediador, atitudes que demonstram o exercício de autoridade, restará prejudicada a apresentação e será difícil resgatar a ideia básica de imparcialidade e neutralidade diante dos fatos. (AZEVEDO, 2013, p. 249) (grifou-se).

Com efeito, adverte Anastasia (2007, p. 22) que “todos os conflitos podem ser mediados, mas nem todos os conflitos podem ser negociados, em face do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas”. Isso significa que mesmo não sendo plausível a transação de interesses, é possível que ocorra a mediação, na perspectiva de se manter uma harmonia nas relações de trabalho.

(...) pode ocorrer a tentativa de mediação, sempre com o intento de uma solução amigável e consensual. A reunião das partes, na intenção de dirimir um conflito individual, é uma oportunidade de inserção da mentalidade compositiva, um indicativo de evolução das relações trabalhistas por meio da implementação do diálogo. Essa imperiosa transformação na condução das relações laborais, portanto, deve ser enfatizada pelo mediador, que tem como objetivo precípuo a manutenção dos direitos trabalhistas indisponíveis. (...)

A simplicidade, informalidade, economia e celeridade são características da mediação, que se baseia no princípio da oralidade, com prevalência da palavra falada. (ANASTASIA, 2007, p. 23) (grifou-se).

Conclui-se, portanto, que existindo todos os requisitos de validade necessários à realização do procedimento de mediação, não há de se justificar a resistência dos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência em incentivar essa técnica de solução de controvérsias. Isso porque o instituto da mediação não se propõe a mensurar números de litígios “resolvidos”, mas a promover uma pacificação dos conflitos interpessoais.

## Considerações Finais

O presente trabalho não buscou exaurir a temática da mediação extrajudicial nos conflitos provenientes da relação trabalhista, mas houve um esforço no sentido de se compreender os meios alternativos de dissolução de conflitos, especialmente a mediação.

O estudo da mediação trabalhista no Brasil ainda é pouco desenvolvido, havendo, por isso, muita aversão por parte da doutrina e jurisprudência mais conservadoras. Todavia, tem se levantado nas últimas décadas juristas de vanguarda que acreditam em novas possibilidades, além da jurisdição estatal, de pacificação social. Esses estudiosos têm vislumbrado a eficiência, celeridade e eficácia do instituto da mediação.

Destarte, espera-se que a sociedade brasileira possa voltar-se para as novas possibilidades de pacificação social, sobretudo nas relações trabalhistas tão preciosas para o desenvolvimento de uma nação.



## Referências

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: ENAM, 2013.

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

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil I**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 2: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.15 e 16.

# Limites da Jornada de Trabalho e a Inconstitucionalidade da Súmula 85 do Tst

## Uma análise crítica à jurisprudência consolidada no país.

Marcelo Coutinho Vieira<sup>1</sup>

**Resumo:** Os limites impostos à duração da jornada de trabalho consubstanciam-se em direitos conquistados e construídos na origem da ordem juslaboral, com a finalidade de preservar a vida do trabalhador com saúde e dignidade. Por isso este estudo remete à reflexão sobre as consequências da flexibilização dos limites impostos à jornada de trabalho por meio do acordo de compensação de horas e a possibilidade de celebração desse acordo por instrumento individual firmado entre empregador e empregado, sem a participação do sindicato profissional. O estudo aponta para a incorreta interpretação dada ao art. 7º, inciso XIII, da CF/88, pela Súmula nº 85 do TST, ao permitir que o acordo de compensação seja assinado sem a ratificação do sindicato profissional. Por fim, são apontadas divergências entre o art. 7º, inciso XIII, da CF/88, e o item IV da Súmula nº 85 do TST, no que concerne ao cômputo e remuneração das horas extraordinárias em casos de anulação do acordo de compensação de jornada por trabalho extravagante habitual, uma vez que os limites diário e semanal impostos pela Constituição à duração da jornada de trabalho são autônomos e concomitantes e devem ser cumpridos.

**Palavras-chave:** Jornada. Acordo. Horas Extras. Pagamento.

## 1 Introdução

A jornada de trabalho é objeto de estudo e regulamentação desde o prelúdio do direito laboral, desde a indignidade do trabalho subordinado durante o surgimento das grandes indústrias até os dias atuais. Por um lado a limitação da duração da jornada de trabalho tem a finalidade de terminar ou reduzir as condições degradantes do trabalho, por outro lado visa garantir o direito ao descanso para o desenvolvimento da pessoa humana no âmago da sua personalidade. Por ambas perspectivas a limitação da duração da jornada de trabalho tem como ponto de partida a garantia ao trabalhador da preservação da saúde e de uma vida com dignidade.

Partindo desse pressuposto, busca-se analisar a regulamentação da jornada de trabalho geral – com oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais – no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compreender se a jurisprudência pátria, à luz da Constituição Federal, respeita as premissas que impõem limites à duração da jornada de trabalho.

Para tanto, faz-se imperioso estudar os parâmetros limitadores da jornada de trabalho, a possibilidade de flexibilização dos limites impostos, a jornada extraordinária e a remuneração das horas excedentes. A proposta do presente estudo, assim, é analisar criticamente a construção jurisprudencial pátria sobre a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, bem como a remuneração das horas extraordinárias quando inválido o acordo de compensação de jornada, sob a ótica da Constituição de 1988.

---

<sup>1</sup> Advogado. E-mail: mcoutinhovieira@gmail.com



## 2 Jornada de trabalho

A origem etimológica da palavra jornada está no provençal, de *jorn*, e no latim, de *diurnus*. No italiano a palavra jornada advém da palavra *dia*, onde *giorno* está para dia e *giornata* está para jornada. Igualmente ocorre no idioma francês, onde *jour* está para dia e *journée* para jornada. Assim, de modo geral e em essência, jornada corresponde à trajetória diária, ao que é diário.

Entretanto na língua portuguesa e no direito brasileiro a palavra jornada assume maior amplitude temporal, de modo a abranger lapsos semanais, conforme reconhecido pelo legislador no art. 59, § 2º, da CLT. A respeito do significado da palavra jornada, Sadi Dal Rosso afirma que “constitui uma particularidade da língua portuguesa o uso da expressão para designar tempo de trabalho, qualquer que seja a medida de duração.” (ROSSO, 1996, p. 43, apud DELGADO, 2010, p. 787)

Em sentido semelhante àquele apresentado por Sadi Dal Rosso para o significado de jornada, a duração do trabalho é a noção mais ampla e abrange dos distintos módulos temporais. Assim, a duração do tempo de trabalho pode tomar como parâmetro o dia, a semana, o mês e o ano, bem como se limita pelos intervalos para descanso e pode ser definida por convenções coletivas de trabalho.

### 2.1. Conceito

Do ponto de vista da legislação trabalhista pátria, jornada de trabalho é a extensão temporal da disponibilidade da força de trabalho do empregado ao empregador modulada em dia ou em semana. Entretanto a doutrina brasileira converge para o conceito de jornada de trabalho apenas na amplitude diária.

Sério Pinto Martins (2015, p. 564) preceitua que a “jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado”. Entretanto o autor ressalta que o conceito de trabalho deve ser analisado sob o prisma do tempo efetivamente trabalhado, do tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere*. A legislação brasileira, via de regra, admite como tempo de trabalho aquele posto à disposição do empregador (art. 4º da CLT), acolhendo também o tempo *in itinere* como tempo de trabalho, conforme art. 58, § 2º, da CLT.

Para Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 782), “jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato”. Vale ressaltar o seguinte trecho da lição do mencionado autor:

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. (...) É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados). Daí sua grande relevância no cotidiano trabalhista e no conjunto das regras inerentes ao Direito do Trabalho. (DELGADO, 2010, p. 900)

Conforme lição de Alice Monteiro de Barros (2013, p. 522), jornada de trabalho é o “período durante um dia, em que o empregado permanece à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando ordens”.

Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 794), em tom diferenciado, define jornada de trabalho como o “estudo dos critérios básicos destinados a esse fim, a saber, o que é e o que não é incluído no tempo de trabalho”.

## 2.2. Natureza jurídica

Com respeito à natureza jurídica da jornada de trabalho, verificam-se elementos de ordem pública e privada. Por um lado, as normas jurídicas estatais que regem a estrutura e dinâmica da duração do trabalho são normas imperativas e prevalecem à vontade das partes na relação individual de trabalho. Por outro lado, existem normas de natureza privada, uma vez que se verificam as regulamentações criadas por norma coletiva de trabalho, ou as partes podem estipular jornadas inferiores aos limites previstos na legislação.

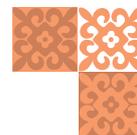
## 2.3. Limites e flexibilização da jornada de trabalho

O presente trabalho se restringe à análise da jornada de trabalho comum ordinária, pela qual o empregado se obriga a prestar oito horas de serviço diário e quarenta e quatro semanais, conforme previsão do art. 7º, XIII, da Constituição. Assim, tem-se que a jornada de trabalho extraordinária consiste nas horas laboradas além dos limites legais estabelecidos de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, ressalvadas as jornadas especiais estabelecidas por lei ou norma coletiva.

A limitação à duração da jornada de trabalho, segundo Sérgio Pinto Martins (2015, p. 566), tem como fundamentos os aspectos a) biológicos, relacionados à fadiga após à oitava hora diária; b) sociais, com respeito à garantia de tempo de convívio familiar, de relacionamento com outras pessoas, para educação e lazer; c) econômico, a fim de distribuir entre maior número de pessoas as vagas de emprego existentes; d) humanos, com respeito à redução da taxa de acidentes e efeitos degradantes que podem decorrer da relação de trabalho.

No final do século XIX cresceu a ideia do limite da jornada de oito horas diárias de trabalho, conforme registrado por John Rea em sua obra “Eight hours for work”, de 1894, citado por Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger (2009, p. 23):

A ideia do dia de oito horas obteve apoio crescente e seus impactos positivos sobre a produtividade (p. ex., o dia de oito horas paga-se por si mesmo) foram registrados em várias experiências pioneiras, eloquentemente sintetizadas por John Rea em seu livro, então famoso, *Eight hours for work* (Rae, 1894). Nesse processo, tanto o papel dos sindicatos quanto dos empregadores “esclarecidos” foi decisivo, haja vista que, de forma bem sucedida, chamaram a atenção para os custos “sociais” das jornadas de trabalho extensas e mobilizaram pressões políticas para reduzi-las. Tudo isso, enfim, abriu caminho para a adoção da primeira convenção internacional do trabalho, em 1919, – a Convenção sobre as Horas de Trabalho (Indústria), 1919 (n.º 1) –, que estabelece o princípio das “oito horas por dia e 48 horas por semana”. Tal progresso foi acompanhado



pelo reconhecimento do valor econômico do lazer, refletido na declaração de Henry Ford de que “um operário pouco usaria um automóvel se tivesse de permanecer na fábrica desde o alvorecer até o anoitecer” (FORD, 1926: 614).

Assim, é possível afirmar que a limitação à duração da jornada de trabalho, apesar de debatida anteriormente, surgiu como uma conquista social de caráter extranacional com o advento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que na Convenção nº 1 de 1919 fixou como adequada a jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e oito semanais. No Brasil, esse entendimento foi adotado pela Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, que limitou a jornada de trabalho a quarenta e oito horas semanais, ainda que em 1935 a OIT tivesse produzido a Convenção nº 47 que recomendava a jornada de trabalho semanal de quarenta horas. Posteriormente, no Brasil, a Constituição de 1988 adotou como critério geral limitador da jornada de trabalho o parâmetro diário de oito horas e semanal de quarenta e quatro horas.

Cumprir frisar que os limites diário e semanal da jornada de trabalho são relativamente absolutos e estão sujeitos à possibilidade de variação estabelecida em lei. Por isso os limites à duração da jornada de trabalho podem ser objeto de flexibilização.

A flexibilização na doutrina trabalhista pode ser conceituada como “a ampliação da liberdade na aplicação da norma jurídica” (MORATO, 2003, p. 110). A flexibilização, dentro do contexto da globalização neoliberal, surge no intuito de afastar a rigidez da legislação protetiva justificando-se na crise econômica ou necessidade de maiores produtividade e margens de lucro.

Entretanto, a flexibilização de um direito trabalhista deve observar a natureza da norma que o institui, pois a modelação de direitos por instrumento particular não pode alterar normas de ordem pública em razão da indisponibilidade do direito.

O direito à vida, por exemplo, é um direito natural que nasce com o ser humano e a partir dele é possível exercer os demais direitos, por isso deve ser colocado em patamar superior, conforme concebido pelo art. 5º da Constituição de 1988, que o declarou como um direito inviolável. Assim, pode-se afirmar que o direito à vida foi instituído por uma norma de ordem pública e, portanto, é um direito indisponível. Contudo a palavra “vida” não traduz a inteireza do direito, pois o sentido da vida se completa com outros direitos como os direitos à saúde e a dignidade.

Sebastião Geraldo de Oliveira (1998, p. 98) afirma que o trabalhador não pode exercer o trabalho em detrimento da perda da saúde, sem a qual o direito à vida não se sustenta. “Por essa razão, cada vez mais, as normas legais no mundo inteiro estão associando o trabalho humano à honra, à proteção jurídica, à dignidade, à realização pessoal, a valor e a dever.” (OLIVEIRA, 2011, p. 106)

Os limites da jornada de trabalho, por sua vez, tem como fundamento a proteção à saúde do trabalhador, garantia do tempo de lazer, convívio social e familiar, redução dos riscos de acidente de trabalho, dentre outros, direitos que concretizam o direito à vida com saúde e dignidade de existência.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, as normas que instituíram os limites à duração da jornada de trabalho estabeleceram possibilidade de flexibilização dos limites impostos, consoante se observa do art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

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

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

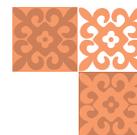
Observa-se que, segundo a Carta Magna, a compensação de horários e a redução da jornada estão facultadas à elaboração de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Em convergência, a CLT estabelece que é possível haver compensação das horas extraordinárias de um dia com a redução da jornada de outro dia por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, desde que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias (art. 59, caput e § 2º, da CLT).

Destaca-se, conforme lição de Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 800), que a flexibilização e transação no que concerne à duração do trabalho é regida pelo princípio da adequação setorial negociada.

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não indisponibilidade absoluta). (DELGADO, 2010, p. 800)

Pelo princípio da adequação setorial negociada, a flexibilização da jornada de trabalho deve atentar ao critério autorizativo da disponibilidade relativa conferida por lei, conforme expressa previsão do art. 7º, inciso XIII, da Carta Magna, e art. 59, caput e § 2º da CLT.

Assim, apesar da legislação pátria ter seguido em parte as determinações da OIT quanto aos limites da jornada de trabalho diária e semanal, percebe-se que existe a possibilidade de flexibilização destes limites, devendo-se, para tanto, observar os critérios estabelecidos em lei, conforme o princípio da adequação setorial negociada.



## 2.4. Horas extras

Horas extras, ou jornada de trabalho extraordinária, ou jornada suplementar ocorre quando o empregado disponibiliza ao empregador tempo de trabalho além dos limites da jornada de trabalho padrão, estabelecida em lei ou cláusula de negociação coletiva. “É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta.” (DELGADO, 2010, p. 835)

Segundo Alice Monteiro de Barros (2011, p. 525), “a hora extra é conceituada como o trabalho realizado em sobretempo à jornada normal do empregado, seja ela legal ou convencional”.

Segundo a mencionada autora, as horas extras têm caráter de verba salarial, visto que geram a contraprestação pecuniária pelo tempo de labor despendido pelo empregado, ainda que extraordinariamente. Ademais, as horas extras habituais prestadas incorporam à remuneração do empregado para fins de indenização (Súmula nº 24 do TST), gratificação natalina (Súmula nº 45 do TST), aviso prévio (art. 487, § 5º, da CLT), repouso semanal remunerado e feriados (art. 7º da Lei nº 605, de 1949 e Súmula n. 172 do TST) e etc.

Entretanto, Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 836) e Amauri Mascaro Nascimento (1994, p. 251) afirmam que a noção de jornada extraordinária se estabelece em função da ultrapassagem da fronteira normal da jornada, sendo a remuneração adicional apenas um efeito da sobrejornada. Assim, para os autores citados, a sobrejornada não se verifica pelo pagamento do adicional de salário, visto que, inclusive, existe a possibilidade do regime de compensação de horas extravagantes mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Verifica-se, que a jornada de trabalho extraordinária se estabelece em função da ultrapassagem dos limites estabelecidos por lei ou norma coletiva de trabalho. Entretanto, quando verificado o labor extravagante habitual fora do regime compensatório, a contraprestação assume natureza salarial, posto que repercute sobre o cálculo de parcelas reflexas.

Nesse sentido, cumpre repisar que o inciso XIII do art. 7º da Constituição estabelece como limite à duração da jornada de trabalho o parâmetro diário de oito horas e semanal de quarenta e quatro horas. Assim, via de regra, deve ser considerada como hora extraordinária aquela que ultrapassar a oitava diária e a quadragésima quarta semanal.

O inciso XIII do art. 7º não criou uma alternatividade para os limites impostos à duração da jornada de trabalho. Eles coexistem por força da norma constitucional citada. Portanto ainda que a hora excedente à oitava hora diária respeite o limite de quarenta e quatro horas de labor semanal, esta deverá ser computada como hora extra e remunera com o adicional não inferior a 50% (art. 7º, XVI, da CF/88), ressalvados os casos de sistema válido de compensação de jornada.

### 3 Regime de compensação de jornada

O regime de compensação de jornada de trabalho consiste na ampliação da duração do trabalho em um dia compensando-se o labor extraordinário com a redução da jornada em outro dia, sem a obrigação patronal do pagamento das horas excedentes acrescidas do adicional previsto em lei ou norma coletiva. Trata-se de um importante instrumento concebido pela Constituição de 1988 no conjunto de regras cogentes concernentes à duração do trabalho. Entretanto, ainda hoje, existem divergências doutrinárias sobre o tratamento fixado pela ordem constitucional.

Inicialmente, ressalta-se que mesmo em período anterior à edição da Lei nº 9.601/98, que regulamentou o sistema de compensação de jornada de trabalho, também denominado banco de horas ou regime anual de compensação, a doutrina e a jurisprudência eram minoritárias em admitir a compensação de jornada mediante acordo tácito entre empregado e empregador (bilateral).

Hodiernamente o debate questiona se existe necessidade de acordo coletivo ou meramente bilateral escrito entre as partes da relação de emprego para a implantação do regime compensatório e o que descaracterizaria a compensação de jornada prevista no art. 7º, XIII, da CF, e no art. 59, § 2º, da CLT, em contrapartida à Súmula nº 85 do TST.

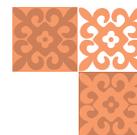
Para compreender esse tema, faz-se imperioso elucidar que, embora a doutrina não seja clara a esse respeito, a jurisprudência vem firmando o entendimento de que existem duas modalidades de compensação: a compensação intrasemanal e a compensação anual (art. 59, § 2º, da CLT).

A primeira modalidade de compensação (intrasemanal) não tem previsão legal e ocorre quando o empregado tem a jornada de trabalho estendida nos dias da semana para não trabalhar aos sábados, laborando semanalmente quarenta e quatro horas. Usualmente, o empregador exige que os empregados trabalhem oito horas e quarenta e oito minutos por dia, de segunda a sexta feira, ou nove horas de segunda a quinta feira, a fim de que a empresa não funcione aos sábados, tendo aproveitado um total de quarenta e quatro horas de trabalho ao final da semana dos empregados sujeitos à compensação da jornada.

A segunda modalidade de compensação, denominada regime de compensação anual ou banco de horas, foi instituída pela Lei nº 9.601/98 que alterou o § 2º do art. 59 da CLT. Nessa modalidade de compensação, os trabalhadores podem ser submetidos a longos períodos de sobrejornada, respeitado o limite diário de dez horas, para a compensação em outros períodos, com mais dias de folga ou redução da jornada diária de trabalho.

Sobre a pacífica distinção na jurisprudência entre as duas modalidades de compensação de jornada, colaciona-se o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BANCO DE HORAS. ARTIGO 59, § 2º, DA CLT. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 85 DO C. TST. O regime de banco de horas previsto no artigo 59, § 2º, da CLT, é



incompatível com a aplicação da Súmula nº 85 do c. TST. Esta trata de acordo de compensação com limite de jornada máxima semanal, e pode ser implido por acordo individual. Aquele possui padrão anual de compensação, com observância do limite de 10 horas diárias de trabalho, e, obrigatoriamente, deve ser implantado mediante norma coletiva. Assim, verificada a nulidade do banco de horas, não há que se falar em pagamento apenas do adicional de horas extraordinárias. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...)

(TST - RR: 2140900972006509 2140900-97.2006.5.09.0006, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 09/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011)

O sistema compensatório infraconstitucional estabelecido pela Lei nº 9.601/98 fixou como marco temporal para a compensação o parâmetro anual, alterando a redação do art. 59, § 2º, da CLT, para fazer constar “o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas (...)” (grifos acrescentados).

O regime de banco de horas ou acordo de compensação anual, por seu turno, foi criado para proteger as empresas que têm acréscimo de produção sazonal ou sujeitam-se a ciclos conjunturais. Nessas ocasiões as compensações semanais ou mensais não suprem a necessidade de variação na produção, pautadas nas condições de mercado. A dispensa e contratação de empregados, segundo a variação da produção, implicam em grandes custos com treinamentos e indenizações. Assim, há a possibilidade de adequar melhor a produção à conjuntura econômica de determinado setor produtivo, por meio da aplicação do sistema de compensação em um ano. (MARTINS, 2015, p. 588)

A alteração legislativa citada permitiu que a compensação das horas extravagantes fosse feita dentro do período máximo de um ano. Ademais, com o advento da Lei nº 9.601/98, para a validade da compensação de jornada deve ser observado o limite diário de dez horas de trabalho e a jornada total a ser compensada não pode ultrapassar a soma das jornadas semanais dentro do referido ano.

Após a Lei nº 9.601/98 se permitiu que a compensação fosse manejada em períodos excessivos, o que se tornou prejudicial ao trabalhador. Após a citada lei, autorizou-se a possibilidade de compensação após longos períodos contínuos de sobrejornada diária, podendo provocar danos à saúde e à segurança do trabalhador. Assim, não se pode cogitar que a implantação de um novo regime compensatório prejudicial à saúde e segurança do trabalhador, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, fosse pactuado sem negociação coletiva. “Insta-se, por fim, que não sendo o regime compensatório anual (banco de horas) efetivamente pactuado de forma regular não pode ser sequer considerado (art. 7º, XXII, CF/88) em situações de ausência do título jurídico negocial coletivo”. (DELGADO, 2010, p. 816)

Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 814) confirma o posicionamento acima apresentado ao referir-se ao regime de compensação anual:

Noutras palavras: no instante em que o legislador infraconstitucional criou, no país, novo tipo de regime compensatório, distinto daquele até então vigente e, adicionalmente, prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da negociação coletiva. (DELGADO, 2010, p. 814)

Destaca-se que os itens I e II da Súmula nº 85 do TST reputam validade ao acordo individual para compensação de horas, ainda que habitualmente, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. Esse entendimento é aplicável ao acordo de compensação de jornada intrassemanal, não ao regime de compensação anual – banco de horas.

Entretanto, quanto à necessidade de norma coletiva de trabalho para validação do regime compensatório intrassemanal, deve ser observado o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal e suas interpretações sistemática e literal. Nesse sentido, os apontamentos de Sérgio Pinto Martins apresentam-se como aqueles que melhor traduzem a vontade do legislador constituinte.

Entendo que o adjetivo coletiva, qualificando o substantivo convenção, diz respeito tanto a convenção como ao acordo, até mesmo em razão da conjunção ou empregada no texto, que mostra a alternatividade tanto da convenção como do acordo serem coletivos. A palavra coletiva deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual.

O filósofo Celso Cunha (1970:130), que fez a revisão gramatical da constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina. É seu exemplo: “Estudo o idioma e a literatura portuguesa.” No mesmo sentido, a lição de Napoleão Mendes de Almeida (1967:413): “Coragem e disciplina digna de granadeiros.” Sá Nunes (1938:237) mostra o mesmo tipo de exemplo: “Foi o pobre do homem ao convite no dia e hora assinada.” A. M. de Souza e Silva (1958:24) emprega exemplo semelhante: “O exército e a marinha brasileira.” Rodrigues Lapa (1984:228) indica os seguintes exemplos: “Isso requer estudo e paciência demorada;” “O estudo e a profissão monástica.” (MARTINS, 2015, p. 586)

Observa-se, portanto, que no inciso XIII o constituinte pretendeu apresentar sinônimo para as mesmas expressões que se referem a acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho, tal qual nos incisos VI, XIV, XXVI do mesmo art. 7º, empregando expressões diferentes, porém com o mesmo significado, evitando, com isso, a repetitividade. Com base nos dados apresentados seria possível afirmar que o legislador constituinte quis empregar o significado de acordo coletivo no inciso XIII do art. 7º, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas transações de direitos sociais (art. 8º, VI, da Constituição).

Por outro lado, há que se frisar o cunho social da Constituição de 1988, que trouxe para a base do Texto Magno garantias e direitos individuais e coletivos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), dentre os quais incluem-se os direitos trabalhistas dos arts. 7º ao 11 da Constituição.



Ademais, não existe autorização expressa para a modalidade de compensação de jornada semanal. A legislação infraconstitucional autoriza somente a compensação de horas no regime de banco de horas ou acordo de compensação anual. Conforme visto, por outro lado, a correta interpretação do dispositivo inscrito no inciso XIII do art. 7º da CF/88 é no sentido de ser autorizada a compensação de jornada exclusivamente mediante negociação coletiva, seja pela consagração dos direitos sociais, seja pela primazia da participação dos sindicatos para favorecer a paridade negocial e, conseqüentemente, a proteção dos trabalhadores.

Assim, cumpre reafirmar que o acordo de compensação intrasemanal poderia ser pactuado tão somente debaixo do manto da negociação coletiva, por ser a melhor interpretação literal, sistemática e teleológica do art. 7º, inciso XIII, da CF/88, bem como por inexistir regulamentação infraconstitucional em sentido diverso, embora esse não seja o entendimento prevalecente na jurisprudência.

Há que se considerar, ainda, que a construção jurisprudencial brasileira, geradora da Súmula nº 85 do TST, ao admitir ser benéfico ao trabalhador a prorrogação da jornada diária além da 8ª hora, habitualmente, desconsidera os inúmeros estudos que fixaram o período de oito horas como o limite para a jornada diária de trabalho, visando preservar a saúde e a segurança do trabalhador. Nesse sentido, foram editadas as Convenções nº 1 e nº 19 da OIT, de 1919 e 1935, respectivamente.

Sebastião Geraldo Oliveira (2011, 142) assevera:

Um processo prolongado de fadiga induz à instalação da fadiga crônica, que não cede nem mesmo com o repouso diário. Esse quadro de fadiga patológica compromete o sistema imunológico, deixando o trabalhador muito mais vulnerável às doenças, além de produzir insatisfação com o serviço, absentéismo, baixa produtividade e maior número de acidentes de trabalho. (...) a fadiga não ocorre somente nos trabalhos manuais que empregam força física. Os fisiologistas dão conta do aparecimento da fadiga, com intensidade semelhante, nos trabalhos que envolvem esforço mental, especialmente quando executado sob tensão ou mesmo nos trabalhos monótonos e repetitivos. (OLIVEIRA, 2011, p. 142)

Segundo Jorge Luiz Souto Maior (2000, p. 156), a flexibilização, que em princípio deveria ser aplicada em momentos de crise econômica, tem sido empregada indiscriminadamente e tem atingindo países em que a crise econômica não é o ponto de partida. O autor afirma: “sob a perspectiva de países em desenvolvimento, como o Brasil, a questão da flexibilização do direito do trabalho, como já dito, aparece como fator de favorecimento da competição no mundo globalizado, mas, concretamente, não gera qualquer desenvolvimento”.

José Eduardo Alcântara (2003, p. 104) assevera que o barateamento do trabalho suplementar por meio da flexibilização da jornada de trabalho “tem sido admitido sem discussão sobre o desgaste e os malefícios decorrentes da prestação de trabalho além de oito horas diárias, limite sustentado internacionalmente por relevantes fundamentos biológicos e sociais”.

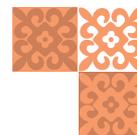
Estudos do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE – (2007, p. 21) apontam que, com exceção das conquistas obtidas em acordos ou convenções coletivas, desde a Constituição de 1988, praticamente todas as alterações nos direitos trabalhistas foram no sentido de diminuir direitos e/ou de intensificar o ritmo de trabalho. Em contrafluxo ao movimento global para a redução da jornada de trabalho, a utilização da hora extra no Brasil não tem o caráter de excepcionalidade. A legislação que impõe limites à jornada de trabalho teve a intensão de criar a jornada padrão, abrindo a possibilidade de sua extensão em casos excepcionais.

Ademais, segundo lição do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (2009) é pouco debatido na doutrina trabalhista a relação entre o excesso de jornada e a ocorrência de acidentes de trabalho. Após analisar os dados estatísticos (assustadores) referentes ao aumento do índice de acidente de trabalho com a identificação do Nexo Técnico Epidemiológico, o autor afirma que “a implementação de políticas de gestão empresarial voltadas a assegurar, de modo efetivo, a concessão do descanso e minimizar as situações de ocorrência de sobrejornada deve ultrapassar os umbrais da empresa e ser vista como política de saúde pública”.

Por isso o presente trabalho inclina-se a inadmitir a pactuação do regime de compensação de jornada, em qualquer modalidade, sem a participação do sindicato profissional, uma vez que se faz necessária a ampliação habitual da jornada diária de trabalho para que seja possível a compensação em outro(s) dia(s). Não é aceitável a ampliação da jornada de trabalho sem a análise adequada da necessidade (análise econômica do mercado e da empresa) e das repercussões negativas para a saúde e segurança do trabalhador. Não se trata de uma inviabilização da compensação da jornada de trabalho, mas de submeter à negociação coletiva a transação de um direito fundamental para preservar a integridade do trabalhador e os reflexos sociais dessa medida de interesse econômico.

Aponta-se que o acordo de compensação individual poderia ser concebido, na forma do item II da Súmula nº 85 do TST, quando em casos esporádicos e pontuais. Um exemplo clássico para a possibilidade de aplicação do acordo individual de compensação de jornada ocorreria quando um feriado ocorresse em dia de sexta-feira e, para não terem que trabalhar ao sábado, os empregados ampliariam a jornada diária em uma hora, de segunda a quinta-feira, mediante acordo individual de compensação assinalado entre empregado e empregador.

Assim, a única forma de compensação de jornada regulamentada e autorizada na legislação infraconstitucional é o regime de compensação anual, ou banco de horas, prevista no art. 59, § 2º, da CLT, que requer a instrumento de negociação coletiva para que tenha validade. Todas as demais modalidades de compensação de jornada de trabalho deveriam estar sujeitas à negociação coletiva para que produzam efeitos no âmbito jurídico, ao som do art. 7º, inciso XIII, da Constituição.



## 4 O pagamento das horas extras em caso de desconsideração do acordo de compensação individual

As horas extras, como o tempo de labor acima do limite legal ou convencionalmente estabelecido, devem ser remuneradas em uma parcela supra salarial. Após a Constituição de 1988, o empregado deve receber o pagamento das horas extraordinárias acrescidas do adicional de 50% do valor da hora normal (art. 7º, XVI, da CF), quando houver labor extraordinário, além do salário pago como contraprestação pelo tempo regular de trabalho.

A Súmula nº 85 do TST predica que é válido o acordo individual escrito para a compensação da jornada de trabalho que não caracterize o regime anual de compensação – banco de horas (itens I, II e V). Entretanto quando houver a prestação de horas de labor além do regime de compensação acordado entre as partes (horas extras), com habitualidade, é descaracterizado acordo de compensação, segundo o item IV do referido Enunciado do TST.

Contudo, apesar das horas extras habituais descaracterizarem a validade do acordo de compensação de jornada, segundo o item IV da Súmula nº 85 do TST, as horas que ultrapassarem o limite constitucional de oito horas diárias, mas respeitarem o limite semanal de quarenta e quatro horas, não serão remuneradas, sendo devido somente o adicional da hora extra previsto em lei ou em convenção coletiva de trabalho.

Na lição de Alice Monteiro de Barros (2011, p. 534), o labor extraordinário habitual descaracteriza o acordo de compensação de jornada e, nesse caso, “as horas que ultrapassarem o módulo de 44 horas semanais serão pagas como horas extras e aquelas objeto de compensação serão pagas apenas com o adicional pelo trabalho extraordinário”.

Maurício Godinho Delgado (2010, p. 818-819) afirma que, tratando-se do clássico regime de compensação intrassemanal (figura anterior à Lei n. 9.601/98), a falta do acordo bilateral escrito válido impõe apenas o pagamento do adicional relativo às horas que extrapolem a jornada padrão. “Não são devidas as próprias horas suplementares, já que regularmente pagas pelo salário quitado: é que a duração padrão semanal do trabalho (no caso de compensação intrassemanal) ou a duração mensal padrão (no caso de compensação entre semanas) não foi ultrapassada”.

Nesse sentido está posto o item IV da Súmula nº 85 do TST, que assim dispõe:

Súmula nº 85

(...)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Entretanto, segundo Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 683-685), nos casos de anulação de acordo de compensação de jornada por horas extras habituais, existem três correntes interpretativas aplicáveis. Para entender as louváveis ponderações da mencionada autora, recriamos aqui o exemplo utilizado em sua obra.

Ex.: Um empregado contratado para trabalhar 44 horas semanais, sendo nove horas de segunda a quinta feira, e oito horas na sexta feira, tudo para compensar o sábado não trabalhado, conforme acordo de compensação. Todavia habitualmente esse trabalhador labora oito horas aos sábados, descumprindo o acordo de compensação.

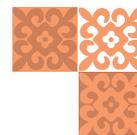
Para essas condições, a 1ª corrente afirma que as horas laboradas além da oitava diária devem ser consideradas como horas extras e remuneradas somando-se o valor da hora com o acréscimo do adicional de no mínimo 50%. Ademais, para esta linha interpretativa, quando a compensação do labor extraordinário durante a semana se destinar a evitar o trabalho aos sábados e houver a anulação do acordo de compensação de jornada, qualquer trabalho sabático implica em horas extras, independentemente do limite semanal da jornada de trabalho. Aplica-se, nesse caso, a condição mais benéfica ao trabalhador que não foi contratado para laborar aos sábados.

Para a 1ª corrente, nos termos do exemplo citado, o trabalhador faria jus a 4 horas extras de segunda a quinta feira e mais 8 horas extras aos sábados, somando um total de 12 horas extras por semana acrescidas do adicional de 50%. Esse entendimento é adotado pela Autora e sugerido no presente trabalho como a melhor interpretação legal para a remuneração das horas extraordinárias, com a aplicação análoga da Súmula nº 199, I, do TST, quando houver a anulação do acordo de compensação de jornada.

A 2ª vertente afirma ser nulo o acordo de compensação, mas não a fixação da jornada semanal de 44 horas. Assim, seriam devidas as horas extras além da 8ª diária, de segunda a quinta feira, bem como as horas que ultrapassassem a 4ª hora de trabalho aos sábados, gerando um total de 8 horas extras por semana.

A 3ª posição, adotada no Verbete nº 85 do TST e em boa parte da doutrina, afirma que as horas que excedem a 8ª diária, de segunda a quinta feira, já foram remuneradas em face do salário ajustado para as 44 horas semanais (sob pena de bis in idem). Todavia, como o labor ultrapassou de fato o limite legal de 8 horas e havendo a anulação do acordo de compensação, será devido o adicional das horas que excederam o limite diário, de segunda a quinta feira, bem como todas as horas extras do sábado acrescidas do adicional de 50%. Neste caso, há a obrigação de remunerar 8 horas extras acrescidas do adicional (mínimo) de 50%, mais o adicional de horas extras incidente sobre 4 horas (de segunda a quinta feira).

Apesar do posicionamento sumulado e acompanhado por doutrinadores renomados, este trabalho diverge da citada lógica aplicada para a remuneração das horas extraordinárias quando o acordo de compensação for desconsiderado, por entender ser mais adequada a aplicação da 1ª corrente interpretativa acima citada.



Ressalta-se que, segundo a Constituição de 1988, art. 7º, inciso XIII, existem dois limites concomitantes impostos à duração da jornada de trabalho, o limite diário e o limite semanal e ambos devem ser observados como reguladores autônomos da jornada de trabalho.

Assim, quando desconsiderado o acordo de compensação, devem ser reconhecidas como horas extraordinárias todas aquelas que ultrapassarem a oitava diária e quadragésima quarta semanal, bem como devem ser remuneradas, além do salário regular do empregado, acrescida do adicional previsto em lei ou convenção coletiva de trabalho, por ser a melhor interpretação à luz da Constituição Federal de 1988.

## 5 Conclusão

Após observar a origem e finalidade dos limites impostos à duração da jornada de trabalho – termo abrangente à duração diária e semanal do trabalho –, é possível concluir que a Súmula nº 85 do TST afigura-se em dissonância com o inciso XIII do art. 7º da CLT, a partir da interpretação literal, sistemática e teleológica desse dispositivo, por autorizar a flexibilização habitual dos limites da jornada de trabalho sem a proteção da negociação coletiva.

Ademais, sendo inválido o acordo individual de compensação de jornada, todas as horas excedentes à oitava hora diária e à quadragésima quarta semanal devem ser remuneradas como horas extras acrescidas do adicional previsto em lei ou em norma coletiva de trabalho, se esta última for mais benéfica. Essa conclusão contraria em parte o item IV da Súmula nº 85 do TST pela primazia da norma instituída pelo art. 7º, inciso XIII, da Constituição.

## Referências

ALCÂNTARA, José Eduardo. **Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica**. In: DELLA-GRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003, p. 68-113.

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

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes** (2009). Revista Consultor Jurídico [On Line]. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-20/jornada-excessiva-trabalho-provoca-acidentes-tira-dignidade>. Acesso em 17 de março de 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (2007), Sistema de informações para acompanhamento das negociações coletivas no Brasil: a jornada de trabalho no Brasil. Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAB0CD8FE72AD/Prod02\\_2006.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAB0CD8FE72AD/Prod02_2006.pdf). Acesso em 15 de março de 2015.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada**. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009. E-Book. ISBN: 978-92-2-819311-4; 978-92-2-819312-1. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work\\_hours/pub/duracao\\_trabalho\\_284.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf). Acesso em 06 de março de 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORATO, João Marcos Castilho. **Globalismo e flexibilização trabalhista**. 1. ed. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

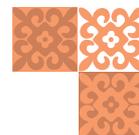
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. **Acórdão em Embargos de Declaração** – Recurso de Revista nº 194.186/95.4. Relator: Min. Milton de Moura França. Publicado no DJ de 27/10/2000, p. 543. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=229603.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. **Acórdão em Recurso de Revista nº 2140900-97.2006.5.09.0006**. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Publicado no DEJ de 18/02/2011. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202140900-97.2006.5.09.0006&base=acordao&numProcInt=176656&anoProcInt=2010&dataPublicacao=18/02/2011%2007:00:00&query=>



# Discriminação racial e assédio moral no trabalho

Rúbia Zanotelli de Alvarenga<sup>1</sup>

*Reconstruir-Se  
(Ser Criança!)*

*Reconstruir-se após a desgraça,  
com a música, a dana,  
recriando a vida que passa,  
que se procura e não se alcança.*

*Recolher, com firmeza,  
a casa perdida, em pedaços,  
pela força da correnteza,  
reconstruindo novos espaços.*

*Montar, fio a fio, o tecido,  
da vida, que recomeça,  
recriando, lentamente, o sentido  
do que é preciso, peça a peça.*

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

*(Luiz Eduardo Gunther)*

131

**Sumário:** Introdução; 1. Discriminação e direito do trabalho; 2. Discriminação racial e assédio moral no trabalho; Conclusão.

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

**Palavras-chave:** Discriminação racial; assédio moral; dignidade da pessoa humana.

## Introdução

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

O estudo não se atém a fatos específicos da História como é usual, mas, sim, basicamente, a situações ocorridas com um grande poeta simbolista da Literatura Brasileira: Cruz e Sousa (1861- 1898). Em um artigo intitulado “A trajetória do negro na Literatura

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora de Direito e advogada.

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

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

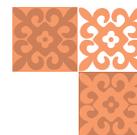
Em decorrência da convivência com o preconceito, Cruz e Souza deu à luz um texto em prosa intitulado “*Emparedado*”, do qual, a seguir, transcreve-se, um fragmento que reflete, magnificamente, como devem se sentir os trabalhadores negros impedidos de desempenhar em paz suas atividades de trabalho em razão do preconceito étnico e do assédio moral ao qual são submetidos por tal herança histórico-cultural perversa que aflige milhares de afrodescendentes no dia-a-dia. Veja-se:

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

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

---

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



contra o preconceito e contra o assédio moral. Seu texto em prosa “*O Emparedado*” não dá margem a dúvidas sobre isso.

Passados mais de cem anos do ocorrido a Cruz e Sousa, a metáfora do emparedamento continua, infelizmente, subsistindo, não na forma do racismo explícito – visto que, hoje, existem leis punitivas à prática deste; mas, em sua maneira mais subreptícia, o assédio moral, ocorrente, em especial, nos ambientes de trabalho, nos quais pode acontecer de modo vertical descendente, ascendente ou horizontal.

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

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

## **Discriminação e direito do trabalho**

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

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

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

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

<sup>3</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

<sup>4</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

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

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

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

O art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assinala que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

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

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

Para Firmino Alves Lima:

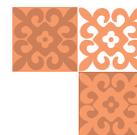
Há discriminação nas relações de trabalho, quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, impli-

<sup>5</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2010, p. 50.

<sup>6</sup> Ibid., p. 61.

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

<sup>8</sup> BRITTO, Carlos Augusto Ayres. Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 54.



ca uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável ou justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas assegurados, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.<sup>9</sup>

No magistério de Maurício Godinho Delgado, o princípio da não discriminação compreende “a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.”<sup>10</sup>

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

Maurício Godinho Delgado relata ainda:

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

Logo, já de acordo com Edilton Meireles<sup>13</sup>, toda e qualquer forma de discriminação, ainda que não esteja citada ou referida expressamente em leis infraconstitucionais, viola o direito fundamental da igualdade. Pode-se afirmar, aliás, que, antes de ferir o direito à igualdade, a discriminação atinge a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor em comentário, em razão disso, a discriminação constitui ato ilícito, tipificado como crime, e que, por isso mesmo, é considerada inválida juridicamente (art 2º, Lei nº 9.029/1995).

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

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

<sup>9</sup> LIMA, Firmino Alves. Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p. 135.

<sup>10</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.

<sup>11</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 43.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 775.

<sup>13</sup> MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.

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

[...]VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

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

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

[...]IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

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

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

O inciso XXX, art. 7º, da Constituição Federal de 1988, também prevê a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. O mesmo artigo, no inciso XXXII, disciplina a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos.

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

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

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



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

Luís Roberto Barroso<sup>14</sup>, contudo, adverte que as diferenciações serão consideradas juridicamente toleráveis, quando possuírem fundamento razoável e forem destinadas a um fim legítimo; o elemento discriminatório for relevante e residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas; houver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrifício; o meio empregado e o fim buscado forem compatíveis com valores constitucionais. Como exemplo de desequiparação possível, ele traz o da contratação de guardas penitenciários do sexo feminino para presídio feminino; ou o da contratação de artista negro para comemoração do dia da consciência negra.

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

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

Yara Maria Pereira Gurgel<sup>15</sup> estatui que a Convenção nº 111 demonstra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não ficando limitada somente à questão salarial. Esta tem ainda por objeto o combate a todo tipo de discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país. A autora ressalta que a Convenção nº 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho e em todas as fases da relação laboral – pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após a cessação do contrato individual de trabalho.

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

<sup>15</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. São Paulo: LTr, 2010, p.114.

## Discriminação racial e assédio moral no trabalho

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

Em consonância com Marie-France Hirigoyen:

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

Em assaz elucidativo magistério de Sônia Mascaro Nascimento<sup>17</sup>, o assédio moral é considerado conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

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

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

É mais frequente o assédio moral ser cometido entre sujeitos de posição hierárquica diversa, podendo ser tanto vertical ascendente quanto descendente. Será vertical descendente, quando é praticado pelo empregador ou superior hierárquico a ele subordinado contra o empregado. Essa espécie de assédio moral caracteriza-se como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou pelo próprio empregador contra o empregado. Será, por sua vez, vertical ascendente, quando for praticado

<sup>16</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 17.

<sup>17</sup> NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio moral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.



pelo empregado contra superior hierárquico. Trata-se da modalidade mais rara de assédio moral no ambiente de trabalho.

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

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

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

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

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

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

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

O ato de discriminar consiste em inferiorizar outros tentando se mostrar superior. É o preconceito que ocorre, quando se colocam apelidos racistas e quando se inferioriza as pessoas de classes sociais mais baixas.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> STADLER, Denise de Fátima. Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008, p. 69.

<sup>19</sup> MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 57.

<sup>20</sup> Ibid., p. 59.

<sup>21</sup> Ibid., p. 53.

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

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

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

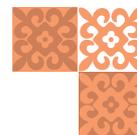
Imperioso observar a decisão proferida pela Juíza do Trabalho Maria Elizabeth Mostardo Nunes, do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, relativa ao caso de assédio moral no trabalho por motivo de discriminação racial, veja-se:

ASSÉDIO MORAL. ILÍCITO. ABUSO DE DIREITO. LIMITES DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. RACISMO. DANOS MORAIS. O assédio moral decorre da prática, normalmente por período prolongado, de condutas abusivas, portanto, ilícitas (art. 187 do CC), pelo empregador ou por seus prepostos, pelos quais responde objetivamente (art. 932 do CC), com o fim de humilhar, constranger ou desmoralizar o trabalhador. Pode ocorrer dentro ou fora do ambiente laboral, isto é, do estabelecimento do empregador, mas em razão do contrato de trabalho. Tais condutas, se provadas, são potencialmente lesivas aos direitos da personalidade. Afetam o trabalhador psicologicamente, de modo que *causam* danos e, em consequência, o dever de indenizar. Segundo o art. 186 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. O abuso de direito também gera o dever de indenizar, segundo o art. 187 do Código Civil. O dano moral, em princípio, não necessita ser provado, mas a ocorrência dos fatos que o ensejam deve ser cabalmente demonstrada. É necessário, ainda, que ações dirigidas sejam capazes de, considerado o homem médio, afetar a honra objetiva e subjetiva do trabalhador, não sendo indenizável o mero dissabor que não advém de ato ilícito. O empregador pode, sem excessos, exigir do trabalhador

<sup>22</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 64.

<sup>23</sup> MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.

<sup>24</sup> Ibid., p. 59.



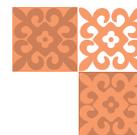
o cumprimento de metas, eficiência, qualidade ou outras tantas características que representam os princípios ou os anseios da empresa. O exercício regular de direito não constitui ato ilícito, nos termos dos arts. 153 e 188, I, do CC, desde que não haja excessos, consoante os arts. 187 e 188 do mesmo diploma legal. Tão grave quanto ser discriminado no trabalho por sua cor de pele, etnia, gênero, sexualidade, crença religiosa etc. é imputar ao empregador a conduta discriminatória inexistente ou impossível de demonstrar em processo judicial. Algumas dessas condutas, o racismo inclusive, constituem também ilícito penal. As alegações, assim, devem ser feitas com prudência, para que não se venha a macular a imagem das pessoas sem fatos concretos. (TRT-2ª R. - Proc. 0000087-10.2013.5.02.0263 - 20140792052 - Relatora Juíza Maria Elizabeth Mostardo Nunes - DJe 19.09.2014)

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

Veja-se o julgado:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 437 DO TST. Por se tratar de norma afeta à higiene e (sic) segurança do trabalho, pouco importa se houve supressão total ou parcial do intervalo intrajornada. Em qualquer caso, é devido o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de 50%, com base no entendimento consubstanciado na Súmula nº 437, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. ASSÉDIO MORAL. DANO MORAL DECORRENTE. AGRESSÃO VERBAL. ATITUDE REITERADA CONSISTENTE EM CHAMAR EMPREGADO DE “BAIANO” COM INTUITO PEJORATIVO E SINÔNIMO DE PESSOA PREGUIÇOSA. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELO JULGADOR. Não se admite que o ambiente de trabalho seja palco de manifestações de preconceito e que não se observe o mínimo exigido para que as pessoas – empregadas ou não – sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade. No caso, o assédio moral se caracterizou pelas atitudes do supervisor que destratava todos os subordinados e, de forma mais agressiva e humilhante, o autor, chamado de “baiano” como sinônimo de preguiçoso e lhe oferecia uma rede para descansar. Se fizesse algo errado, dizia, o citado supervisor, que era “baianada”. A grande questão não está na designação de “baiano”, mas no que o fato em si representa. A relevância está na suposição, partida de algumas pessoas de que são superiores a outras e na “coisificação” do ser humano; no estado de dominação sobre o empregado, sob o falso pressuposto de que o empregador, ou preposto seu, está a tanto autorizado pela subordinação jurídica decorrente

do contrato de trabalho; na ideia de que seres humanos podem ser superiores a outros; que a condição pessoal de alguém lhe impinge determinada marca que pode ser utilizada como sinal de distinção pejorativa no grupo social no qual convive. O que está em jogo é o menosprezo, o descaso com a condição humana. O agressor se esquece, certamente, (sic) que todos, do Sul ou do Norte, do Nordeste, do Centro-Oeste ou do Sudeste, somos frutos de uma rica miscigenação de muitas raças, com as suas cores, sotaques, origens, olhares, culturas, e (sic) que, no dia-a-dia, no anonimato ou conhecidos do grande público, constroem a grandeza da Nação brasileira. Portanto, poderia ser chamado de paulista, carioca, gaúcho, mineiro, paraibano, goiano, pernambucano, catarinense, candango, paranaense, capixaba, sergipano, alagoano, cearense, acreano, rondoniense, amazonense, paraense, maranhense, piauiense, mato-grossense, sul-mato-grossense, tocantinense, potiguar, roraimense, amapaense etc.; o dístico pouco importa. Também não é relevante a forma como o preconceito se manifesta: palavras, atitudes, gestos ou até mesmo o silêncio, dentre outras modalidades. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho. Certamente, quem assim pensa deve achar normal um torcedor jogar banana no campo de futebol como forma de ataque ao atleta. Não se há de confundir a situação versada nos presentes autos com a distinção carinhosa, agregadora, que valoriza a pessoa ou mesmo constitui, no respectivo agrupamento social, elemento identificador, sem qualquer conotação depreciativa. No caso, configurou-se a “discriminação racial” no ambiente de trabalho e diante de colegas do recorrente, como aludiu no seu apelo. Caracterizado, portanto, o assédio moral. De referência ao valor da reparação, na perspectiva do novo cenário constitucional, que reconheceu como fundamento da República o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e das novas tendências da responsabilidade civil, optou o legislador brasileiro pelo princípio da reparação integral como norte para a quantificação do dano a ser reparado. Tal consagração normativa encontra-se no caput do artigo 944 do Código Civil que prevê: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Essa regra decorre, também, da projeção do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) em sede de responsabilidade civil e faz com que a preocupação central do ordenamento jurídico se desloque do ofensor para a vítima, sempre com o objetivo de lhe garantir a reparação mais próxima possível do dano por ela suportado. A indenização, portanto, tem por objetivo recompor o *status quo* do ofendido independentemente de qualquer juízo de valor acerca da conduta do autor da lesão. E, sendo assim, os critérios patrimonialistas calcados na condição pessoal da vítima, a fim de não provocar o seu enriquecimento injusto, e na capacidade econômica do ofensor, para servir de desestímulo à repetição da atitude lesiva, não devem ingressar no arbitramento da reparação. O que se há de reparar é o próprio dano em si e as repercussões dele decorrentes na esfera jurídica do ofendido. A finalidade da regra insculpida no mencionado artigo 944 do Código Civil é tão somente reparar/compensar a lesão causada em toda a sua extensão, seja ela material ou moral; limita, assim, os critérios a serem observados pelo julgador e distancia a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Logo, em consonância com a atual sistemática da reparação civil, em sede de quantificação, deve o julgador observar os elementos atinentes às particulares características da vítima (aspectos existenciais, não econômicos) e à dimensão do



dano para, então, compor a efetiva extensão dos prejuízos sofridos. E como dito desde o início, sempre norteado pelos princípios da reparação integral e da dignidade humana – epicentro da proteção constitucional. Indenização majorada para R\$10.000,00. Determinado o envio de cópia da decisão para todos os empregados, como medida suasória para impedir a continuidade da conduta lesiva. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – 7ª turma - RR-305-63.2012.5.09.0009 – Relator Ministro Claudio Brandão – 07.05.2014)

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

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

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

## Conclusão

Por tudo quanto se expôs e o que se observa no artigo ora apresentado, o ato do assédio moral no ambiente de trabalho ocorre em função, principalmente, do sentimento racista que, ainda, de modo infortunado, persiste em uma parcela significativa da sociedade que promove ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao

<sup>25</sup> TRT-10ª R. - Proc. 0000395-82.2014.5.10.0006 – Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho - DJe 28.11.2014

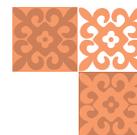
longo do exercício trabalhista, ou, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo, ou, ainda, na maculação da vida profissional do ex-empregado após a sua demissão), que implicam, à vítima, danos psicológicos, morais e, até mesmo, físicos, quando, ao assediado, em serviços que requerem atividades braçais, são impostas tarefas que vão além de sua capacidade corporal ou além do tempo de labor previsto em lei.

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

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

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RE-NAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.
- BRITTO, Carlos Augusto Ayres. **Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**. São Paulo: LTr, 2010.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.
- LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. **Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.
- MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.
- MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.
- NASCIMENTO, Sônia Mascaró. **Assédio moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PROENÇA, Domicio Filho. A trajetória do negro na literatura brasileira. *Estud. av.*, v.18, n.50, São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador**. São Paulo: LTr, 2008.



# Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas

Jorge Luiz Souto Maior<sup>1</sup>

## 1 Os direitos trabalhistas sob vigilância

Muitos olhares desconfiados de parte do setor econômico foram voltados para o Supremo Tribunal Federal depois que algumas decisões progressistas foram tomadas no âmbito daquela Casa a respeito do direito de greve no serviço público, notadamente no que se refere à impossibilidade do corte de ponto e à consequente preservação do salário durante a greve (vide Reclamações ns. 11.536; 11.847; 16.535 e Processo Eletrônico DJe-177).

A repercussão dessas decisões demonstra o quanto as questões trabalhistas se mantêm na centralidade das preocupações sociais, políticas e econômicas e como ainda é forte a resistência à afirmação de direitos trabalhistas na realidade brasileira, sobretudo no contexto neoliberal instaurado a partir da década de 90, cujo propósito foi, precisamente, reduzir, ou até eliminar, a proteção jurídica dos trabalhadores.

No Brasil, que conviveu com a escravidão em quase quatrocentos anos de uma história de 500 anos e que ainda convive com estruturas culturais escravistas, o advento dos direitos trabalhistas foi marcado por muita resistência do ainda restrito setor industrial. Depois de instituídos, esses direitos têm sido alvo de constantes ataques desferidos por esse mesmo setor – que só cresceu desde então, vale frisar – com os mais variados adjetivos e estigmas: no começo a legislação trabalhista seria “inoportuna”. Na sequência foi chamada de “fascista”, “partenalista”, “intervencionista”, “retrógrada”... Presentemente, vive sob o fogo das retóricas da “cubanização” e do “bolivarianismo”.

Cumprir compreender que esse modo de refutar a posição do Estado e de suas instituições frente às questões trabalhistas põe em grave risco o projeto constitucional, que está baseado na essência do valor social do trabalho e dos direitos sociais. Quando a retórica do “paternalismo” ganha força os direitos sociais tendem a perder eficácia, não só do ponto de vista da construção teórica, mas, sobretudo, no aspecto da sua concretização, porque a efetividade de muitos desses direitos depende da implementação de políticas públicas que intervenham diretamente nas relações sócio-econômicas, sendo que no que se refere especificamente aos direitos trabalhistas é inegável a necessidade de um Estado que não apenas proclame esses direitos, mas que também garanta a sua aplicabilidade com serviços de fiscalização, impondo limites aos interesses meramente econômicos, notadamente do grande capital.

Quando esse projeto constitucional, que se traduz pela ideia de uma democracia pautada pelo Direito Social, é apelidado de “paternalista” – seja lá o que queira dizer com

<sup>1</sup> Juiz do trabalho e professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

isso, afinal os direitos liberais clássicos, propriedade e contrato, não existem sem a força coercitiva do Estado tanto para garantir a eficácia dos tratos negociais quanto para impedir a rebeldia dos excluídos do “sagrado” direito de propriedade, ou seja, sem um “parteralismo” em favor da classe dominante – corre-se o risco dos direitos trabalhistas virarem fumaça. Claro que não há nisso muita novidade, pois como já advertia Marx, mais cedo ou mais tarde as coisas se revelam e tudo que era sólido se desmancha no ar...

É, por isso, bastante oportuno verificar o quanto esses ataques ideológicos, que já se expressaram, no início da era neoliberal, em fórmulas como “modernidade” e “globalização”, visam mascarar a realidade da sociedade de classes, trazendo consigo, no âmbito específico das relações de trabalho, para essa mesma finalidade, noções como as de “parceiros sociais” e de “colaboradores”, e que hoje, em época nem tão distinta assim, se valem de outras fórmulas como a do “bolivarianismo”, tudo para minar a eficácia dos direitos trabalhistas, sendo que, presentemente, o risco é ainda maior na medida em que já não se fala mais eufemisticamente em flexibilização e se sim de retirada, pura e simples, de direitos.

Claro que nada disso se manifesta de forma clara e mesmo a existência de um projeto neste sentido será negada por todas as formas.

Cumprir analisar, com cuidado metodológico, portanto, o que vem ocorrendo nas relações de trabalho desde a década de 90, pois isso permitirá perceber a continuidade de um projeto que visa minar a força dos direitos sociais e trabalhistas, para a satisfação de interesses estritamente econômicos, sem apoio em qualquer projeto de sociedade, ou seja, apenas para favorecimento do capital que atua em escala mundial.

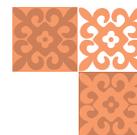
## **2 Ataques aos direitos trabalhistas na década de 90**

Na década de 90 os direitos trabalhistas foram alvo de diversos ataques, alguns vindos diretamente do Executivo.

As reformas legislativas encontravam, no entanto, três obstáculos: a Constituição de 1988, que conduziu ao Capítulo dos Direitos Fundamentais as conquistas trabalhistas, inscritas no art. 7º., acompanhado da ampliação do direito de greve no art. 9º.; uma doutrina jurídica trabalhista resistente à derrocada de direitos, inspirada nos princípios do Direito do Trabalho e na própria instrumentalidade constitucional; e a Justiça do Trabalho, impulsionada também pela atuação de uma combativa advocacia trabalhista e pelo ativismo do Ministério Público do Trabalho, o qual ganhou bastante relevo após a Carta de 88.

## **3 A Reforma do Judiciário – ditada pelo Banco Mundial**

Corria em paralelo, como forma de completar a obra neoliberal, um projeto de Reforma do Judiciário, iniciado, de fato, em 1994, e que previa nada mais, nada menos, que o fim da Justiça do Trabalho.



A Reforma do Judiciário se insere no contexto de um projeto internacional, vez que o neoliberalismo é uma forma global de impulsionar o capitalismo. O propósito da Reforma era o de impedir que o Direito, os juristas e os juízes constituíssem empecilhos à imposição da lógica de mercado.

Essa, ademais, não é mera interpretação individual da história. Está consignada, com todas as letras, no Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial: “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma”, elaborado por Maria Dakolias, denominada “especialista no Setor Judiciário da Divisão do Setor Privado e Público de Modernização” (tradução de Sandro Eduardo Sardá, publicado em junho de 1996).

Ainda que no prefácio do Documento, elaborado por SriRam Aiyer, Diretor do Departamento Técnico para América Latina e Região do Caribe, haja a advertência de que “As interpretações e conclusões expressadas neste documento são de inteira responsabilidade dos autores e não devem de nenhuma forma serem atribuídas ao Banco Mundial, as suas organizações afiliadas ou aos membros de seu quadro de Diretores Executivos ou aos países que eles representam. O Banco Mundial não garante a exatidão dos dados incluídos nesta publicação e não se responsabiliza de nenhuma forma pelas conseqüências de seu uso”, é mais que evidente que a sua publicação representa uma forma de influenciar as políticas internas dos diversos países, sobretudo aqueles considerados “em desenvolvimento”, até porque o próprio prefaciador se revela quando diz ao final: “Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário.”

#### **4 Novos ataques aos direitos trabalhistas no início dos anos 2000**

Na década seguinte a saga persiste com o advento da Lei n. 10.101/00, que regulou a participação nos lucros e nos resultados, recusando a natureza salarial do montante pago a tal título e prevendo a instituição de mediação ou de arbitragem de ofertas finais para a solução das controvérsias decorrentes da aplicação da lei, de modo a dar impulso ao projeto já iniciado, em 12 de janeiro de 2010, com a edição das Leis ns. 9.957/00 (sumaríssimo) e 9.958/00 (comissões de conciliação prévia), no sentido da integração de modos extrajudiciais de solução de conflitos às relações de trabalho, contribuindo, assim, para o esvaziamento da participação da Justiça do Trabalho.

Na sequência adveio a Lei n. 10.243/01, que, alterando o art. 458, da CLT, afastou a natureza salarial de diversas parcelas recebidas pelo trabalhador em contraprestação ao trabalho prestado.

No apagar das luzes do governo FHC, mais precisamente no dia 05/10/01, foi enviado, pelo próprio Executivo, ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.483, que alterava o artigo 618 da CLT, visando a institucionalizar o negociado sobre o legislado. O projeto entrou com regime de urgência e tramitou a passos largos, tendo sido levado a plenária no dia 26/11/01 e posto em discussão nos dias 27 e 28/11/01, até que, em 04/12/01, foi aprovado e enviado, no dia 06 de dezembro, ao Senado Federal.

Em março de 2002, o projeto deveria ter sido votado, mas negociações para a aprovação da CPMF fizeram com que o regime de urgência fosse cancelado e depois novos ajustes e a proximidade com a eleição mantiveram o projeto sem tramitação.

O ano de 2002 acabou sendo um marco da desaceleração desse processo, o que pode ser creditado, por certo, ao avanço da candidatura de Luís Inácio Lula da Silva, que deu força para os atos de resistência à derrocada de direitos, especialmente no âmbito acadêmico, com reflexos na Justiça do Trabalho.

Do ponto de vista legislativo, no entanto, ainda que com menor intensidade, em 2003 mantém-se a lógica anterior.

O Ministério do Trabalho inaugurou, em fevereiro de 2004, um movimento de “faxina” da CLT, como se a CLT contivesse disposições que seriam autênticos lixos. Criou-se um Conselho responsável por colocar em discussão a legislação social, o que, por si, permitiu que a legislação trabalhista fosse, mais uma vez, alvo de muitos ataques. Pautou-se uma reforma sindical, que, partindo do pressuposto de que a reforma fortaleceria os sindicatos, retomava a idéia do negociado sobre o legislado.

No mesmo ano de 2004, após a edição da Emenda Constitucional n. 41/03, que aumentou o tempo para a aposentadoria, substituindo o requisito do tempo de serviço para tempo de contribuição, o governo federal utilizou todas as suas armas para influenciar decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de taxação dos inativos, o que se concretizou, em 18 de agosto de 2004, no julgamento das ADIs 3105 e 3128, prevalecendo, por 7 a 4, o voto do Min. Cezar Peluso.

Cumpramos lembrar que a EC 41 (que trazia também, a implementação imediata do teto remuneratório criado pela EC 19/98 e a implementação da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos) estava inserida no contexto de uma Reforma do Estado iniciada em 1998, com a EC n. 19/1998, seguida da EC 20/1998 (esta com foco na Previdência). A Reforma do Estado buscava atrair para os entes administrativos a lógica de mercado. A EC 19/98 encampou expressamente o princípio da eficiência no caput do art. 37 e admitiu a possibilidade de servidores estáveis perderem o cargo por insuficiência de desempenho e por excesso de gastos da Administração Pública, consolidando a ideia de subsidiariedade do Estado, que foi iniciada em 1995 com a criação do MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Na ocasião, o então Ministro Bresser Pereira criou uma cartilha neoliberal de enxugamento da Administração Pública, da qual adveio a intensa – e inconstitucional – utilização da terceirização no serviço público.

Ainda na linha do resgate histórico da EC 41, vale lembrar que foi nesse período que se deu impulso pesado para as terceirizações, principalmente com a criação do Ministério da Administração e da Reforma do Aparelho do Estado, embora as Leis 8.031/90 e 9.491/97 já tivessem se referido a respeito. A pressão pela contenção dos gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) também estimulou a terceirização, pois ainda que equiparasse terceirização de mão de obra a gastos com pessoal, a terceirização por meio da contratação de serviços sempre foi deixada de fora do limite orçamentário pelos Tribunais de Contas.



Voltando aos anos 2000, em 2005, adveio um dos maiores baques dos direitos trabalhistas, a Lei n. 11.101, da recuperação judicial, que retirou do crédito trabalhista (superior a 150 salários mínimos) o caráter privilegiado com relação a outros créditos, buscou eliminar a sucessão trabalhista e tem servido até hoje como forma de institucionalização do “calote” trabalhista.

Em março de 2007, chegou a ser aprovado no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar (PLC n. 7.272/05), que criou a denominada “Super Receita”. No bojo dessa lei se inseriu, pela Emenda aditiva (n. 3), de autoria do Senador Ney Suassuna, apelidada de Emenda 3, a retirada do poder de fiscalização dos fiscais do trabalho.

## 5 A resistência jurídica

### a) O papel do TST (resistência e contradição)

Na década de 90, a propaganda neoliberal, que se apresentava, à época, como pensamento único, repercutiu na jurisprudência trabalhista, notadamente do TST. Mesmo seguindo uma dinâmica típica da jurisprudência trabalhista, de balançar para os dois lados para se mostrar imparcial, nas questões mais relevantes o trabalhador perdeu direitos, cumprindo dar destaque, do ponto de vista negativo, ao advento, em 1993, do En. 331, que, contrariando o En. 256, passou a autorizar – e até incentivar – a prática da terceirização.

O ano de 2002, no entanto, como destacado acima, marca uma desaceleração no processo de retração de direitos trabalhistas, com o TST assumindo um papel importante nesse contexto.

Em abril de 2002, tomam posse os novos dirigentes do TST: Ministros Francisco Fausto (Presidente), Vantuil Abdala (Vice-Presidente) e Ronaldo Lopes Leal (Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho). No discurso de posse, proferido em 10 de abril, o Ministro Fausto deixou claro que “A legislação trabalhista não pode ser objeto de mudanças fundadas em interesses momentâneos, circunstanciais. O Direito do Trabalho corresponde a um sistema e a uma conquista não só do Brasil, mas de todo o mundo. Qualquer mudança não pode ser objeto de mera portaria ou resolução, tem de ser precedida de um profundo debate técnico”. E destacou: “Esse posicionamento nada tem de paternalista. Trata-se de uma visão tutelar do tema, ou seja, a importância de salvaguardar os direitos trabalhistas, que não foram criados pelo Judiciário, mas pela legislação que consagrou uma conquista universal. Direitos como o repouso semanal remunerado, licença para tratamento de saúde, dentre inúmeros outros, são comuns à humanidade como um todo”.

É possível perceber, nesse período, uma efetiva mudança de postura do TST frente aos direitos trabalhistas, fazendo-se uma oposição clara ao que havia ocorrido na década de 90.

Com efeito, em 25 de setembro de 2003, por meio da Resolução n. 119/2003, foi cancelado o Enunciado 310 do TST, que limitava a atuação do sindicato processual, na qualidade de substituto processual, dos sindicatos.

Em outubro do mesmo ano, o TST fez uma revisão de todos os seus Enunciados, que foi explicitada na Resolução n. 121/03, revisão esta que, no cômputo geral, representou um aumento na proteção jurídica do trabalhador.

Tratando, especificamente, dos Enunciados editados na década de 90, todos aqueles que eram favoráveis aos trabalhadores foram mantidos (305, 319, 320, 324, 325, 328, 334, 339, 343, 346, 348, 350, 351, 360, 361, valendo o esclarecimento de que o cancelamento do Enunciado 334, que já se dado na década de 90, foi favorável aos trabalhadores). Já os Enunciados contrários aos interesses dos trabalhadores, seguindo o rol acima, foram, mais da metade, cancelados ou alterados (308; 310; 315; 316; 317; 318; 322; 323; 326; 327; 329; 330; 331; 332; 340; 342; 345; 347; 349; 354; 355; 358; 359; 362; 363 – em negrito os que foram cancelados ou sofreram alterações)

Esclareça-se que os Enunciados 330 e 331 já tinham sofrido alterações no início dos anos 2000. Na tentativa de amenização de alguns dos efeitos de deletérios dos entendimentos contidos nos respectivos dispositivos, em abril de 2001 (Res. 108/2001), o Enunciado 330 ganhou nova redação: “A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.”

E, em 2003, no bojo da Res. 121/03, o En. 330 passou a ter o seguinte teor:

**QUITAÇÃO. VALIDADE.** A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

No que tange ao Enunciado 331, a Res. 96/2000 alterou o inciso IV, para atribuir responsabilidade subsidiária também aos entes públicos que se valessem de trabalhadores terceirizados:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).



Foram avanços importantes, mas ainda tímidos porque, na lógica do mal menor, foi mantida a derrota representada pelo Enunciado 331, sendo que a própria alteração, realizada em 2000, no inciso IV do Enunciado, acabou significando uma forma de legitimar a terceirização no setor público, que, ademais, só cresceu desde então. Além disso, quando chamado a se pronunciar sobre a denúncia da Convenção 158 da OIT, mesmo nesse período, o TST foi avesso à proteção da garantia constitucional contra a dispensa arbitrária (RR 365789-88.1997.5.03.5555, publicado em 15/08/2003; RR 365745-69.1997.5.03.5555, publicado em 26/10/2001; RR 449752-57.1998.5.03.5555, publicado em 12/04/2002; RR 441221-79.1998.5.03.5555, publicado em 04/05/2001; RR 537812-79.1999.5.17.5555, publicado em 30/05/2003).

Em 2005, o TST, sob a direção de Min. Vantuil Abdala (Presidente), Min. Ronaldo Lopes Leal (Vice-Presidente) e Min. Rider Nogueira de Brito (Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho), promoveu nova revisão de seus Enunciados, que passaram a ser denominados Súmulas (Resolução n. 129, 5 de abril de 2005).

Essa revisão, todavia, foi mais tímida ainda no que se refere à proteção dos direitos dos trabalhadores, tendo, inclusive, resgatado vários entendimentos jurisprudenciais construídos na década de 90, que estavam integrados a OJs, conferindo-lhes o status de Súmulas (ns. 364 a 396). Mesmo assim, pode-se dizer que no cômputo geral as novas Súmulas favoreceram os trabalhadores, com a ressalva de que produziram também várias retrações de direitos.

Em 27 de maio de 2011, por intermédio da Resolução 174, o TST anunciou novas alterações que resultaram na edição das Súmulas ns. 426, 427, 428 e 429; a revisão das Súmulas ns. 74, 85, 219, 291, 326, 327, 331, 364, 369 e 387; a manutenção da Súmula n. 102; e o cancelamento da Súmula n. 349.

Em setembro de 2012, nova revisão das Súmulas do TST, anunciada pela Resolução n. 185, tendo sofrido alterações as Súmulas, 6, 10, 124, 221, 228, 244, 277, 337, 378, 369, 385, 428 e 431. Além disso, foram editadas as Súmulas ns. 438, 439, 440, 441, 443 e 444 e canceladas as Súmulas 136 e 343.

Percebe-se nessas alterações iniciadas em 2011 uma tendência de ampliação da proteção jurídica dos trabalhadores, apesar da influência negativa, na Súmula 228, da Súmula vinculante n. 4, do STF.

Por fim, em 19 de maio de 2014, na Resolução 194, noticia-se a alteração do item II da Súmula nº 262 e a edição das mais recentes Súmulas do TST, ns. 449 a 458, que, uma vez mais, apontam o direcionamento de reforçar a racionalidade protetiva do Direito do Trabalho.

Claro que ainda se podem manifestar muitas críticas aos entendimentos jurisprudenciais do TST. Em texto publicado em maio de 2009, por exemplo, expressei avaliação crítica a várias Súmulas, e muitas delas ainda hoje se mantêm. Reitere-se, a propósito, que a Súmula 331, que é hoje defendida como forma de resistir à tentativa empresarial de ampliação do alcance da terceirização, foi a responsável pela legitimação da terceirização

e representou ao longo dos 21 anos de sua existência o fundamento para a imposição de um enorme sofrimento à classe trabalhadora, conforme pode ser constatado documentalmente nos processos judiciais que tramitaram nesse mesmo período na Justiça do Trabalho. Registre-se, ainda, a negativa da Justiça do Trabalho em reconhecer a aplicabilidade imediata do preceito constitucional que veda a dispensa arbitrária, a insistência em conferir validade ao banco de horas, às tais horas extras habituais, ao regime de 12 x 36, em pronunciar a prescrição quinquenal e bienal das ações de indenização por acidentes do trabalho, com recusa à declaração da responsabilidade objetiva etc.

Mesmo assim não é possível negar a importante resistência exercida pelo Tribunal Superior do Trabalho nos anos de 2002 e 2003, com uma retomada a partir de 2011, frente às sucessivas reivindicações de derrocada plena dos direitos trabalhistas, cumprindo reconhecer que muitas das últimas decisões representaram, de fato, importantes avanços na proteção jurídica dos trabalhadores, como, por exemplo, os entendimentos refletidos nas Súmulas 244 (III), 277, 378 (III), 428 (II), 440 e 443.

#### **b) A técnica jurídica trabalhista como instrumento de resistência**

A ampliação da proteção dos trabalhadores é possibilitada, precisamente, pelo respeito à técnica jurídica trabalhista, vez que a melhoria da condição social dos trabalhadores tem sede constitucional e é exatamente a desconsideração dessa técnica e o desconhecimento histórico da relevância dos direitos trabalhistas, vistos como instrumentos de organização do próprio modelo de sociedade capitalista, que põem em grande risco a eficácia desses direitos. Essa situação de risco se evidenciou quando o Supremo Tribunal Federal, ponderando valores com uma racionalidade liberal, passou a julgar, com maior frequência, as questões trabalhistas.

Veja-se, por exemplo, o que se passou na questão da terceirização no setor público. Os posicionamentos do TST, mesmo aquém do potencial de proteção jurídica ideal dos trabalhadores, que conduziria à negação da validade da terceirização, conforme, aliás, dispunha o Enunciado 256, do TST, o que se impõe com maior razão no setor público dada a obrigatoriedade constitucional do concurso público, percebendo a perversidade a que estavam sendo submetidos os trabalhadores terceirizados nas repartições públicas, passou a entender, a partir de 2000, que o ente público era responsável subsidiário pelos direitos trabalhistas não respeitados dos terceirizados, embora este avanço traga a contradição, já denunciada acima, de legitimar a terceirização no serviço público.

Ocorre que, em novembro de 2010, por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADC 16) declarou a constitucionalidade do § 1º. do art. 71 da Lei 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações, buscando, com isso, eliminar a responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, o que exigiu do TST alterar a sua Súmula 331, no sentido de extrair a responsabilidade objetiva, mas pensando na necessidade de proteger o trabalhador, passar a expressar a possibilidade da fixação de uma responsabilidade subjetiva, baseada na culpa “in vigilando”. Esta a origem da alteração sofrida pela Súmula 331, em maio de 2011, que passou a trazer a seguinte redação nos incisos V e VI:



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.

### c) Outros atores entram em cena

A propaganda neoliberal da década de 90, patrocinada por grupos econômicos internacionais e incentivada, internamente, pelo próprio governo federal, resultou, como visto, em reformas legislativas que provocaram várias reduções de direitos dos trabalhadores. Mas, como se sabe, ou se deveria saber, o direito não se resume às leis e a aplicação concreta dessas leis requeria a intermediação dos profissionais do direito, notadamente, juízes, advogados, procuradores e professores.

Em outras palavras, o implemento das leis restritivas de direitos dependia, ainda, de uma reformulação conceitual do Direito do Trabalho que pudesse influenciar a atuação dos profissionais referidos. Foi por isso que naquele período teve início uma campanha muito grande em torno da necessidade de reformulação das bases teóricas do Direito do Trabalho, ganhando força a teoria da “flexibilização”, cujo objetivo principal era difundir a necessidade de uma releitura dos princípios do Direito do Trabalho, para destruir, sobretudo, a ideia de proteção do trabalhador, tida, então, como ultrapassada, além de rígida demais diante das exigências dos tais “novos paradigmas” do processo produtivo.

Precisava-se, assim, de uma reforma mais ampla, que deveria partir da reformulação dos cursos jurídicos e que terminaria, de forma interligada, na Reforma do Judiciário.

Não é à toa, portanto, que o projeto de Reforma do Judiciário, apresentado pelo Banco Mundial, preconizava a necessidade de remodelação dos cursos jurídicos para que fossem voltados à formação de profissionais “treinados” para a aplicação de técnicas tendentes a favorecer a lógica de mercado.

Assim, também não é coincidência que no final da década de 90 uma proposta de reforma da estrutura departamental na Faculdade de Direito da USP previa, dentre outras mudanças, a extinção do Departamento de Direito do Trabalho. À época, ademais, vários foram os Seminários e obras que decretavam o fim do princípio da proteção, com condenação ao banimento do termo “hipossuficiência”, que, assim, nunca mais poderia ser pronunciado.

Mas essa necessária interlocução com os profissionais do Direito do Trabalho não foi tão tranquila quanto se planejava. Bem ao contrário, foi bastante tensa porque boa parcela desses profissionais não se convenceu dos argumentos que fundamentavam as propostas de reformas, tendo sabido identificar as reais motivações, meramente econô-

micas, que as inspiravam. Claro, houve também o desenvolvimento de uma contradição insuperável, já que parte da resistência era pautada também por uma lógica de mercado, preocupados que estavam muitos desses profissionais com a reserva de mercado para a sua atuação, ameaçada de desaparecer.

Fato é que em paralelo à teoria da flexibilização formou-se uma forte corrente, que rapidamente ganhou grande expressão, de contrariedade à flexibilização, posicionando-se, por consequência, na defesa do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, também ameaçada de extinção.

Verifica-se, desde o final da década de 90, um embate declarado de ataque e resistência, tendo como objeto o Direito do Trabalho.

No final de 2001, uma mobilização bastante forte contra o desmanche da legislação trabalhista promovida pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas), pela ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho) e pela ABRAT (Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas), encabeçada por seus presidentes, respectivamente, Hugo Cavalcanti Melo Filho, Regina Butrus e Luís Carlos Moro, resultou em grande ato de “militância” quando juízes, procuradores e advogados, munidos de liminar em Habeas Corpus, concedida pelo Min. do STF, Sepúlveda Pertence, ocuparam o Congresso Nacional para se manifestarem contrários à aprovação do projeto de alteração do art. 618 da CLT.

A atuação política desses profissionais, organizada nacionalmente, aliada à posição assumida pelo Presidente do TST, Ministro Fausto, em 2002, conferiu a força política necessária para que ao final das discussões da Reforma do Judiciário, que resultou na Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a Justiça do Trabalho não apenas não fosse extinta como saísse fortalecida, com a ampliação da sua competência, especialmente no que se refere às questões pertinentes aos acidentes do trabalho, que até então eram julgadas pela Justiça comum.

Essa mesma visibilidade nacional, que se conferiu ao Direito do Trabalho, permitiu que já no início dos anos 2000 o Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP não só não fosse extinto como saísse reforçado com a integração, de forma institucional, da área de Seguridade Social. O Departamento, então, passa a ser denominado Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, deixando a situação vexatória em que se encontrava, de possuir apenas 05 (cinco) professores, para atingir posição de relevo, chegando ao número atual de 14 (quatorze) professores. Nesta evolução foi bastante sintomática a alteração da linha de pesquisa do Departamento que era, no final da década de 90, “flexibilização do Direito do Trabalho”, para ser, desde 2002, “Direitos Sociais no Contexto dos Direitos Humanos”. E como registro histórico dessa mudança, cumpre verificar a enorme ascensão do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social no âmbito da Faculdade, notadamente na quantidade de alunos envolvidos em estudos e pesquisas nas suas respectivas disciplinas. Vale informar, por oportuno, que alguns professores e muitos alunos estão desenvolvendo atualmente estudos na linha da crítica marxista do direito, embora seja fato também que alguns ainda preservem análises na perspectiva da “flexibilização”.



Dentro dos planos do projeto neoliberal contavam-se como certas a desmoralização do Direito do Trabalho e a consequente extinção da Justiça do Trabalho. Assim, o fortalecimento da Justiça do Trabalho (e do Direito do Trabalho) foi um ponto fora da curva do projeto de reforma neoliberal, tanto que o jornal O Estado de S. Paulo não se agüentou e publicou, no dia 22 de novembro, de 2004, editorial com a seguinte reclamação: “Entre as diversas inovações introduzidas pela reforma do Judiciário, a que causou maior surpresa ocorreu no âmbito da Justiça do Trabalho. Em vez de ser esvaziada como se esperava, por ter sido criada há décadas sob inspiração do fascismo italiano e estar hoje em descompasso com as necessidades da economia, a instituição, graças à ação do seu poderoso lobby no Senado, especialmente no decorrer da votação dos destaques, conseguiu sair bastante fortalecida”.

Exemplo relevante da resistência organizada contra a derrocada de direitos ocorreu com o advento da denominada Emenda 3, que esvaziava o papel do Ministério do Trabalho e Emprego, como órgão de fiscalização da aplicação dos direitos trabalhistas, cuja votação no Congresso Nacional se daria em 2007. A comunidade jurídica trabalhista e a classe trabalhadora se mobilizaram muito fortemente contra essa Emenda. Houve intensa atuação de diversos setores trabalhistas e por conta dessa pressão social, jurídica e sindical, sobretudo da Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Presidente Lula, em 16 de março de 2007, vetou a lei.

Mas a situação para os trabalhadores continuou ameaçadora. Ainda em 2007, no dia 06 de setembro, o Deputado Cândido Vaccarezza, do PT de São Paulo, apresentou Projeto de Lei para modificação total da CLT, que flexibilizava vários direitos, regradados legalmente, e ainda recuperava a estratégia do negociado sobre o legislado. O projeto somente não foi adiante em razão de forte resistência do meio jurídico.

Dado marcante da posição assumida pelos juízes do trabalho acerca da relevância social, política e econômica do Direito do Trabalho, se deu na 1ª Jornada dos Juízes do Trabalho, realizada em Brasília, em dezembro de 2007. Os Enunciados aprovados destacaram uma nítida tendência de humanização das relações de trabalho, sem submissão às exigências de mercado.

A recuperação do Direito do Trabalho se retroalimentou do reforço política conferido à Justiça do Trabalho. Concretamente, ao ser trazida para a Justiça do Trabalho a competência para julgamento das ações decorrentes de acidentes do trabalho, abriu-se ao Direito do Trabalho e à jurisprudência trabalhista um novo horizonte, o da percepção não-econômica das relações de trabalho, reforçando sua perspectiva humanista do direito e favorecendo a construção de uma jurisprudência pautada pelos princípios e pela técnica dos Direitos Humanos.

Nesse novo contexto passaram a habitar o cotidiano das Varas do Trabalho questões envolvendo o dano moral, o assédio moral e, mais presentemente, desde 2007, o dano social (“dumping social”), que explicitam a relevância do respeito aos direitos sociais na própria conformação da sociedade capitalista, fazendo sobressair a proteção da condição humana dos trabalhadores.

## 6 Crise de 2008: novos ataques, novas resistências

Em 2008, sob o pretexto da crise mundial, cujos efeitos, por diversos motivos, ainda não se faziam sentir no Brasil, o Presidente da Vale do Rio Doce (Vale S/A) encabeçou um movimento de reivindicação pública em torno da flexibilização das leis trabalhistas do país, como forma de combater os efeitos da crise financeira.

Sua manifestação, acompanhada do ato de demitir 1.300 empregados, deflagrou um movimento nacional, claramente organizado, sem apego a reais situações de crise, no qual várias grandes empresas começaram a anunciar dispensas coletivas de trabalhadores, para fins de criarem um clima de pânico e, em seguida, pressionar sindicatos a concordarem com a redução de direitos trabalhistas, visando alcançar a eternamente pretendida diminuição do custo do trabalho, que também serve às empresas no pleito, junto ao Estado, de concessão de benefícios fiscais.

Na ocasião foi bastante relevante a resistência da comunidade jurídica. Na linha do Manifesto de 2006, “Não compraremos seus carros hoje”, assinado por centenas de juristas, posicionando-se criticamente contra a iniciativa da Volkswagen de dispensar, por meio de cartas, 1.800 empregados, como estratégia de pressão para a redução de salários, reiterando conduta já assumida pela empresa em 2001 e em 2003, essa mesma comunidade jurídica organizou e publicou, em janeiro de 2009, o “Manifesto Contra Oportunismos e em Defesa do Direito Social”, assinado por cerca de 300 profissionais da área do Direito do Trabalho, destacando a falácia da reivindicação feita por parte do segmento empresarial.

O posicionamento reforçou decisão do TRT da 2ª. Região, publicada em 15 de janeiro de 2009, tendo como Relatora a Des. Ivani Contini Bramante. Na sequência, em fevereiro de 2009, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em decisão monocrática do Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, deferiu liminar para impedir as dispensas de 1.500 trabalhadores pela Usiminas sem o critério da negociação coletiva prévia. Na mesma linha, julgou o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região, tendo como Relator o Desembargador José Antônio Pancotti. Essas decisões constituíram os precedentes para um novo posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho a respeito das dispensas coletivas de trabalhadores.

A posição assumida pela Justiça do Trabalho foi sentida no meio empresarial, tanto que, imediatamente, provocou uma reação que se expressou no Editorial do jornal *Estadão*, de 08 de abril de 2009, “Ativismo dos TRT’s pode agravar efeitos sociais”, pelo qual se punha ao ataque das referidas decisões, sob os argumentos de que

decisões como essas podem produzir efeitos sociais diametralmente opostos aos esperados pela magistratura. Isto porque, ao impedir os empregadores de dispensar pessoal para se adequar à realidade do mercado, as liminares “protetoras” podem comprometer economicamente as empresas, eliminando todos os empregos que elas oferecem. (...)



As demissões da Embraer, por exemplo, decorreram da redução de 30% na demanda de aviões no mundo inteiro. No caso da Usiminas, que tem cerca de 30 mil funcionários e é a maior produtora de aços planos do Brasil, a empresa vinha sendo modernizada tecnologicamente por seus novos controladores, a Votorantim e a Camargo Corrêa, a um custo de R\$ 25 milhões, e foi afetada por cancelamento de encomendas, queda nas exportações e oscilações das encomendas das indústrias automobilísticas e de eletrodomésticos, que consomem 23% de sua produção.

Em suma, o que se preconizava era que cabia à classe trabalhadora assumir os prejuízos decorrentes do risco da atividade econômica e não às empresas e, ademais, os prejuízos não precisariam sequer ser demonstrados, bastando que fossem alegados ou presumidos, como se deu no caso da EMBRAER, ou que tivessem sido construídos historicamente por negócios mal feitos, gerando descapitalização da empresa em benefício do enriquecimento de sócios, diretores e acionistas majoritários.

No mesmo ano de 2009, o fantasma da Emenda 3 ressurgiu, em razão da possibilidade da derrubada do veto presidencial à Emenda pelo Congresso Nacional. Contra isso mobilizaram-se, em maio, diversas entidades, mediante manifesto, que foi bastante importante para a manutenção do veto.

É no bojo desse embate político que, em junho de 2009, após voto pela procedência total, proferido pelo Min. Joaquim Barbosa, sendo que já haviam votado pela procedência parcial os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Brito, por pedido de vista da Min. Ellen Gracie, foi suspenso o julgamento da ADI 1625, movida, em junho de 1997, pela CONTAG e CUT, na qual se pleiteia a declaração da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT (até hoje o julgamento não retornou à pauta).

## **7 2011 em diante: a retomada do projeto neoliberal**

Do ponto de vista legislativo, o ano de 2010 transcorre sem muitas novidades. Em termos trabalhistas é votada uma única lei, a de n. 12.347, em 10 de dezembro, que é favorável aos trabalhadores, vez que revoga o artigo 508 da CLT que previa a justa causa do empregado bancário, no caso de falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis. Aliás, é interessante notar como nos anos de eleição, 2002, 2006 e 2010, os ataques aos direitos dos trabalhadores cessam, retomando a carga no ano seguinte.

Mas, demonstrando que o projeto neoliberal não foi eliminado, em junho de 2011, o PL 4.330, de autoria do Deputado Federal e empresário, Sandro Mabel, que visa ampliar, sem qualquer limite, a terceirização, e que estava paralisado no Congresso desde 2004, quando foi apresentado, volta a tramitar, impulsionado pelo substitutivo do Deputado Roberto Santiago (PV-SP).

Como reação, em novembro de 2011, criou-se o Fórum em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, quando também foi lançado “Manifesto em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização”, escrito coletivamente por representantes do Cescit/Unicamp (Centro de Estudos Sindicais e de

Economia do Trabalho); da ANPT- (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT)); da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho); das Universidades Federais da Bahia e de Minas Gerais, e do Dieese, tendo sido subscrito, também, pelas centrais CUT e CTB.

Em meados de 2012, um anteprojeto de lei gestado no Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, filiado à CUT, propondo a institucionalização de um Acordo Coletivo Especial (ACE), foi enviado ao governo para que fosse apresentado pelo Executivo ao Congresso Nacional. O projeto, em certo sentido, revigorava a tentativa do governo de Fernando Henrique Cardoso de implementar o negociado sobre o legislado, favorecendo, no jogo livre das forças, em uma conjuntura de desemprego estrutural, aos interesses empresariais.

Coincidência, ou não, no mesmo ano de 2012, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) apresentou um paper com o título, “101 Propostas para Modernização Trabalhista”, tendo por objetivo explícito defender a redução dos “altos custos” do emprego formal, vistos como um dos mais graves entraves ao aumento da competitividade das empresas brasileiras. Em certo sentido, esse documento retratou o avanço doutrinário e jurisprudencial vivenciado pelo Direito do Trabalho desde 2002, pois que a par de continuar fazendo críticas à “vetusta CLT”, pôs-se no ataque às posições assumidas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos últimos anos, acusando-as de “irracionais”.

Em 2013, quando a CLT completou 70 (setenta) anos, foi a oportunidade que se esperava para, novamente, desferir novos ataques aos direitos trabalhistas, reiterando o argumento, utilizado desde quando a CLT completou 50 anos, de que o Diploma jurídico trabalhista é ultrapassado.

Mas falemos a verdade. Para o empresariado brasileiro a legislação trabalhista nunca foi bem-vinda. De fato, primeiro ela era inoportuna, depois ultrapassada e aos seus olhos sempre foi custosa e rígida.

Mal o ano de 2014 começou e o Presidente da Fecomercio/SP (Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo), Abram Szajman, em artigo intitulado, A derrota do país na área trabalhista, publicado no jornal Folha de S. Paulo, conseguiu, em poucas palavras, explicitar tudo que se está tentando explicar ao longo desse longo texto. Em suma, o que explicita o autor é que o empresário deve cumprir a lei tributária, mas no que tange à lei trabalhista está livre para descumpri-la, aliás, como sempre esteve, sendo totalmente impróprio que venha o governo agora tentar “penalizar todo e qualquer desvio das normas regulamentadoras, mesmo quando acertado livremente de comum acordo entre empregador e empregado”.

E com tantas dificuldades para os trabalhadores, o ano de 2014, sob o patrocínio do próprio governo federal, ainda trouxe, no bojo do Decreto n. 8.243, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS), um projeto de lei que visa a criação de um Sistema Único do Trabalho (SUT), pelo qual, de forma bastante sutil, é mais uma vez retomada a ideia embutida na Emenda 3, de negar o caráter de indisponibilidade da legislação trabalhista.



O SUT, sob o pretexto de aumentar a participação dos trabalhadores – e dos empregadores – nas deliberações sobre as relações de trabalho, acaba por fragilizar a eficácia da legislação trabalhista ao ser posta em mesa de debate, quando o que se esperava do governo é que fizesse cumprir o projeto constitucional de essencialidade dos direitos trabalhistas.

Cumpria ao governo federal, isto sim, prestigiar as instituições voltadas à efetivação dos direitos trabalhistas, tais como o Ministério do Trabalho e Emprego, no setor específico da fiscalização do trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, e não se dedicar à criação de uma estrutura cara e complexa como o SUT, na qual o papel dessas instituições é mitigado, abrindo-se espaço para a formalização de um pretensão diálogo entre o capital e o trabalho sem a fixação do pressuposto necessário da relevância da eficácia dos direitos trabalhistas e do encaminhamento constitucional da linha ascendente desses direitos, caminhando, aliás, em direção contrária, ao se dar prioridade às negociações coletivas – sem qualquer limitação – tanto na criação de direitos quanto na solução de conflitos e mais ainda autorizando, expressamente, a instituição de formas precárias de relações de trabalho, revitalizando, inclusive, a malsinada expressão “intermediação de mão-de-obra”.

Diante da ameaça, as instituições acima referidas, cuja função é assegurar a eficácia dos direitos trabalhistas, posicionaram-se contra o projeto de lei do SUT, considerando que este configura um grave atentado à classe trabalhadora.

## **8 Continuidade do projeto neoliberal e da Reforma do Judiciário**

Fácil perceber, portanto, que há efetivamente um projeto de índole neoliberal em curso e, assim, nada na área das relações de trabalho ocorre por acaso ou isoladamente, e toda tomada de posição a respeito das questões trabalhistas e sobre a própria função do Poder Judiciário tem repercussão política, queira-se, ou não.

A ideia central do neoliberalismo, vale lembrar, é a derrocada plena dos direitos trabalhistas e esse processo não foi interrompido no governo do PT e só não se consumou porque a Reforma do Judiciário, que previa a extinção da Justiça do Trabalho, não se completou integralmente.

É interessante reconhecer que o projeto não caminhou mais adiante também por conta da resistência implementada no campo do Direito do Trabalho, da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, de auditores fiscais do trabalho, e de advogados trabalhistas.

Ocorre que se o governo do PT durante algum tempo ainda podia ser, de certo modo, conivente com essa resistência, após as eleições de 2014, quando se viu em grave risco de perder o poder, acabou explicitando ajustes que conspiram contra as resistências e que escancaram uma defesa dos interesses econômicos, que servem, também, para afastar a pecha de “bolivarianismo”.

Dentro desse contexto e da lógica política da autopreservação é que se devem entender as nomeações de Joaquim Levy, Nelson Barbosa e Armando Monteiro Neto, para os Ministérios da Fazenda, do Planejamento e do Desenvolvimento, respectivamente, sendo que o último, que presidiu a CNI (Confederação Nacional da Indústria) de 2002 a 2010, já disse em seu discurso inicial que “O desafio central é promover a competitividade. O que significa reduzir custos sistêmicos e elevar a produtividade. A agenda da competitividade envolve várias áreas dentro do governo e demanda intensa articulação e coordenação. É papel primordial do Ministério do Desenvolvimento realizar essa tarefa. E colocar o tema da competitividade no centro da agenda política do país.”

Destaque-se, ainda, o forte indício de que a Presidenta Dilma nomeará a Senadora Kátia Abreu, que preside a CNA (Confederação Nacional da Agricultura), como Ministra da Agricultura.

Ou seja, se a situação para a classe trabalhadora já estava difícil com o governo sendo chamado de “bolivariano”, imagine agora em que esse adjetivo retórico nem precisa mais ser utilizado.

Ocorre que a conclusão da obra neoliberal, mesmo com esse Ministério e um Congresso com configuração à direita, não se efetivará sem abalar a resistência no âmbito do Judiciário e do Direito do Trabalho e é precisamente neste sentido que se insere o foco midiático sobre o Supremo Tribunal Federal, buscando dificultar que este impeça a realização do projeto. Aliás, é coerente supor que se pretenda que o STF dê a contribuição necessária para tanto, notadamente no sentido de substituir o TST no papel de conferir uma “nova roupagem” ao Direito do Trabalho, o que é bastante favorecido pela posição constitucional das normas trabalhistas e pela instrumentalização do STF com a Súmula vinculante e com a repercussão geral dos julgamentos proferidos em RE, esta instituída pela Lei n. 11.418/06, de questionável constitucionalidade.

Lembre-se que a compreensão desse papel do Judiciário já vinha consignada, há muito, no Documento n. 319, acima citado. Como dito em tal Documento, “Os programas de reforma do judiciário devem ser implementados em fases: a seqüência das fases devem ser planejadas levando em consideração os custos e benefícios de cada uma delas. As fases iniciais, todavia, devem evitar a reforma legislativa que por sua natureza implicam altos custos, em termos de capital político. As condições legais, econômicas, sociais e políticas de cada país devem ser avaliadas em conjunto com as recomendações, bem como no momento de avaliar as prioridades à implementação. O Banco Mundial pode auxiliar neste processo financiando estudos sobre o setor judiciário, construindo, um proveitoso diálogo com os governos, ao mesmo tempo que delinea-se vias apropriadas de reformas.”

Ou seja, as retrações de direitos devem ser implementadas pelo Judiciário e como a Justiça do Trabalho de certo modo resistiu à ideia de destruição plena do Direito do Trabalho, até porque seria uma atuação autofágica, o jeito é tentar fazer com que o STF cumpra esse papel, mantendo-o sob a ameaça da pecha de “bolivarianismo” ou de “populismo judicial”.



Aliás, é dentro desse contexto de esvaziamento da influência jurídica da Justiça do Trabalho que se pode compreender o julgamento do STF, proferido, em fevereiro de 2013, nos Recursos Extraordinários 586453 e 583050, de autoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social (Petros) e do Banco Santander Banespa S/A, respectivamente, que atribuiu à Justiça Comum a competência julgar os conflitos envolvendo a complementação de aposentadoria dos ex-empregados dessas entidades, contrariando posicionamento firme do TST no sentido de declarar competente a Justiça do Trabalho para o julgamento de tal questão vez que envolve garantia jurídica fixada em norma trabalhista (convenção ou acordo coletivo, ou regulamento de empresa). Essa decisão representou uma grande perda para os trabalhadores também pelo aspecto de que o processo do trabalho, como se sabe, é extremamente mais célere que o processo comum.

Importante perceber a relevância desse passo, de redução da relevância política da Justiça do Trabalho, uma vez que praticamente todas as demais fases da Reforma do Judiciário, previstas no Documento do Banco Mundial, já se concretizaram: criação do CNJ; introdução da súmula vinculante; aparelhamento do STF, por via legislativa, do Recurso Extraordinário com repercussão geral, que permite alteração de jurisprudência sem reiteração de julgados; implementação do sistema informatizado - PJe; desenvolvimento das estratégias de gestão; e difusão da prática de conciliação.

O que resulta desse quadro é uma magistratura fragilizada, impulsionada pela produtividade, que é, inclusive, avaliada segundo a lógica concorrencial. De julgadores, que exercem poder jurisdicional, qual seja, de dizer o direito, que é, na essência, construir o direito, os magistrados, para contribuírem com o problema central da morosidade, foram transformados em gestores, devendo, portanto, pensar com a mente do administrador, agir com a racionalidade econômica de índole privada e tratar os servidores como mera força de trabalho. Os servidores, então, se veem sobrecarregados com tarefas que se multiplicam no sistema informatizado, sob a pressão da concorrência e das estratégias que são utilizadas para que mais trabalho seja extraído deles dentro da mesma jornada.

Todos, juízes e servidores, se vêem diante de um sistema informatizado que permite controle total sobre a quantidade (e o conteúdo) das atividades por eles exercidas, em tempo real, fazendo com que, inclusive, hora e local não sejam obstáculos ao trabalho.

O CNJ, como órgão disciplinar, expõe todos ao cumprimento de metas, que foram estabelecidas nos padrões da racionalidade das empresas privadas, subtraindo, por consequência, o conteúdo intelectual e construtivo da atuação jurisdicional. Metas que, ademais, por si sós, constituem fator de desumanização, provocando assédios e adoecimentos, além de mecanização da atividade. Não é demais lembrar que os planos estratégicos para o Judiciário tiveram, em muitos aspectos, a contribuição intelectual de profissionais da Administração da Fundação Getúlio Vargas, que, inclusive, participaram de diversas atividades de “treinamento” (leia-se, “adestramento”) de juízes.

De fato, os juízes estão sendo incentivados a “produzir” decisões, com presteza e eficiência, respeitando a lógica de mercado, estando eles próprios inseridos nessa lógica na medida em que eventual promoção pessoal está submetida à comparação das “produções” de cada juiz. Destaque-se que na comparação da produção terão peso o desempenho (20

pontos), a produtividade (30 pontos) e a presteza (25 pontos), sendo que apenas periféricamente interessará o aperfeiçoamento técnico (10 pontos).

Interessante notar que embora a Resolução n. 106/10, do CNJ, que regula a promoção de juízes, diga que “Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões” (art. 10), este mesmo documento deixa claro, logo na sequência, que “A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).”

Os próprios Tribunais se veem em situação de concorrência uns com os outros e grande fator para se “conquistar” uma “premiação” são os números atingidos em termos de conciliação, advindo daí as reiteradas “semanas da conciliação”. O incentivo à conciliação, como forma de recompensar juízes e tribunais, no entanto, desvirtua tanto o instituto da conciliação quanto a própria função do Judiciário, entendida como instituição responsável pelo resgate da autoridade da ordem jurídica, o que no caso do Direito do Trabalho assume, inclusive, uma dimensão trágica se pensarmos na natureza alimentar e na condição de direito fundamental dos direitos trabalhistas, assim como na dificuldade cultural histórica que possuímos em torno do reconhecimento da relevância social e econômica desses direitos como forma de superarmos, enfim, a era escravista.

Fato concreto é que essa estrutura organizacional, idealizada no Documento n. 319 do Banco Mundial, favorece a sedimentação no âmbito do Judiciário da racionalidade econômica, que constitui um grave risco para a construção e a efetividade dos direitos trabalhistas. No contexto de um Judiciário trabalhista esfacelado, preocupado com a concorrência, sem desenvolver compreensões totalizantes que definam o seu papel institucional, abre-se a porta para que o Supremo Tribunal Federal, valendo-se, ainda, da força do CNJ, da súmula vinculante e da repercussão geral, sob o argumento formal de que as normas trabalhistas encontram-se na Constituição e que sua aplicação, portanto, envolve uma questão constitucional, passe a ditar as regras trabalhistas com um viés economicista.

No contexto acima explicitado, de um projeto neoliberal que nunca deixou de contar com o apoio de importantes segmentos empresariais, mas que se viu emperrado pela atuação da Justiça do Trabalho, a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista, com uma composição de Ministros que, com exceção da Ministra Rosa Weber, não tiveram como centro de suas preocupações teóricas o estudo histórico da questão trabalhista, estando, por consequência, muito mais alinhados à racionalidade liberal, com suporte na teoria pós-positivista, ainda que com o viés humanista, submete os direitos dos trabalhadores a grave risco.



## 9 Julgamento da prescrição do FGTS: a prova do risco

Se considerarmos a última decisão do STF em que se discutiu a prescrição do FGTS (ARE 709212), proferida em 13 de novembro de 2014, os trabalhadores têm mesmo muito com o que se preocupar, porque há o risco de que o STF – mesmo sem qualquer intenção deliberada de seus Ministros – possa assumir o papel de retirar direitos trabalhistas, suprimindo o embate político no processo legislativo ou mesmo a discussão em torno da necessidade de instauração de uma constituinte para tanto, já que as normas trabalhistas, como direitos fundamentais (formal e materialmente falando), estariam inseridas no contexto das cláusulas pétreas.

Ora, a questão da prescrição do FGTS era consolidada no Judiciário trabalhista e já estava, portanto, inserida, há décadas, no patrimônio jurídico da classe trabalhadora, como reconhece o próprio voto do Relator no julgamento em questão: “Inicialmente, cumpre ressaltar que o TST editou, em 1980, quando ainda vigente a Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o FGTS, o Enunciado 95, segundo o qual é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Aliás, o Relator admite também que a Súmula 362 do TST, editada em 2003, e que estabelecia que era “trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”, estava baseada em várias decisões unânimes adotadas desde 1978.

No entanto, esse patrimônio, inserido no conceito clássico de segurança jurídica, de repente, sem qualquer tipo de provocação social, passou a se tornar alvo de uma avaliação do Supremo, que entendeu, sem qualquer parâmetro, que a questão deveria ter “repercussão geral”. No julgamento do recurso, no qual o Banco do Brasil (um Banco estatal, vale reparar) questionava, talvez apenas “pro forma”, a constitucionalidade do art. 23 da Lei n. 8.036/90, que fixa uma prescrição trintenária para cobrança de recolhimentos do FGTS, o Supremo simplesmente desconsiderou a existência de um órgão especializado para julgamento de questões trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, e refez a história, daquele instante em diante, em desfavor da classe trabalhadora.

O Ministro Gilmar Mendes propôs em seu voto a alteração do entendimento jurisprudencial já consolidado, para que se passasse a considerar inconstitucional o referido dispositivo legal. Grosso modo, o fundamento para a compreensão de que o prazo prescricional passaria a ser de 05 (cinco) anos, e não mais de 30 (trinta), foi o de que o FGTS é um direito trabalhista e por isso deve-se respeitar o prazo quinquenal previsto no inciso XXIX, do art. 7º. da CF.

Os argumentos utilizados no voto e nas falas dos Ministros demonstraram que a melhor técnica jurídica, de índole trabalhista, não foi atendida. Ressalva feita à Ministra Rosa Weber, os demais Ministros assumiram claramente que a questão trabalhista não foi mesmo uma de suas preocupações teóricas principais.

A Ministra Rosa Webber explicou que a literalidade do “caput” do art. 7º, da CF não deixa dúvida de que os incisos do mesmo artigo não são taxativos, abrindo-se a possibilidade para que outros direitos, além daqueles, sejam criados pelo legislador infraconstitucional para melhorar a condição social dos trabalhadores. Esclareceu, ainda, que o princípio protetor, instituído para compensar a disparidade dos sujeitos da relação de emprego, existente em razão da desigualdade econômica, cria uma superioridade jurídica que reflete na técnica da norma mais favorável, a qual, por sua vez, inverte o princípio da hierarquia das normas, fazendo com que no vértice do ordenamento jurídico trabalhista esteja, concretamente, a norma mais favorável ao trabalhador.

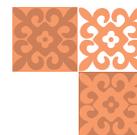
Além disso, demonstrou que o FGTS, como assente em toda doutrina trabalhista, com exceção exclusiva do único autor citado no voto do relator, tem natureza híbrida porque não está integrado apenas dos recolhimentos do empregador e se presta a diversas finalidades de ordem social, sendo, portanto, de interesse de toda a sociedade e tendo sido, por isso mesmo, angariado com um prazo prescricional maior.

A bem da verdade, discordo em parte da manifestação da Ministra Weber quando esta assume que o FGTS é uma verba acessória, pois, de fato, não o é. O FGTS é uma verba autônoma, que tem no salário apenas a sua base de cálculo, como ocorre, por exemplo, com a contribuição previdenciária. Desse modo, mesmo com o pronunciamento da prescrição do direito ao recebimento de diferenças salariais, por exemplo, não estaria prescrito o direito ao recebimento do FGTS (considerando a prescrição trintenária) que se calcula a partir do salário devido ao trabalhador. A definição do valor “devido” pode se dar mesmo com relação a parcelas prescritas, pois não há prescrição para as ações declaratórias.

De todo modo, sua manifestação foi a única que respeitou a técnica jurídica trabalhista, mas a Ministra Rosa Webebr, “data venia”, foi, digamos assim, pouco combativa, por não inserir uma crítica consistente do contexto político em que aquele julgamento se inseria – e se insere –, identificando os sujeitos e os locais das falas.

O resultado foi que os demais Ministros (com a ressalva do Ministro Teori Savas-ki, mas que também pareceu não estar plenamente afeito à matéria) foram surdos à sua fala, que restou apenas como mais um entendimento dentre vários outros “entendimen-tos” possíveis, situando-se todos no mesmo plano. Essa situação permitiu, ademais, que a consolidação da ideia de que a adoção de um ou outro entendimento, no caso, seria meramente uma questão de escolha a partir de preferências pessoais, quando, de fato, tra-tava-se de assumir um posicionamento com extrema relevância nas relações de trabalho.

O Relator, analisando a posição constitucional do FGTS, chegou a dizer que com o advento da Constituição Federal restou superada a discussão a respeito da natureza jurídica do FGTS, no sentido de saber se este é salário, tributo, salário diferido ou indenização, isto porque a Constituição o definiu como um “direito dos trabalhadores”. Mas, que era um direito nunca se duvidou e o que se discutiu a respeito na doutrina trabalhista era se o FGTS teria, ou não, natureza salarial em razão das conseqüências jurídicas diversas que essa definição gera.



O Ministro Marco Aurélio admitiu expressamente que não sabia se o trabalhador dispensado por justa causa perde, ou não, o FGTS, porque, afinal, segundo confessou, está há 24 (vinte e quatro) anos afastado da Justiça do Trabalho.

O Ministro Fux, de maneira reiterada, falou que o trabalhador tem direito ao FGTS quando faz a “opção”, embora a opção tenha deixado de existir desde 1988. O próprio Ministro Marco Aurélio fez referência à opção. Aliás, os dois falaram, inicialmente, que a multa incidente sobre o FGTS, destinada ao trabalhador dispensado, é de 10%, sendo que esta é de 40%, conforme previsto no ADCT.

A desinformação sobre as questões trabalhistas ficou bastante evidenciada na fala do Ministro Fux:

O empregado é despedido e sai essa verba de 40% que eu imaginei que era 10%, mas é de 40%. Ora, Presidente, o direito vive para o homem e não o homem para o direito. Será que a gente pode imaginar que uma pessoa vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Não vai viver de Fundo de Garantia trinta anos. Vai mandado embora, levanta o fundo e vai arranjar um outro emprego. Mas suponhamos a tragédia maior e o sujeito não arranja um outro emprego. Aí sim poder-se-ia falar em vedação ao retrocesso. O sujeito foi embora, ele vai se agüentando durante 30 (trinta) anos até que no último ano desses trinta anos ele quer levantar o fundo. Mas não é isso que acontece. Só há vedação ao retrocesso quando não tem mecanismo de compensação, e hoje, Sr. Presidente, tem todos os mecanismos de compensação, tem seguro-desemprego, tem bolsa família, tem Minha Casa, Minha Vida, tem tudo que uma pessoa desempregada não tem força para ter e tem. De sorte que não há retrocesso nenhum. E nós entendemos que o Fundo de Garantia a ação que o veicula é uma ação decorrente de acidente do trabalho. E o Constituinte sabia disso.

Ou seja, na sua visão, o tempo de prescrição do FGTS seria o tempo em que o trabalhador fica desempregado. Assim, não seria preciso estender muito esse tempo porque o trabalhador tem seguro-desemprego, bolsa-família e minha casa, minha vida. Na lógica de seu argumento, os benefícios assistenciais seriam o fundamento para a retirada de direitos trabalhistas, o que, no fundo, não deixa de ser, em certa medida, a política de muitos governos neoliberais. Além disso, deixou no ar uma pergunta: “Se o salário prescreve por que o FGTS seria imprescritível?” Mas a discussão, lembre-se, era para definir se a “prescrição” do FGTS deveria ser trintenária ou quinquenal.

O Ministro Marco Aurélio argumentou que como o art. 23 da Lei n. 8.036/90 se refere a “privilégio” do prazo prescricional, o texto não poderia prevalecer diante da Constituição, na medida em que “todo privilégio é odioso”. Seu argumento possibilitou a avaliação de que trabalhadores e empregadores estão em situação jurídica, social e econômica de igualdade, e por isso os direitos que se conferem aos trabalhadores não podem desigualar essa relação, sob pena de se entenderem os trabalhadores como privilegiados, como se vender força de trabalho, na qualidade de uma mercadoria como outra qualquer, pudesse chegar ao ponto de se constituir uma situação de privilégio frente aos que detêm

os meios de produção e que podem, dada essa condição, reproduzir seu capital mediante a exploração do trabalho alheio.

O Ministro Barroso até reconheceu que a Constituição permite que o legislador infraconstitucional amplie os direitos trabalhistas, incluindo a elevação do prazo prescricional, mas sua lógica, dentre todas, acabou sendo a mais deletéria para os trabalhadores. Em resumo o que o Ministro disse foi que o legislador pode legislar desde que o faça dentro dos padrões da razoabilidade, medindo-se esta a partir de sua compreensão individual. Para o Ministro o prazo de trinta anos é desarrazoado e excessivo porque compromete a segurança jurídica.

Além disso, como forma de fixar um padrão para se definir a razoabilidade no caso concreto, sustentou que o prazo de trinta anos para o FGTS seria o dobro do maior prazo de usucapião, o triplo do maior prazo prescricional no direito civil, seis vezes superior ao prazo geral do direito tributário; que excederia o prazo máximo da privação da liberdade, do direito penal, etc. Segundo disse, um prazo “tão dilatado estimula a litigiosidade”, sendo “necessária a estabilização das relações jurídicas”, decorrendo daí a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

O resultado foi que em nome de uma suposta segurança jurídica, no caso, exclusivamente para o Banco do Brasil, pois o conjunto de empregadores não estava em situação de insegurança vez que a questão já estava mais que definida na jurisprudência trabalhista, os trabalhadores foram conduzidos a uma total insegurança jurídica porque doravante, a prevalecer no mundo jurídico essa racionalidade, todos os direitos trabalhistas historicamente conquistados e legalmente instituídos poderão, por intermédio do sentimento subjetivo da “razoabilidade”, ser declarados inconstitucionais, sobretudo se forem ponderados com outros direitos, como o direito à propriedade e a livre iniciativa, no mesmo plano, sem contextualização histórica. Direitos trabalhistas que, dentro de uma alegação de crise econômica, portanto, poderão ser vistos como privilégios, desarrazoados ou excessivos, sendo que o balizamento, com fixação de outros parâmetros de aplicabilidade, extraídos arbitrariamente, por uma lógica racional liberal não revelada, ou uma visão de mundo da classe dominante, como diria Marx, não se apresentaria como uma redução de direitos, mas como a reconstrução do direito, ou, como sentenciou o Ministro Fux: “Novos tempos, novos direitos”.

## 10 O contraponto do Direito Social

O argumento do Ministro Barroso, reforçando o argumento do Ministro Marco Aurélio, acabou desprezando a tradição histórica do Direito Social, que foi exatamente a de conferir uma posição de proeminência aos direitos sociais frente aos interesses meramente econômicos, como forma, inclusive, de conferir aos trabalhadores uma razão suficiente para se integrarem à sociedade capitalista e, de forma mais ampla, para a preservação da paz mundial.

É muito importante perceber que a arbitrariedade pós-positivista, da forma como fora utilizada no julgamento em questão (havendo séria dúvida se é possível, mesmo na



lógica pós-positivista, contrapor direitos individuais à eficácia de direitos sociais), fragiliza os direitos sociais em geral, servindo para uma releitura da Constituição bastante conveniente aos interesses econômicos e às forças políticas que não veem além de um projeto de poder.

Sem uma abordagem que busque a função do direito, partindo do pressuposto do estudo crítico da sociedade capitalista, visando a construção efetiva de uma sociedade igualitária, incorre-se no defeito de considerar que as normas estão a serviço da mera “harmonização” dos embates ideológicos que politicamente se estabelecem em cada Estado antes da construção formal da Constituição, vendo-se esta, então, apenas como Carta política de superação das diferenças ideológicas, escamoteando-se, por conseguinte, o quanto os valores sociais, de limitação dos interesses econômicos, foram sucateados pela teoria ainda liberal que se produziu após a elaboração das Constituições Sociais e que conduziu os valores da ideologia socialista ao mero grau de preceito programático.

Cria-se, assim, a falsa idéia de uma harmonia, mas que, de fato, se presta a evitar a superação concreta dos valores liberais pela racionalidade do Direito Social.

A ausência de uma avaliação crítica do papel da Constituição em um Estado Social é bastante grave pelo efeito que a Constituição transborda para os demais ramos do direito.

A natureza programática dos direitos sociais em um contexto de Direito Social é, por si, uma contradição metodológica, que faz da Constituição não um instrumento de garantia da ordem normativa, mas a sua própria negação, ainda mais se considerado o conceito que se atribui a tais tipos de normas, segundo a doutrina de Jorge Miranda que fora acolhida, sem qualquer resistência, por boa parte da doutrina constitucionalista.

O estudo do Direito do Trabalho tem por base estrutural o Direito Constitucional, como adverte Marcus Orione Gonçalves Correia, e ao mesmo tempo, como tem proposto Gustavo Tepedino, serve para concretizar os ideais da Constituição, sobretudo por incidir nas relações diretas entre o capital e o trabalho, que envolvem as correlações de forças entre as classes de maior evidência na sociedade capitalista. No Direito do Trabalho, as preocupações com os valores sociais ganham aplicabilidade concreta.

A teorização, visando à correção efetiva da realidade, limitando os interesses econômicos em favor da proteção do ser humano, que se efetiva no Direito do Trabalho, serve para reforçar a própria lógica da Constituição Social e, por óbvio, para reforçar a racionalidade do Direito Social.

Esse Direito, aliás, é o instrumento que fornece a possibilidade concreta da existência do capitalismo enquanto modelo de sociedade. Organizando o capitalismo, o Direito Social, por evidente, preserva interesses econômicos. Mas, ao fixar a prevalência da solução dos problemas postos pela questão social, que é abertamente reconhecida como tal, o postulado da justiça social aparece como condição de sustentabilidade do sistema. São, portanto, sustentáculos do direito, no século XX, a construção da justiça social, a efetivação da democracia e a consagração da paz mundial.

Para atingir esses propósitos, parte-se do exame histórico, que é essencial ao direito, e busca-se não eliminar, por certo, os valores incorporados à consciência humana por toda obra humanista, científica e iluminista dos séculos XV a XVIII, mas inseri-la em outro contexto, o contexto das razões do Direito Social.

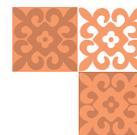
Desse modo, a liberdade e a igualdade são compreendidas no contexto de um projeto coletivo, social, que não desprezando o modelo capitalista de produção, que se mantém, faz com que o individualismo e o empreendedorismo, que são decorrências daqueles valores na acepção capitalista, não se prestem, unicamente, a um sentimento egoísta e sim à construção de uma vida melhor para todos. Não se podendo mais acreditar na idéia liberal de que a soma das vontades egoístas, livremente expressadas, possam conduzir a este resultado, entende-se necessário fixar parâmetros, no sentido de limites, para o exercício real desses preceitos, até porque no livre jogo do mercado há a formação de grandes conglomerados econômicos que engolem não apenas os trabalhadores, mas todos os demais cidadãos, além do meio ambiente, como mais presentemente se passou a compreender.

A figura típica do Direito Liberal, o contrato, perde sentido enquanto instrumento de preservação do interesse do mais forte frente ao mais fraco e de legitimador da aquisição de propriedades. A propriedade, por sua vez, deixa de ser, por óbvio, um direito sagrado, até porque não há nada mais irracional do que em nome da razão buscar um fundamento sacro para justificar a propriedade. A propriedade, assim, deixa de ser vista como uma condição inata do ser, até porque a realidade do período de formação do capitalismo, desde o século XV, demonstrou que poucos eram os homens que detinham algum tipo de propriedade do ponto de vista dos considerados bens imóveis (terras, casas e indústrias) e mesmo assim não deixavam de existir, embora muitos, como visto, tenham sobrevivido em condições subumanas. O desejo de adquirir uma propriedade e de preservá-la para si foi uma das grandes causas dos desajustes sociais, já destacada mesmo na obra de Locke, um dos principais teóricos do modelo liberal.

A propriedade, portanto, no contexto do Direito Social é extraída de sua acepção liberal e seu valor é condicionado à sua função social, isto é, ao efeito concreto que possa gerar em favor de toda a sociedade e não apenas para o seu proprietário, sobretudo, quando sua quantidade for além do que se entenda o necessário para a sobrevivência.

A função do Direito Social é distribuir a riqueza, para fins não apenas de eliminar, por benevolência, a pobreza, mas integrar todos ao projeto de uma sociedade na qual todos possam, efetivamente, adquirir em sua acepção máxima o sentido da cidadania, experimentando a beleza da condição humana, sendo certo que um dos maiores sentimentos que agridem o ser é a injustiça.

O intérprete e aplicador das normas é o responsável pela construção do direito, buscando, necessariamente, sua integração com a realidade, sendo que em tal processo o intérprete sempre carrega consigo as suas impressões pessoais. Pois bem, na lógica do Direito Social há um pressuposto teórico do qual o intérprete não pode fugir, a solidariedade. Isto representa dizer que deve examinar a realidade com os olhos daquele a quem se destina o Direito Social, qual seja, o que, historicamente, fora desprezado pela ordem do Direito Social, o pobre. Precisamente, há de se verificar a realidade sob a perspectiva



daquele que nas relações sociais necessitar de uma proteção jurídica ou de uma atitude promocional de natureza institucional. Esse, ademais, é o verdadeiro sentido da solidariedade, que não pode ser confundida com benevolência.

## 11 A ameaça do pós-positivismo

O julgamento supra é o exemplo concreto de que a teoria “pós-positivista”, embora se enuncie como técnica de efetividade dos direitos fundamentais, acaba servindo como obstáculo à eficácia da proteção aos trabalhadores, isto porque legitima a extração da Constituição de princípios de natureza liberal, sendo que a força normativa conferida a tais princípios permite que se interpretem as demais regras à luz de tais valores ou mesmo que se anule a proteção jurídica dos trabalhadores pelo argumento típico pós-positivista da ponderação.

Não é possível, sob o pretexto de se estar efetivando um critério jurídico (ponderação, razoabilidade ou proporcionalidade), estabelecer um contraste entre os valores que preservam os interesses dos trabalhadores na sociedade capitalista e os valores liberais clássicos (visualizados na perspectiva restrita dos interesses meramente econômicos), vez que a superação destes, que deu ensejo à formação do Direito Social, ocorreu em face da emergência de se conferir eficácia à nova racionalidade jurídica limitadora dos interesses do capital. Neste sentido, a prática de evitar, em concreto, a eficácia dos preceitos jurídicos sociais, mediante a reinserção de valores liberais por intermédio do argumento da ponderação, representa a negação do Direito enquanto experiência histórica, recusando a luta de classes, que não se elimina com a construção da norma.

Sem esta compreensão, a “moderna” teoria positivista, que estabelece o argumento da ponderação para aplicação do direito quando se verificar uma colisão de princípios, não criando qualquer critério de axiológico de natureza metodológica para essa ponderação, deixando, pois ao alvedrio do intérprete a avaliação das circunstâncias que exigem, no caso, a aplicação deste ou daquele princípio, pode gerar graves problemas não apenas para a efetivação dos “direitos sociais”, como estritamente reconhecidos, mas também de compreensão da própria estrutura do direito como um todo.

Sem uma proposição valorativa no sentido crítico do direito no capitalismo e sem uma investigação histórica que conduza à constatação da atual função do direito neste modelo de sociedade, a teoria da ponderação derrama sobre o direito um jogo de palavras que serve à atração dos valores liberais, numa perspectiva exclusiva do individualismo, mascarados em direitos fundamentais, posicionando-os no mesmo plano dos direitos sociais e talvez por isso mesmo é que essa teoria teve tanta propaganda na era neoliberal.

Veja, por exemplo, o que se concretizou em outro julgamento recente do STF, de 27 de novembro de 2014, que, aparentemente, foi favorável aos trabalhadores e, mais especificamente, às trabalhadoras (RE 658.312).

No julgamento, a maioria dos Ministros, salvo os Ministros Fux e Marco Aurélio, seguiu o voto do relator, Dias Tofoli, que declarou o art. 384, da CLT, que prevê um in-

tervalo de 15 minutos para as empregadas antes de iniciado o trabalho em horas extras, recepcionado pela Constituição.

Foi dito no voto que “o trabalho contínuo impõe à mulher o necessário período de descanso, a fim de que ela possa se recuperar e se manter apta a prosseguir com suas atividades laborais em regulares condições de segurança, ficando protegida, inclusive, contra eventuais riscos de acidentes e de doenças profissionais.” Ora, o que se valorou não foi a mulher cidadã, mas a mulher enquanto força de trabalho, visualizando-se o intervalo apenas como forma de assegurar a continuidade da produção.

Disse, ainda, que “o período de descanso contribui para a melhoria do meio ambiente de trabalho, conforme exigências dos arts. 7º, inciso XXII, e 200, incisos II e VIII, da Constituição Federal”, deixando subentendido o quanto um acidente do trabalho pode ser constrangedor ao processo produtivo, desestimulando os demais trabalhadores.

Ou seja, por não realizar qualquer consideração a partir da racionalidade do Direito Social chegou-se a uma naturalização das horas extras, sendo que estas, na essência, constituem uma aberração jurídica, sobretudo quando prestadas de forma ordinária, como se diz. As horas extras representam a fórmula básica para aumentar a extração de mais valor, ao mesmo tempo em que contribuem para destruir a promessa constitucional do pleno emprego, promovendo, ainda, a degradação de valores humanos que necessariamente se desenvolvem fora do ambiente do trabalho hierarquizado, ainda mais se considerarmos o tempo que a classe trabalhadora em geral precisa despende, em transportes públicos descuidados, para chegar ao local de trabalho, até por conta da política urbana especulativa que conduziu os trabalhadores a periferias cada vez mais longínquas e degradadas.

Além disso, o Ministro Tofoli se negou a definir a forma como se dará o cumprimento da norma, “qual será o termo inicial da contagem, se haverá ou não o dever de se indenizar o período de descanso e quais serão os eventuais requisitos para o cálculo do montante”, deixando, pois, as trabalhadoras, ainda, em ambiente de total insegurança jurídica.

Mas foi além e fechou com uma dica quanto ao que se pode fazer para extirpar esse direito do patrimônio jurídico das trabalhadoras:

Antecipo que não considero que essa norma constitua um núcleo irreversível do direito fundamental, ou que implique o mínimo existencial social do direito fundamental da trabalhadora mulher. Nesse sentido, não há que se olvidar que, em sua redação primitiva, *verbi gratia*, os arts. 379 e 380 da CLT proibiam o trabalho noturno para as mulheres. Após a avaliação pelo constituinte e pelo legislador, esses dispositivos acabaram sendo revogados pela Lei nº 7.855, de 24/10/89, remanescendo em vigor hoje, por outro lado, o art. 381 da CLT, o qual estabelece que o trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno, fixa um percentual adicional de 20% (vinte por cento) no mínimo (§ 1º) e estipula que “cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos” (§ 2º).

No futuro, havendo efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação



da norma, ou mesmo para a ampliação do direito a todos os trabalhadores, o espaço para esses debates há de ser respeitado, que é o Congresso Nacional.

Na divergência aberta pelos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, o quadro não foi melhor para a classe trabalhadora, pois partiram da lógica meramente formal da igualdade para dizerem, na essência, que se homens e mulheres são iguais perante a lei, seria “uma violação da isonomia consagrar uma regra que dá tratamento diferenciado a homens e mulheres”, provocando, ainda, segundo o Ministro Marco Aurélio uma “discriminação no mercado de trabalho”. Assim, optaram pela solução da retirada desse direito das trabalhadoras, quando pela própria lógica argumentativa, poderiam considerar que a norma deveria, então, ser aplicada às trabalhadoras e aos trabalhadores, sem distinção de gênero.

O que se percebe, portanto, é que o STF, nesses julgamentos envolvendo matérias trabalhistas, se afastou dos argumentos teóricos do Direito Social, que são os que embasam o Direito do Trabalho, negando a incidência de princípios jurídicos trabalhistas como os da proteção, da melhoria da condição social, da condição mais benéfica e da norma mais favorável, posicionando-se apenas a partir de uma lógica argumentativa liberal, de modo, inclusive, a negar aos direitos trabalhistas, neste plano, a posição de direitos fundamentais.

O casuísmo favorecido pelo “pós-positivismo”, permitindo valorações de direitos sociais a partir de postulados liberais, obsta a racionalidade do Direito Social. O Direito Social – e esta é a fase atual do direito, tomada como pressuposto de análise –, afastando qualquer abstração, pressupõe, concretamente, a análise valorativa dos problemas identificados na sociedade capitalista a partir do postulado da necessidade de preservação e elevação da condição humana, tendo como método o olhar das pessoas que se encontram em posição economicamente débil no seio da sociedade, ou de alguma forma fragilizadas, em razão das limitações culturais que se produzem socialmente, embora, quanto aos efeitos, não se limite, exclusivamente, a tais pessoas, visto que a racionalidade provocada se irradia ao direito como um todo, já que o capitalismo é, em última análise, um modelo de sociedade que acaba se introduzindo no próprio inconsciente das pessoas, as quais, desse modo, tendem a reproduzir sua lógica. O Direito Social, a partir desse olhar, objetiva a formulação das coerções eficientes para impor limites necessários às relações capitalistas, visualizando a superação das injustiças sociais geradas.

## **12 Conclusão: o futuro em disputa**

Para negar a pecha de “bolivarianismo” ou de “populismo judicial”, a atuação “ponderada” e “razoável” do STF, envolta em artificialismos jurídicos sem explicitação do contexto histórico e político em que as questões trabalhistas se inserem e, sobretudo, sem respeitar as bases constitucionais do Direito Social, pode se voltar contra os direitos sociais e, em especial, contra os direitos trabalhistas e previdenciários.

Sem a formulação de uma compreensão do contexto histórico da realidade da classe trabalhadora no Brasil, o risco do advento de vários retrocessos sociais é bastante grande, ainda mais se lembrarmos que, com todo este cenário construído ao longo das últimas

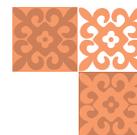
duas décadas, o Supremo está prestes a julgar questões de alta relevância para a classe trabalhadora, como o alcance da terceirização (ARE 713211), valendo lembrar que o julgamento em torno da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158, da OIT, ainda não foi concluído (ADI 1625) e até mesmo importantes conquistas recentes da classe trabalhadora, instituídas no TST e no próprio Supremo, no que se referem às dispensas coletivas e ao direito de greve, também estão submetidas a recursos com repercussão geral (ARE 647561 e AI 853275/RJ, respectivamente) ou a decisão final em Ação Direita de Inconstitucionalidade, como no caso das comissões de conciliação prévia, com relação às quais uma suposta submissão obrigatória foi afastada pelo Supremo por decisões cautelares, em maio de 2009 (ADI 2139 e ADI 2160).

Esse cenário, ademais, está integrado por um Executivo que já fez suas opções econômicas recessivas e que, dada a natureza de sua base política, tente a arrastar consigo parte relevante da representação da classe trabalhadora. Lembre-se que recentemente CUT, Força Sindical, UGT, CTB e Nova Central, antes mesmo de qualquer reivindicação do setor econômico e em vez de se prepararem para resistir, elaborando uma compreensão crítica de um modelo de sociedade que impõe, historicamente, perdas e sacrifícios à classe trabalhadora e que favorece, cada vez mais, à concentração da renda nas mãos de muito poucos, adiantaram-se e levaram proposta de atuação estatal que permita legitimar a redução salarial dos trabalhadores em até 30%, com redução proporcional da jornada de trabalho, visando a preservação dos empregos no caso de crise econômica estrutural, que vier a ser atestada pelo Ministério do Trabalho.

De todo modo, não é um cenário desolador, pois mesmo que se pretendam reforçar as fantasias de que a norma jurídica representa um ajuste que supera as contradições de classe e de que todas as normas se apresentam no tal “ordenamento” jurídico de forma harmônica ou mesmo sistêmica, o fato concreto é que as tensões sociais não se eliminam com a criação da norma e tendem a se expressar diante da percepção das injustiças, que se revelam também quando uma conquista histórica da classe trabalhadora, inscrita em regra jurídica, é conduzida à ineficácia por meio de uma interpretação restritiva.

A percepção da injustiça se dá, também, quando se depara com uma reivindicação pública pela retração de direitos e é por isso que esta iniciativa sempre se faz acompanhar das retóricas da excepcionalidade e da crise econômica. No caso da reivindicação por mais terceirização, no entanto, nenhuma retórica é capaz de camuflar uma realidade conhecida há décadas de que a terceirização serviu para pulverizar a classe trabalhadora, gerando segregação e sofrimento, promovendo um rebaixamento dos direitos trabalhistas e a precarização das condições de trabalho até o nível de condições análogas à da escravidão.

Além disso, no campo restrito da interpretação do direito as contradições normativas permitem uma mobilização renovada e constante. Assim, mesmo de uma perda podem-se extrair conquistas, o que se deu no próprio julgamento da prescrição do FGTS, como também já se verificou na ADC 16 e na ADI 3934-2, e como há de ocorrer, certamente, nos julgados sobre a terceirização, a dispensa coletiva, o direito de greve e a Convenção 158 da OIT, acima citados, qualquer que seja o resultado, deixando-se claro que não é indiferente o posicionamento do Supremo, vez que pode tornar a tarefa da construção de uma sociedade justa e igualitária mais simples ou mais complexa.



As contradições do Direito podem ser identificadas, ademais, no próprio percurso histórico recente das decisões do Supremo na questão trabalhista, cumprindo lembrar, neste sentido, da decisão proferida, em março de 2013, na RE 589998/PI, Relator Min. Lewandowski, que embora tenha negado o direito à estabilidade, prevista no art. 41 da CF, aos empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, ampliou a garantia jurídica desses trabalhadores, se comparada com a posição anteriormente assumida pelo TST (Súmula 390, II), para o fim de ao menos exigir a motivação para a cessação do vínculo desses empregados. Essa contradição se revelou de modo ainda mais nítido no recente julgamento, proferido em 4 de dezembro, no RE AI 664.335, Rel. Min. Luiz Fux, a respeito da aposentadoria especial, pois ao mesmo tempo em que se definiu que o segurado não tem direito à aposentadoria especial, por atividade insalubre em razão de ruído, caso lhe seja fornecido EPI, decidiu-se que o segurado não perde o direito à aposentadoria se o EPI não for eficiente para eliminar o dano à saúde, estabelecendo-se o pressuposto de que nenhum EPI é totalmente eficaz para tanto.

Essas decisões demonstram que apesar do cenário aparentemente desfavorável o futuro do Direito do Trabalho e da própria Justiça do Trabalho está em disputa, sendo interessante neste aspecto verificar o que se passou com a questão pertinente à responsabilidade subsidiária dos entes públicos na terceirização, pois o STF na ADC 16, acima referida, declarou, em novembro de 2010, a constitucionalidade do art. 71, da Lei n. 8.666/93, que nega essa responsabilidade, mas o TST, adaptando seu posicionamento à decisão do Supremo, passou a entender, a partir de maio de 2011, que o ente público continuaria sendo responsável subsidiário pelos créditos trabalhistas inadimplidos dos terceirizados “caso evidenciada” a sua conduta culposa (inciso IV, da Súmula 331), e essa preocupação protetiva acabou sendo acolhida pelo próprio Supremo no julgamento de Reclamações que lhe foram direcionadas por alguns entes públicos condenados na Justiça do Trabalho (vide, p.ex., a Reclamação n. 13.760, publicada no DJE do dia 1º./10/13, Rel. Min. Luiz Fux). Aliás, o STF foi além ao estipular que a culpa pode ter natureza “in eligendo”, ou seja, ser identificada a partir da eleição de uma empresa prestadora de serviços sem a idoneidade financeira necessária para garantir a eficácia dos direitos trabalhistas.

Fato é que se a definição dada pelo Supremo a uma questão jurídica, examinada por determinado ângulo, representa a “última palavra” a respeito, a decisão não tem a força de se constituir o “fim da história”.

São Paulo, 13 de dezembro de 2014.

# *Dies a Quo Para a Incidência da Taxa Selic a Multa: uma Leitura Constitucional*

## THE DAY FROM WHICH THE SELIC RATE AND FINE SHOULD BE APPLIED: A CONSTITUTIONAL APPROACH

Tereza Aparecida Asta Gemignani<sup>1</sup>

*“ Só a superação desta visão, com o reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, em especial de seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional.”*  
Daniel Sarmento

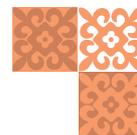
**Resumo:** O art. se propõe a examinar a tormentosa questão do dies a quo para o cômputo da taxa SELIC em relação às contribuições previdenciárias executadas pela Justiça do Trabalho. Sustenta que, ante o princípio da unidade da Constituição, o disposto no inciso VIII do art. 114 deve ser interpretado em conjunto com o inciso I do art. 109 da CF/88. Pondera que a execução de ofício na Justiça Trabalhista é pautada por regras próprias, que não substituem a ação fiscal da União, não exigem anterior lançamento nem prévia inscrição na dívida ativa, de modo que não se confundem com as que regem o procedimento administrativo fiscal e judicial tributário, devendo ser observada a tipicidade e o princípio da estrita legalidade, com aplicação do critério estabelecido no art. 276 do Decreto 3048/99 e parágrafo 3º do art. 43 da Lei 8.212/91, conforme recente alteração promovida pela Lei 11.941/09.

**Palavras-chave:** A taxa SELIC e o dies a quo de sua aplicação em relação às contribuições previdenciárias. Execução de ofício na Justiça do Trabalho. Interpretação da nova redação conferida pela Lei 11.941/09 ao art. 43 da Lei 8212/91.

**Abstract:** This article aims at examining the controversial issue of the day from which the SELIC rate should be applied to social security contributions imposed by Labor Courts. It states that due to the unity of principles established in our Constitution, the provisions of article 114, item VIII, should be interpreted in accordance with article 109, item I, of the Constitution, 1988. It ponders that execution proceedings issued by a Labor Court on its own initiative have their own rules, which do not replace federal tax collection procedures and do not require a previous registry of overdue tax liability; that is, these rules should not be mistaken with those prescribed for administrative and judicial tax collection procedures. The definition of the tax and the principle of legality should be strictly observed, according to the criteria established under article 276 of Decree 3.048, 1999, and article 43, paragraph 3, of Act 8.212, 1991, as recently altered by Act 11.941, 2009.

**Key-words:** SELIC rate. Execution. Social Security Contribution.

<sup>1</sup> Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas - Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP - Universidade de São Paulo.



**Sumário:**1 Introdução; 2 As alterações da Emenda Constitucional 45; 3 A unidade da jurisdição trabalhista; 4 O princípio de interpretação das Leis em conformidade com a unidade constitucional; 5 O dies a quo para a incidência da taxa SELIC e a conversão da Medida Provisória 449/2008 na Lei 11.941/09; 6 O princípio da estrita legalidade; 7 Conclusão; 8 Referências.

## 1 Introdução

A conversão da Medida Provisória 449/2008 na Lei 11.941/09 veio suscitar controvérsia sobre muitas questões que envolvem o recolhimento previdenciário em execução, processada de ofício nos autos de uma ação pela Justiça do Trabalho. Trata-se de momento propício para estimular as discussões acerca da interpretação do texto legal que possam levar a conclusões concretas e, por isso, a fim de contribuir para o debate trago para análise a matéria referente ao cômputo do dies a quo para a incidência da taxa SELIC e multa moratória.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao traçar um capítulo inteiro sobre a Seguridade Social (Título VIII - Capítulo II – arts. 194 a 204), como gênero que abriga três espécies distintas: a previdência social, a assistência social e a saúde, agasalhando de vez a teoria dualista, ao desvincular o direito previdenciário do direito trabalhista, incluído entre os fundamentais no Capítulo II do Título II - art. 7º.

Assim, estabeleceu de forma clara que nas questões que versam sobre seguridade social a relação é estatutária e publicista ex lege, formada entre os particulares e o Estado, pautada pelo princípio da estrita legalidade, enquanto o direito trabalhista rege relações de natureza jurídica contratual.

A Seguridade social é pautada por princípios diferenciados e contém conceitos próprios como salário de benefício, salário de contribuição, auxílio doença, renda mensal, entre outros. As normas que disciplinam o procedimento fiscal administrativo e o judicial tributário estabelecem regras peculiares que prevêem a possibilidade de Recuperação Fiscal ( REFIS ) e sistemas de parcelamento ( PAES / PAEX ), benefícios que não podem ser concedidos numa execução trabalhista.

Os institutos jurídicos são distintos e a competência também. Enquanto à Justiça do Trabalho cabe julgar as lides que tratam de matéria trabalhista conforme estabelece o art. 114 da CF/88, compete à Justiça Federal tratar das questões previdenciárias, em que a União figure como “autora, ré, assistente ou oponente”, como reza o inciso I do art. 109 da CF/88.

Entretanto, as Leis editadas sob a égide da Carta de 1988 estabeleceram um espaço de confluência entre o direito trabalhista e o previdenciário, ao construir o conceito de segurado. Não se trata de junção, pois a noção de segurado não se restringe apenas aos que exercem atividade remunerada, podendo incluir outros como a dona de casa e o síndico de condomínio sem remuneração. Porém, há um imbricamento conceitual inequívoco na medida em que todo trabalhador, só por ostentar essa condição se torna segurado obrigatório, independentemente de estar, ou não, inscrito no órgão previdenciário. Nesses ter-

mos preceitua o art. 12 da Lei 8.212/91, ao estabelecer que o simples exercício de atividade remunerada, sujeita ao Regime Geral de Previdência Social, provoca filiação automática, formando uma relação jurídica com o órgão previdenciário. Nesse sentido também dispôs o parágrafo único do art. 20 do Decreto 3048/99, ao consignar expressamente que a “filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios”, assim evidenciando claramente a junção da figura do trabalhador e do segurado.

## 2 As alterações da Emenda Constitucional n. 45

Visando preservar a unidade da jurisdição trabalhista, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o inciso VIII ao art. 114 da CF/88, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar:

“ a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

A aplicação desse dispositivo tem causado intensa celeuma quanto à extensão de seu alcance:

Alguns procedem à leitura reducionista do que ali está disposto, entendendo que a incidência previdenciária só é cabível quando for proferida sentença de natureza condenatória, excluindo as decisões declaratórias de vínculo, tendo sido neste sentido expedido o inciso I da Súmula 368 do C. TST.

Contudo, parece-me que tal entendimento foi superado e está em dissonância com a idéia básica que norteou a edição da Emenda Constitucional 45, qual seja, a de reconhecer a unidade da jurisdição trabalhista a fim de conferir-lhe maior efetividade, diretriz devidamente explicitada pela Lei 11.457/07 ao acrescentar o parágrafo único ao art. 876 da CLT.

Com efeito, como aduzir que na Justiça do Trabalho a execução da incidência previdenciária se processaria apenas em relação às sentenças condenatórias, quando as declaratórias de vínculo produzem efeitos decisivos na concessão de benefícios previdenciários ao trabalhador, segurado obrigatório? Como sustentar a partição de competência quando a Lei Maior sinalizou exatamente em sentido contrário?

A alegação de que os valores assim recolhidos, mediante execução trabalhista, estavam sendo lançados pelo INSS indevidamente num fundo comum e não eram considerados para fins de concessão de benefícios indica a necessidade de correção dos procedimentos adotados pela autarquia, mas não respalda a redução da competência, ante o teor do dispositivo constitucional supra referido, que assim estabelece de forma genérica em relação a toda sentença trabalhista, de modo que não há supedâneo para a exclusão das declaratórias.

Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arrepio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, en-



xertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade fiscal e tributária do Poder Executivo.

Também considero insustentável essa posição extremada, pois não cabe ao Poder Judiciário Trabalhista substituir a ação fiscalizatória, que deve ser procedida pela União, nem supri-la quando deixou de ser executada, pois lei não deixou de exigir os procedimentos administrativos por parte do fisco, nem foi abolido o processo judicial de cobrança que a União deve implementar junto à Justiça Federal Comum.

Nesse contexto, como deve ser feita a leitura constitucional da matéria?

### **3 A Unidade da Jurisdição Trabalhista**

Respalhada no princípio da unidade de convicção, a Emenda Constitucional 45 visou garantir a unidade da jurisdição trabalhista em razão da matéria, por reconhecer na relação de trabalho uma vis atrativa dos consequentes desdobramentos dela decorrentes, mas não conferiu ao Juízo Trabalhista a atribuição de substituir a ação fiscal própria do Poder Executivo, nem transferiu-lhe a jurisdição tributária, que continua a ser exercida pela Justiça Federal Comum nos limites traçados pela Carta Magna, de modo que o disposto no inciso VIII do art. 114 deve ser interpretado em consonância com o inciso I do art. 109, ambos da Constituição Federal.

Importante ressaltar que tal critério já vem sendo observado em outras matérias em que também ocorre esse tangenciamento material. Por exemplo, ao constatar a falta de recolhimento do FGTS o juiz trabalhista pode determinar ao empregador que efetue os depósitos respectivos sob pena de execução direta. Entretanto, não tem atribuição fiscal, nem jurisdição tributária para condená-lo ao pagamento das multas previstas no art. 22 da Lei 8036/90 em favor do Fisco e da contribuição social de 10% devida ao Fundo nos termos da Lei Complementar 110/01.

O mesmo ocorre em relação à apuração da incidência previdenciária, pois o fato de existir uma reclamação trabalhista em trâmite nesta Justiça Especializada não impede a atuação fiscal dos órgãos do Poder Executivo, com a observância do procedimento administrativo quanto ao lançamento, inscrição na dívida ativa e ajuizamento da ação pela União perante a Justiça Federal Comum, inexistindo amparo constitucional para sustentar que esta ação fiscal e tributária teria sido substituída por uma ação trabalhista, em cujos autos se processa de ofício uma execução atípica e peculiar, balizada por limites próprios.

Não foi esse o escopo da Emenda Constitucional.

Não foi isso o que estabeleceu a lei.

O inciso VIII do art. 114 não veio neutralizar a ação fiscal do Poder Executivo, nem teve o escopo de esvaziar o contido no inciso I do art. 109 da CF/88 quanto à cobrança de débito fiscal, sendo que tais procedimentos não se excluem, continuando a existir cada qual em sua esfera de competência.

E qual a esfera de competência trabalhista?

Precisamente o que está disposto no inciso VIII do art. 114, ou seja, nem mais, nem menos do que ali foi fixado.

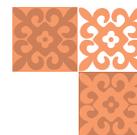
Cabe à Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, condenatórias e declaratórias, assim preservando a unidade da jurisdição trabalhista, no sentido de fazer valer o reconhecimento do vínculo não só nas relações contratuais entre os particulares envolvidos, mas também em face do Estado, nas relações previdenciárias delas decorrentes, pela simples e boa razão de que não tem sentido deixar a jurisdição pela metade. Com efeito, se o trabalhador foi assim considerado pela Justiça Trabalhista, que detém jurisdição específica para tanto e se tal categorização per se lhe confere a condição de segurado obrigatório junto ao INSS, com o conseqüente reconhecimento do tempo de serviço para fim de auferir benefícios previdenciários, é evidente que a jurisdição trabalhista só estará completa se a decisão tiver a sua eficácia reconhecida em relação a todos esses aspectos.

Portanto, se a condição de segurado nasce junto com o reconhecimento da existência de um vínculo trabalhista, a preservação da lógica do sistema normativo impele a atribuição de competência à Justiça do Trabalho também para executar as conseqüentes contribuições previdenciárias decorrentes da sentença proferida. Entretanto, não neutraliza ou substitui a ação fiscal que cabe aos órgãos próprios da União, nem desloca a integralidade da competência tributária, pois o disposto no inciso I do art. 109 da CF/88 permanece em vigor.

A posição que ora sustento revela-se ainda mais robusta quando passamos a analisar os institutos da decadência e prescrição. Com efeito, se prevalecer a argumentação apresentada pela União, um número significativo de contribuições previdenciárias será atingido pela decadência, por ter decorrido o prazo legal de 5 anos sem a devida constituição do crédito tributário (arts. 150 parágrafo 4º e 173 do Código Tributário Nacional), ou mesmo a prescrição pelo decurso de 5 anos sem a necessária inscrição na dívida ativa (art. 174 do CTN e Súmula Vinculante nº 8 do STF), por ter deixado a União de cumprir com suas atribuições fiscais, que não foram suspensas nem substituídas pelo ajuizamento de uma ação trabalhista.

Ademais, juridicamente insustentável a alegação de que o prazo prescricional teria início a partir desse ajuizamento, porque não há lei que assim estabeleça além de que, por óbvio, a ação trabalhista não é ajuizada pelo credor previdenciário.

Atentando-se para o princípio da estrita legalidade e tendo em vista que o crédito tributário só foi constituído no curso de uma ação judicial trabalhista, descabe qualquer questionamento quanto à possibilidade da ocorrência de decadência neste particular, devendo ser aplicado, quanto à prescrição, o disposto no parágrafo 4º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal que prevê o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente quando decorridos 5(cinco) anos do arquivamento provisório dos autos, determinado após o prazo de 1(um) ano sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis.



É importante ressaltar que a execução do débito previdenciário processada em uma ação trabalhista não substitui a atividade fiscal do Poder Executivo nem a judicial que cabe a União implementar perante a Justiça Comum, decorrendo apenas da relação trabalhista reconhecida naqueles autos, de modo que o recolhimento das contribuições previdenciárias só se torna exigível a partir da sentença de liquidação, quando o débito previdenciário se torna líquido e certo, assim possibilitando o recolhimento pelo devedor, que só está obrigado a responder pelo pagamento de multa e juros moratórios pela taxa SELIC quando configurada a situação de mora, ou seja, apenas se descumprir o prazo legal expressamente fixado pelo art. 276 do Decreto 3048/99 e art. 43 da Lei 8212/91, notadamente pelo constante do parágrafo 3º acrescentado pela Lei 11.941/2009.

E que assim deve ser observado, sendo incabível a aplicação do art. 8º da CLT ante o princípio da estrita legalidade que rege o direito tributário, pois foi a própria lei que fixou a data da configuração da mora nessa modalidade peculiar de execução.

Com efeito, se a União não efetuou os atos administrativos e fiscais devidos, não houve lançamento do débito nem inscrição na dívida ativa, qual o amparo legal para retroagir a imputação de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, se antes da sentença de liquidação havia impossibilidade material de cumprir com a obrigação, pois o devedor tributário não tinha conhecimento da importância líquida que devia pagar ?

Ressalte-se que o art. 144 do CTN em nenhum momento trata da constituição da mora em processo judicial trabalhista, disciplinando especificamente a constituição do crédito tributário pelo ato administrativo de lançamento, de modo que ante o princípio da tipicidade, que rege a incidência tributária, não pode ser aplicado fora desses limites, notadamente porque a instância judicial trabalhista não se confunde com a esfera administrativa fiscal.

Também não há supedâneo para considerar que os juros moratórios do débito tributário seriam exigíveis desde o ajuizamento da ação, pois o art. 883 da CLT rege apenas a matéria trabalhista e o parágrafo 4º do art. 879 da CLT que, sintomaticamente, trata da sentença de liquidação, estabelece expressamente que não é aplicável a lei trabalhista para tanto.

#### **4 Princípio de Interpretação das Leis em Conformidade com a Unidade Constitucional**

Ademais, a fim de possibilitar a operacionalidade do sistema, as normas legais devem ser interpretadas de modo a fazer valer a unidade da Constituição.

Em relação a tal matéria, ressalta Canotilho<sup>2</sup> que como a Constituição é a norma normarum “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, ga-

---

<sup>2</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes- Direito constitucional e Teoria da Constituição- 5ª edição- Livraria Almedina- Coimbra Portugal- pag 1210.

rantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Assim, ante o “princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa) contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”, de modo que a superioridade normativa da Constituição baliza todas as demais leis e atos administrativos.

Esse princípio é pautado pela idéia de prevalência da Constituição e conservação da norma posta, com especial atenção para os fins colimados pelo legislador e o sentido em que foi instituída. Pondera que a aplicação dessa diretriz ganha relevância quando “a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”, o que torna necessário proceder a uma interpretação que “lhe dê um sentido em conformidade com a constituição” que, na questão ora em estudo, teve o escopo de garantir em razão da matéria a integralidade da jurisdição trabalhista nesta Justiça Especializada e não de imputar-lhe atribuição fiscal supletiva da inércia da União ou atribuir-lhe a unidade da jurisdição tributária.

Nesse sentido também caminha o pensamento de Jorge Miranda<sup>3</sup>, ao pontuar que a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. com. função prospectiva, dinamizadora e transformadora,” atuando como “elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios,” decorrendo daí “o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adoção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximam da idéia de direito inspiradora da Constituição”

Ao tratar do tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>4</sup> salientam que os “aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados,” devem proceder à interpretação de modo a preservar os princípios da certeza e segurança jurídica, que “estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado”. Destacam que “o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há que se optar por aquela que a torne compatível com a constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte”.

No caso da Emenda Constitucional 45, em consonância com o disposto no inciso IV do art. 1º da CF/88, que erigiu o trabalho como valor fundamental para a edificação da república brasileira, esse querer está direcionado para a consolidação da unidade da jurisdição trabalhista, a fim de garantir a integralidade da tutela judicial em matéria trabalhista, nesses termos balizando a interpretação das normas infraconstitucionais e o pro-

<sup>3</sup> Miranda, Jorge- Manual de Direito Constitucional- Tomo II- Coimbra Editora Limitada- 3ª edição- 1991- págs 226/227

<sup>4</sup> Ferreira Mendes, Gilmar- Mártires Coelho, Inocêncio- Gonet Branco, Paulo Gustavo in Curso de Direito Constitucional- Editora Saraiva- 2ª edição-2008-págs 119/120



cedimento estatal. Em nenhum momento foi estabelecido o deslocamento das atribuições fiscais ou transferência da jurisdição tributária da Justiça Federal Comum para a Justiça Trabalhista, como vem arguindo a União em inúmeros recursos que tem ajuizado perante essa Justiça Especializada.

## **5 O Dies a Quo Para a Incidência da taxa Selic e a conversão da Medida Provisória 449/2008 Na Lei 11.941/09**

Assim sendo, os critérios para a fixação do dies a quo quanto à aplicação da taxa SELIC e multa moratória, estabelecidos nos arts. 34 a 39 da Lei 8.212/91, assim como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal têm aplicação específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante à Justiça Federal Comum, casos em que também devem ser aplicadas as normas que regem os institutos da decadência e prescrição em direito tributário (arts. 150, 156 173 e 174 do Código Tributário).

Ademais, considero importante ressaltar ter a própria lei consignado que a imputação da taxa SELIC depende da constituição em mora, conforme explicita o art. 34 da lei de custeio ao determinar a sua aplicação s “sobre o valor atualizado” do débito.

Entretanto, tais critérios não são aplicáveis pela Justiça do Trabalho, pois não se confundem com as regras próprias que disciplinam a execução de ofício dos débitos previdenciários decorrentes da sentença trabalhista proferida, situação jurídica em que a fixação do dies a quo para cômputo da multa e aplicação da taxa SELIC foram disciplinados de forma expressa pelo art. 276 do Decreto 3048/99 ao dispor que

“Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos á incidência de contribuição previdenciária, o recolhimento das importâncias devidas à seguridade social será feito no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença.”

As recentes alterações promovidas pela Lei 11.941/09 (MP 449/08) ao inserir, entre outros, o parágrafo 3º no art. 43 da Lei 8212/91, veio ratificar tal critério ao determinar:

“Parágrafo 3º-As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas ,limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou acordo homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.”

Nesta Justiça Especializada, o prazo para pagamento dos créditos apurados em liquidação de sentença foi fixado pelo art. 880 *caput* ao estabelecer :

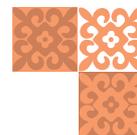
“Requerida a execução, o juiz ou presidente do Tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 ( quarenta e oito) horas ou garanta a execução sob pena de penhora.

Tal critério legal observou a específica tipicidade dessa modalidade de execução da incidência previdenciária decorrente de uma sentença trabalhista, que julgou uma situação jurídica em que houve pretensão resistida, não ocorreu ação fiscal por inércia da União, não houve anterior lançamento administrativo do débito nem inscrição na dívida ativa, não foi concedida a possibilidade do devedor solicitar qualquer parcelamento(art. 38 da Lei 8212/91 e art. 3º da Lei 11.941/09), inserção em programas de recuperação fiscal (REFIS), ou desconto (art. 1º, parágrafo 3º da Lei 11.941/09).

Além disso, o valor certo da contribuição previdenciária só foi apurado em sentença de liquidação e, portanto, apenas nessa oportunidade houve a possibilidade de pagamento, de sorte que não há amparo legal para se reputar em mora o devedor que, por desconhecer o valor líquido, não teve condições de anteriormente saldar o débito.

Nessa execução atípica, a incidência previdenciária decorre inequivocamente de uma sentença trabalhista, “situação definida em lei como necessária e suficiente”, de sorte que a disposição constante do art. 114 do CTN deve ser entendida em consonância com o disposto no inciso II do art. 116 do CTN, ao estabelecer que “tratando-se de situação jurídica” considera-se o ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos do direito aplicável”, o que só restou configurado com a proferição da sentença de liquidação, ao fixar os valores do quantum debeatur exigível das contribuições previdenciárias.

Nesse contexto, o cômputo retroativo de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, quando se trata de execução processada de ofício nos autos de uma reclamação trabalhista, nos termos do inciso VIII do art. 114 da CF/88, não tem amparo constitucional, nem legal, além de conferir indevidamente ao crédito acessório privilégio superior ao próprio crédito principal trabalhista, em relação ao qual os juros são computados, “em qualquer caso” apenas a partir do ajuizamento, como reza o art. 883 da CLT que, conforme anteriormente já referido, não pode ser aplicado ao débito previdenciário ante a determinação constante do parágrafo 4º do art. 879 da CLT.



Além disso, não se pode confundir fato gerador e constituição em mora. São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias, em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento. Em relação às verbas trabalhistas, a contagem dos juros moratórios só é devida a partir do ajuizamento da ação e não da data da prestação dos serviços. No caso de incidência previdenciária, à parte toda a celeuma que ainda grassa no meio jurídico quanto ao fato gerador, os dispositivos legais suso transcritos evidenciam de forma clara que a lei fixou momentos diferentes para a caracterização do fato gerador e para a configuração do devedor em mora, de modo que deve o intérprete observar tais critérios, notadamente quando se trata de débito tributário, em que prevalece o princípio da estrita legalidade e da “tipicidade fechada”. Como bem ressalta Roque Antonio Carrazza “ o princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada no campo tributário pelo art. 150 inciso I da CF. Sem essa precisa tipificação de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós não têm a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes. Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública ( nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Afinal, a vontade da lei, na obrigação tributária, substitui a vontade das partes na obrigação privada.”

Conforme consta de voto proferido pelo Ministro Luiz Fux<sup>5</sup>3. O princípio da legalidade, no Direito Tributário, impõe que todos os elementos da exação fiscal estejam previstos em lei, consubstanciando o denominado princípio da estrita legalidade, segundo o qual não apenas a integralidade da hipótese de incidência - em seus critérios material, espacial e temporal - mas também a relação jurídico-tributária - em seus critérios pessoal e quantitativo - devem, imprescindivelmente, constar em lei.”

Ademais, a inobservância desses balizamentos legais pode conferir, indevidamente, maior gravosidade ao crédito acessório em detrimento do principal trabalhista, provocando insustentável desvirtuamento na execução que se processa nesta Justiça Especializada.

Pesquisa realizada pelos servidores deste TRT, Cláudio Yoshinori Yoen e Adelina do Amaral Martins, evidencia de forma contundente essa disparidade entre o débito principal trabalhista e o acessório tributário, quando a multa e os juros moratórios são calculados desde a prestação do serviço. Com efeito, no processo 774-2001-053-15-00-3- AP o débito trabalhista importou em R\$ 3.000,00, enquanto o previdenciário foi pleiteado pela União em R\$ 6.738,59; no processo 1876-2003-053-15-00-8 foi apurado débito trabalhista de R\$ 9.409,95 e pretendido pela União o valor de R\$ 22.899,52 quanto ao previdenciário; no processo 2154-2002-053-15-00-0 foram homologados cálculos trabalhistas em R\$ 3.237,07 e pretendido pela União o recebimento de R\$ 18.678,63.

Pondera Luiz Roberto Marinoni<sup>6</sup> que interpretar é “expressar significado”. Contudo, muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à jurisdição realizar, no caso

<sup>5</sup> Fux, Luiz- Ministro Relator do Recurso Especial nº 0241706-6 -STJ -Primeira Turma- votação unânime- 11/11/2008

<sup>6</sup> Marinoni, Luiz Roberto- Teoria Geral do Processo- 2ª edição- Editora Revista dos Tribunais- vol 1- 2ª edição- 2007- pag.112 e 210

concreto, o que foi por ela prometido”, pois o direito de ação, assim “como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta”.

A competência atribuída pela Emenda Constitucional 45 à Justiça do Trabalho não objetivou transferir a esta Justiça Especializada atribuições fiscais que são próprias da União, nem o deslocamento da jurisdição tributária, já que preservada a competência da Justiça Federal Comum nos termos do inciso I do art. 109.

Teve o escopo específico de garantir a integralidade da tutela dos direitos trabalhistas pois, face à condição de segurado obrigatório do trabalhador, surtem efeitos imediatos em relação a sua vinculação ao sistema previdenciário nacional, de modo que se tornava necessário preservar a integralidade da jurisdição, abarcando também os efeitos dela decorrentes. Como a vinculação do fisco com o empregador não tem natureza trabalhista, mas tributária, a execução de ofício nesta Justiça Especializada só pode ser processada com observância dos limites traçados pelo princípio da estrita legalidade, notadamente quanto aos critérios de constituição em mora e cômputo do dies a quo para incidência da taxa SELIC, face ao disposto no parágrafo 3º do art. 43 da Lei 8212/91 e 276 do Decreto 3048/99.

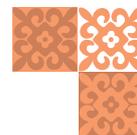
Destarte, em relação às contribuições previdenciárias devidas em decorrência de sentença trabalhista, executadas de ofício nesta Justiça Especializada, o dies a quo para o aplicação da taxa SELIC passa a ser computado a partir do 3º dia da citação do devedor, se não houver pagamento nas 48 horas estabelecidas no art. 880 da CLT, devendo tal cominação constar expressamente do mandado, para que o executado seja cientificado do encargo que lhe será imposto..

## 6 O Princípio da Estrita Legalidade

Importante ressaltar que em relação às matérias disciplinadas pelo Direito Tributário a Constituição Federal ampliou o alcance do princípio da legalidade constante do inciso II do art. 5º, exigindo em seu art. 150 a observância do princípio da estrita legalidade, de modo que o poder de tributar está limitado ao que consta expressamente das normas quanto às condições e tipicidade, regra que também alcança a incidência previdenciária e visa preservar a segurança jurídica como valor fundamental para a operacionalidade do sistema.

Assim sendo, o patrimônio do contribuinte só pode ser onerado nos termos e condições estabelecidos pela norma legal, de sorte que cada ato concreto da atividade tributária estatal deve estar rigorosamente respaldado em uma regra, como também prescreveu o art. 97 do CTN, notadamente em relação aos elementos essenciais do an e quantum debeatur, o que levou à formulação do conceito de estrita legalidade.

Em cumprimento a este princípio, a contagem do dies a quo para fins de aplicação da taxa SELIC em relação às incidências previdenciárias executadas de ofício pela Justiça do Trabalho deve observar a diretriz estabelecida no parágrafo 3º do art. 43 da Lei 8212/91( inserido pela Lei 11.941/2009 ) e 276 do Decreto 3048/99, no que se refere aos



critérios de constituição em mora que exigem a prévia quantificação líquida da obrigação tributária que o sujeito passivo terá que recolher ao fisco, porque a regra legal assim a considerou como execução atípica, regida por critérios próprios, já que não houve anterior ação fiscal pela União, lançamento do débito, nem inscrição na dívida ativa.

Portanto, ante o disposto no inciso I do art. 150 da CF/88, deve ser considerado o prazo fixado a partir da citação prevista no art. 880 da CLT para o cumprimento da obrigação tributária, sob pena de ocorrer violação ao princípio da estrita legalidade, segundo o qual não basta que a Lei preveja a exigência de um tributo, sendo necessário observar também os critérios que vinculam a atuação da Fazenda Pública quanto à constituição em mora numa determinada situação jurídica. Tal visa preservar a segurança jurídica e impedir que a União aumente indevidamente o valor do débito pois, na “verdade, o quantum a ser desembolsado é o que afinal vai interessar, sendo tudo o mais instrumental do implemento das garantias que a Constituição dá, daí a razão pela qual a fixação do quantum direta ou indiretamente está subordinada à legalidade”.

Nesse sentido, bem pondera Roque Antonio Carrazza,<sup>7</sup> que “as reduções de prazos e as alterações das formas de pagamento dos tributos implicam aumento da carga tributária”, vedada pelos “princípios da tipicidade fechada e da estrita legalidade”, que garantem ao contribuinte “o direito de ver a atividade fazendária amarrada à lei”. Destarte, embora louváveis os “propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica in malam partem”. Assim sendo, em se tratando de execução de contribuições previdenciárias processadas de ofício pela Justiça do Trabalho não pode ser descumprida a regra posta e exigido o recolhimento do tributo em condições diversas da estipulada no parágrafo 3º do art. 43 da Lei 8.212/91 e 276 do Decreto 3048/99, quanto à contagem do dies a quo para o cômputo dos juros pela taxa Selic e multa.

## 7 CONCLUSÃO

Transcorridos quase cinco anos da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe alterações estruturais significativas, fortalecendo a unidade da jurisdição trabalhista a fim de fazer valer o trabalho como princípio fundante da República brasileira, vivemos um momento de maturidade na avaliação de seus efeitos. Os arroubos, próprios da fase de conquista de maior espaço institucional de atuação para esta Justiça Especializada deram lugar a uma nova perspectiva de ponderação na avaliação dessa mudança, a fim de garantir segurança jurídica, operacionalidade e coerência sistêmica do ordenamento, de modo que o disposto no inciso VIII do art. 114 deve ser interpretado exatamente nos termos em que foi estabelecido, com a finalidade de implementar a integralidade da jurisdição trabalhista, e não de substituir a inércia fiscal da União ou deslocar a competência tributária da Justiça Federal Comum, não elidindo a aplicação do inciso I do art. 109 da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>7</sup> Carrazza, Roque Antonio- Curso de Direito Constitucional Tributário- 20ª edição- 2004- Malheiros Editores- São Paulo- pag. 245 a 252

Destarte, com o escopo de preservar os princípios da estrita legalidade e interpretação em conformidade com a unidade constitucional, nas execuções processadas de ofício em relação às contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho a configuração da mora e a contagem do dies a quo para aplicação da taxa SELIC e multa devem observar os critérios estabelecidos pelo parágrafo 3º do art. 43 da Lei 8.212/91 e 276 do Decreto 3048/99.

## Referências

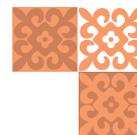
CANOTILHO, José Joaquim Gomes- **Direito constitucional e Teoria da Constituição**- 5ª edição- Livraria Almedina- Coimbra Portugal-

MIRANDA, Jorge- **Manual de Direito Constitucional**- Tomo II- Coimbra Editora Limitada- 3ª edição- 1991-

FERREIRA MENDES, Gilmar- Mártires Coelho, Inocêncio- Gonet Branco, Paulo Gustavo in **Curso de Direito Constitucional**- Editora Saraiva- 2ª edição-2008

MARINONI, Luiz Roberto- **Teoria Geral do Processo**- 2ª edição- Editora Revista dos Tribunais- vol 1- 2ª edição- 2007

CARRAZZA Roque Antonio- **Curso de Direito Constitucional Tributário**- 20ª edição- 2004- Malheiros Editores- São Paulo



# O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos: É possível levar uma ofensa ao Direito do Trabalho à Comissão Interamericana de Direitos Humanos?

Thiago Luann Leão Nepomuceno<sup>1</sup>

**Resumo:** No atual sistema capitalista, existente no Brasil, assim como na maioria dos países do mundo, o barateamento dos custos de produção de bens ou serviços passa a ser requisito fundamental para a existência e competitividade das empresas, diante disso, o primeiro meio de produção que tente a ser afetado é a mão-de-obra, que muitas vezes sofre pesados ataques, responsáveis por desrespeitar as características mais básicas dos trabalhadores. Tão velado são esses ataques que existe a necessidade ampliar a rede de proteção dos direitos dos trabalhadores para além dos mecanismos tradicionais, diante disso, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, passa a ser um importante mecanismo de defesa dos direitos dos trabalhadores, isso se reconhecer que o Direito do Trabalho faz parte dos Direitos Humanos. É exatamente isso que o presente estudo busca demonstrar, aprofundando a análise acerca de ser o Direito do Trabalho eventual dimensão dos Direitos Humanos e, como tal, sujeito a tutela do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Sistema Interamericano; proteção; trabalho.

## Introdução

Da Constituição Federal de 1988 se extrai que o valor social do trabalho é um princípio fundamental elevado a categoria de fundamento da República, ao lado do supra-princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV da CF).

Não fosse isso, o art. 5º, XIII da Norma Ápice coloca o trabalho como verdadeiro direito fundamental.

A previsão constitucional realça o fato de o Direito do Trabalho contar com uma proteção toda especial em nosso ordenamento jurídico, notadamente no que tange ao trabalhador, que na maioria das relações de trabalho é a parte mais fraca.

Diante dessa cultura protecionista, a seguinte indagação pode ser feita: atualmente são usados todos os meios a disposição para a proteção do Direito do Trabalho e do trabalhador?

A resposta poderia ser simples, se os olhos fossem mantidos em solo brasileiro, bastaria dizer que o trabalhador ofendido tem à sua disposição o Poder Judiciário, o Executivo, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, os sindicatos etc., contudo, as ofensas exigem muito mais que mecanismos internos para ser coibidas, razão que faz os olhos voltarem para os mecanismos internacionais de proteção, buscando a atuação de organismos extraterritoriais.

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-graduado lato sensu em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-GO.

Isso torna a questão inicialmente proposta um pouco mais delicada, eis que, além dos ramos do direito ofendido, qual seja, o Direito do Trabalho, outros estão envolvidos, como os Direitos Humanos e o Direito Internacional.

Por conta disso, o tema acaba se tornando bem mais desafiador, pois, para defender a atuação dos mecanismos internacionais de proteção, deve ser demonstrada a correlação entre os Direitos do Trabalho, Humanos e Internacional.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que o trabalho, assim como os Direitos Humanos, deve gozar de toda proteção possível, seja por meio de mecanismos judiciais, administrativos ou internacionais, como é o caso da Comissão Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos (CIDH), reconhecendo a extraterritorialidade na defesa dos direitos dos trabalhadores.

Se pautando por este entendimento, é que buscar-se-á no presente estudo uma análise com o objetivo de demonstrar se as ofensas ao Direito do Trabalho cometidas no Brasil (ou pelo Brasil) podem ou não ser levadas para o conhecimento da Comissão Interamericana.

A motivação que inspira a abordagem do tema está ligada ao interesse de trazer mais uma alternativa de proteção aos interesses dos trabalhadores, notadamente quando os meios tradicionais não forem suficientes ou falharem, assim como, diante de casos graves.

Como será visto mais profundamente, a Comissão Interamericana tem jurisdição para tutelar os Direitos Humanos, diante disso, para solucionar a problemática lançada, deverá ser necessário enfrentar a questão ligada à inserção ou não do Direito do Trabalho no rol dos Direitos Humanos.

Com o presente estudo, espera-se voltar os olhos para os organismos internacionais, objetivando trazer ao conhecimento do maior número de pessoas que existe uma rede ampla e efetiva de proteção, que vai além dos meios tradicionais, para a salvaguarda daqueles que tiverem algum direito básico vilipendiado.

## **1 O Direito do Trabalho como legítimo Direito Humano**

Não é só com embasamento jusfilosófico ou doutrinário que se defende que o Direito do Trabalho é um legítimo Direito Humano, vários instrumentos internacionais ajudam a corroborar este entendimento.

Para demonstrar isso, traz-se ao pálio em questão, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que assevera em seu artigo XXIII que:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por



igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Conforme salienta Carlos Weis (2010, p. 85):

Advém daí os direitos trabalhistas (art. XXIII), prevendo o direito ao trabalho em condições “justas e favoráveis” e à sua livre escolha (esta, na verdade, um direito civil). Agrega-se à proteção contra o desemprego o direito a igual remuneração por igual trabalho, a qual assegure ao trabalhador uma vida digna para si e sua família. Adiante, surge na Declaração o direito ao repouso e lazer (art. XXIV) e, especialmente, “a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstância fora de seu controle” (art. XXV, 1).

Nesta mesma linha, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que foi aprovada na nona Conferência Internacional Americana em 1948 na cidade de Bogotá, assevera que:

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) para proteger os Direitos Humanos ali constantes. Dentre estes, ligados aos Direito do Trabalho, tem-se os arts. 6º e 16, que assim dispõem:

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade

acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

- a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
- b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
- c) o serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;
- d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

A citação das Declarações e da Convenção é importante para demonstrar que, se os mecanismos internacionais, que prevêem os Direitos Humanos estabelecem a proteção ao Direito ao Trabalho, a conclusão de que este faz parte do rol dos Direitos Humanos é inevitável.

Objetivando não ofender a soberania dos países, o artigo 1, item 2 do Estatuto da Comissão Interamericana, determina que:

Artigo 1 [...]

2. Para os fins deste Estatuto, entende-se por direitos humanos:

- a. os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma;
- b. os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.

Explicando esta disposição estatutária, Carlos Weis (2010, p. 156) esclarece que:

Segundo dispõe o art. 1, 2 do Estatuto da Comissão, está deve aplicar a normas da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem para os Países que não tenham ratificado o Pacto de San José, e este, obviamente, para os que o tenham feito, reforçando o caráter vinculante da Declaração [...].

Percebe-se assim que, mesmo o país que não tenha ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, pode sim ser levado à Comissão Interamericana diante de ofensas aos Direitos



Humanos, pois neste caso aplicar-se-á a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Na órbita brasileira, explana Rúbia Zanotelli Alvarenga (2009, p. 140) que:

Os Direitos Humanos Sociais do trabalhador foram entronizados na Constituição Federal de 1988 para receberem o status de direitos essenciais do homem, ligados à vida digna por intermédio do exercício do trabalho, por estarem intrinsecamente relacionados com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho brasileiro.

A ordem constitucional brasileira traz esta orientação com princípio de justiça social para a dignificação do ser humano que trabalha, ao estabelecer no 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 (...)”.

Ainda nas palavras de Rúbia Zanotelli Alvarenga (2009, p. 32), citando Lauro Cesar Ferreira:

[...] “a Constituição Mexicana, de 1917, foi a primeira a reconhecer os direitos trabalhistas como Direitos Humanos Fundamentais.” Nela está previsto um dos mais importantes documentos de reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos.

Ferreira (2007) deixa claro que a Constituição Mexicana estabeleceu, em seu art. 123, diversas disposições legais acerca do reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos, entre eles: responsabilização dos empresários por acidentes de trabalho (XIV); jornada de trabalho de oito horas (I); descanso semanal (IV); descanso para mulheres que tiverem filhos (V); estabelecimento de que o salário mínimo deverá ser suficiente para satisfazer as necessidades normais dos operários (VI); proibição de penhora, compensação e desconto em relação ao salário mínimo (VIII); direito de greve (XVII e XVIII).

Portanto, só por isso já se reconheceria que o Direito do Trabalho é um legítimo Direito Humano. Ademais, até mesmo a dignidade da pessoa humana, que é universalmente conhecido como um supraprincípio, e tem por corolário o reconhecimento do Direito do Trabalho com genuíno Direito Humano.

Ao se reconhecer o Direito do Trabalho como Direito Humano, as ofensas perpetradas pelo Estado, seja ativa ou passivamente, comissiva ou omissivamente a este ramo do direito, pode ser tutelada pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em especial pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Na linha do que vem sendo exposto, de forma mais concreta e prática, Pedro Augusto Franco Veloso (2007, p. 117), ressalta que:

No ano de 2005, a Comissão Interamericana lidou com onze casos provenientes do Brasil, estando eles em diferentes estágios do processo. Alguns do final da década de 1990 e início dessa já tiveram seu informe definitivo publicado, e agora permanecem sob supervisão da Comissão para que sejam cumpridos. [...]

Os temas sobre os quais versam são os mais variados: Violência contra a mulher, execução sumária por parte de policiais, más condições nas penitenciárias e cadeias, conflitos entre a polícia e agricultores sem-terra, execuções de menores e trabalho escravo nas fazendas. [...]

A própria CIDH reconhece que as ofensas ao Direito do Trabalho constituem ofensas aos direitos humanos, conforme se depreende da leitura do Relatório n. 95/03, proferido no caso 11.289 entre José Pereira, vítima de trabalho escravo, e o Brasil, no qual adveio solução amistosa em 24 de outubro de 2013.<sup>2</sup>

Portanto, as explanações aqui expostas demonstram que o Direito do Trabalho é um Direito Humano e como tal, merece estar sob o pálio protetivo da CIDH.

## 2 O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948, foi o marco inicial do Sistema Interamericano. Pode-se dizer que “foi o primeiro instrumento internacional de Direitos Humanos em que a matéria foi tratada de uma maneira geral.” (VELOSO, 2007, p. 106).

Isso se deu, em razão dos horrores cometidos pelos Nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, sendo o estopim para o despertar da humanidade sobre a necessidade de proteção aos Direitos Humanos.

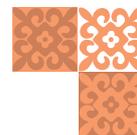
A barbárie humana ocorrida neste período despertou os olhos da maioria das nações “para a necessidade do restabelecimento dos paradigmas jusnaturalistas” (WEIS, 2010, p. 80), objetivando de forma geral a construção do bem comum de todos os seres humanos.

Nesta linha, destaca Flávia Piovesan (2010, p. 121) que:

A verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.”

Complementando, salienta Carlos Weis (2010, p. 80) que:

<sup>2</sup> Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acessado em 23 de setembro de 2014.



No entanto, desconfiando da capacidade que os governos nacionais tinham de subverter a ordem democrática interna e, novamente, solapar os direitos humanos os líderes mundiais do pós-guerra, orientados e pressionados por pessoas e grupos sociais progressistas, ressuscitaram a ideia da Comunidade Internacional de Nações, a que deram o nome de Organização das Nações Unidas, no bojo da qual haveria de nascer um conjunto de normas e organismos voltados a construção e preservação daqueles direitos inerentes aos seres humanos.

Desta feita, surgiu a premente necessidade de criação de mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, divididos em sistemas universais e sistemas regionais, sistemas estes, criados e operados por organismos internacionais e não por Estados soberanos.

Um destes mecanismos, baseado no sistema regional, consiste no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que foi desenvolvido no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) no curso dos últimos 50 anos.

Este sistema baseia-se, fundamentalmente, no trabalho de dois órgãos, que são, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

O Sistema Interamericano, efetiva os seus fins por intermédio de seus dois órgãos principais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar desse complexo sistema de proteção, Pedro Augusto Franco Veloso (2007, p. 104) alerta que:

O longo e multifacetado histórico de violações aos Direitos Humanos pertencente ao continente americano continua a ser uma das suas marcas mais vergonhosas no mundo atual. Todo o quadro de desenvolvimento político-econômico, de prospectos industriais e de diversidade cultural ganha um veemente contraponto para ofuscá-lo ao se tocar na irresoluta questão dos vários casos de impunidade por crimes de tortura, execuções extrajudiciais, detenção arbitrária, deficiência e insuficiência dos sistemas judiciários e más condições nas prisões. Embora nas últimas décadas tenha-se observado uma sensível melhora, principalmente no que concerne a América Latina, quanto ao tratamento desses problemas, o continente foi flagelado tempo de demais por regimes ditatoriais, conformações socioeconômicas iníquas e descaso senhorial para que suas marcas pudessem ser, simplesmente, lavadas às primeiras ondas de renovação.

Reconhecer e defender a importância do Sistema Interamericano para proteção do Direito do Trabalho, quando diante de ofensas, é sem dúvida um grande passo para buscar uma melhoria no quadro descrito pela citação acima.

Fato é que, quanto mais instrumentos de proteção à disposição do cidadão trabalhador, melhor.

### 3.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Abre-se o tópico lembrando que, o objeto do presente estudo é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a possibilidade deste órgão internacional analisar as ofensas ao Direito do Trabalho brasileiro, que pode ser levada ao seu conhecimento por qualquer pessoa.

Para tanto, se faz necessário conhecer algumas das características principais deste importante órgão de proteção dos Direitos Humanos.

Inicialmente, do ponto de vista histórico, a Comissão Interamericana foi criada em 1959, “com a função de investigar a alegada violação maciça de direitos humanos pela Revolução Cubana [...]” (WEIS, 2010, p. 156).

Quando da entrada em vigor da “Convenção Americana de Direitos Humanos”, a Comissão passou por profundas transformações, o aludido documento internacional, em seu Capítulo VII, nos arts. 34 a 51, passou a prever sua composição, funções, competência e formas de atuação.

Sobre a CIDH, a OEA<sup>3</sup>, de forma sintética, expõe que:

A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, D.C. Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), instalada em 1979, é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).

Assim, a Comissão é um órgão de proteção dos “Direitos Humanos integrante do Sistema Interamericano”, com expressa previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O Estatuto da Comissão<sup>4</sup>, traz uma conveniente exposição sobre ela, no item 1 do artigo 1, veja-se:

#### Artigo 1

1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acessado em 25 de setembro de 2014.

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp>. Acessado em 25 de setembro de 2014.



Diante disso, segundo seu próprio Estatuto, a Comissão tem natureza de órgão internacional integrante da OEA com propósito de promover a observância e defesa dos Direitos Humanos, seja como órgão julgador, seja como órgão consultivo.

Em uma análise mais aprofundada em que traz as características gerais, Pedro Augusto Franco Veloso (2007, p. 108) escreveu que:

No entanto, o órgão mais importante é a Comissão. Seus braços alcançam todas as funções conferidas ao Sistema Interamericano. É o órgão que trabalha com o perfil mais multifacetado de tarefas, lidando com as vítimas, com os Estados e com toda uma gama pessoal e material que concerne à proteção de tais direitos muito antes que a Corte possa fazê-lo. Ela é um órgão consultivo e de observância e defesa dos Direitos Humanos presentes na Convenção Americana ou na Declaração Americana. Representando todos os Estados pertencentes a OEA, ela possui sete membros eleitos para mandatos de quatro anos que decidem sobre a aprovação de relatórios e afins. Para tanto, ela celebra duas sessões ordinárias todo ano na sua sede, em Washington D.C., e outras sessões extraordinárias, dependendo da necessidade. Como dito, suas frentes de trabalho são tantas quanto os Direitos Humanos permitirem, poderem propor emendas a Convenção Americana e solicitar informações a Governos, além de fazer a importante ponte entre o Sistema Interamericano e os Estado, entre o Sistema e as pessoas e organizações do continente, visto que é o principal órgão competente a endereçar casos à Corte [...].

Além disso, de acordo com o “Pacto de São José da Costa Rica”, em seu art. 41, são também funções e atribuições da Comissão:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e

g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Já de acordo com os artigos 18, 19 e 20 do Estatuto da Comissão, de forma mais completa, as funções e atribuições da Comissão são divididas, levando em consideração os “Estados membros da Organização”; os “Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”; e os “Estados membros da Organização que não são Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

Percebe-se assim, com o intuito de não ofender a soberania de nenhum país, que, de acordo com o Estatuto da Comissão, esta divide suas funções e atribuições de acordo a parte integrante no processo, isto é: com relação aos Estados membros da Organização; com relação aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Com relação aos Estados membros da Organização que não são Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De acordo com isso, pode se afirmar que a Comissão Interamericana possui três funções: a primeira está relacionada diretamente a promoção dos Direitos Humanos, por intermédio de publicações, conferências, informes aos Estados etc.; a segunda, está ligada a coleta de informações, se valendo dos relatórios enviados pelos Estados, preparando relatório ou até mesmo, formulando recomendações e respondendo as consultas que recebe; e a terceira, que sem dúvida é a mais importante, diz respeito ao recebimento e processamento de denúncias de violação dos Direitos Humanos.

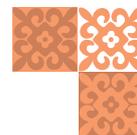
A Comissão, que representa todos os Estados integrantes da OEA, compõe-se, assim como a Corte, de sete membros<sup>5</sup>, com mandatos de 4 anos permitido uma recondução (art. 6 do Estatuto da CIDH), que devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de Direitos Humanos. (art. 2º da CIDH)

Conforme artigo 16 do Estatuto da CIDH, sua sede se localiza em Washington, D.C., contudo, poderá trasladar-se e reunir-se em qualquer Estado americano, quando o decidir por maioria absoluta de votos e com a anuência ou a convite do Governo respectivo.

No que tange as reuniões, o artigo 14 do Estatuto da Comissão, determina que, a Comissão realizará pelo menos dois períodos ordinários de sessões por ano, no lapso que haja determinado previamente, bem como tantas sessões extraordinárias quantas considerem necessárias. Antes do término do período de sessões, a Comissão determinará a data e o lugar do período das sessões seguintes.

Estas, portanto, são as principais características gerais que acompanham a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é o órgão internacional, do Sistema Interamericano, que está mais aberto e próximo a efetiva proteção dos Direitos Humanos, eis que, qualquer interessado pode acioná-la por meio de denúncia.

<sup>5</sup> Artigo 3 do Estatuto da CIDH. 1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos Governos dos Estados membros. 2. Cada Governo pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os proponha ou de qualquer outro Estado membro da Organização. Quando for proposta uma lista tríplice de candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.



### 3.3 As ofensas ao Direito do Trabalho Brasileiro e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O artigo 1 do Estatuto da Comissão Interamericana é claro quando dispõe que: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.”

Esta norma estatutária demonstra a possibilidade de se acionar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por meio da Comissão Interamericana, em casos de desrespeito, em solo brasileiro, ao Direito Humano do Trabalho.

Foi mencionado que este acionamento deve se feito por meio da Comissão Interamericana e não através da Corte Interamericana, vez que, no que tange a legitimidade, esta só pode ser acionada pela própria Comissão ou por Estado-Parte.

Para se chegar a este entendimento foi defendido, ainda por ocasião do segundo capítulo, que o Direito do Trabalho é um legítimo Direito Humano, previsto em vários instrumentos internacionais, e como tal deve ser tratado e defendido.

Fato é que, no atual sistema global de capitalismo, presente na maioria dos países, incluindo o Brasil, está cada vez mais comum o desrespeito ao trabalhador e aos direitos trabalhistas, com o claro objetivo de aviltar a mão-de-obra, integrante do método de produção, para gerar custos de produção cada vez menores, ocasionando a maior competitividade do produtor, lhe trazendo mais lucro.

Por conta disso, os empregadores buscam fazer uso de mecanismos que contornam a proteção trabalhista, como por exemplo, a pejetização, o dumping social, terceirização ilícita, mão-de-obra infantil, mão-de-obra de trabalhadores em condições análogas à de escravo etc.

Prova disso é que cada dia que passa o Poder Público, representado pelo Poder Judiciário, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego se deparam mais e mais com essas situações e buscam combater tal prática usando tudo que possuem à sua disposição.

Apesar desses esforços, graves ofensas aos direitos dos trabalhadores brasileiros continuam a existir e são cada vez mais frequentes, o que leva a percepção de que o combate a tais práticas repugnantes precisa ser mais efetivo.

Ressalta-se ainda que não só em relações privadas que o direito do trabalho é desrespeitado, o próprio Estado – em sentido lato – como um dos maiores empregadores é também um grande ofensor dos direitos de seus servidores e empregados públicos.

Imagine-se que o Brasil conta, atualmente, com 5.570 municípios<sup>6</sup>, de variados portes, pequeno, médios e grandes, cada um com estruturas autônomas e independentes. Esse gigantismo estrutural acaba por contribuir para que o Estado seja um agressor dos direitos dos trabalhadores.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/curiosidades/municipios-novos>. Acessado em 30 de setembro de 2014.

Como exemplo, cita-se servidores públicos que trabalham em condições insalubres e perigosas e não recebem os devidos EPI'S e nem os respectivos adicionais, servidores que trabalham vários anos seguidos sem gozar férias, desvios de funções totalmente ilegais, perseguições políticas, suspensão arbitrária do pagamento de benefícios pecuniários etc.

Nestes casos, como é o ofensor direto e imediato, o Estado brasileiro pode ser levado à "Comissão Interamericana", podendo ser responsabilizado.

Contudo, a Comissão só tem atribuição para processar e responsabilizar, Estados, pessoas jurídicas de direito público internacional, isto levaria a conclusão de que as ofensas perpetradas por pessoas jurídicas de direito privado não poderiam ser processadas pela Comissão Interamericana.

Diante disso, em uma análise mais apressada e superficial, poder-se-ia dizer que em caso de ofensas ao direito do trabalho perpetradas por particulares, que representam a grande maioria dos casos, a análise das ofensas jamais poderia ser feita pela Comissão.

Porém, este entendimento não é correto. É que em uma abordagem mais calma e profunda, é necessário defender exatamente o contrário, já que o Estado pode ser responsabilizado por ser o ofensor direto/imediato ou indireto/mediato.

Na qualidade de ofensor direto, o Estado é o próprio causador da lesão ao direito humano, já na qualidade de ofensor indireto o Estado é responsabilizado em virtude de sua omissão frente a ofensa<sup>7</sup>.

O Estado, além de não poder lesionar os Direitos Humanos, também não pode se furtrar de evitar que outros cometam lesam, não pode também deixar de apurar e punir aqueles que já cometeram a ofensa aos Direitos Humanos.

Diante disso, um dos requisitos para se acionar o Sistema Interamericano, por meio da Comissão Interamericana, é que os recursos da jurisdição interna tenham sido esgotados, conforme disposição do art. 46 do Pacto de São José da Costa Rica:

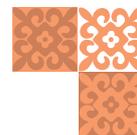
Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

[...]

Contudo, caso o Estado não propicie meios para que os recursos de quem teve seu direito ofendido sejam analisados e julgados, aquele requisito previsto no artigo 46, a do Pacto de São José da Costa Rica, é desconsiderado, conforme expressa previsão do item 2 do artigo 46, que conta com a seguinte disposição:

<sup>7</sup> Seria o entendimento equivalente aos crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios do Direito Penal.



## Artigo 46 [...]

2. As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Portanto, as normas que regulam a Comissão Interamericana determinam que o Estado seja um agente ativo no combate direto as ofensas aos Direitos Humanos, e caso não seja, o sujeito ofendido poderá levar sua contenda até o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, notadamente o Sistema Interamericano, por meio da Comissão Interamericana.

É por isso que aqui se defende que, ao agir omissivamente o Estado passa a ser autor indireto da ofensa ao direito do trabalho e ao ser agente ofensivo indireto, o Estado está sendo também um agressor dos Direitos Humanos e desrespeitando os acordos internacionais firmados, podendo ser internacionalmente responsabilizado por isso.

Para provar o que aqui se defende, tanto no que diz respeito a possibilidade de se levar uma ofensa ao Direito do Trabalho para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tanto no que diz respeito a possibilidade do Estado Brasileiro ser responsabilizado por isso, faz uma breve demonstração e análise de um dos mais emblemáticos casos concretos que se tem notícia.

Trata-se do caso n. 11.289<sup>8</sup> que teve como partes José Pereira Ferreira contra o Brasil. Neste caso, levado até a CIDH pelas “organizações não governamentais Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)”, consta que:

José Pereira foi gravemente ferido, e que outro trabalhador rural foi morto quando ambos tentaram escapar, em 1989, da Fazenda “Espírito Santo”, onde tinham sido atraídos com falsas promessas sobre condições de trabalho, e terminaram sendo submetidos à trabalhos forçados, sem liberdade para sair e sob condições desumanas e ilegais, situação que sofreram juntamente com 60 outros trabalhadores dessa fazenda. As petionárias advogam que os fatos denunciados constituem um exemplo da falta de proteção e garantias do Estado brasileiro, ao não responder adequadamente as denúncias sobre essas práticas que, segundo elas, eram comuns nessa região, e permitir de fato sua persistência.

---

<sup>8</sup> Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acessado em 20 de outubro de 2014.

Em resumo, o caso em questão foi finalizado em 18 de setembro de 2013, quando foi assinado um Acordo de Solução Amistosa,

No qual o Estado reconheceu a responsabilidade internacional e estabeleceu uma série de compromissos relacionados com o julgamento e punição dos responsáveis, medidas pecuniárias de reparação, medidas de prevenção, modificações legislativas, medidas de fiscalização e punição ao trabalho escravo, e medidas de conscientização contra o trabalho escravo.

Diante disso, em 24 de outubro de 2013, a Comissão Interamericana aprovou, por meio do Relatório 95/03, os termos do referido Acordo de Solução Amistosa assinado pelas partes.

Interessante notar que, até medidas pecuniárias de reparação foram tomadas, onde nos moldes da Lei 10.706/03 o Brasil teve que pagar, a título de indenização, a importância de R\$ 52.000,00 a José Pereira Ferreira.

O caso 11.289 é o mais emblemático e demonstra exatamente o que se defende neste estudo. Serve de baluarte para provar, em termos práticos, que o Direito do Trabalho é um Direito Humano passível de proteção pela CIDH, demonstra ainda que o Estado Brasileiro pode sim ser responsabilizado internacionalmente quando for ofensor direto ou indireto dos direitos dos trabalhadores.

### **3.4. O Procedimento para acionar a Comissão Interamericana**

As exposições atrás modeladas ajudaram a superar a discussão a cerca da possibilidade do Sistema Interamericano, por meio da Comissão Interamericana, analisar uma ofensa ao Direito do Trabalho ocorrida no Brasil.

Para entender o funcionamento da Comissão, e o procedimento para acionar sua atuação, deve se ter em mente o Pacto de São José da Costa Rica, o Regimento Interno e o Regulamento, ambos da Comissão, contudo, este último é o mais detalhado no que tange ao procedimento.

#### **3.4.1. O formulário para apresentar petição sobre violação dos Direitos Humanos**

Primeiramente, diante da ofensa a algum Direito Humano, o interessado em acionar a Comissão Interamericana, deve se valer de um formulário de denúncia, uma espécie de petição inicial.

Todas as reclamações levadas até a Comissão, quando não iniciadas motu proprio<sup>9</sup> pela Comissão, são feitas por meio de petição ou formulário de denúncia, que “foi desenvolvido de modo a auxiliar o peticionário a endereçar sua reclamação ao Sistema da maneira mais simplificada e célere.” (VELOSO, 2007, p. 109).

<sup>9</sup> Tradução: “oficiosamente”. Trata-se de atuação de ofício da Comissão, quando independente de provocação, a tramitação ser iniciada.



O formulário de denúncia pode ser enviado pela internet, por meio do site da Comissão Interamericana<sup>10</sup> ou pelo correio. O formulário pode ser preenchido em uma das quatro línguas oficiais da OEA, quais sejam, inglês, espanhol, português e francês.

Impende destacar que, o sigilo do denunciante é marca obrigatória das denúncias levadas até a Comissão. Contudo, não se deve confundir sigilo com anonimato, pois, quem tem interesse em acionar a Comissão deve revelar sua identidade ao preencher o formulário. A identidade será mantida em sigilo absoluto sendo conhecida apenas pelo denunciante e pela Comissão, salvo autorização em sentido contrário.

De forma sistemática, Pedro Augusto Franco Veloso (2007, p. 109) esclarece, sobre o formulário de denúncia, que:

O preenchimento segue um procedimento de seis passos facilitados, cada um englobando os principais aspectos que a denúncia deve envolver para que seja admissível e possa guiar os delegados da Comissão em busca da verdade sobre a violação dos Direitos Humanos. O formulário deve conter o maior número de informações possíveis, podendo-se ainda anexar documentos, gravações, vídeos e qualquer outro tipo de prova pertinente. As perguntas são diretas, dificultando o uso de retórica ou de política.

Levando em consideração o formulário via internet, de maneira simplificada, é interessante ver cada um dos passos para preencher o formulário de denúncia, sendo que o passo primeiro seria acessar o endereço eletrônico da Comissão na rede mundial, onde o formulário eletrônico pode ser facilmente encontrado.

Diante do formulário o interessado deve, num primeiro momento, informar os seus dados, independente de ser um terceiro ou organização. Deve também preencher os dados da vítima, da suposta violação aos direitos humanos, como o seu nome, ocupação, nacionalidade, sexo e endereço. “Se a vítima está desaparecida ou falecida, é possível substituir suas informações pelas de seus familiares para que sigam como representante da vítima diante da Comissão.” (VELOSO, 2007, p. 109).

Feito o passo inicial, passe a segunda etapa, que se destina a descrição das informações do país cujas ações são imputadas como violadoras dos Direitos Humanos. É neste momento que se identifica o Estado-Membro da OEA e as autoridades responsáveis pelos atos. Indica-se a data provável das supostas violações, assim como um relato fático da maneira mais detalhada possível, onde se conste as circunstâncias, lugar, a situação atual da suposta vítima etc. O peticionário deve, ainda, tentar identificar o Direito Humano que reputa ter sido violado, assim como, apontar a norma que o guarda.

Vencido o primeiro e segundo passos, tem-se a terceira etapa, que está ligada ao elemento probatório e corresponde a inserção dos documentos disponíveis para provar as supostas violações alegadas. Neste momento, o peticionário deve se valer de todos os

---

<sup>10</sup> Endereço eletrônico para se apresentar uma denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos de forma rápida: [https://www.cidh.oas.org/cidh\\_apps/instructions.asp?gc\\_language=P](https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/instructions.asp?gc_language=P).

documentos hábeis para demonstrar suas alegações, inclusive indicando as testemunhas da violação, que podem ter sua identidade mantida em sigilo.

Como em qualquer processo, as provas constituem elementos essenciais o que faz desta fase do formulário de denúncia uma das mais importantes e que merece maior atenção. O denunciante deve, antes de começar o procedimento de preenchimento do formulário da denúncia, estar de posse de todos os elementos que provam os fatos a serem levados até a Comissão.

Ultrapassados estas etapas, tem-se a quarta fase, que é necessária para se atingir o respeito ao artigo 46, 1 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>11</sup>, exigindo do peticionário que descreva sobre o esgotamento dos recursos internos.

Já na quinta etapa, objetivando trazer para a Comissão eventuais elementos que autorizam a concessão de alguma medida cautelar do artigo 25 do Regulamento, o peticionário deve informar se existe algum perigo para a vida, saúde ou integridade da vítima, seus familiares ou do próprio peticionário.

Por fim, a sexta e última etapa destina-se a evitar uma espécie de litispendência internacional, já que é aqui o momento destinado ao peticionário informar se alguma denúncia relativa aos atos violatórios foi apresentada anteriormente a outro órgão internacional.

Com base no exposto, o formulário de denúncia eletrônico ou virtual é a principal porta de entrada ao Sistema Interamericano que a individuo possui, por meio da Comissão Interamericana. É sem dúvida o canal mais direto entre a Comissão e as pessoas sobre sua jurisdição internacional.

Portanto, estes são todos os detalhes que o interessado em acionar a Comissão Interamericana deve observar no momento do preenchimento do formulário de denúncia. Caso queira se valer do procedimento físico, deve o interessado redigir no papel, em forma de petição, todos os dados acima descritos, enviado posteriormente, junto com os elementos probatórios, para a CIDH.

### **3.4.2. O processamento da denúncia na Comissão Interamericana**

Uma vez preenchido e enviado o formulário de denúncia, esta passa pelo exame de admissibilidade, para só então se tornar um caso investigado como processo aberto na Comissão. É assim que se começa o trâmite dentro do Sistema Interamericano.

A Secretaria Executiva é o órgão responsável pelo estudo e pela tramitação inicial das petições que forem apresentadas a Comissão, podendo solicitar ao peticionário que a emende. O artigo 28 do Regulamento da CIDH estabelece os requisitos de admissibilidade e validade<sup>12</sup> da denúncia para a Comissão.

<sup>11</sup> Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; [...]

<sup>12</sup> a. o nome, a nacionalidade e a assinatura do denunciante ou denunciantes ou, no caso de o peticionário ser uma entidade não-governamental, o nome e a assinatura de seu representante ou seus representantes



Com base nestes requisitos se percebe que não serão admissíveis as petições que tragam denúncia já presente em outro organismo internacional, da mesma forma aquelas denúncias que não caracterizam violações aos Direitos Humanos, quando serão consideradas infundadas ou improcedentes.

Conforme determina o artigo 29 do Regulamento, uma vez presentes os requisitos do citado artigo 28, a Secretária Executiva:

[...] Dará entregada à petição, fará seu registro e um recibo constando a data de recebimento. Se algo faltar, ela pode ainda pedir informações adicionais ao denunciante. Se na denúncia houver fatos, vítimas e violações distintas, ela pode separar a petição em várias, desde que presentes os requisitos anteriores em cada uma delas. Do mesmo modo, se mais de uma petição descrever o mesmo fato ou violação, elas poderão ser acumuladas num único processo, notificando-se posteriormente seus peticionários. (VELOSO, 2007, p. 113)

Percebe-se, assim, que a Comissão, por meio da Secretaria Executiva, tem uma grande discricionariedade, podendo manipular o caso da melhor forma que entender, com o objetivo de facilitar a investigação e apuração da eventual denúncia.

Após a entrada da petição, o artigo 30 do Regulamento determina que a Secretaria Executiva, transmita as partes pertinentes da petição ao Estado de que se trate a denúncia, solicitando dele uma resposta ou informações, que podem ser apresentadas em até dois meses, prorrogável por mais um mês. Se tratando de questão urgente, a resposta deverá ser imediatamente apresentada e medidas cautelares podem ser tomadas.

Conforme pondera Pedro Augusto Franco Veloso (2007, p. 113), todo este procedimento “acontecerá mesmo antes da Comissão se pronunciar acerca da admissibilidade da questão. Ela poderá até mesmo pedir uma audiência entre as partes e observações finais antes dessa pronúncia.”

Somente depois desse primeiro contato com a petição, Estado e vítima é que a Comissão Interamericana se manifestará sobre a admissibilidade. Se considerar inadmissível a petição será prontamente arquivada. Ao contrário, se considerada admissível os informes sobre a matéria, onde consta a identidade da vítima e do Estado serão publicados e o caso se tornará público.

---

legais; b. se o peticionário deseja que sua identidade seja mantida em reserva frente ao Estado; c. o endereço para o recebimento de correspondência da Comissão e, se for o caso, número de telefone e fax e endereço de correio eletrônico; d. uma relação do fato ou situação denunciada, com especificação do lugar e data das violações alegadas; e. possível, o nome da vítima, bem como de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada; f. indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de algum dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, embora não se faça referência específica ao artigo supostamente violado; g. cumprimento do prazo previsto no artigo 32 deste Regulamento; h. providências tomadas para esgotar os recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de fazê-lo de acordo com o artigo 31 deste Regulamento; i. indicação de se a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de solução de controvérsias de acordo com o artigo 33 deste Regulamento.

Após a publicação, diante efetivamente de um caso, a Comissão passará a análise do mérito. É neste momento que se fixará prazo de três meses para que os petionários apresentem suas observações adicionais quanto ao mérito (art. 37 do Regulamento).

Diante do não cumprimento do prazo fixado, ficando o Estado inerte, presumir-se-ão verdadeiros os fatos relatados na petição, salvo se outros elementos de convicção, não resultem em conclusão diversa (art. 38 do Regulamento).

O artigo 40 do Regulamento estabelece a possibilidade de solução amistosa, que pode se dar a qualquer momento, por iniciativa da Comissão ou a pedido das partes. A solução amistosa deve ser fundamentada no respeito aos Direitos Humanos estabelecidos na Convenção Americana, na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.

Caso sobrevenha a solução amistosa, a Comissão elaborará um relatório, onde se constará os fatos e a solução amistosa encontrada.

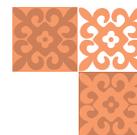
Restando infrutífera a solução amistosa o processo tramitará normalmente e após deliberação e votação, em sessão secreta, pela Comissão, o processo findar-se-á com um relatório onde se examinará as alegações, as provas apresentadas pelas partes e a informação obtida em audiências e mediante investigações *in loco*, nos estritos moldes do que determina o artigo 43 do Regulamento.

Sobre a finalização do processo perante a Comissão, Pedro Augusto Franco Veloso (2007, p. 115) pondera que:

Pode-se concluir que não houve violação alguma, transmitindo o conteúdo do informe às partes e o publicando. Caso haja violação, a Comissão elaborará um informe com as proposições e recomendações que julgar necessário para que a violação seja interrompida e reparada, enviando para o Estado e fixando um prazo para que esse cumpra as medidas. O informe ainda não será tornado público. [...] há duas formas de punições reconhecidas pela Comissão para os Estados violadores dos Direitos Humanos: a condução do caso à Corte, onde ele será propriamente julgado, ou a publicação de relatórios condenando as violações perpetradas por um país. Para muitos, a pecha de “violador” dos Direitos Humanos, conferida pela publicação desses relatórios, já funciona como uma pena, às vezes até dura demais. Por isso o relatório é endereçado somente ao Estado, esperando-se que ele proceda às requeridas reformas.

Como ilustrado, o procedimento de conclusão do processo perante a Comissão se dá por meio de deliberação em sessão privada onde os debates serão confidenciais, desta sessão será materializado um relatório onde se consignará a informação de que não houve violação ou de que houve violação aos Direitos Humanos.

Depois da deliberação e votação da Comissão, onde for reconhecida a violação aos Direitos Humanos, será estabelecido um “relatório preliminar” que contará com as proposições e recomendações necessárias para cessar e reparar a violação. Será fixado tam-



bém, prazo para que o Estado violador informe sobre as medidas adotadas para cumprir as recomendações.

Enquanto a Comissão não houver adotado uma decisão a respeito, a publicação do relatório preliminar não será permitida.

Elaborado o relatório preliminar e enviado ao Estado infrator, o peticionário será notificado e caso tenha interesse em levar o caso até a Corte deve informar: a posição da vítima ou de seus familiares, se diferentes do peticionário; os dados sobre a vítima e seus familiares; as razões com base nas quais considera que o caso deve ser submetido à Corte; e as pretensões em matéria de reparação e custos.

Tendo o Estado infrator aceitado a jurisdição da “Corte Interamericana” e não tendo cumprido as recomendações da comissão constantes no relatório preliminar no prazo de três meses<sup>13</sup> (art. 51.1 do Pacto de São José da Costa Rica, o caso será submetido a Corte, salvo se decisão fundamentada da maioria absoluta dos membros da Comissão dispor de forma contrária, conforme permissão do art. 45.1 do Regulamento).

Para analisar se o Estado infrator cumpriu ou não as determinações da Comissão, está considerará fundamentalmente os seguintes elementos: a posição do peticionário; a natureza e a gravidade da violação; a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema; e o efeito eventual da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros.

Ainda dentro daqueles três meses, contados da transmissão do relatório preliminar ao Estado infrator, não tendo o assunto sido solucionado ou não tendo o caso sido submetido a jurisdição da Corte Interamericana, a Comissão poderá emitir, por maioria absoluta de votos, um “relatório definitivo”, com seu parecer, conclusões finais e recomendações sobre o caso submetido a seu julgamento. (art. 47 do Regulamento).

Uma vez confeccionado o relatório definitivo, este será enviado as partes que poderão apresentar, em prazo pré-fixado, informações sobre o cumprimento das recomendações feitas.

De posse ou não das informações, a Comissão avaliará o cumprimento de suas recomendações e decidirá, por maioria absoluta dos votos, sobre a publicação do relatório definitivo. A Comissão deliberará ainda sobre a inclusão do relatório definitivo no “Relatório Anual à Assembléia Geral da Organização”.

O Regulamento da Comissão, no artigo 48, traz uma espécie de instituto pós-processual, que permite a Comissão após a publicação do relatório definitivo, adotar medidas

---

<sup>13</sup> Este prazo poderá ser suspenso pela comissão a pedido do Estado infrator, desde que reunidas duas condições: que o Estado haja demonstrado sua vontade de implementar as recomendações contidas no relatório quanto ao mérito, mediante a adoção de ações concretas e idôneas destinadas ao seu cumprimento; e que em seu pedido o Estado aceite de forma explícita e irrevogável a suspensão do prazo previsto no artigo 51.1 da Convenção Americana para o envio do caso à Corte e, conseqüentemente, renuncie explicitamente interpor exceções preliminares sobre o cumprimento de tal prazo, na eventualidade de que o assunto seja submetido à Corte. É o que dispõe o art. 46 do Regulamento.

de acompanhamento com o objetivo de verificar o cumprimento dos acordos entabulados na solução amistosa ou das recomendações feitas pela Comissão.

Estas são, portanto, as principais características que envolvem o trâmite das denúncias junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, onde, em resumo, o processo finaliza com a emissão de um relatório preliminar, ou uma medida mais enérgica como a publicação do relatório definitivo ou encaminhamento do caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos para que o eventual Estado infrator seja julgado.

O que se pode esperar é que essa ferramenta de combate as ofensas perpetradas em desfavor dos Direitos Humanos se popularize, trazendo para a proteção desses direitos mais uma alternativa, que aliada aos mecanismos popularmente conhecidos, forme uma efetiva rede protetiva.

## Conclusão

Iniciou-se a análise do tema com a problemática principal que indagava acerca da possibilidade, ou não, de a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tutelar as ofensas ao Direito do Trabalho eventualmente ocorridas no Brasil, país que aceitou sua jurisdição.

No decorrer do enfrentamento, buscou defender que seria plenamente possível levar uma agressão ao Direito do Trabalho até o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por meio de sua Comissão.

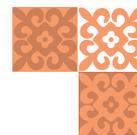
Para tanto, foi exposto que, como a Comissão Interamericana é responsável por proteger os Direitos Humanos, o Direito do Trabalho fazendo parte do rol destes direitos também estaria tutelado pela Comissão e sua jurisdição alcançaria os casos de ofensas aos trabalhadores e suas garantias ocorridas no Brasil.

Tal entendimento se faz extremamente necessário, pois alarga o sistema de proteção, já que na mesma proporção em que as garantias do trabalhador avançam, as ofensas cometidas contra ele também, demandando concomitantemente, uma evolução nos métodos de tutela desses direitos.

Sendo assim, é imperioso dar ao Direito do Trabalho a mesma proteção dada aos Direitos Humanos, aparelhando o sistema de proteção daquele direito com todos os mecanismos possíveis, inclusive com os mecanismos internacionais de proteção.

Superado e demonstrado essa ligação entre Direitos Humanos e Direito do Trabalho, que ensejaria a jurisdição da Comissão, passou a analisar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Esta etapa teve o objetivo de mostrar, detalhadamente, como qualquer interessado poderia provocar o Sistema Interamericano, dando uma noção geral de como efetivar a



atuação protetiva por meio da Comissão, bem como, a forma de tramite do processo de denúncia junto a este órgão.

Abordar o procedimento de acionamento da Comissão e o tramite das denúncias, trouxe uma previsibilidade do que o interessado enfrentaria ao se buscar a tutela de uma organização internacional do porte da OEA.

Desta feita, o entendimento, que pautou todo o desenvolvimento do trabalho na busca da resposta a problemática lançada, se baseou na intenção de alargar o sistema protetivo das garantias dos trabalhadores, que mesmo diante delas, vem tendo seus direitos constantemente pisoteados em prol de interesses escusos.

## Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2009.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade Concorrente na Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e Difusos**. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. **Efetividade da Tutela Coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal Direta nas Relações Sociais Entre Capital e Trabalho. Riscos do Trabalho e a Obrigação de Reparar os Danos Deles Decorrentes**. In: ALMEIDA, Renato Rua. **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Direitos Humanos x Direitos Fundamentais: Matriz Histórica Sob o Prisma da Tutela da Dignidade da Pessoa Humana**. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Pedro Augusto Franco. **Efetivando o Sistema Interamericano: Os Procedimentos Para Acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Trâmite Até a Corte**. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

# A especialidade ao contrato de Trabalho Desportivo

Vinícius Lantyer Oliveira Esquivel<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo pretende ser uma introdução ao estudo do contrato de trabalho desportivo. Delimita as principais diferenças entre o regime jurídico dos empregados celetistas e aquele dos praticantes desportivos. Intenta firmar, a partir dessa delimitação, as bases para compreender a principal dicotomia em sede de contrato de trabalho desportivo: vinculação – às entidades de prática desportiva – e liberdade – seja a contratual, consequência da autonomia da vontade, seja a de trabalho, assegurada constitucionalmente pelo art. 5º, XIII, da Carta Magna. **Palavras-Chave:** Contrato de Trabalho Desportivo. Lei Pelé. Transferências. Vinculação. Liberdade.

## 1 Introdução

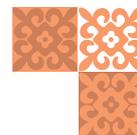
O contrato de trabalho desportivo demanda um estudo particularizado. O atleta profissional de futebol é empregado de seu clube, sendo remunerado por ele e subordinado ao seu poder diretivo. A relação trabalhista do praticante desportivo, contudo, afasta-se sobremaneira da relação laboral. A diferença principal reside no caráter obrigatoriamente temporário do vínculo juslaboral desportivo, o que foge à regra geral do Direito do Trabalho. É dizer, por motivos que serão abordados neste artigo, a indeterminação do contrato de trabalho comum é incompatível com o regime jurídico do praticante desportivo.

A exploração comercial da cedência do vínculo é, sem espaço para dúvidas, um dos principais motivos para essa discrepância. O objetivo deste estudo é analisar a posição do atleta profissional de futebol em meio aos institutos que permitem a referida comercialização de seu vínculo. Chega-se a afirmar que os atletas são considerados ativos financeiros para os seus clubes, notadamente para os sul-americanos, os quais veem na exportação de seus jogadores para os principais centros desportivos o principal meio de obtenção de recursos para gerir o funcionamento da entidade.

Dessa forma, a livre circulação dos jogadores seria prejudicial para os interesses dos clubes. O regime jurídico caminhará para a criação de mecanismos para a vinculação do atleta à entidade desportiva, prevendo, por exemplo, a obrigatoriedade de pagamento de valores para o rompimento do vínculo contratual. Embora criado a título de indenização pelos gastos com a formação e a preparação do atleta, tal mecanismo produz como efeito necessário a restrição da liberdade contratual do praticante desportivo. É dizer, fica prejudicada a liberdade de eleição do parceiro contratual, a liberdade de o trabalhador oferecer seus serviços a qualquer entidade empregadora, ainda que rivalize com seu clube.

---

<sup>1</sup> Técnico Judiciário do TRT5. E-mail: [vinicius.esquivel@trt5.jus.br](mailto:vinicius.esquivel@trt5.jus.br)



Vislumbra-se, neste cenário, um conflito de interesses em sede de contrato de trabalho desportivo. Por um lado, a vinculação do atleta profissional de futebol ao clube protege os interesses da agremiação e, ao mesmo tempo, da competição, vez que a circulação de atletas a qualquer tempo prejudica o desenvolvimento das equipes – diminui o nível das exhibições – e impede o equilíbrio desportivo, ao facilitar que os clubes de maior potencial financeiro obtenham os serviços dos principais atletas, equilíbrio esse sem o qual não há interesse do público, atraído, justamente, pela imprevisibilidade dos resultados – prejudica, portanto, o espetáculo.

Em sentido diametralmente oposto, a liberdade de trabalho é direito consagrado constitucionalmente. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XIII, preconiza a liberdade de trabalho como direito fundamental. Por melhor que sejam os contratos dos atletas e, como veremos, essa não é a regra, eles atuam com subordinação, pessoalidade, não-eventualidade e visando à obtenção de uma remuneração. São, portanto, empregados das entidades de prática desportiva.

Os atletas profissionais não podem ver sua liberdade de atuar para o clube que desejam, seja pelo local em que almejam residir, seja por preferência clubística, por exemplo, restringida por mecanismos que abarcam tão somente os interesses desportivos; e os interesses laborais, como ficam? Também não podem ser proibidos de negociar melhores contratos e gerir seu futuro profissional. A liberdade de trabalho é direito constitucional que não pode ser negado aos trabalhadores desportivos.

O presente artigo intenta analisar as principais distinções entre o contrato de trabalho comum, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, e o contrato especial de trabalho desportivo – nomenclatura esta empregada pela Lei 9.615 de 1998, em seu art. 28 –, regido pela referida lei. Com essa análise, almeja-se compreender o principal dilema em sede de contrato de trabalho desportivo: como compatibilizar a vinculação, que tutela os interesses da competição e das entidades de prática desportiva, e a liberdade do praticante desportivo, que diz respeito à tutela dos interesses laborais.

Os atletas profissionais de futebol assumem a posição de sujeito ou objeto de direito nas transferências entre entidades desportivas? Para responder a essa pergunta, imprescindível o estudo do contrato de trabalho desportivo.

## **2 O Contrato de Trabalho Desportivo**

### **2.1 O reconhecimento do atleta enquanto profissional**

O futebol é o esporte dos brasileiros. Sem menoscabar a relevância das demais modalidades desportivas, é inegável a proximidade natural dos brasileiros para com o esporte bretão.

As tentativas de conceituação de esporte são inúmeras. Segundo Loy Jr., é “qualquer forma alegre de competição cujo resultado é determinado pela habilidade física, estraté-

gia, ou empregada individualmente ou em combinação.” Para os fins deste trabalho, interessa o conceito trazido por Magnane. Para o sociólogo, esporte pode ser definido como:

actividade de lazer cuja dominante é o esforço físico, participando simultaneamente do jogo e do trabalho, praticada de forma competitiva, comportando regras e instituições específicas, e susceptível de se transformar em atividade profissional.

Dessa forma, tendo sua origem como atividade recreativa, o desporto competitivo requer a elaboração de regras que o tornem justo e equilibrado. A competitividade, além disso, enseja a profissionalização do praticante, vez que a disputa traz consigo a existência de adeptos, os quais passam a investir direta ou indiretamente na entidade desportiva e dela esperam o resultado almejado. Os clubes, por seu turno, consideram relevante manter os atletas mais qualificados em seu plantel, pois são eles o diferencial para a conquista das vitórias e, portanto, dos adeptos.

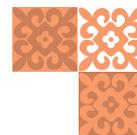
Pode-se inferir dessas premissas iniciais que o enlace entre o desporto – a partir daqui, especificamente, o futebol – e o Direito é natural. Em primeiro plano, não há falar em competição sem a existência de regras técnicas, as denominadas “regras do jogo”. Imprescindível que haja parâmetros para sacramentar o vencedor de uma disputa. Conforme pontua Musset, esporte é um “jogo consistente em um exercício físico, submetido a certas regras”.

Por outro lado, a profissionalização do esporte demanda, à evidência, a regulamentação por parte do Estado. No Brasil, a lei que institui normas gerais sobre o desporto é a Lei nº. 9.615 de 1998, que revogou a Lei nº. 8.672/93.

Sobre a convivência entre o Direito e o Desporto, vale a transcrição das palavras de Amado:

Neste sentido, pode dizer-se que o direito cria a actividade desportiva, pois esta não se concebe sem aquele, não faltando inclusive quem afirme que o desporto talvez seja, de entre todas as actividades humanas, aquela em que a regra jurídica ocupa um lugar de maior relevo.

Assentadas tais ideias, afirma-se que, se um dia a fórmula “desportismo profissional” já foi entendida como absurda, contraditória e imoral, considerando a sua origem como atividade recreativa, hoje não há mais quem ignore essa realidade. A comercialização do universo desportivo, consequência da popularidade do esporte e da intensa publicidade efetuada tanto pelos clubes quanto pelas ligas, é perceptível mesmo a quem não busca informações da mídia especializada. Notícias sobre os valores dos salários dos atletas profissionais de futebol e das altas montas que envolvem as transações entre entidades desportivas são vistas cotidianamente e demarcam o considerável relevo do futebol enquanto atividade econômica.



## 2.2 Vinculação e liberdade

O Conselho de Estado espanhol afirmava, já em 1991, sobre o desporto:

é um produto de consumo, uma adequada utilização do ócio, um meio fantástico de publicidade, uma fonte de saúde e de emprego, um modo de vestir, um grande negócio e um instrumento de poder.

Tanto mais hoje, com os avanços legislativos que permitiram gradativamente a sobreposição da liberdade contratual em relação à antiga vinculação inexorável dos atletas às entidades, aquecendo o mercado e elevando os valores envolvidos.

Nesse cenário, não se pode olvidar da posição do atleta profissional de futebol. Protagonista que é, recebe da mídia e dos adeptos o reconhecimento pelos resultados em campo, sendo alçado em alguns casos ao patamar de celebridade. Essa, contudo, não é a realidade do país. Os grandes astros são minoria. É preciso ter em mente que, no Brasil, 82% dos jogadores de futebol recebem até dois salários mínimos, enquanto apenas 2% recebem acima de 20 salários mínimos.

Mesmo os atletas profissionais considerados estrelas, contudo, são empregados de seus clubes. Não há discussão quanto a isso. Portanto, não se pode desconsiderar que os atletas envolvidos nesse subsistema do capitalismo devem ter seus direitos trabalhistas salvaguardados. Como compatibilizar as características imanentes a um trabalhador com a peculiar lógica empresarial do desporto profissional?

O contrato do jogador de futebol é um contrato especial de trabalho desportivo. Reconhecer a especialidade do vínculo, entretanto, não importa aceitar a utilização do atleta profissional de futebol como verdadeira moeda de troca entre as entidades desportivas. Todo o oposto. O desporto para os atletas profissionais é encarado como trabalho, não como recreação. E a liberdade para trabalhar onde desejar é algo que não pode ser sobrepujado pela necessidade que os clubes possuem de vincular o atleta.

Doutra monta, ao tempo em que não se pode limitar demasiadamente a liberdade contratual do atleta-empregado, que veria sua vontade subtraída em prol da vontade do empregador, não se pode admitir a total liberdade, sob pena de pôr em risco o prosseguimento das competições, que necessitam do equilíbrio desportivo para atraírem o público. Permitir que atletas desvinculem-se da agremiação ao final de uma competição, por exemplo, em sua fase decisiva, compromete todo o planejamento feito para a temporada. O desporto, e eminentemente o futebol, sobrevive do equilíbrio. Não se costuma acompanhar esporte cujo resultado já se conhece antes da disputa.

Este artigo busca ser uma introdução ao estudo do vínculo trabalhista dos atletas profissionais de futebol. Para tanto, indispensável a análise das especificidades do contrato de trabalho desportivo em relação ao contrato de trabalho convencional.

## 2.3 Especialidade do contrato de trabalho desportivo

É certo que o enlace trabalhista do jogador de futebol em vários aspectos difere do vínculo trabalhista previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Não por outro motivo que a Lei n. 9.615/98, em seu art. 28, estabelece que o vínculo entre atleta e clube é pactuado em contrato especial de trabalho desportivo.

Dispositivos do referido corpo normativo consagram expressamente a inaplicabilidade de outras tantas disposições legais previstas na CLT. À guisa de exemplo, o art. 30, parágrafo único, dispõe sobre a inaplicabilidade dos arts. 445 e 451, ambos da CLT, ao contrato de trabalho desportivo. O §10 do art. 28 também prevê a inaplicabilidade dos arts. 479 e 480, da CLT.

Outros países também possuem diplomas normativos específicos para regulamentar o contrato de trabalho desportivo. Em Portugal, a Lei n.º 28/98; o Real Decreto nº 1006/1985, na Espanha; e, na Itália, a Lei nº. 91, de 23 de Março de 1981, são exemplos de normas regentes do contrato de trabalho do jogador de futebol, todas demarcando a especialidade do vínculo do praticante desportivo em relação ao enlace do empregado comum.

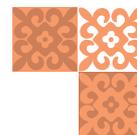
A doutrina entende que a inaplicabilidade do Direito do Trabalho comum ao atleta profissional de futebol decorre da sua inadequação flagrante. É o que se passa com outros contratos especiais de trabalho, como o do artista e o do técnico em espetáculos de diversões, disciplinados, no Brasil, pela Lei n.º 6.533/1978. Sobre essa especialidade, fala-se em “tipicidade social” e “tipos extralegais” ou “tipos sociais.”

A autonomia do Direito do Trabalho Desportivo advém do reconhecimento desse caráter especial do vínculo trabalhista do praticante desportivo. Para compreender os institutos próprios desse ramo é preciso afastar-se do raciocínio laboral comum sem, contudo, deixar de reconhecer a importância dos princípios do Direito do Trabalho, os quais, historicamente, propiciaram melhores condições de vida para o empregado, amenizando os efeitos da subordinação jurídica – ainda mais intensos para o atleta profissional de futebol.

Nessa esteira, as palavras de Albino Mendes Baptista pontuam a imprescindibilidade do “pensar desportivamente”:

Ao legislador e ao intérprete não basta terem a sensibilidade laboral, é preciso terem sensibilidade desportiva, o que exige um esforço acrescido. Tudo isto implica que o intérprete deva procurar as soluções jurídicas adequadas à realidade laboral desportiva, despindo necessariamente a camisola do direito laboral comum pensado para outro tipo de trabalhadores e de realidade. (...) Acrescentamos agora que o futuro do Direito Laboral Desportivo passará pela afirmação do contrato de trabalho desportivo como um tipo autónomo, que obedece a uma valoração qualitativamente diversa da existente em sede de Direito do Trabalho (comum).

### 2.3.1. Enquadramento único



Relevante mencionar, por oportuno, a crítica feita ao denominado “enquadramento único”, mencionada tanto por João Leal Amado como por Albino Mendes Baptista. A realidade é composta por situações plurais, diversificadas, cada qual com sua peculiaridade. É sempre um risco a tentativa de conceber os dispositivos legais como suficientes para a previsão de todas as possibilidades. Não se deve assumir uma figura estereotipada de empregado ou de empregador.

A proteção voltada a um trabalhador qualificado deve ser diferente daquela direcionada a um trabalhador indiferenciado, sob pena de gerar situações juridicamente desadequadas e socialmente injustas. Um diretor de banco e uma empregada doméstica, por exemplo, devem ser tutelados de acordo com suas especificidades – como ocorre na legislação brasileira.

Nessa toada, verifica-se que conceder maior espaço contratual é o modo de propiciar soluções diferentes para situações diversas. Surge, então, o pluralismo tipológico do contrato de trabalho.

### **2.3.2. Pluralismo tipológico**

Por pluralismo tipológico entende-se a abordagem do contrato de trabalho enquanto gênero que compreende diversas espécies. O contrato de trabalho desportivo, portanto, consiste numa dessas espécies, criadas a partir da compreensão da pluralidade das situações contratuais. Para David Jacotot, o contrato constitui “um instrumento de gestão da especificidade desportiva.”

Entende-se relevante pontuar as peculiaridades do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol como forma de evitar a aceitação pura e simples dos conceitos oriundos do Direito do Trabalho. Sem pretensão de esgotar as discrepâncias entre o contrato de trabalho típico e o contrato do praticante desportivo, serão analisadas, a seguir, as principais diferenças dos regimes jurídicos.

## **2.4 PRINCIPAIS DISTINÇÕES**

Como é cediço, a estabilidade no emprego é uma luta histórica dos trabalhadores. Mecanismos jurídicos são criados para proteger o empregado da demissão sem justo motivo. A vinculação ao trabalho é encarada como medida benéfica ao empregado, o qual vislumbra na permanência no emprego a segurança de possuir um salário garantido. Não por outro motivo que a continuidade do vínculo empregatício é um princípio para o Direito do Trabalho.

Para o praticante desportivo, no entanto, a lógica é inversa. Interessa ao desportista profissional – notadamente, ao jogador de futebol – a liberdade de trabalho. Com efeito, a Lei n.º 9.615/98, alcunhada como Lei Pelé, preconiza que o contrato de trabalho desportivo terá prazo determinado, com vigência mínima de três meses e máxima de cinco anos (art. 30). Ao contrário do trabalhador celetista, para o qual o contrato por tempo determinado deve ser a exceção – sendo, inclusive, as irregularidades passíveis de reconduzir o vínculo em contrato por tempo indeterminado –, o jogador de futebol deve ter seu contrato pactuado, obrigatoriamente, por tempo determinado.

## Sobre a diferença dos regimes jurídicos, a doutrina assim leciona:

Frise-se, outrossim, que inversamente à luta histórica do trabalhador comum ao reivindicar pela segurança do liame empregatício, traduzida no princípio da continuidade da relação de emprego, na atividade esportiva profissional, a “batalha” continua a ser pela derrocada total dos *player mobility restraints*, em outros termos, pela prevalência da plena liberdade de trabalho, a que o direito anglô-saxão nomeia *free agency*, em detrimento da restrição à livre mobilidade atlética.

O parágrafo único do art. 30 da Lei Pelé refere-se à inaplicabilidade dos arts. 445 e 451 da Consolidação das Leis do Trabalho, dada a incompatibilidade com o regime juslaboral desportivo.

E qual seria o porquê do contrato a termo? O principal argumento é o da efemeridade da profissão. Como se sabe, os praticantes desportivos costumam iniciar a carreira por volta dos 16/18 anos, encerrando-a não muito após os 30 anos. A contratação sem termo, dessa forma, não faria sentido.

Para João Leal Amado, no entanto, tal argumento é insuficiente. Haveria formas de contornar o caráter efêmero da profissão. Uma das soluções seria firmar um contrato de duração indeterminada até atingir certa idade (30 ou 35 anos) e, alcançada a idade, o contrato passaria a ser considerado a prazo.

Verifica-se, ademais, que o contrato de trabalho desportivo nem sempre fora considerado por tempo determinado. Antes da Lei Pelé, havia no Brasil o instituto do passe. Por meio dele, o empregador detinha o direito de gerenciar a carreira do atleta mesmo após a extinção do contrato de trabalho. Isso porque, à época, julgava-se o vínculo desportivo como principal, sendo o vínculo trabalhista somente acessório. Em que pese o contrato de trabalho ter chegado ao seu termo, o clube poderia exigir uma quantia para que o atleta pudesse atuar por outra entidade de prática desportiva. O atleta somente seria dono de seu passe aos 32 (trinta e dois) anos e se tivesse ao menos 10 (dez) anos de serviços prestados ao clube.

O vínculo, portanto, perdurava por toda a sua carreira. É o que o direito francês denominava *contrat à vie*. De acordo com a legislação francesa anterior a 1969, todo jogador profissional ou semi-profissional se encontrava ligado ao respectivo clube até a idade de 35 (trinta e cinco) anos.

O contrato a termo, desse modo, não é condição imanente ao vínculo do praticante desportivo. Consiste numa conquista social do praticante desportivo. Funciona como “instrumento de liberdade”, “instrumento de libertação face a formas de servidão contratual não mais sustentáveis, traduzindo-se num meio de realização da liberdade de trabalho do praticante”.



Em resumo, a principal diferença entre o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol e o contrato de trabalho do empregado comum, regido pela CLT, reside na necessária temporalidade do primeiro. Isto porque enquanto a lógica da relação laboral comum é a da precariedade do trabalho, na relação laboral desportiva a lógica é a da liberdade do trabalhador.

Mas há outras divergências que merecem destaque.

As regras de jornada de trabalho não se aplicam ao praticante desportivo. A Lei n.º 9.615/98 silencia sobre a jornada de trabalho, mas as regras celetistas não podem ser utilizadas. Observando-se o tempo gasto com as viagens, os períodos de concentração, o dia de descanso semanal, por exemplo, constata-se a inadequação das normas da CLT. Como controlar a jornada do atleta, submetido a intensos treinamentos físicos e táticos, viagens e exposições?

Outra diferença reside no modo de utilização do poder disciplinar. Com efeito, raramente se verificam demissões, uma vez que os atletas são considerados ativos financeiros das entidades de prática desportiva. Dessa forma, o mais comum na relação laboral usual é a extinção por vontade do empregador; na relação laboral desportiva, verifica-se o contrário. Em geral, é a vontade do praticante desportivo que determina o rompimento do contrato antes do seu termo.

O pacto de não-concorrência também não se aplica para o contrato de trabalho desportivo. Aceito no âmbito da relação laboral comum, o pacto consiste na limitação temporal de atuação de determinado empregado após o término do contrato. Para tanto, a doutrina entende que deve existir compensação financeira adequada e limitações temporal e geográfica do acordo.

A preocupação, aqui, refere-se à indevida utilização de informações sigilosas do ex-empregador, prejudicando a sua atuação no mercado. No contrato de trabalho desportivo, pois, não se verifica a existência de dados que devem ser resguardados, sob pena de prejudicar o equilíbrio desportivo.

É trivial na relação laboral desportiva a inclusão contratual de cláusula que permite a diminuição do salário em caso de rebaixamento do clube. Segundo pesquisas, 85% dos clubes da liga inglesa utilizam essa cláusula. Enquanto na relação laboral comum seria possível entender tal cláusula como ofensiva à alteridade, ou seja, à premissa de que o empregador é quem deve assumir os riscos da atividade empreendida, já que é quem se beneficia dos lucros, bem como violadora do princípio da proibição do retrocesso social, adequa-se esse tipo de estipulação à realidade desportiva:

Pensa-se que esta norma corresponde também a uma exigência imposta pelas especificidades da actividade laboral desportiva. É evidente que se, por exemplo, o clube desce de divisão a retribuição do praticante deve poder diminuir, atentas as implicações no plano das receitas televisivas, publicitárias, de espetadores, etc.

Destarte, a validade da cláusula que permite a diminuição do salário ou até mesmo a resolução contratual no caso de despromoção da entidade de prática desportiva passa pela compreensão da peculiaridade do vínculo existente. Por um lado, permite que os clubes protejam-se, considerando o notório impacto que o rebaixamento causa nas receitas. Por outro, tutela interesses do praticante, a quem a despromoção pode prejudicar a valorização profissional.

Outra discrepância do contrato de trabalho desportivo é a subversão à regra do salário equiparado para trabalhos iguais. Com efeito, inaplicável a previsão do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho: “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.”

O desporto coletivo, notadamente o futebol, prestigia o talento, a criatividade e a eficiência. A reunião dessas características em um só jogador é o que distingue a estrela do clube em relação aos atletas comuns. A raridade com que tal combinação ocorre, a escassez de craques, pode-se dizer, implica na necessária valorização dos praticantes diferenciados. Como consequência natural, surge a disparidade na remuneração dos atletas comuns para a remuneração dos “astros”.

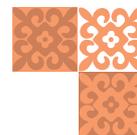
A título exemplificativo, o Chicago Bulls, time da NBA – National Basketball Association, principal liga norte-americana de basquete, despendia 58 milhões de dólares com o seu plantel na temporada de 1996/1997. Enquanto isso, Michael Jordan, principal estrela do clube, recebia 30 milhões de dólares. É dizer, um só atleta tinha como remuneração o equivalente a mais de 50% dos gastos do clube com todo o seu plantel. Incompatível, portanto, a regra da equiparação dos salários em sede de contrato de trabalho desportivo.

Os atletas profissionais de futebol também conhecem o mecanismo da cessão temporária, algo que foge à prática laboral comum, embora seja encontrado com mais frequência no serviço público.

A cedência temporária – como denomina a doutrina lusitana – é interessante para todos os envolvidos. O clube cedente reduz as despesas com o plantel; o atleta adquire experiência e completa sua formação tática, tendo mais chances de atuação; e o clube cessionário obtém os serviços de jogador que não possui condições de contratar definitivamente. A relevância da cessão de contrato de trabalho desportivo é tal que, na Espanha, fala-se em “direito do praticante à cedência temporária a outro clube quando ao longo de toda uma época desportiva não tenha sido utilizado em competições oficiais”.

A reintegração prevista para hipóteses de demissão do empregado estável não parece coadunar-se com a relação laboral desportiva. O acentuado caráter fiduciário do vínculo do atleta com o clube, torcedores e técnico, desaconselha a reintegração.

Se não fora do interesse da entidade de prática desportiva fazer perdurar o vínculo, significa que o atleta não mais faz parte dos planos da equipe, seja porque não agradou aos adeptos, ao técnico ou ao comando do clube. A reintegração, portanto, não seria do



interesse do próprio atleta, que poderia ver prejudicada a sua carreira ao manter o vínculo com clube que não o escale com frequência.

Por fim, não é despidendo mencionar a figura do empresário desportivo como uma especificidade do contrato de trabalho desportivo. Segundo a doutrina, a intervenção do agente nas negociações rompe com o princípio tradicional do Direito do Trabalho, o da proibição da intermediação na celebração de contratos. O denominado “terceiro homem” da relação laboral desportiva acaba por reequilibrar as negociações em sede de contrato de trabalho, subvertendo a lógica natural do direito laboral, segundo a qual uma das partes detém naturalmente mais poder de decisão.

Importa afirmar, após essa sintética análise das principais diferenças entre o contrato de trabalho comum, regido pela CLT, e o desportivo, regido nomeadamente pela Lei n.º 9.615/98, a importância do estudo particularizado deste contrato especial. Com efeito, a especialidade reside na:

necessidade de na sua disciplina jurídica se coordenar o aspecto laboral com o aspecto desportivo, pela necessidade de compatibilizar ambas as suas facetas. Trata-se, então, de articular a tradicional protecção do trabalhador/desportista com a adequada tutela do desporto/competição desportiva, visto que, para o ordenamento jurídico estadual, estes são dois valores de extrema importância, cuja conciliação mostra-se indispensável.

Em última análise, as especificidades são de tal monta que se pode questionar a aplicação subsidiária das normas trabalhistas comuns, como o faz Albino Mendes Baptista. A solução do legislador espanhol parece adequada: as normas laborais comuns devem ser aplicadas supletivamente, desde que não sejam incompatíveis com a lógica própria da relação juslaboral desportiva, conforme preconizado pelo art. 21º do Real Decreto n.º 1006/1985.

A Lei n.º 9.615/98 não dispõe de maneira clara, mas este deve ser o viés interpretativo da norma do art. 28, §4º, que assim dispõe: “aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei”.

### **3. Considerações Finais**

Ao final, reafirma-se a relevância do estudo particularizado do Direito do Trabalho Desportivo para a compreensão dos seus institutos. O contrato de trabalho desportivo é negócio jurídico que consubstancia a vinculação e a liberdade, valores aparentemente opostos, mas que dizem respeito à lógica laboral desportiva. Não há desporto profissional sem vinculação; inexistente labor sem liberdade. Deve-se encontrar o equilíbrio necessário quando da interpretação das situações nesta seara.

Este é o desafio para o desenvolvimento da matéria. Não se admite o argumento segundo o qual, por se tratarem de empregados que recebem elevadas retribuições, justificam-se ilegítimas restrições à liberdade de trabalho da categoria. Além do desconhecimento quanto ao fato de ser minoria a parcela de praticantes que auferem grandes quantias remuneratórias, não se vislumbra qualquer plausibilidade na discriminação dos atletas neste ponto. Vinculam-se aos clubes como empregados. O jogo, para eles, não é só recreação; é também o seu trabalho. Afirma-se, em verdade, o oposto: é o seu trabalho que também é um jogo.

O atleta profissional de futebol merece proteção tanto quanto o empregado comum. Seu contrato é especial, sim, mas é de trabalho desportivo. Como assevera João Leal Amado, “uma prisão dourada, sendo dourada, não deixa de ser uma prisão”. Se o Direito do Trabalho desenvolveu-se para que os empregados deixassem de ser tratados enquanto objetos de direito, conclui-se que o Direito do Trabalho Desportivo surge para, a um só tempo, salvaguardar a competição desportiva e evitar que os praticantes desportivos sejam, igualmente, coisificados.

## Referências

AMADO, João Leal. **Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BAPTISTA, Albino Mendes. **Estudos sobre o Contrato de Trabalho Desportivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CALLIL, Lucas. Triste Realidade: No Brasil, 82% dos jogadores de futebol recebem até dois salários mínimos. Disponível em: <http://extra.globo.com/esporte/triste-realidade-no-brasil-82-dos-jogadores-de-futebol-recebem-ate-dois-salarios-minimos-6168754.html>. Acesso em: 14 de ago. de 2014.

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

LEITE, Camila Flávia Vieira & MARTINS, Juliana Régent. Pacto de não concorrência e a recente decisão do TST a respeito do tema. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203376,51045-Pacto+de+nao+concorrencia+e+a+recente+decisao+do+TST+a+respeito+do>. Acesso em: 20 de set. de 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, Rafael Teixeira. **Da Cláusula Penal às Cláusulas Indenizatória e Compensatória do Contrato de Trabalho Desportivo no Brasil**. In: MELO FILHO, Álvaro; FILHO, Fábio Menezes de Sá; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Org.). **Direito do Trabalho Desportivo: Atualizado com a Nova Lei Pelé**. 1. ed. [s.l.]. Quartier Latin, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da; SOUSA, Fabrício Trindade. **A Evolução do Futebol e das Normas que o Regulamentam: Aspectos Trabalhistas-Desportivos**. São Paulo: LTr, 2013.

## Decisões

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Seção de Dissídios Coletivos

Identificação

PROCESSO nº 0006893-77.2014.5.15.0000 (DCG)

SUSCITANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - OFICIAL

SUSCITADO: REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS, MUNICÍPIO DE AMERICANA, SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS

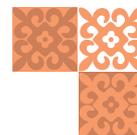
RELATORA: TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO DO MUNICÍPIO.

Constitui dever do Estado assegurar o direito à saúde da população, cujas ações e serviços poderão ser executados diretamente ou através de terceiros, de modo que a contratação de pessoa jurídica para atender tal finalidade, por si só, não constitui irregularidade. In casu, o Município firmou com a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS contrato de gestão, responsabilizando-se integralmente pelos recursos financeiros, bem como por disponibilizar o local e os meios necessários à execução do objeto do contrato, além de fornecer os materiais de consumo. Inequívoco, portanto, que ao ente público cabe responder pelos serviços prestados pela contratada, com o intuito de promover o cumprimento de obrigações sociais de relevância pública, tendo a norma constitucional nestes termos fixado os limites de sua responsabilidade nos artigos 196 e 197 da Carta Política de 1988.

GREVE. DISPENSA DE TRABALHADORES DURANTE O MOVIMENTO PARALITANTE. ATO ILÍCITO.

Não demonstrado o abuso do direito de greve, as dispensas de trabalhadores efetuadas durante o período de paralisação violam o ordenamento jurídico vigente e configuram ato ilícito praticado pelo empregador. Inteligência dos artigos 7º, 9º, 11 e 14 da Lei 7.783/89, sob a perspectiva garantista traçada pelo artigo 9º da Constituição Federal.



## DESTINAÇÃO DE VALOR DA MULTA AO FAT. INADEQUAÇÃO. NECESSIDADE DE CONFERIR EFETIVIDADE AO ESCOPO COERCITIVO DA COMINAÇÃO A FIM DE GARANTIR A EFETIVA REPARAÇÃO DA LESÃO.

O presente dissídio coletivo busca coibir a prática de dispensa de empregados durante o movimento paredista, ante a relevância dos serviços de saúde para a comunidade local. O FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador - foi instituído pela Lei 7.998/90 com a finalidade de custear o programa de seguro-desemprego, pagamento de abono salarial e financiamento de programas de desenvolvimento econômico, de sorte que se revela inadequado para atender à finalidade coercitiva almejada. Assim, sob a perspectiva dos princípios fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 a multa eventualmente devida deve ser revertida em prol da entidade que presta serviços em benefício da saúde da sociedade local, assim conferindo efetividade à prestação judicial, o que pode contribuir de maneira significativa para reconstruir a ordem jurídica na localidade em que ocorreu a lesão.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, alegando atuação respaldada no parágrafo 3º do artigo 114 da Constituição Federal, ajuíza o presente dissídio coletivo de greve objetivando a manutenção de, “no mínimo, 30% (trinta por cento) do efetivo de trabalhadores em atividade em todas as Unidades de Serviços de Saúde do Município de Americana denominadas PAIs - Programa de Atendimento Imediato, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada uma das partes que descumprir a determinação judicial, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador”. Requer que a suscitada REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS “se abstenha de dispensar trabalhadores durante o período de greve, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por trabalhador dispensado, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador”. Pretende que aos trabalhadores sejam assegurados o direito ao pagamento dos dias de paralisação e a garantia de emprego pelo período de 90 dias, contados do término da greve. Postula a declaração de nulidade das dispensas ocorridas durante o período da greve (Id b3abc88).

Assevera que, diante “da negligência da administração municipal, que não cumpriu os compromissos assumidos perante este órgão ministerial e não efetuou o repasse dos recursos financeiros necessários ao pagamento dos salários de todos os trabalhadores da saúde pública municipal, e considerando que o movimento paredista já dura 16 dias, com evidente prejuízo à população do Município de Americana, este órgão ministerial concluiu ser de bom alvitre o ajuizamento do presente dissídio coletivo com a finalidade de garantir o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e de assegurar direitos e garantia dos obreiros, eis que os trabalhadores estão reivindicando o justo direito ao pagamento dos salários do mês de agosto, vencidos no 5º dia útil do mês de setembro/2014”.

Aduz que “a greve é legítima e não abusiva, pois os trabalhadores estão reivindicando o justo direito ao pagamento dos salários do mês de agosto, vencidos no 5º dia útil do mês de setembro/2014. Entretanto, faz-se necessária a manutenção de efetivo suficiente ao atendimento das necessidades inadiáveis, razão pela qual o parquet entende que deverá

ser fixado em, no mínimo, 30% (trinta por cento) o efetivo de trabalhadores em atividade para atender às necessidades inadiáveis da população”.

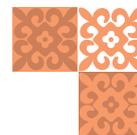
Por fim, sustenta que, “embora constitucionalmente assegurado o direito de greve, não poderá a paralisação se perpetuar no tempo, sobretudo por se tratar de paralisação de serviços públicos na área da saúde, que afeta parcela considerável da população municipal (cinco unidades de saúde pública). Assim, devem as partes apresentar neste dissídio - caso permaneçam inconciliadas - suas propostas quanto à regularização do pagamento dos salários, de modo a serem apreciadas pelo Poder Judiciário, visando à solução do conflito” (Id b3abc88).

Em contestação, a suscitada REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS aduz ser “associação não governamental sem fins lucrativos, que possui contrato de gestão de unidades de saúde junto ao Município de Americana, também ora Suscitado”, sendo que “esse liame, em razão das grandes dificuldades financeiras do Município de Americana em adimplir integralmente o contrato de gestão celebrado entre as partes, com constantes atrasos em repasses integrais dos valores contratados para manutenção dos referidos serviços de saúde, houve acordo e renovação do contrato celebrado anteriormente para que a Suscitada administre apenas 02 (duas) das 06 (seis) unidades de saúde... Diante da situação, não existem meios, sejam estruturais ou financeiros, para que a Suscitada mantenha todas as frentes de emprego existentes atualmente, sendo necessária a adequação à nova realidade”.

Afirma que “não ocorreram dispensas ilegais durante o período de greve, mas sim a notificação pela Suscitada da intenção de rescisão dos contratos individuais de trabalho, necessária em virtude da natureza contínua do pacto das atividades em questão”. Alega que depende “inteiramente do Município de Americana para pagamento de verbas trabalhistas”, razão pela qual “não tem alternativa senão reformular toda a estrutura/orgnograma de empregados das unidades anteriormente administradas, sendo a rescisão de contratos de trabalhos latente”. Assevera que o “Município de Americana, como demonstrado veementemente pelo Parquet, não cumpriu com suas obrigações e, após a renovação do contrato de gestão, se desobrigará no pagamento de salários de postos de trabalho não mais contemplados, lembrando que a Suscitada depende inteiramente do Município para pagamento de salários”.

Por fim, aduz que assegurar “garantia de emprego para os trabalhadores por 90 (noventa) dias, sendo que a Suscitada não mais terá a administração de todas as 06 (seis) unidades de saúde em questão, é contrário ao seu direito e com absoluta certeza causará dano irreparável, pois a Suscitada sequer terá como pagar verbas trabalhistas do período requerido e de quem cobrar” (Id f0bb374).

O SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS noticia que o “movimento paredista encerrou-se no dia 01 de outubro de 2014, com o pagamento dos salários do mês de Agosto de 2014.” Aduz que “no transcurso da greve foram observados todos os ditames contidos na lei 7783/89 (lei de greve), não ocorrendo nenhum incidente em seu desenrolar”, razão pela qual “faz-se mister a condenação da requerida REDE DE PROTEÇÃO A SAÚDE e MUNICÍPIO DE



AMERICANA ao cumprimento dos itens 4.1.a), usque 4.2.a), b), c) e d), da vestibular” (Id ec24e7d).

Em audiência o Sindicato afirmou que os trabalhadores “pretendem a estabilidade de 90 dias, pagamento dos dias parados, bem como reversão das despedidas”. Os suscitados REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS e Município de Americana confirmaram que “houve término da greve no dia 01/10/2014; que efetivamente realizou dispensa em decorrência do término de atividades e que contratou alguns trabalhadores através de RPA (recibo de pagamento a autônomo); o pagamento de agosto de 2014 já foi efetuado; que ainda não houve o pagamento de setembro de 2014; que não há possibilidade de readmissão dos trabalhadores demitidos”.

Diante disto, o Ministério Público reiterou o “pedido de concessão de Liminar para que a suscitada RPS - rede de promoção à saúde se abstenha de dispensar trabalhadores durante o período de greve, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 por trabalhador dispensado”.

A Presidência propôs “a rescisão contratual de todos os trabalhadores do PAI (Parque Gramado, Mathiensen, São José, Núcleo de Especialidades), devido à circunstância econômica e funcional existente em tais unidades”. Entretanto, a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS e o Município afirmaram que “não têm condição de efetuar tais rescisões devido à situação econômica”.

Neste contexto, o Sindicato e o Ministério Público também não concordaram com a proposta efetuada pela Presidência.

O Sindicato dos trabalhadores requereu a expedição de “ofício ao Ministério Público Estadual, para que este adote as medidas necessárias para a intervenção estadual no Município de Americana”, “tendo em vista a confissão dos representantes legais, tanto da Prefeitura com da RPS, de que estão insolventes e impossibilitados de arcarem com os salários dos trabalhadores”, cuja análise incumbe a esta Relatora.

A Presidência determinou, liminarmente, “que a Rede de Promoção à Saúde - RPS abstenha-se de efetivar qualquer rescisão de contrato de trabalho de seus empregados, bem como readmitir imediatamente os já despedidos, até a solução deste dissídio, sob pena de multa no valor de R\$10.000,00 por trabalhador dispensado, caso não sejam readmitidos, pela qual responderão o Município e a Rede de Promoção à Saúde - RPS de forma solidária” (Id be13f0b).

Em manifestação, o Município de Americana aduziu não haver incorrido em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 35 da Constituição Federal, alegando ser indevido pedido relativo à intervenção (Id 6bec0b1).

A suscitada REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS aduziu que “a impossibilidade de readmissão dos empregados submetidos a aviso prévio tem origem estrutural e econômica”, razão pela qual postulou a reconsideração do “deferimento dos pedidos de natureza liminar, para que seja revogada a decisão que impôs à ora Suscitada o dever de

readmitir imediatamente os empregados despedidos, de modo que: (i) sejam convalidados os avisos prévios concedidos, uma vez que os empregados não foram despedidos, mas pré-avisados e os contratos individuais de trabalho continuam vigentes até 30/10/2014 ou (ii) seja a readmissão convertida em pagamento em dobro da indenização rescisória, nos termos do artigo 498, da CLT, haja vista o encerramento das unidades de atendimento até então administradas pela Suscitada, com a consequente extinção dos postos de trabalho e impossibilidade material e financeira para cumprimento da liminar” (Id 9cbe5bc).

Por fim, manifestou-se o Ministério Público do Trabalho pela procedência dos pedidos formulados na prefacial (Id a30a5e0).

É O RELATÓRIO.

VOTO

1. Do cabimento

Reputo cabível o dissídio coletivo, eis que regularmente processado.

2. Do pedido liminar para manutenção de 30% dos trabalhadores em atividade.

O Ministério Público do Trabalho, ora suscitante, postulou a concessão de liminar visando garantir a manutenção de, “no mínimo, 30% (trinta por cento) do efetivo de trabalhadores em atividade em todas as Unidades de Serviços de Saúde do Município de Americana denominadas PAIs - Programa de Atendimento Imediato, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada uma das partes que descumprir a determinação judicial, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador”, durante o período de greve.

Consta do termo de audiência de mediação, realizada pelo Ministério Público do Trabalho em 16/09/2014, que a adesão dos trabalhadores ao movimento paredista foi apenas parcial (Id 30c480f).

As escalas apresentadas pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS (Id 2cc49de, 834c8c6, 7c40023, 0ca696a, 890b6d2, 29f6bf7, 40de920, 236b34b e 0edc390) evidenciam que, apesar da adesão ao movimento paredista, houve a manutenção do atendimento à população, inexistindo elementos hábeis a demonstrar que os empregados designados não foram suficientes para atender à demanda.

Recebidos os presentes autos, o Vice-Presidente Judicial desta Corte relegou a análise do pedido liminar à audiência designada para o dia 07/10/2014, ocasião em que consignou que os “elementos constantes dos autos demonstram que a paralisação está atingindo apenas unidades de serviços de saúde que fazem parte de uma rede de atendimento tido por imediato. Não há notícias de que atendimentos de urgência, emergência ou de casos que coloquem em risco a saúde da população foram ou estejam comprometidos pela greve



aqui noticiada, razões pelas quais se presume que o serviço hospitalar e as atividades nos diversos setores que, normalmente, compõem serviço dessa natureza estejam preservados”.

Ademais, na mesma audiência realizada em 07/10/2014, os suscitados noticiaram o fim da greve em 01/10/2014 (Id be13f0b), fato que se revelou incontroverso.

Neste contexto, revela-se evidente a perda superveniente do objeto, razão pela qual decido extinguir sem resolução do mérito o pedido relativo à manutenção de 30% dos trabalhadores em atividade durante o período de greve, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada uma das partes que descumprir a determinação judicial, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, com fulcro nos incisos VI e VIII do artigo 267 do Código de Processo Civil.

### 3. Da legalidade da greve. Do pagamento dos dias de paralisação. Da estabilidade.

O suscitante pretende que aos trabalhadores sejam assegurados o direito ao pagamento dos dias de paralisação e a garantia de emprego pelo período de 90 dias, contados do término da greve.

Incontroverso nos autos que o movimento paredista estendeu-se de 16/09/2014 a 01/10/2014, tendo como reivindicação o pagamento dos salários do mês de agosto, vencido no 5º dia útil do mês de setembro/2014.

As escalas apresentadas pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS (Id 2cc49de, 834c8c6, 7c40023, 0ca696a, 890b6d2, 29f6bf7, 40de920, 236b34b e 0edc390) revelam que o atendimento à população restou garantido, de sorte que não houve violação do disposto no artigo 11 da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, que assim estabelece, in verbis:

“Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.”

No que tange à estabilidade, deve ser fixado o período de 90 dias contados do retorno ao trabalho ocorrido em 01/10/2014, com exceção dos trabalhadores lotados nas unidades de saúde excluídas do contrato de gestão, a saber: PM 01 Vila Mathiensen (CNES 2047020 - UBS 01 Vila Mathiensen - Dr. Osvaldo Cruz); PM 11 Parque Gramado (CNES 2075040 - UBS 11 Parque Gramado - Dr. Enéas Assis Sales); PM 17 São José (CNES 6458203 - UBS 17 São José - Dr. Joel Carlos Cunha) e Núcleo de Especialidades (CNES 2048205), conforme razões de decidir explicitadas no tópico seguinte.

Deste modo, analisados os elementos constantes dos autos e respeitados os parâmetros estabelecidos pela lei 7.783/89, decido julgar procedente o pedido, declarar a legalidade da greve, determinar o consequente pagamento dos dias de paralisação e fixar o período de estabilidade de 90 dias contados do retorno ao trabalho em 01/10/2014, nos termos e limites fixados na fundamentação.

4. Da nulidade das dispensas efetivadas no período de greve. Da responsabilidade do Município de Americana pelo pagamento da indenização.

O Ministério Público do Trabalho postula a declaração de nulidade das dispensas ocorridas durante o período de paralisação (Id b3abc88).

Estabelece o artigo 9º da Constituição Federal que:

“Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

Destarte, sob tal diretriz devem ser interpretados e aplicados os preceitos contidos na Lei 7.783/89, in verbis:

Artigo 7º, parágrafo único:

“É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14”

Artigos 9º e 14:

Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.



Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:

I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição;

II - seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisível que modifique substancialmente a relação de trabalho.

Restou incontroverso nos autos o atraso no pagamento de salários em decorrência de atraso no repasse dos valores devidos pelo Município. Os documentos apresentados pelo suscitante (Id 30c480f) comprovam que no dia 30/09/2014, ou seja, ainda no período de greve, a suscitada REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS procedeu à dispensa de, ao menos, 17 trabalhadores, constando expressamente que a rescisão era imediata e com indenização do período de aviso prévio.

Assim, insustentável a alegação da referida empregadora no sentido de que “em hipótese nenhuma poderá ser confundido ou configurar efetiva a rescisão contratual”, tampouco encontra respaldo legal a assertiva de que a projeção do aviso prévio exclui a irregularidade da dispensa (Id 9cbe5bc), na medida em que este não foi o escopo do legislador ao consignar que o período do aviso prévio integra o tempo de serviço do trabalhador (§ 1º do artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho).

As escalas apresentadas pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS (Id 2cc49de, 834c8c6, 7c40023, 0ca696a, 890b6d2, 29f6bf7, 40de920, 236b34b e 0edc390) revelam que o atendimento à população restou garantido, de sorte que não houve violação do disposto no artigo 11 da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, que assim estabelece, *in verbis*:

“Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.”

Neste contexto, não demonstrado o abuso do direito de greve, as dispensas, da forma como efetuadas, ocorreram ao arrepio do ordenamento jurídico supramencionado.

No que tange à alegação de que as rescisões contratuais fizeram-se necessárias “em decorrência do fechamento de 4 unidades de atendimento promovido pelo Município de Americana (vide Aditivo contratual nº 10, em anexo)”, é preciso tecer algumas reflexões.

O Município de Americana firmou com a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS contrato de gestão, visando a operacionalização do gerenciamento, o apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde, relativos aos postos de atendimento especificados no item 1.1 do contrato, responsabilizando-se pelos recursos financeiros necessários à execução do objeto contratado (Id 81d5413).

A greve teve início em 16/09/2014. Houve repasse de R\$670.000,00 pelo Município suscitado em 25/09/2014 (Id 30c480f), além de existirem outros recursos destinados à manutenção da REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS, conforme se depreende do artigo 55 de seu estatuto (Id 231bdad), de sorte que não comprovada a alegada impossibilidade financeira para a manutenção dos contratos de trabalho, restou flagrante a nulidade das dispensas efetuadas durante o movimento paredista encerrado em 01/10/2014.

Por outro lado, a empregadora REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS postulou que “seja a readmissão convertida em pagamento em dobro da indenização rescisória, nos termos do artigo 498, da CLT, haja vista o encerramento das unidades de atendimento até então administradas pela Suscitada, com a consequente extinção dos postos de trabalho e impossibilidade material e financeira para cumprimento da liminar” (Id 9cbe5bc).

Para tanto junta termo aditivo firmado em 29/09/2014 com o Município, readequando a quantidade de postos sob responsabilidade da REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS, permanecendo sob sua gestão apenas 02 daqueles 6 inicialmente contratados (Id 829681f).

Neste contexto, a aplicação dos critérios estabelecidos pelo artigo 498 da Consolidação das Leis do Trabalho revela-se eficaz para o deslinde da controvérsia instaurada.

Referido dispositivo consolidado dispõe, in verbis:

Art. 498 - Em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, direito à indenização, na forma do artigo anterior.

O artigo 497 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que extinguido-se “a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro”.

A indenização mencionada encontra-se prevista nos artigos 477 e 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, in verbis:

“Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.



Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.”

Embora a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS tenha sido instituída para atuar em todo o território nacional, conforme previsto no artigo 2º do estatuto social (Id 231bdad), não há prova nos autos de que os contratos de trabalho tivessem sido firmados com permissivo legal para a transferência de empregado em caso de extinção de estabelecimento (artigo 469, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho). Por outro lado, restou demonstrada a inequívoca redução significativa dos postos de trabalho na cidade de Americana, o que comprova a dificuldade estrutural de readmitir os empregados dispensados.

Portanto, aos trabalhadores dispensados, que comprovadamente atuavam nas unidades de atendimento à saúde que tiveram suas atividades encerradas e assim foram excluídas do contrato de gestão suprarreferido, a saber: “PM 01 Vila Mathiensen (CNES 2047020 - UBS 01 Vila Mathiensen - Dr. Osvaldo Cruz); PM 11 Parque Gramado (CNES 2075040 - UBS 11 Parque Gramado - Dr. Enéas Assis Sales); PM 17 São José (CNES 6458203 - UBS 17 São José - Dr. Joel Carlos Cunha) e Núcleo de Especialidades (CNES 2048205)”, revela-se mais benéfico converter a readmissão em pagamento do respectivo período estável, e da indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado em dobro, como propõe a suscitada REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS.

Ante a inequívoca negligência por ter deixado de efetuar o repasse dos recursos financeiros necessários ao pagamento dos salários dos trabalhadores, cabe ao Município responder solidariamente pelo pagamento das indenizações.

A petição (Id 69df2b0) corrobora ainda mais esta constatação, ao deixar explícito o atraso inequívoco do maior volume de repasses efetuados somente depois do término da greve, em 01/10/2014 no valor de R\$ 525.000,00 e em 14/10/2014 no valor de R\$ 750.000,00 (Id 9e19578), o que implica em imputação da responsabilidade ao Município pelo descumprimento da obrigação que lhe cabia.

Com efeito, constitui dever do Estado assegurar o direito à saúde da população (artigo 196 da Constituição Federal), cujas ações e serviços poderão ser executados diretamente ou através de terceiros (artigo 197 da Constituição Federal).

O Município de Americana firmou com a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS contrato de gestão, visando a operacionalização do gerenciamento, o apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde, relativos a 06 postos de atendimento especificados no item 1.1 do contrato, responsabilizando-se integralmente pelos recursos financeiros necessários à execução do objeto contratado (Id 81d5413).

Extrai-se da cláusula terceira do contrato de gestão que ao Município cabia efetuar o repasse mensal de recursos financeiros, disponibilizar o local e os meios necessários à execução do objeto do contrato, além de fornecer os materiais de consumo.

Os autos demonstram que o atraso no repasse destes recursos financeiros acarretou sérios transtornos aos trabalhadores, que desde o mês de maio de 2014 passaram a receber seus salários com atraso, sendo deflagrada a greve em 16/09/2014 ante a falta de pagamento dos salários de agosto.

Deste modo, valendo-se de terceiros para executar dever inerente ao seus fins e descumprindo a obrigação contratual relativa aos repasses financeiros no prazo avençado, o que gerou dano aos empregados da REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS, o Município de Americana deve responder solidariamente pelas indenizações deferidas nestes autos, com fundamento no parágrafo único do artigo 942 do Código Civil.

Por todo o exposto decido julgar parcialmente procedente o pedido para : 1) declarar a nulidade das dispensas efetivadas durante o período da greve deflagrada em 16/09/2014 e encerrada em 01/10/2014; 2) determinar a conversão da readmissão em pagamento do período estável e da indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, em dobro, e demais verbas rescisórias, em relação aos trabalhadores dispensados que comprovadamente atuavam nas unidades de saúde excluídas do contrato de gestão, a saber: PM 01 Vila Mathiensen (CNES 2047020 - UBS 01 Vila Mathiensen - Dr. Osvaldo Cruz); PM 11 Parque Gramado (CNES 2075040 - UBS 11 Parque Gramado - Dr. Enéas Assis Sales); PM 17 São José (CNES 6458203 - UBS 17 São José - Dr. Joel Carlos Cunha) e Núcleo de Especialidades (CNES 2048205); 3) reconhecer a responsabilidade solidária do Município de Americana pelo pagamento das indenizações; nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

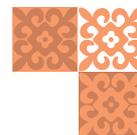
#### 5. Da obrigação de readmissão dos trabalhadores dispensados.

O suscitante requereu que a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS “se abstenha de dispensar trabalhadores durante o período de greve, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por trabalhador dispensado, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador”, nestes termos balizando tal pretensão apenas em face da empregadora.

Entretanto, ao apreciar o pedido liminar, o Vice-Presidente Judicial desta Corte determinou “que a Rede de Promoção à Saúde - RPS abstenha-se de efetivar qualquer rescisão de contrato de trabalho de seus empregados, bem como readmitir imediatamente os já despedidos, até a solução deste dissídio, sob pena de multa no valor de R\$10.000,00 por trabalhador dispensado, caso não sejam readmitidos” (Id be13f0b). Porém, desconsiderou os termos do pedido ao estender tal cominação também ao Município, imputando-lhe uma responsabilização solidária que não pode prevalecer, no particular.

Com efeito, o Município firmou com a REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS contrato de gestão, visando a operacionalização do gerenciamento, o apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde, de sorte que não era o real empregador dos trabalhadores e, portanto, não detinha poderes para readmitir ou contratar empregados.

Neste contexto, considerando que o movimento paredista estendeu-se de 16/09/2014 a 01/10/2014 e os limites da lide, decido cassar parcialmente a liminar para excluir a impu-



tação de responsabilidade solidária ao Município pela obrigação de readmitir os trabalhadores dispensados e julgar procedente o pedido para determinar que a Rede de Promoção à Saúde - RPS proceda à efetiva readmissão dos empregados demitidos durante o período de greve, com exceção do anteriormente estabelecido no item 4 desta fundamentação, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de questionamento.

#### 6. Da cominação de multa.

Ao apreciar o pedido liminar, o Vice-Presidente Judicial desta Corte cominou “multa no valor de R\$10.000,00 por trabalhador dispensado, caso não sejam readmitidos, pela qual responderão o Município e a Rede de Promoção à Saúde - RPS de forma solidária” (Id be13f0b).

Conforme razões de decidir exaradas no tópico 5 desta fundamentação, foi excluída a responsabilidade solidária do Município de Americana quanto a obrigação da efetiva readmissão, pelo que passo à análise da matéria em face da empregadora.

O suscitante postulou, na exordial que tal valor fosse revertido ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Entretanto é preciso considerar que o FAT foi instituído pela Lei 7.998/90 com a finalidade de custear o programa de seguro-desemprego, o pagamento do abono salarial e o financiamento dos programas de desenvolvimento econômico. Assim, ante os parâmetros estabelecidos e a natureza jurídica do bem lesado, não há como manter o FAT na condição de destinatário.

Com efeito, cabe à Jurisprudência construir solução adequada à obtenção da compensação do bem jurídico afetado à luz dos princípios adotados pela Constituição Federal.

O suscitante pretende coibir a prática de dispensa de empregados, que atuam na prestação de serviços de saúde, durante o período de greve, bem como a reversão das dispensas irregularmente efetivadas. Tal escopo passa pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, como bens jurídicos imprescindíveis para a efetividade dos princípios constitucionais agasalhados nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal.

Por tais razões, e considerando que a natureza da tutela coletiva é restaurar a ordem jurídica rompida, reputo insustentável a destinação ao FAT e determino que a multa seja revertida em favor do Hospital Municipal, entidade que atua prestando serviços assistenciais à saúde em benefício da comunidade local, assim conferindo compensação adequada ao bem jurídico lesado, o que pode contribuir de maneira significativa para reconstruir a ordem jurídica na localidade em que ocorreu a lesão.

O beneficiário prestará contas ao Juízo quanto à correta utilização dos recursos recebidos, com observância dos requisitos legais.

Ressalto, entretanto, que tal não impede eventual composição entre as partes, indicando outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será melhor atendido o escopo legal.

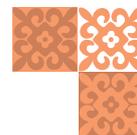
Destarte, decido julgar procedente em parte para determinar que a multa devida pela empregadora REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS no importe de R\$ 10.000,00 por trabalhador, seja destinada ao Hospital Municipal, que prestará contas ao Juízo quanto à correta utilização dos recursos recebidos, sem que isso impeça eventual composição entre as partes e indicação de outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será melhor atendido o escopo legal, nestes termos fixando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

#### 7. Da expedição de ofício ao Ministério Público Estadual. Do pedido de intervenção.

O Sindicato dos trabalhadores requereu, em audiência, a expedição de “ofício ao Ministério Público Estadual, para que este adote as medidas necessárias para a intervenção estadual no Município de Americana”, “tendo em vista a confissão dos representantes legais, tanto da Prefeitura com da RPS, de que estão insolventes e impossibilitados de arcarem com os salários dos trabalhadores”.

Como os autos demonstram inequívoco e reiterado atraso no repasse dos recursos financeiros devidos pelo Município, necessários para garantir a execução do contrato de serviços de saúde, o Colegiado decide deferir a expedição de ofício ao Ministério Público Estadual para as providências que considerar cabíveis ao caso.

POR TAIS FUNDAMENTOS reputo cabível o dissídio coletivo de greve ajuizado por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, decido extinguir sem resolução do mérito o pedido relativo à manutenção de 30% dos trabalhadores em atividade durante o período de greve, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada uma das partes que descumprir a determinação judicial, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, com fulcro nos incisos VI e VIII do artigo 267 do Código de Processo Civil; julgar parcialmente procedente para: 1) declarar a legalidade da greve, determinar o consequente pagamento dos dias de paralisação e fixar o período de estabilidade de 90 dias contados do retorno ao trabalho em 01/10/2014; 2) declarar a nulidade das dispensas efetivadas durante o período da greve deflagrada em 16/09/2014 e encerrada em 01/10/2014; 3) tornar definitiva a liminar na parte em que determinou à empregadora a Rede de Promoção à Saúde - RPS a readmissão imediata dos empregados irregularmente dispensados, cassando-a parcialmente para excluir a imputação de responsabilidade solidária ao Município de Americana quanto a esta obrigação; 4) determinar que a multa devida pela empregadora REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS no importe de R\$ 10.000,00 por trabalhador, seja destinada ao Hospital Municipal, que



prestará contas ao Juízo quanto à correta utilização dos recursos recebidos, sem que isso impeça eventual composição entre as partes e indicação de outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será melhor atendido o escopo legal; 5) determinar a conversão da readmissão em pagamento do período estável e da indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado em dobro, e demais verbas rescisórias, em relação aos trabalhadores dispensados que comprovadamente atuavam nas unidades de saúde excluídas do contrato de gestão, a saber: PM 01 Vila Mathiensen (CNES 2047020 - UBS 01 Vila Mathiensen - Dr. Osvaldo Cruz); PM 11 Parque Gramado (CNES 2075040 - UBS 11 Parque Gramado - Dr. Enéas Assis Sales); PM 17 São José (CNES 6458203 - UBS 17 São José - Dr. Joel Carlos Cunha) e Núcleo de Especialidades (CNES 2048205); 6) reconhecer a responsabilidade solidária do Município de Americana pelo pagamento das indenizações; 7) deferir a expedição de ofício ao Ministério Público Estadual para as providências cabíveis; tudo nos termos da fundamentação. Custas calculadas sobre o valor ora arbitrado em R\$40.000,00, no importe de R\$800,00, devidas pelos suscitados, ficando isento o Município de Americana nos termos a lei (artigo 790-A da Consolidação das Leis do Trabalho).

#### SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS

Em sessão ordinária realizada em 10 de dezembro de 2014 (4ª feira), a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região julgou o presente processo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Presidente da Seção Especializada em Dissídios Coletivos e do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Desembargador do Trabalho LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Magistrados:

Desembargadora do Trabalho, Vice-Presidente Judicial, GISELA RODRIGUES MAGALHÃES DE ARAÚJO E MORAES

Desembargador do Trabalho FLAVIO ALLEGRETTI DE CAMPOS COOPER

Juíza Titular de Vara do Trabalho Convocada CRISTIANE MONTENEGRO RONDELLI

Desembargador do Trabalho FLAVIO NUNES CAMPOS

Desembargadora do Trabalho TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Desembargador do Trabalho SAMUEL HUGO LIMA

Desembargador do Trabalho JOÃO ALBERTO ALVES MACHADO

Desembargador do Trabalho HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR

Desembargador do Trabalho EDER SIVERS

Juiz Titular de Vara do Trabalho Convocado VALDIR RINALDI SILVA

Ausentes: justificadamente, os Exmos. Srs. Desembargadores do Trabalho Maria Cristina Mattioli e Antonio Francisco Montanagna; compensando dia trabalhado em plantão judicial, o Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho Fernando da Silva Borges; em férias, os Exmos. Srs. Desembargadores do Trabalho Valdevir Roberto Zanardi, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani e João Batista Martins César.

Compareceram para julgar processos de suas competências os Exmos. Srs. Desembargadores do Trabalho Gerson Lacerda Pistori, Corregedor Regional, e Luciane Storel da Silva (substituindo na cadeira vaga decorrente da aposentadoria da Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho Ana Maria de Vasconcellos).

Convocados nos termos do Regimento Interno os Exmos. Srs. Juízes Titulares de Vara do Trabalho, Cristiane Montenegro Rondelli (substituindo na cadeira do Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho Fernando da Silva Borges, compensando dia trabalhado em plantão judicial), Edna Pedroso Romanini (substituindo na cadeira do Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, em férias), ausente justificadamente, e Valdir Rinaldi Silva (substituindo na cadeira do Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho João Batista Martins César, em férias).

Convocado para julgar processo de sua competência o Exmo. Sr. Juiz Titular de Vara do Trabalho, Jorge Luiz Souto Maior (na cadeira do Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani).

### Resultado

Os Magistrados da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região ACORDAM, por maioria de votos, em reputar cabível o dissídio coletivo de greve ajuizado por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, decide-se extinguir sem resolução do mérito o pedido relativo à manutenção de 30% dos trabalhadores em atividade durante o período de greve, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada uma das partes que descumprir a determinação judicial, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, com fulcro nos incisos VI e VIII do artigo 267 do Código de Processo Civil; julgar parcialmente procedente para: 1) declarar a legalidade da greve, determinar o consequente pagamento dos dias de paralisação e fixar o período de estabilidade de 90 dias contados do retorno ao trabalho em 01/10/2014; 2) declarar a nulidade das dispensas efetivadas durante o período da greve deflagrada em 16/09/2014 e encerrada em 01/10/2014; 3) tornar definitiva a liminar na parte em que determinou à empregadora a Rede de Promoção à Saúde - RPS a readmissão imediata dos empregados irregularmente dispensados, cassando-a parcialmente para excluir a imputação de responsabilidade solidária ao Município de Americana quanto a esta obrigação; 4) determinar que a multa devida pela empregadora REDE DE PROMOÇÃO À SAÚDE - RPS no importe de R\$ 10.000,00 por trabalhador, seja destinada ao Hospital Municipal, que prestará contas ao Juízo quanto à correta utilização dos recursos recebidos, sem que isso impeça eventual composição entre as partes e indicação de outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será



melhor atendido o escopo legal; 5) determinar a conversão da readmissão em pagamento do período estável e da indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado em dobro, e demais verbas rescisórias, em relação aos trabalhadores dispensados que comprovadamente atuavam nas unidades de saúde excluídas do contrato de gestão, a saber: PM 01 Vila Mathiensen (CNES 2047020 - UBS 01 Vila Mathiensen - Dr. Osvaldo Cruz); PM 11 Parque Gramado (CNES 2075040 - UBS 11 Parque Gramado - Dr. Enés Assis Sales); PM 17 São José (CNES 6458203 - UBS 17 São José - Dr. Joel Carlos Cunha) e Núcleo de Especialidades (CNES 2048205); 6) reconhecer a responsabilidade solidária do Município de Americana pelo pagamento das indenizações; 7) deferir a expedição de ofício ao Ministério Público Estadual para as providências cabíveis; tudo nos termos da fundamentação. Custas calculadas sobre o valor ora arbitrado em R\$40.000,00, no importe de R\$800,00, devidas pelos suscitados, ficando isento o Município de Americana nos termos a lei (artigo 790-A da Consolidação das Leis do Trabalho). Vencido parcialmente o Exmo. Sr. Desembargador do Trabalho Helcio Dantas Lobo Junior, que não aplicava os artigos. 477 e 478 da CLT.

Procuradora ciente: Cláudia Marques de Oliveira.

Campinas, 10 de dezembro de 2014.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Relatora

Votos Revisores

## ACÓRDÃO

1ª TURMA - 1ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO

PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 0174000-02.2007.5.15.0095

ORIGEM: 8ª VARA DO TRABALHO DE campinas

1º RECORRENTE: Rodrigo Barbosa de Abreu

2º RECORRENTE: Instituto Penido Burnier s/s Ltda.

recorridos: ministério público do trabalho – procuradoria REGIONAL do trabalho da 15ª região sindicato dos empregados em estabelecimentos de serviços de saúde de campinas e região

JUÍZA SENTENCIANTE: Solange Denise Belchior Santaella

GESTÃO POR INJÚRIA. ABUSO DO PODER PATRONAL DIRETIVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE DE AGIR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Patente o interesse de agir do Ministério Público do Trabalho que, na defesa dos direitos individuais homogêneos, ajuíza ação civil pública propugnando pelo comando inibitório da gestão por injúria e preservação do direito do trabalhador atuar como sujeito e não como objeto de uma relação contratual, visando preservar sua integridade física e moral contra o abuso do poder patronal diretivo, a fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República. Inteligência do preceituado no incisos III, IV, do art. 1º, V e X do art. 5º; XXII do art. 7º e arts. 127, 129 e 170 da CF/88.

DESTINAÇÃO DE VALOR DAS MULTAS E INDENIZAÇÃO AO FAT. INADEQUAÇÃO. NECESSIDADE DE CONFERIR EFETIVIDADE AO ESCOPO COMPENSATÓRIO DA LESÃO PROVOCADA AO BEM JURÍDICO AFETADO E ASSEGURAR A FINALIDADE PEDAGÓGICA DA MEDIDA.

O FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador – foi instituído pela Lei 7.998/90 com a finalidade de custear o programa de seguro-desemprego, pagamento de abono salarial e financiamento de programas de desenvolvimento econômico, de sorte que in casu se revela inadequado para atender à finalidade traçada pelo art. 13 da Lei 7.347/85. Enquanto não for criado Fundo nos termos estabelecidos, caberá à jurisprudência construir a solução que possa conferir efetividade ao escopo compensatório da lesão provocada ao bem jurídico afetado e assegurar a finalidade pedagógica da medida, sob a perspectiva dos princípios fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para a edificação de uma sociedade justa e solidária.



Inconformados com a r. sentença (fls. 531-536), que julgou procedentes os pedidos, recorrem os reclamados (fls. 540-556 e 558-574). Arguem, preliminarmente, a carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho. Pretendem a exclusão do 2º reclamado do polo passivo da ação. Alegam ser indevida a inclusão do SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS E REGIÃO no polo ativo na condição de assistente. Insurgem-se contra o reconhecimento do assédio moral, pugnando pela exclusão da condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo. Sucessivamente, requerem a redução do valor arbitrado. Por fim, pretendem a exclusão da condenação ao pagamento de multas.

Nos termos do artigo 1º do Capítulo MP do Provimento GP/CR 05/98 os autos foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, autor da presente ação (fls. 586), que apresentou contrarrazões (fls. 590 a 609).

O processo foi distribuído por prevenção a esta Relatora (fls. 583), face ao acórdão de fls. 504 a 506, que anulou a primeira sentença e determinou o retorno dos autos à Vara do Trabalho de Origem para reabertura da instrução processual, regular processamento e proferição de nova decisão.

É o relatório.

VOTO

## 1 Conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido conhecer dos recursos.

## 2 Da carência de ação. Da legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 127, que cabe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O art. 129, III, também da CF/88 estabelece que uma das atribuições institucionais do Ministério Público consiste em “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” e, por fim, o inciso IX do mesmo artigo prevê expressamente a possibilidade de extensão desse rol pelo legislador ordinário, ao estabelecer, in verbis:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” (g.n.).

Seguindo a mesma diretriz, o art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar nº 75/93, que trata da “organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”, assim dispõe:

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: (...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (g.n.).

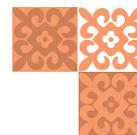
Nesse sentido, leciona Hugo Nigro Mazzilli que “não cabe ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário negar a intervenção institucional exigida por lei; se o fizessem estariam a negar a existência do interesse já reconhecido pela norma que confere a atuação ministerial.” (g.n. - in *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos* - 13. Ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2001 - p. 260).

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à ação civil pública por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85, alçou os direitos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum” ao patamar de interesses que podem ser defendidos a título coletivo.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao tratar desses interesses individuais homogêneos, explica que “essencialmente, são individuais, sendo que apenas é coletiva a forma processual como podem vir tratados, dada a homogeneidade que lhes advém da origem comum” (g.n. - in *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* - 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999).

No caso dos autos, o Ministério Público do Trabalho ajuíza ação civil pública insurgindo-se contra o abuso do poder patronal diretivo e a gestão por injúria, pretendendo que os requeridos se abstenham de “a) manter trabalhadores na ociosidade, sem distribuição de atribuições e tarefa”, além de “b) não submeter, não permitir ou tolerar a exposição de trabalhadores a práticas que configurem assédio moral e/ou discriminação, resguardando-os de humilhações e constrangimentos, de atos vexatórios e agressivos e de qualquer tipo de perseguição, dispensando-lhes tratamento digno e compatível com sua condição humana; c) zelar de todas as formas pela dignidade dos trabalhadores, inclusive dos idosos, colocando-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor; d) em caso de descumprimento dos pedidos acima, requer a fixação de multa pecuniária de R\$ 50.000,00 por trabalhador vitimado, por ocorrência, reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador); e) pagamento de indenização de, no mínimo, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) decorrente do dano moral coletivo, corrigida monetariamente até o efetivo recolhimento em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador)” (fls. 18 e 19).

Destarte, o objeto da lide trata de interesses que, por advirem de origem comum ostentam natureza homogênea, que ultrapassa as limitações de uma pretensão individual



pelo recebimento da contraprestação patrimonial e, por isso, devem ser tutelados por uma via processual coletiva, pois se referem não só aos que já são empregados do requerido, mas também a todos os trabalhadores que porventura vierem a participar de suas atividades empresariais, submetendo-se aos mesmos métodos organizacionais.

Neste contexto, a legitimidade do Ministério Público para atuar numa ação coletiva se justifica não só pela dimensão da macrolesão, mas também por propiciar celeridade na solução do litígio, garantindo igualdade na justiça da decisão e maior segurança jurídica ao evitar o risco de sentenças conflitantes, com o tratamento desigual de situações fático-jurídicas iguais.

Como bem pondera Ricardo Negrão, “não devemos deixar de reconhecer o grande passo que deu nosso legislador; ora, se a satisfação dos direitos materiais consagrados na lei depende, como se sabe, de uma jurisdição eficaz e efetiva, a possibilidade de, com apenas uma ação de conhecimento, distribuir justiça a um número grande de pessoas prejudicadas, esse pode ser considerado um instrumento dessa efetividade” (in *Ações Coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 253).

Ademais, tratando especificamente da atuação do Ministério Público perante a Justiça do Trabalho, o art. 83, III, da mesma LC 75/93 prevê:

“Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...)

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos (g.n.).

Destarte, como o objeto da lide se refere a interesses que, por advirem de origem comum, ostentam natureza homogênea, que ultrapassa as limitações de uma pretensão patrimonial individual, e visam conferir efetividade e respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, garantindo sua integridade física e moral no meio ambiente de trabalho, nos termos dos art. 5º e 7º da CF/88, restou plenamente configurada a hipótese prevista na norma legal constante dos artigos 6º, VII, “d” e 83, III da LC75/93, deve ser reconhecida a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para figurar no polo ativo desta ação.

Por tais razões, decido rejeitar a preliminar.

### **3 Da legitimidade passiva do 2º reclamado**

A legitimatio ad causam diz respeito à pertinência subjetiva da ação, ou seja, à correspondência do direito material de quem formula o pedido em face de quem é formulado.

O autor pleiteou a condenação do 2º réu, aduzindo que, na condição de sócio do 1º requerido, “foi apontado no procedimento investigatório como o principal responsável pela ocorrência dos fatos” mencionados (fls. 03).

Assim sendo e por tudo o mais que dos autos consta, restou evidenciado que, embora apresentada como preliminar, a questão in casu confunde-se com o mérito e, por isso, com este será a seguir examinada.

#### **4 Do Polo Ativo. Da Inclusão do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Campinas e Região**

Em audiência compareceu o SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS E REGIÃO, requerendo sua inclusão no polo ativo desta lide como assistente simples, o que foi deferido pelo Juízo (fls. 98).

Os reclamados pretendem a exclusão de referido sindicato, aduzindo não se tratar de defesa de interesses de uma categoria profissional.

Entretanto, não tem razão.

Inequivoco o interesse do SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CAMPINAS E REGIÃO, uma vez que o objeto da ação consiste na defesa de interesse homogêneo dos trabalhadores contratados pelo 1º reclamado, entidade que atua na prestação de serviços de saúde.

No que tange à legitimidade, estabelecem os artigos 8º, III, da CF/88, 511 da CLT e 5º, V, da Lei n. 7.347/85, in verbis:

Art. 8º da CF/88 “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

Art. 511 da CLT “É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas

(...)



Art. 5º da Lei 7.347/85 “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...)

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

(...)”

Assim sendo, restaram configurados os requisitos exigidos pelo art. 54 do CPC, plenamente aplicável por compatível com o processo do trabalho, ao estabelecer que “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”.

Destarte, escoreita a sentença que deferiu o ingresso do sindicato profissional, na condição de assistente, pelo que decido rejeitar a preliminar.

## **5 Do abuso do poder diretivo. Da gestão por injúria. Da responsabilidade do 2º requerido. Do dano moral coletivo. Do valor arbitrado à indenização por dano moral coletivo.**

O Ministério Público do Trabalho ajuíza a presente ação civil insurgindo-se contra a gestão por injúria adotada pelos requeridos, pleiteando que se abstenham de “a) manter trabalhadores na ociosidade, sem distribuição de atribuições e tarefas”, além de “b) não submeter, não permitir ou tolerar a exposição de trabalhadores a práticas que configurem assédio moral e/ou discriminação, resguardando-os de humilhações e constrangimentos, de atos vexatórios e agressivos e de qualquer tipo de perseguição, dispensando-lhes tratamento digno e compatível com sua condição humana; c) zelar de todas as formas pela dignidade dos trabalhadores, inclusive dos idosos, colocando-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor; d) em caso de descumprimento dos pedidos acima, requer a fixação de multa pecuniária de R\$ 50.000,00 por trabalhador vitimado, por ocorrência, reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador); e) pagamento de indenização de, no mínimo, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) decorrente do dano moral coletivo, corrigida monetariamente até o efetivo recolhimento em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador)” (fls. 18 e 19).

O autor alega que o 2º requerido Rodrigo Barbosa de Abreu deve responder pessoalmente pelo polo passivo da lide, por ter sido apontado no procedimento investigatório como o principal responsável pela ocorrência dos fatos. Entretanto o constante de fls.

22, 37, 49 e 50 se referem a relatos apresentados ao Ministério Público do Trabalho e os de fls. 269 a 287 a fatos referidos em petição (contrafé), não submetidos ao crivo do contraditório, como reconheceu o próprio autor em contrarrazões (fls. 606).

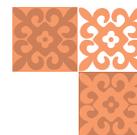
Pontue-se o depoimento prestado pela testemunha Margareth Aparecida Lopes Barbosa (fls. 528), sendo que o nome do 1º recorrente Rodrigo Barbosa de Abreu não foi mencionado no relatório de fiscalização colacionado aos autos (fls. 370-380).

Verifica-se, ainda, que o médico em questão é detentor de apenas 61.233,55 quotas correspondentes a R\$61.233,55 de um total de 1.884.684,75 (capital social de R\$1.884.684,75) do Instituto Penido Burnier, ora 1º reclamado, conforme demonstra o Estatuto Social (fls. 127-132), tendo sido reeleito para o cargo de diretor tesoureiro em 27/03/2008 (fls. 133-134).

O Relatório da fiscalização realizada pelos Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego em outubro de 2009 apurou, entre outros, os seguintes fatos:

“A verificação local, análise de documentos e entrevista com os trabalhadores citados, responsáveis pelo Dep. Pessoal e Administração, funcionários e dois médicos quotistas, filhos do Dr. José Maria, demonstram que a empresa vem descumprindo com sua obrigação de lhes proporcionar um ambiente de trabalho saudável, digno e de respeito. O isolamento de 02 trabalhadores numa sala que era depósito, mantidos praticamente sem trabalho dia após dia desde o início de junho de 2009, sendo uma grávida de 4 meses, restrita à sala para não cruzar com seu chefe (um dos donos do Hospital) e o outro, um funcionário com mais de 29 anos dedicados à empresa que vê na aposentadoria a única saída respeitável para sua situação, comprovam que a empresa alterou de forma unilateral as condições e cláusulas de seus contratos de trabalho, mudando suas funções e tarefas, deixando de manter uma postura uniforme, imparcial e equânime em relação a todos os seus empregados, e sempre de forma respeitosa, ética e profissional, como prevê o artigo 7º da Constituição e o 468 da CLT; ao não lhes oferecer um trabalho efetivo e respeitoso, vem lhes ocasionando prejuízos psicológicos evidentes, por se sentirem menosprezados, inferiorizados, humilhados e fragilizados diante de seus colegas, familiares e amigos. Nestas condições, os empregados ficam ainda mais vulneráveis e com evidente receio de perder o emprego e, conseqüentemente, sua fonte de renda. Além disso, são levados à total desmotivação para o trabalho e se desestabilizam emocional e profissionalmente, perdendo sua auto-estima. Certamente esta postura do empregador, embora seja um hospital prestador de serviços médicos, além de desumana e anti-ética, atua como agravante dos problemas de saúde que os dois trabalhadores apresentam. Ficou evidente que a estabilidade que ampara os dois trabalhadores, um pela gravidez e o outro pelo tempo de casa e proximidade com a aposentadoria é aspecto muito relevante nos acontecimentos e relação observada do empregador para com eles” (fls. 377).

Em audiência de instrução realizada em cumprimento ao V. Acórdão, que anulou a primeira sentença e determinou a baixa dos autos e a reabertura da instrução processual



(fls. 504 a 506), compareceu como 1ª testemunha do MPT o auditor fiscal do trabalho João Batista Amâncio (fls. 528), que confirmou integralmente o teor do relatório de inspeção, produto de uma fiscalização que teve a duração de 1 (um) mês e constatou também que:

“a empregada Sra. Prisciely Carli N. de Andrade que trabalhava há mais de 02 anos na empresa como Atendente de Consultório do Dr. José Maria Penteado Queiroz Abreu e que corria tudo bem no trabalho até que no início de junho de 2009 descobriu estar grávida; ao informar o Dr. José Maria deste fato, este teria mudado o comportamento com ela e após um desentendimento entre eles em 17/06/09, muito nervosa teve problemas de saúde e da gestação, que a levaram a um afastamento médico até 26/06 e a seguir de 01/07 a 15/08/09; desde o episódio de 17/06 recebeu ordens para que permanecesse na sala onde a encontramos, sem trabalho definido, sendo que permanece praticamente todos os dias sem qualquer tarefa e restrita a permanecer na sala, sem circular pelo andar ou hospital, para que não venha a encontrar com o seu chefe o Dr. José Maria (...)

De fato, o que observamos é que apesar de tratar-se de um Hospital, prestador de serviços médicos, como empregador este deixa até de aplicar e manter a vacinação contra a Rubéola, muito importante para a proteção da gestação e que deve ser feita em mulheres em idade fértil, apesar de prevista no PCMSO, não teve sua execução comprovada pela empresa (Anexo 05, fls. 39) (...)

Com relação ao Sr. Nilson verificamos um total desrespeito para com um trabalhador que está na empresa há mais de 29 anos, e que por mais de 23 anos tem uma ficha exemplar de dedicação ao seu trabalho. Apesar deste histórico de bom empregado o que verificamos é que após longo período de afastamento (mais de 05 anos) por graves problemas de saúde, quando se submeteu a 13 cirurgias, ao retornar encontrou seu setor extinto e a alternativa que o empregador lhe ofereceu é permanecer numa sala, fazendo companhia a outra empregada, ali também sem trabalho, humilhados e constrangidos pela ociosidade. Pressionado pela situação, sem trabalho apesar de ser o 2º maior salário do hospital (possivelmente por isso mesmo) com o emprego e sustento ameaçados, saiu em busca da documentação necessária para a aposentadoria. O ‘apoio’ que recebeu do empregador foi ser liberado para as faltas e ausências necessárias para providenciar dos documentos junto ao INSS, sem receber qualquer rendimento por quase 05 meses (nem da empresa nem do INSS, do qual teve alta no mês 02/09); o pagamento regular de seu salário pelo hospital só foi restabelecido, coincidentemente com o início da fiscalização (02/10/09) ou seja, no mês de outubro (salário referente ao mês de setembro) (...)

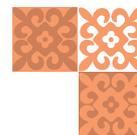
Verificamos pela análise de documentos apresentados que o empregador deixou de submeter a Sra. Prisciely Carli N. de Andrade a exame médico de retorno ao trabalho, que deve ser feito no 1º dia da volta ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 (trinta) dias por motivo de doença. Como comprovam o Atestado Médico e a Comunicação de Decisão do INSS. A gestante Sra. Prisciely afastou-se no dia 17/06/09 (Anexo 03-4) e retornou ao trabalho em 15/08/09 (anexo 03-5) após Alta da Perícia do INSS. Não constava na pasta do Dep. Pessoal e nem no prontuário Médico da empregada apresentado pelo serviço médico responsável, a realização de retorno exigido (...)

Verificamos que o empregador deixou de submeter a Sra. Prisciely Carli N. de Andrade a exame médico de mudança de função, que deve ser obrigatoriamente feito antes da data da mudança. Como comprovamos na vistoria e por declarações o setor de pessoal a gestante Sra. Prisciely após o mês de junho de 2009 foi afastada das atividades de atendente de Consultório do Dr. José Maria P. Queiroz Abreu, passando a tarefas administrativas no 3º andar (anexo 02-4), sem a necessária avaliação médica. Comprovamos não constar na pasta do Dep. Pessoal ou no Prontuário Médico da empregada apresentado pelo serviço médico responsável, a realização do exame de mudança de função exigido (...)

Verificamos que o empregador deixou de submeter os trabalhadores, gratuitamente, a programa de imunização ativa contra tétano, difteria, hepatite B como prevê a Norma regulamentadora NR 32 e PCMSO da empresa (anexo 05). A irregularidade foi comprovada por declarações de trabalhadores entrevistados e ao verificarmos não constar nos Prontuários Médicos apresentados pelo serviço médico responsável, das Atendentes de Consultório Sras. Luciana Giroldo, Prisciely C. N. Andrade e Margareth Ap. L. Barbosa o registro (como prevê o item 32.2.4.17.6 da NR 32) da realização das vacinas exigidas, que seria a comprovação de sua efetiva aplicação (...)

A verificação local, análise de documentos e entrevista com os trabalhadores citados, responsáveis pelo Dep. Pessoal e Administração, funcionários e dois médicos quotistas filhos do Dr. José Maria, demonstraram que a empresa vem descumprindo com sua obrigação de lhes proporcionar um ambiente de trabalho saudável, digno e de respeito. O isolamento de 02 trabalhadores numa sala que era depósito, mantidos praticamente sem trabalho dia após dia desde o início de junho de 2009, sendo uma grávida de 4 meses, restrita à sala para não cruzar com seu chefe (um dos donos do Hospital) e outro, um funcionário com mais de 29 anos dedicados à empresa que vê na aposentadoria a única saída respeitável para a sua situação, comprovam que a empresa alterou de forma unilateral as condições e cláusulas de seus contratos de trabalho, mudando suas funções e tarefas, deixando de manter uma postura uniforme, imparcial e equânime em relação a todos os seus empregados, e sempre de forma respeitosa, ética e profissional, como prevê o artigo 7º da Constituição e o 468 da CLT; ao não oferecer um trabalho efetivo e respeitoso, vem lhes ocasionando prejuízos psicológicos evidentes, por se sentirem menosprezados, inferiorizados, humilhados e fragilizados diante de seus colegas, familiares e amigos. Nestas condições, os empregados ficam ainda mais vulneráveis e com evidente receio de perder o emprego e, conseqüentemente, sua fonte de renda. Além disso, são levados à total desmotivação para o trabalho e se desestabilizam emocional e profissionalmente, perdendo sua auto-estima. Certamente esta postura do empregador, embora seja um hospital prestador de serviços médicos, além de desumana e anti-ética, atua como agravante dos problemas de saúde que os dois trabalhadores apresentam. Ficou evidente que a estabilidade que ampara os dois trabalhadores, um pela gravidez e outro pelo tempo de casa e proximidade com a aposentadoria é um aspecto muito relevante nos acontecimentos e relação observada do empregador para com eles (...)

Verificamos que a empresa vem substituindo empregados próprios em suas atividades fins por empregados de terceiros prestadoras de serviço, contrariando normas legais. As atividades de recepção, arquivo e atendentes de consul-



tório são feitas de forma simultânea por empregados próprios ou de terceiros, que cumprem as mesmas funções, tarefas e horários. Comprovamos pelas folhas de pagamento (anexos 08 e 09) que a Sra. Prisciely na função de atendente de consultório recebe do Instituto Penido salário de R\$ 818,52 e que sua substituta, Sra. Priscila recebe da empresa ADAGE salário inferior, de apenas R\$ 626,13. A empresa foi notificada a corrigir a irregularidade e utilizar para estas atividades apenas trabalhadores próprios, por ela contratados de forma direta” (fls. 376, 378 e 379).

Os recorrentes não apresentaram contraprova hábil a infirmar tais fatos. Ademais, a testemunha Margareth Aparecida Lopes Barbosa, que trouxeram a Juízo, confirmou que “3. Com a mudança da diretoria, toda a recepção foi terceirizada; 4. Os antigos recepcionistas (Paula, Ednéia) foram despedidos sem justa causa; 5. A recepcionista Rubia foi transferida para a Fundação, onde continua trabalhando; 6. A Sra. Adélia foi transferida para o setor de exames; 7. à época, a recepção abrangia arquivo, recepção e marcação de consultas; 8. tomou conhecimento da expressão ‘meninas atrás da porta’ na última audiência, em processo movido pela Sra. Silvia, após ter prestado depoimento; 9. tratava-se de uma sala com porta por conter aparelhos caros, onde as meninas permaneciam, mais precisamente no hall, para anotarem os nomes dos pacientes, tipo de exame e convênio; 10. ficaram nesta sala as Sras. Adélia, Silvia, Alaíde e Maria Cássia, cujos cargos, anteriormente à mudança de diretoria, eram da marcação de consultas; do caixa e do setor de lentes de contato; do orçamento e do setor de internação, respectivamente; 11. com a mudança de diretoria, foram transferidas para a marcação de exame; 12. as quatro ficavam nesta sala simultaneamente... 22. na recepção, eram feitas as seguintes atividades: marcação de consultas, a recepção dos pacientes, elaboração da ficha do paciente ou retirada da mesma no arquivo, cobrança da consulta; 23. a ‘sala das meninas’ era o local para o qual eram encaminhados os pacientes que necessitavam de exames complementares; 24. a Sra. Maria Cássia havia sido encarregada da tesouraria, e foi mudada de setor em razão da mudança de diretoria e porque tal cargo é de confiança... 32. a idade média das trabalhadoras que foram desligadas, acima mencionadas, fica acima dos 50 anos, sendo que todas contavam com muito tempo de serviço” (fls. 527 e 528), o que milita em favor do autor.

A fiscalização efetuada pelos auditores fiscais do Trabalho apurou que o “Hospital de Oftalmologia do Instituto é de propriedade de alguns médicos em sociedade por quotas, sendo que o Dr. José Maria, juntamente com 02 filhos, irmãos e sobrinhos, detém grande parcela das quotas totais” (fls. 377).

O conjunto probatório demonstra, portanto, que o 1º recorrente, Rodrigo Barbosa de Abreu, não agiu de forma isolada, nem em desconformidade com os critérios de organização empresarial traçados pelo 1º requerido, o que afasta a aplicação dos artigos 50 e 667 do Código Civil. Com efeito, revela que atuou como membro de uma diretoria que, inadvertidamente, passou a adotar a gestão por injúria, “pretendendo ‘livrar-se’ de determinados empregados, seja porque ocupavam cargos de confiança da antiga diretoria, seja porque haviam envelhecido e já não atendiam às suas expectativas, seja porque retornavam de um afastamento ou estavam na iminência de se afastarem (trabalhadora grávida), praticava atos ou omissões para induzi-los a pedirem demissão, dada a insuportabilidade

das situações vivenciadas” como ressaltou a sentença de Origem (fls. 534-verso), de sorte que nestes termos deve ser balizada a aplicação dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

As irregularidades foram cabalmente demonstradas nos autos, evidenciando o inequívoco abuso do poder diretivo do empregador, que expunha os trabalhadores a situações constrangedoras e ofensivas, criando um clima hostil no local de trabalho, que causava lesão à dignidade e integridade moral dos empregados, razão pela qual é devido o pagamento de indenização compensatória da lesão provocada, nos termos dos artigos 3º da Lei 7.347/85 e 95 da Lei 8.078/90 (CDC), in verbis:

Artigo 3º da Lei 7.347/85:

“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Artigo 95 da Lei 8.078/90:

“Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Neste sentido vem se firmando a jurisprudência, conforme arestos a seguir transcritos:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. GESTÃO POR INJÚRIA OU INJURIOSA. Caso em que o reclamante e seus colegas eram expostos a situações constrangedoras, ofensivas à sua imagem e à sua honra, pois os prepostos das reclamadas dirigiam-lhes palavras desrespeitosas e de constantes ameaças, além de criarem clima hostil entre os próprios colegas de trabalho. Quando a empregadora e a tomadora dos serviços usam do expediente de ameaçar o trabalhador de perda do emprego, que é a fonte da sua subsistência própria e familiar, fazendo insinuações de que ele se trata de peça descartável e facilmente substituível, ferindo diretamente sua auto-estima, há situação de dano moral indenizável. Quando a conduta não é dirigida a um trabalhador específico, o que delinearía uma conduta discriminatória e característica do assédio moral, essa circunstância não descaracteriza o dano moral incutido à pessoa do reclamante. A distinção entre o assédio moral e a gestão por injúria ou injuriosa é feita pela doutrina juslaboralista, mas esta é assente quanto ao dever do ofensor de indenizar o abalo produzido na esfera personalíssima do trabalhador em qualquer dos casos.” (TRT 04 - processo 0031400-83.2009.5.04.0841, julgado em 08/04/2010 Relator Juiz Wilson Carvalho Dias)

“ASSÉDIO MORAL. GESTÃO POR INJÚRIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A ação consistente na inivildade no tratamento dispensado aos subordinados, pelo abuso do poder diretivo, q afastando-se do dever de observância da bilateralidade da obrigação contratual, causa ofensa à dignidade, à integridade moral ou física do trabalhador e enseja a ocorrência de danos morais a exigir reparação” (TRT 14 - processo 0077500-20.2008.5.14.0141, julgamento: 05/10/20096).



No que se refere ao pleiteado no item “d” da inicial, dispõe o artigo 3º da Lei 7.347/85, *in verbis*:

“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Conforme explicitado anteriormente, restaram comprovadas as irregularidades, demonstrando as precárias condições a que vêm sendo submetidos os trabalhadores, de sorte que restou flagrante a comprovação robusta da existência de dano efetivo à comunidade dos empregados.

Assim sendo, escorreita a sentença que acolheu a pretensão do autor, determinando que os requeridos se abstenham de “manter trabalhadores na ociosidade, sem distribuição de atribuições e tarefas”, além de “não submeter, não permitir ou tolerar a exposição de trabalhadores a práticas que configurem assédio moral e/ou discriminação, resguardando-os de humilhações e constrangimentos, de atos vexatórios e agressivos e de qualquer tipo de perseguição, dispensando-lhes tratamento digno e compatível com sua condição humana e “zelar de todas as formas pela dignidade dos trabalhadores, inclusive dos idosos, colocando-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$50.000,00 por ocorrência e por trabalhador vitimado.

Destarte, ante a configuração das irregularidades praticadas pelo empregador ao adotar gestão por injúria, deve ser mantida incólume a condenação quanto aos itens “a”, “b” e “c” da peça de ingresso, bem como a consequente cominação de multa por descumprimento, conforme pleiteado no item “d” da petição inicial.

Entretanto, quanto ao valor da indenização pelo dano moral coletivo (item “e”) é preciso atentar para a dimensão dos fatos ocorridos, extensão da lesão e observância dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade para a fixação do valor compensatório, pois o escopo da lei não é inviabilizar ou comprometer o desempenho da atividade patronal, mas provocar efeito pedagógico de modo a alertar para a necessidade de evitar novas ocorrências da mesma natureza, o que implica evitar a onerosidade excessiva, que pode comprometer o bom resultado almejado.

Nesse sentido, o entendimento constante do Enunciado n. 51 da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, *in verbis*:

“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.” (g.n.)

Por tais razões, e considerando também o porte econômico do empregador, reputo excessivo o valor de R\$500.000,00 arbitrado pela decisão de piso.

Assim sendo, decido dar parcial provimento para 1) limitar a atuação do 2º requerido Rodrigo Barbosa de Abreu no polo passivo à condição de membro integrante da diretoria do 1º reclamado; 2) reduzir o valor da indenização por dano moral coletivo ao importe de R\$300.000,00, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de questionamento.

## 6 Do destinatário da multa e da indenização

A sentença deferiu o pedido e determinou o recolhimento da multa e da indenização (itens “d” e “e” da prefacial) ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Entretanto é preciso considerar que o FAT foi instituído pela Lei 7.998/90 com a finalidade de custear o programa de seguro-desemprego, o pagamento do abono salarial e o financiamento dos programas de desenvolvimento econômico, nem de longe indicando o objetivo de compensar ou reconstituir danos causados a direitos trabalhistas. Deste modo, in casu se revela inadequado para atender ao escopo do preceituado no art. 13 da Lei 7.347/85, que dispõe, in verbis:

Artigo 13. “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.” (g.n.)

Ante os parâmetros estabelecidos por tal preceito legal e a natureza jurídica dos bens lesados, não há como manter o FAT na condição de destinatário.

Destarte, enquanto não for criado Fundo nos termos suprarreferidos, cabe à Jurisprudência construir solução adequada à obtenção da compensação do bem jurídico afetado, procedendo a interpretação do referido preceito legal à luz dos princípios adotados pela CF/88.

Nesse sentido, foi aprovado o 12º Enunciado, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, in verbis:

“AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfere o artigo 13 da Lei 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do la-



bor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável” (g.n.).

A presente ação civil pública busca a tutela inibitória da gestão por injúria, indevidamente adotada pelo requerido em relação a seus empregados, notadamente os que se encontram em situação de fragilidade por gravidez, idade, afastamento por doença e véspera de aposentadoria após longo período trabalhado.

Visa não só a compensação da lesão provocada, mas também provocar efeitos pedagógicos destinados a conscientizar o empregador quanto à importância de garantir ambiente de trabalho saudável, que respeite a integridade física e moral de seus empregados. Tal escopo passa pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, como bens jurídicos imprescindíveis para a efetividade dos princípios constitucionais agasalhados nos incisos III e IV do art. 1º da CF/88.

Por tais razões, e considerando que a natureza da tutela coletiva é restaurar a ordem jurídica rompida, reputo insustentável a destinação ao FAT e determino que a indenização por dano moral coletivo, pleiteada no item “e” da inicial, ora fixada em R\$300.000,00 e eventual cominação de multa pelo descumprimento referido no item “d”, da inicial, sejam recolhidas em favor do Centro Infantil Boldrini, referência nacional no tratamento do câncer infantil, entidade que presta serviços médicos de qualidade e excelência aos menores desfavorecidos, direcionando sua atuação também para restaurar a dignidade do paciente atingido pela doença e sua família, assim conferindo efetividade aos princípios constitucionais de forma emblemática, o que pode contribuir de maneira significativa para reconstruir a ordem jurídica na localidade em que ocorreu a lesão.

O beneficiário prestará contas ao Juízo da Execução quanto à correta utilização dos recursos recebidos, com observância dos requisitos legais.

Ressalto, entretanto, que tal não impede eventual composição entre as partes, indicando outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será melhor atendido o escopo legal.

Destarte, decido dar parcial provimento para determinar que tanto a multa referida no item “d” da inicial porventura devida, quanto a indenização por dano moral coletivo pleiteada no item “e” sejam destinadas ao Centro Infantil Boldrini, que prestará contas ao Juízo da Execução quanto à correta utilização dos recursos recebidos, sem que isso impeça eventual composição entre as partes e indicação de outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será melhor atendido o escopo legal, nestes termos fixando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

ISTO POSTO decido conhecer, rejeitar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos para 1) limitar a atuação do 2º requerido Rodrigo Barbosa de Abreu no polo passivo à condição de membro integrante da diretoria da 1º requerido; 2) reduzir o valor

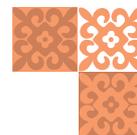
da indenização por dano moral coletivo ao importe de R\$300.000,00; e 3) determinar que tanto a multa referida no item “d” da inicial porventura devida, quanto a indenização por dano moral coletivo pleiteada no item “e” sejam destinadas ao Centro Infantil Boldrini, que prestará contas ao Juízo da Execução quanto à correta utilização dos recursos recebidos, sem que isso impeça eventual composição entre as partes e indicação de outro destinatário, se ficar demonstrado perante o Juízo que assim será melhor atendido o escopo legal, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitro o valor da condenação em R\$300.000,00 e custas pelos requeridos no importe de R\$6.000,00.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Desembargadora do Trabalho

Relatora



2ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000484-48.2012.5.05.0222RecOrd

RECORRENTE: JOILSON NAZIOZENO DE OLIVEIRA

RECORRIDO: FERCAMP CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA. E PETROBRAS – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A

RELATORA: Desembargadora DALILA ANDRADE

INCERTEZA QUANTO À APTIDÃO DO RECLAMANTE PARA O TRABALHO. AFASTAMENTO. SALÁRIOS. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL. Nos casos como o dos autos, em que, segundo a empregadora, o trabalhador não apresenta aptidão para o trabalho e o INSS lhe concede alta do benefício previdenciário, incidem os princípios da função social da empresa e do contrato, da solidariedade social e da justiça social, que asseguram o pagamento dos salários, ainda que não tenha havido prestação de serviço.

JOILSON NAZIOZENO DE OLIVEIRA, nos autos de nº 0000484-48.2012.5.05.0222RecOrd, em que litiga contra FERCAMP CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA. E PETROBRAS – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A, inconformado com a sentença das fls. 118/120, que EXTINGUIU O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do art. 269, IV, do CPC, interpõe, dentro do prazo legal, RECURSO ORDINÁRIO, pelos motivos expendidos às fls. 124/128. Contrarrazões às fls. 131/133-v. 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.º 57/2009.

É o Relatório.

VOTO

PRESCRIÇÃO

Na petição inicial, o reclamante disse que foi contratado pela primeira reclamada em 12/03/2002, tendo seu contrato suspenso em 08/03/2005, em razão da concessão de auxílio-doença (fl.03).

Sustenta que em 12/05/2008 obteve alta do INSS, estando, desde então, sem perceber qualquer remuneração por parte de sua empregadora ou do Órgão Previdenciário (fl. 03).

Pleiteia seja reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho e o pagamento das verbas rescisórias, além de indenização por danos morais e materiais.

A segunda acionada alegou, em sua defesa, que o direito do autor se encontra irremediavelmente prescrito, tendo em vista que não foi observado o prazo de dois anos pre-

visto no art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal quando do ajuizamento da demanda, em 19/04/2012 (fl. 01).

O n. Julgador a quo acolheu a tese da defesa de prescrição bienal, contra o que investe o reclamante.

Votei inicialmente no sentido de manter a sentença recorrida.

No entanto, acolhi a divergência da e. Desembargadora Luíza Lomba grafada nos seguintes termos:

“Com a devida venia, tenho divergência.

Pelo que consta no voto, o primeiro reclamado não realizou qualquer ato formal de extinção do contrato de trabalho. Sequer demitiu a parte autora por justa causa, amparada na Súmula 32 do TST, assim vazada: “...Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer...”

Deixou o pacto laboral em aberto, omitindo-se, inclusive, de convocar a parte autora, ao trabalho, assim que teve ciência da alta do INSS.

Não estando o contrato suspenso, haja vista a alta previdenciária recebida pelo autor, jamais poderia a empresa, como o fez, deixá-lo totalmente desprotegido, em um verdadeiro “limbo jurídico”, privando-o do recebimento das verbas de caráter alimentar.

Se optou por manter vigente o pacto, e assim o fez já que não a despediu, deveria reaproveitar o empregado em atividade compatível com a incapacidade apresentada, isto é, readaptá-lo, ou então, como já dito, lançar mão da sua faculdade de extinguir o contrato, arcando com os encargos rescisórios, como determina a lei.

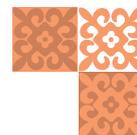
Daí porque penso não existir o marco inicial para o corte prescricional total”.

Afasto, portanto, a prescrição declarada na origem e a consequente extinção do processo com resolução do mérito, com lastro no inciso IV, do art. 269, do CPC.

Considerando que a causa se encontra madura para julgamento, avanço, de logo, para o exame de fundo da pretensão, nos termos do art. 515, §3º do CPC.

#### PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO

Em sede de contrarrazões, a PETROBRAS suscita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido sob diversos fundamentos, alegando que não pode ser responsabilizada, de forma subsidiária, pelos débitos decorrentes desta demanda tendo em mira o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, bem como no art. 71 da Lei de nº 8.666/93.



A preliminar não viceja, contudo.

Justamente porque o nosso ordenamento jurídico não veda a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, mesmo em se tratando de sociedade de economia mista, com fulcro no entendimento sufragado na Súmula n.º 331 do c. TST.

REJEITO, pois, a PRELIMINAR.

#### PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

A PETROBRAS, segunda reclamada, renova a prefacial em destaque, argumentando, em síntese, que nunca foi empregadora do reclamante, não havendo que se falar em responsabilidade pelas obrigações trabalhistas contraídas pela primeira acionada e seus empregados.

Contudo, a preliminar não procede. É que, no caso sub judice, o reclamante pugna pela responsabilização subsidiária da PETROBRAS que, na qualidade de tomadora dos seus serviços, é sim parte legítima para integrar o polo passivo da presente ação, ainda que tenha contratado licitamente a primeira ré.

REJEITO também esta PRELIMINAR.

#### MÉRITO

#### INCERTEZA QUANTO À APTIDÃO DO RECLAMANTE PARA O TRABALHO – SALÁRIOS - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Os autos noticiam que o reclamante, afastado desde março/2005, retornou ao serviço em 08/05/2008, ocasião em que a primeira reclamada o considerou inapto para o trabalho, fls. 18/19.

Dias após, em 12/05/2008 (fl. 03), o autor recebeu alta do INSS e, segundo alega, retornou reiteradamente à primeira acionada com o fim de ser relocado em suas funções, porém sem êxito, tendo em vista que a reclamada se recusava a recebê-lo novamente nos quadros da empresa.

Destaque-se que a primeira acionada foi revel neste processo e a segunda demandada, em sua defesa, não infirmou as alegações do autor no sentido de que este tentava repetidamente retornar ao trabalho (fls. 52/65 e 115).

Nestas circunstâncias, verifica-se que a primeira acionada, após a decisão do Órgão Previdenciário, não designou o autor para o exercício de função compatível com suas limitações laborais, nem, tampouco, procedeu à rescisão do contrato de trabalho, permanecendo inerte até a propositura da presente demanda, em 19/04/2012.

Considerando todo esse cenário, portanto, não há como afastar a responsabilidade da primeira reclamada pelo pagamento dos salários devidos ao reclamante. Isso porque,

nos casos como o dos autos, em que o empregado não apresenta aptidão para o trabalho e o INSS não mais lhe concede o benefício previdenciário, incidem os princípios da função social da empresa e do contrato, da solidariedade social e da justiça social, que asseguram o pagamento dos salários, ainda que não tenha havido prestação de serviço.

Com efeito. Na forma do art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, respectivamente, “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Por outro lado, constitui um dos seus objetivos fundamentais, de acordo com o art. 3º, inciso I, também da Carta Política, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Ademais, nos termos do art. 170, da Constituição Federal, “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”.

O princípio da função social reza que os atos ou relações jurídicas afetam não só aqueles que deles participam diretamente, mas a toda coletividade. Sendo assim, a atividade empresarial deve respeitar não só os interesses daqueles que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como empregadores e empregados, mas, também, os interesses da comunidade na qual atua.

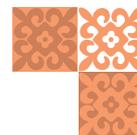
A empresa tem, assim, uma óbvia função social, que se ampara no respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente da pessoa do trabalhador, que ali emprega a sua força de trabalho, e, ainda, no valor social do trabalho e da livre iniciativa, que, registre-se, não podem se dissociar.

Hoje, portanto, diante dos princípios abraçados por nossa Carta Magna, o epicentro do direito contratual não é mais a autonomia da vontade, mas a dignidade da pessoa humana. E, tanto isso é verdade, que nos termos do art. 421, do novo Código Civil, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A nova concepção de contrato revela, como se vê, a preocupação com sua função social. E não poderia ser diferente, já que ele atua como instrumento de interação e desenvolvimento social na construção de uma sociedade mais justa, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme art. 3º, inciso I, supra transcrito.

O contrato atua, ainda, como instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana. De fato a ordem econômica se realiza mediante contratos direcionados à produção de bens e serviços que atendam às necessidades dos seres humanos, isto é, que assegurem a todos, conforme disciplina o art. 170 da Constituição Federal, “existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Desse modo, sempre que ocorrer violação aos direitos sociais dos trabalhadores, enquanto direitos humanos fundamentais, estaremos diante de uma violação ao princípio da função social, seja da empresa, seja do contrato.



A conjugação dos princípios da função social, da solidariedade social e da justiça social, autoriza, portanto, a condenação da primeira reclamada, que, todavia, deve incluir os salários devidos desde a data em que o reclamante obteve alta do INSS, 12/05/2008, pois colocou sua força de trabalho à disposição da empregadora, a qual poderia, em face de sua inaptidão funcional, readaptá-lo em outra atividade compatível com suas limitações, ou até mesmo despedi-lo.

Da mesma forma, reconheço o direito do autor às demais verbas decorrentes da relação empregatícia, notadamente aquelas referentes às férias acrescidas de 1/3, 13º salário e recolhimentos do FGTS.

#### RESCISÃO INDIRETA

O recorrente postula, também, seja mantida a decisão a quo quanto ao reconhecimento da rescisão indireta, no entanto, fixando-se o termo final do contrato a data do ajuizamento da presente demanda, deferindo-lhe, por conseguinte, as verbas rescisórias a que faz jus.

Assiste-lhe razão.

Realmente, em virtude da total inércia da primeira demandada após a alta do demandante do Órgão Previdenciário, negligenciando seu dever de relocar o empregado em outra função compatível com suas limitações ou, alternativamente, de despedir o reclamante, modifico parcialmente o entendimento esposado na origem e reconheço a despedida indireta do autor por conta do ajuizamento da presente ação, fixando, assim, a data da rescisão o dia 19/04/2012 (fl. 01).

Defiro, portanto, o pagamento das verbas rescisórias, como o saldo de salário, aviso-prévio - com integração ao tempo de serviço, FGTS acrescido de 40%, bem como a liberação das guias do seguro- desemprego.

#### ACIDENTE DE TRABALHO – INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

O reclamante alega que sofreu um acidente de trabalho nas dependências da primeira acionada, em 08/03/2005, quando ao se assustar com uma cobra que estava dentro do seu armário, caiu no chão molhado e lesionou a coluna.

Sustenta que, na ocasião, foi expedida uma CAT pela primeira acionada (fl. 15), fato que culminou com o seu afastamento pela Previdência Social até o dia 12/05/2008, quando o demandante obteve alta do INSS (fls. 01/02).

Afirma que tal infortúnio gerou privações em sua vida pessoal, pois não consegue mais realizar atividades físicas e esportivas, além de se encontrar totalmente inválido para o trabalho.

Postula, então, o pagamento de indenizações a título de dano moral e material em face do acidente do trabalho sofrido, tendo em vista que a primeira reclamada submeteu o autor a uma carga horária excessiva, sem treinamento adequado quanto às rotinas e normas de segurança do trabalho, bem como não procedeu a regular concessão de EPI's (fl. 04).

Vejamos.

O ordenamento jurídico pátrio exige, via de regra, para responsabilização do empregador pelos danos causados ao empregado, em decorrência de acidente de trabalho, a presença de três elementos: uma ação ou omissão dolosa ou culposa (na modalidade imprudência, negligência ou imperícia); o nexu ou liame de causalidade entre a enfermidade e as atividades desempenhadas na empresa e a lesão ou dano.

De início, deve ser salientado que o exame das provas constantes dos autos não revela que o autor se encontra atualmente inválido para o trabalho.

Com efeito, muito embora seja incontroverso que o demandante sofreu um acidente nas dependências da primeira demandada no ano de 2005, afastando-se para usufruir de benefício previdenciário, o fato é que ele obteve alta do INSS no ano de 2008, considerando-se, portanto, que ele se encontra perfeitamente apto para o labor desde então.

Ademais disso, não foi produzida prova técnica nestes autos atestando a incapacidade laborativa do demandante por conta do infortúnio por ele sofrido quando laborava para a primeira acionada.

Destaque-se, ademais, que o relatório médico colacionado à fl. 14, o qual dispõe que o estado clínico do autor no ano de 2009 era de incapacidade laborativa, não só não revela a existência do nexu causal entre as doenças ali relacionadas e o acidente narrado pelo reclamante em sua vestibular, como também conclui que o prognóstico do reclamante é reservado, isto é, “poderá haver regressão sintomática”, podendo-se inferir, portanto, que o autor pode ter apresentado melhora do seu estado de saúde, até mesmo considerando o lapso de tempo entre o referido relatório (2009) e o ajuizamento da presente demanda (2012).

Nesta senda, entendo que não ficou evidenciada a incapacidade laborativa alardeada pelo recorrente e muito menos a existência de relação de causalidade entre as enfermidades diagnosticadas no ano de 2009 e o acidente de trabalho sofrido em 2005.

A despeito disso, muito embora o reclamante não tenha provado que é portador de incapacidade laborativa, não se nega a ocorrência do acidente descrito na exordial.

Nestes termos, é incontroverso que o reclamante se lesionou severamente no desempenho de suas atividades na primeira reclamada, a ponto de ter sido afastado do serviço por 3 (três) anos para usufruir de benefício previdenciário.

Ora, nos termos do art. 19, da Lei nº 8.213/91, “Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação



funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

No presente caso, portanto, não há como afastar a existência de típico acidente do trabalho, na forma da Lei nº 8.213/91, muito menos, o nexo de causalidade entre o labor desenvolvido pelo autor e a ocorrência do sinistro que o lesionou.

O caso evidencia, de outra banda, a culpa da primeira ré que, negligenciando as normas de proteção à saúde do trabalhador, permitiu que o reclamante trabalhasse em um ambiente que não observava as regras de segurança e higiene, porquanto o chão da empresa, no momento do sinistro, estava molhado.

Registre-se que o dever de zelar pela saúde do empregado lhe proporcionando um adequado ambiente de trabalho sempre existiu e, assim, não se afasta a responsabilidade da reclamada pelos danos causados em virtude das condições em que o labor era desenvolvido.

O dever do agressor de reparar os danos morais está amparado na teoria da responsabilidade subjetiva, recepcionada pelo Direito Positivo Brasileiro por meio da regra segundo a qual “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O art. 5º, V, da Constituição Federal assegura indenização por dano material, moral ou à imagem, uma vez que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso X, do mesmo dispositivo constitucional).

A reparação de dano moral praticado no curso do vínculo empregatício não trata, contudo, de indenizar ou apenar o agente agressor pelo prejuízo; constitui-se, conforme Orlando Gomes “uma sanção materializada através de uma compensação pecuniária”, até porque, para reparar o dano extrapatrimonial, o dinheiro não possui efetiva correspondência monetária com o bem lesado, pois, como anota Maria Helena Diniz, “não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente”.

A responsabilidade subjetiva do agente demanda uma ação ou omissão que materializem um evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a lesão sofrida. De sorte que, constatada a presença do ato ilícito (omissão culposa), e o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o prejuízo sofrido, segue-se que a primeira reclamada está sujeita a reparar os danos morais e materiais causados ao empregado, na forma do art. 186, do Código Civil.

O dano moral independe de prova, tendo em vista que o sofrimento que atinge o ser não pode ser medido por outrem, pois questão de natureza eminentemente subjetiva.

Na sua fixação, no entanto, diante da ausência de critérios objetivos, o julgador deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando decisões que concedam ínfimas quantias que não são suficientes para propiciar uma satisfação à vítima,

assim como sentenças que deferem valores astronômicos, sem qualquer critério científico ou jurídico, tornando-se fonte de lucro indevido.

No caso em exame, em atenção aos princípios acima referidos, arbitro a indenização por dano moral em R\$5.000,00, (cinco mil reais).

De outro giro, a indenização por danos materiais, na modalidade de lucros cessantes, também é devida, pois estes se revelam na perda do ganho esperável, na frustração de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

A capacidade do reclamante para o trabalho foi, inegavelmente, reduzida quanto ao período em que esteve afastado de suas atividades laborativas, tanto que usufruía de benefício previdenciário de natureza acidentária.

Assim sendo, durante o período em que se manteve afastado dos serviços por conta do acidente, o reclamante se encontrava incapacitado para o labor, circunstância que, além de diminuir o patrimônio do empregado, ainda impediu a sua ascensão profissional, novos ganhos ou mesmo melhor colocação no mercado de trabalho, o que certamente ocorreria se totalmente capaz estivesse para o trabalho.

Dessa forma, defiro, ainda, uma indenização pelos danos materiais sofridos pelo autor no período em que esteve em gozo de benefício previdenciário, na importância de R\$10.000,00 (dez mil reais).

#### PERDAS E DANOS – DIFERENÇAS DE IMPOSTO DE RENDA

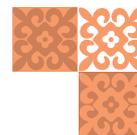
O recorrente postula, ainda, o pagamento de monta indenizatória por perdas e danos, em face da irregularidade no adimplemento, mês a mês, das verbas salariais, devendo a primeira reclamada arcar, assim, com os valores a título do Imposto de Renda (fl. 05).

Sem razão.

É que não é possível eximir o demandante de obrigações que são suas, transferindo-as para a acionada que, na qualidade de fonte pagadora, está obrigada apenas a reter e a recolher o imposto de renda, na forma do art. 79 do Decreto 1.041/94, que dispõe: “Compete à fonte reter o imposto de que trata este título, salvo disposição em contrário”.

O fato gerador do tributo, por sua vez, é o cumprimento da decisão judicial, em face do que estabelecem o art. 46 da Lei n.º 8.541, de 23.12.1992 e o Decreto n.º 1.041/94: “O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário”.

Assim, quando o crédito é auferido por meio de sentença judicial, a retenção do imposto de renda é feita, nos moldes do art. 12-A da Lei de nº7.713/88 explicitada na Instrução Normativa de nº1.127/11, quando estes se tornam disponíveis.



Registre-se que a culpa da empregadora pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não tem o condão de eximir a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. Nesse sentido, aliás, é a Orientação Jurisprudencial 363 do c. TST.

Registre-se que, conforme posição desta e. 2ª. Turma, o imposto de renda deve ser calculado com base na Instrução Normativa RFB n. 1.127 de 2011 que é mais benéfica para o obreiro.

Decerto. O c. Superior Tribunal de Justiça vem proclamando que o imposto de renda incidente sobre verba reconhecida em decisão judicial deve incidir mês a mês. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FONTE PAGADORA E CONTRIBUINTE. INCLUSÃO DE MULTA. RENDIMENTOS ACUMULADOS. ALÍQUOTA APLICÁVEL.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que cabe à fonte pagadora o recolhimento do tributo devido. Porém, a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, o qual fica obrigado a declarar o valor recebido em sua declaração de ajuste anual.
2. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas as alíquotas vigentes à época em que eram devidos os referidos rendimentos.
3. É indevida a imposição de multa ao contribuinte quando não há, por parte dele, intenção deliberada de omitir os valores devidos a título de imposto de renda ou de não recolhê-los. A contrario sensu, a multa é devida quando é feita a declaração, mas não é feito o respectivo recolhimento.
4. Hipótese em que, por ocasião do Ajuste Anual, haveria de recolher o débito declarado, sob pena da multa correspondente prevista no art. 44, I da Lei nº. 9.430/96 e juros aplicáveis.
5. Recurso especial parcialmente provido.” (2ª Turma, REsp 704845 / PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 16/09/08)

E, conforme ressaltado pela e. Desembargadora Luiza Lomba, “a própria Receita Federal autorizou, através do Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional - PGFN nº 1, de 27.03.2009, publicado no D.O.U. de 14.05.2009 a observância das alíquotas mensais nos seguintes termos: ‘Autoriza a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos nas ações judiciais que tratem do imposto de renda sobre rendimentos tributáveis recebidos acumuladamente, conforme especificado. O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprova-

ção do Parecer PGFN/CRJ/Nº 287/2009, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 13/05/2009, DECLARA que fica autorizada a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante: ‘nas ações judiciais que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global’.

Assim, se forem observadas as alíquotas vigentes mensalmente à época em que as parcelas condenatórias eram devidas pela empregadora, não restará prejuízo para o reclamante.

Nada a prover

MULTA DO ART. 467, DA CLT

Em face da revelia da primeira acionada, bem como se vê da defesa da segunda demandada, não houve séria e consistente controvérsia quanto à pretensão relativa às verbas rescisórias, sendo devida, por conseguinte, a incidência da penalidade do art. 467 da CLT.

Anote-se, por oportuno, que incontroverso é aquilo que não está sujeito a dúvida, incontestável. A controvérsia meramente formal, oca, inconsequente em torno do pagamento das parcelas rescisórias não tem o condão de afastar o direito ao acréscimo de 50% (cinquenta por cento) a que se refere o preceptivo legal, sob pena de se chancelar a conduta do ex-empregador que, sem qualquer motivo razoável, deixa de pagar essas verbas no prazo legal.

Defiro.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pugna o demandante pelo pagamento dos honorários advocatícios, por força do princípio da sucumbência previsto no art. 20, do CPC (fl. 06).

A condenação em honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada (excetuada a hipótese de dissídios baseados na Emenda Constitucional n.º 45/2004, em que figurem partes que não detenham a qualidade de empregado e empregador, únicos aos quais a lei assegura o jus postulandi, na forma do art. 791 da CLT), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo o reclamante: a) estar assistido pelo seu sindicato de classe e b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, de acordo com a orientação traçada na Súmula n.º 219 do c. TST.

No caso dos autos, a despeito do autor ter declarado o seu estado de miserabilidade (fl. 01), ele não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, razão pela qual a verba honorária não lhe é devida.



## MULTA ART. 475-J, DO CPC

O reclamante pleiteia, ainda, pela aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC.

Embora meu entendimento seja no sentido de que a regra do art. 475-J do CPC é plenamente compatível com o processo do trabalho, seja porque, no particular, há omissão da CLT, que não trata da penalidade, atraindo, assim, o disposto em seu art. 769; seja, ainda, porque o princípio constitucional da duração razoável do processo não apenas permite como exige do julgador a aplicação de normas que visem à efetiva prestação jurisdicional, que é a entrega, por inteiro, daquilo que se pediu - e deferiu, mormente em se tratando de créditos de natureza alimentar, essa posição é vencida nesta e. 2ª Turma, que integro.

Entendendo, assim, a maioria dos integrantes desta e. 2ª Turma que o art. 475-J, do CPC, não é aplicável ao processo do trabalho, não provejo o apelo, no particular.

## RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA RECLAMADA – LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

O reclamante requer, enfim, a responsabilização subsidiária da segunda reclamada, PETROBRAS, ao fundamento de que tal empresa atuou na condição de tomadora de serviços, contratando a primeira acionada para executar atividades ligadas à atividade-fim, mediante contrato de prestação de serviços.

Em linha de princípio, esta situação não permitiria a responsabilização subsidiária do ente público, em razão do art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Neste sentido já decidiu o STF no julgamento da ADC nº 16, em que reconheceu a constitucionalidade do dispositivo em comento.

Ocorre que, no mesmo julgamento, o c. Supremo Tribunal Federal entendeu que a Administração Pública poderá ser responsabilizada se ficar demonstrada a sua culpa in vigilando, como se verifica do seguinte trecho de notícia publicada no site daquele órgão, no dia 24/11/2010:

“Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, nesta quarta-feira (24), a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Segundo o presidente do STF, isso ‘não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa’. ‘O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público’, observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União”.

Com efeito, em face da possibilidade de reconhecimento da culpa in vigilando da segunda acionada, poderia a tomadora de serviços responder, de forma subsidiária, por todos os débitos oriundos da relação de emprego havida entre a prestadora e o empregado, nos termos do item V da Súmula n.º 331, do c. TST.

Ocorre, no entanto, que a presente ação apresenta uma peculiaridade, considerando-se o período de vigência do pacto celebrados entre as demandadas e o prazo de prescrição quinquenal.

Realmente, a prova dos autos revela que a PETROBRAS somente manteve relação com a primeira demandada até abril/2006, conforme atesta o contrato de prestação de serviços das fls. 79/109, notadamente em sua cláusula 4ª, fl. 82.

Assim, tal interstício deve ser considerado, de modo que na hipótese de responsabilização da segunda reclamada, de forma subsidiária, pelos créditos trabalhistas devidos pela primeira acionada ao reclamante, a PETROBRAS somente responderia pelo lapso de 22/04/2003 a 08/03/2005, tendo em vista a data da celebração da avença entre as reclamadas e o período em que reclamante trabalhou para a primeira demandada, antes, obviamente, de se afastar do labor em decorrência do acidente de trabalho narrado na peça portal.

Acontece que, em virtude da presente ação ter sido ajuizada em 19/04/2012, o reclamante somente faz jus as verbas trabalhistas dos últimos cinco anos, considerando o prazo quinquenal previsto no art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal.

Em sendo assim, as verbas trabalhistas pelas quais a segunda reclamada poderia ser responsabilizada de forma subsidiária estão irremediavelmente prescritas, porquanto sua responsabilidade somente subsiste até o mês de abril/2006.

Ressalte-se que, em relação ao acidente de trabalho sofrido pelo reclamante no ano de 2005, a segunda reclamada também não se responsabiliza subsidiariamente, tendo em vista que, além da incidência do prazo prescricional, vislumbra-se que o sinistro ocorreu nas dependências da primeira reclamada, não tendo a segunda acionada concorrido de nenhuma forma, seja direta, seja indireta para tal evento.

Em sendo assim, a despeito de efetivamente ser possível reconhecer a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços que incorre na culpa in vigilando, esta não é a hipótese dos autos, tendo em vista que, considerando a data do ajuizamento da presente ação, o período contemplado pelo contrato de prestação de serviços celebrado entre as demandadas se encontra irrefutavelmente fulminado pela prescrição quinquenal.

Do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para afastar a prescrição declarada na origem e, considerando que a causa se encontra madura para julgamento, avançar, de logo, para o exame de fundo da pretensão, nos termos do art. 515, §3º do CPC e deferir: a) os salários devidos desde a data em que o reclamante obteve alta do INSS, 12/05/2008 até a data da rescisão indireta, ocorrida com o ajuizamento da presente ação em 19/04/2012; b) o pagamento das demais verbas decorrentes da relação empregatícia,



notadamente aquelas referentes às férias acrescidas de 1/3, 13º salário e recolhimentos do FGTS; c) a quitação das verbas rescisórias, como o saldo de salário, aviso-prévio com integração ao tempo de serviço, FGTS acrescido de 40%, bem como a liberação das guias do seguro- desemprego; d) o pagamento de indenização de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por danos morais e de R\$10.000,00 (dez mil reais) por danos materiais em virtude do acidente de trabalho sofrido pelo autor e e) a multa prevista no art. 467, da CLT.

Inverto, enfim, o ônus da sucumbência.

ISTO POSTO, ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 2ª. TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, UNANIMEMENTE, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO DECLARADA NA ORIGEM E, CONSIDERANDO QUE A CAUSA SE ENCONTRA MADURA PARA JULGAMENTO, AVANÇAR, DE LOGO, PARA O EXAME DE FUNDO DA PRETENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 515, §3º DO CPC E DEFERIR: A) OS SALÁRIOS DEVIDOS DESDE A DATA EM QUE O RECLAMANTE OBTEVE ALTA DO INSS, 12/05/2008 ATÉ A DATA DA RESCISÃO INDIRETA, OCORRIDA COM O AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO EM 19/04/2012; B) O PAGAMENTO DAS DEMAIS VERBAS DE-CORRENTES DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA, NOTADAMENTE AQUELAS REFERENTES ÀS FÉRIAS ACRESCIDAS DE 1/3, 13º SALÁRIO E RECOLHIMENTOS DO FGTS; C) A QUITAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS, COMO O SALDO DE SALÁRIO, AVISO-PRÉVIO COM INTEGRAÇÃO AO TEMPO DE SERVIÇO, FGTS ACRES-CIDO DE 40%, BEM COMO A LIBERAÇÃO DAS GUIAS DO SEGURO- DESEMPRE- GO; D) O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE R\$5.000,00 (CINCO MIL REAIS) A TÍTULO DE DANOS MORAIS E DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) POR DANOS MATERIAIS EM VIRTUDE DO ACIDENTE DE TRABALHO SOFRIDO PELO AU-TOR E E) A MULTA PREVISTA NO ART. 467, DA CLT. INVERTEM, ENFIM, O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.//

2ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001010-71.2012.5.05.0462RecOrd

RECORRENTE: EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S.A. EBAL

RECORRIDO: RICARDO BARBOSA DE SOUSA

RELATORA: Desembargadora DALILA ANDRADE

EMPREGADO PÚBLICO. DESPEDIDA ARBITRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E FINALIDADE. Em recente julgamento com repercussão geral, o e. STF consolidou o entendimento de que a despedida do empregado da empresa pública e da sociedade de economia mista não pode ocorrer de forma arbitrária, tendo em vista que as referidas entidades se submetem aos princípios insculpidos no art. 37, da Constituição Federal.

EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S.A. EBAL nos autos de nº 0001010-71.2012.5.05.0462RecOrd, em que litiga contra RICARDO BARBOSA DE SOUSA, interpõe, dentro do prazo legal, RECURSO ORDINÁRIO, pelos motivos expendidos às fls. 199/208, contra a sentença das fls. 179/180, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão deduzida nesta ação. Contraminuta fls. 227/227-v. O Ministério Público do Trabalho não exarou parecer, tendo em vista que a matéria, objeto do presente apelo, não se enquadra entre as hipóteses descritas na Lei Complementar n.º 75/93 e no Provimento n.º 01/2005 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho que justifiquem a sua intervenção. Por fim, 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.

É o Relatório.

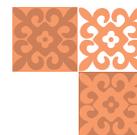
VOTO

EMPREGADO PÚBLICO - ESTABILIDADE - REINTEGRAÇÃO

A recorrente não se conforma com o capítulo da sentença de primeira instância que declarou a invalidade da rescisão contratual, deferindo os pedidos de reintegração e de pagamento dos salários formulados pelo demandante.

Sustenta que a despedida do autor se deu na plena vigência do entendimento consolidado pelo c. TST, notadamente da Súmula nº 390 e da OJ nº 247, da SDI-1, as quais autorizam claramente a dispensa imotivada do empregado público.

Aduz que ao se fundamentar na recente decisão proferida pelo STF, no RE 58998/PI - em que se concluiu que muito embora o empregado público não seja beneficiário da estabilidade prevista no art. 41, da Constituição Federal, é vedada a sua despedida imoti-



vada - a decisão originária afrontou os postulados da segurança jurídica, ademais se for considerado que o referido acórdão sequer foi publicado.

O reclamante foi admitido pela acionada em 15/12/2011, após submissão a concurso público, conforme faz prova o edital de convocação das fls. 12/20.

A reclamada, sociedade de economia mista que é, firmou então um contrato individual de trabalho com o autor (fl. 11), por prazo indeterminado.

Em 18/10/2012 a empresa ré despediu o reclamante sem justa causa, salientando que ele não era portador da estabilidade funcional prevista no art. 41 da Constituição Federal, tendo em vista que tal garantia não se aplica aos empregados públicos.

Pois bem. As empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a Administração Pública Indireta e ostentam natureza jurídica de Direito Privado.

A despeito disso, as referidas entidades se sujeitam a algumas normas de Direito Público, sejam as exploradoras de atividade econômica, sejam as prestadoras de serviço público, quando, por exemplo, promovem concurso público para admissão (art. 37, II, da CF); submetem-se ao teto constitucional de remuneração do serviço público (art. 37, XI, da CF); vedam o acúmulo remunerado de funções, cargos ou empregos públicos (art. 37, XVI, da CF) etc.

Tal circunstância, de fato, não confere aos seus empregados a estabilidade prevista no art. 41 da Carta Magna, na forma como vem se manifestando reiteradamente o c. TST (Súmula nº 390).

Acontece, porém, que em atenção aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente àqueles previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, impõe-se a exigência de motivação dos seus atos administrativos.

Não por outra razão, a despedida do empregado público admitido através de concurso também deve se operar motivadamente, atendendo-se aos aludidos princípios que regem a Administração Pública, a exemplo da impessoalidade, da finalidade e da legalidade.

Corroborando tal assertiva, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida no julgamento do RE 589998/PI, em setembro/2013, analisou um caso de despedida imotivada de um empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT).

Naquela ocasião, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski esclareceu nos seguintes e exatos termos:

“[...] Com efeito, entendo que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplica-se não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, porquanto, conforme diversos julgados desta Corte, v.g. ADI 1.642/

MG, Rel. Min. Eros Grau, não estão alcançadas pelas disposições do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Explico.

Revendo a matéria, agora, mais detidamente, entendo que, embora a rigor, as denominadas 'empresas estatais' ostentem a natureza jurídica de direito privado, elas se submetem a regime híbrido, ou seja, sujeitam-se a um conjunto de limitações que têm por escopo a realização do interesse público. Em outras palavras, no caso dessas entidades, ocorre uma derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público.

Na lição de Marçal Justen Filho, cuida-se de um 'mínimo de direito público', 'decorrente da natureza instrumental da entidade para o cumprimento de função administrativa. Será dotada de personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, 'o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana'.

Como exemplo de algumas das restrições aplicáveis a essas empresas, derivadas do próprio texto constitucional, tem-se, relativamente aos seus servidores, a submissão ao teto remuneratório, a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, e, ainda, a exigência de concurso para ingresso em seus quadros.

[...]

Com efeito, segundo assentei acima, o regime jurídico das empresas estatais não coincide, em sua integralidade, com o das empresas privadas, porquanto sofre as restrições já mencionadas, quando sejam exclusiva ou preponderantemente prestadoras de serviços públicos.

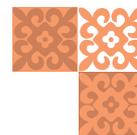
O fato de a CLT não estabelecer previsão quanto à realização de concurso para a contratação de pessoal destinado a integrar o quadro de empregados das referidas empresas, significa que há uma mitigação do ordenamento jurídico trabalhista, o qual se substitui, no ponto, por normas de direito público.

Isso porque as referidas entidades, como é cediço, integram a Administração Indireta do Estado, sujeitando-se, em consequência, aos princípios contemplados no art. 37 da Carta Federal.

De repelir-se, assim, o argumento sustentado pela recorrente no sentido de que é integralmente aplicável aos seus empregados o regime celetista no tocante à demissão.

Sem o intuito de aprofundar o debate, registro que o objetivo maior da admissão de empregados das estatais por meio de certame público é assegurar a primazia dos princípios da isonomia e da impessoalidade, privilegiando-se a meritocracia em detrimento de escolhas de índole pessoal ou de caráter puramente subjetivo no processo de contratação.

Como sustentado pela própria recorrente, a admissão por meio de concurso público contribui para 'facilitar o acesso ao emprego através de forma leal e legal aos que não



podem se valer de apadrinhamentos, comprometimentos e conchavos entre os detentores do poder' (fl. 224).

Ora, a motivação do ato de dispensa, na mesma linha de argumentação, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir, razão pela qual se impõe, na espécie, não apenas seja a despedida motivada como precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório, quando lhe seja imputada conduta desabonadora, porquanto, além de conferir-se a necessária publicidade à demissão, ficará o ato devidamente documentado e arquivado na empresa, permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis.

[...]

Isso posto, pelo meu voto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou parcial provimento para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, mas exigindo-se a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.” (os grifos não são do original).

Vislumbra-se, portanto, que o entendimento esposado pela mais Alta Instância Judiciária do País é no sentido de que tanto o empregado da empresa pública, quanto o da sociedade de economia mista, efetivamente, não goza da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, todavia, exige-se que tais entidades observem um procedimento para despedida do trabalhador, vedando-se a dispensa imotivada do empregado, privilegiando, assim, os princípios que regem a Administração Pública.

É imperioso destacar que a referida decisão foi devidamente publicada em 12/09/2013, com repercussão geral, isto é, aplicando-se a todos os demais casos semelhantes em trâmite no Judiciário, como a hipótese vertente.

Assim sendo, não merece reparo a decisão de primeira instância que sufragou o entendimento de que em razão da admissão do reclamante após aprovação em concurso público em sociedade de economia mista, a sua despedida somente poderia se implementar após regular procedimento para a extinção motivada do contrato, determinando, por conseguinte, a reintegração do trabalhador e o pagamento dos salários.

Do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso.

ISTO POSTO, ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 2ª. TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, UNANIMEMENTE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.//

1ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001642-84.2012.5.05.0531RecOrd

RECORRENTE(s): Supermercados Casagrande Ltda.

RECORRIDO(s): André Pereira das Virgens

RELATOR(A): Desembargador(a) LUIZ ROBERTO MATTOS

PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. TRABALHADOR BAIANO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. O conteúdo das palavras e expressões tais como, “baiano é preguiçoso”, “baiano é burro”, “baiano é lerdo”, revelam a atitude preconceituosa do preposto da recorrente não só com o reclamante, mas com a classe de trabalhadores baianos. Tal prática discriminatória necessita ser coibida pelo Judiciário, com fervor efetivo, para que se evite maiores lesões à dignidade do trabalhador desta ou daquela localidade. O trabalhador baiano, nordestino, merece ser tratado com a mesma dignidade e respeito que os trabalhadores de outras regiões, até porque são todos iguais seres humanos, brasileiros e possuem mesmo objetivo, ceder sua força-trabalho para com isso garantir, de forma honesta, a sobrevivência de suas famílias. Mantida a condenação em danos morais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em que é recorrente SUPERMERCADO CASAGRANDE LTDA e recorrido ANDRÉ PEREIRA DAS VIRGENS. Inconformado com a sentença de fls. 129/125, pela qual foi julgada parcialmente procedente a reclamação trabalhista, interpõe RECURSO ORDINÁRIO pelos fundamentos expendidos às fls. 126/135 dos autos. Apresentadas contrarrazões às fls. 138/143. O Ministério Público do Trabalho apresentou manifestação às fls. 148. É O RELATÓRIO.

V O T O.

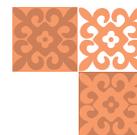
CONHECIMENTO

Encontram-se preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal. Conheço do recurso.

MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS/ DO VALOR DA CONDENAÇÃO

Inconforma-se o recorrente com o deferimento do pedido de danos morais. Diz que a sentença ignorou o depoimento das testemunhas da recorrente que teriam presenciado as conversas do motorista com os funcionários do depósito e que se tratava de brincadeira que era aceita e retribuída pelo recorrido, até porque o motorista não sabia quem era e quem não era baiano.



Alega que não houve ofensa a qualquer trabalhador baiano e que a “preguiça baiana” é fato folclórico adotado como marketing por baianos ilustres e famosos como Jorge Amado e Dorival Caymmi.

Caso mantida a condenação, pede a redução do valor arbitrado.

Vejamos.

Narra o recorrido, na inicial, que existia um motorista/encarregado da reclamada que ao chegar para descarregar a carreta exige que o reclamante carregue peso superior a sua capacidade e como ele se recusa a tal prática vem sofrendo agressões verbais por parte do aludido motorista. Sustenta que levou o fato ao conhecimento do Ministério Público do Trabalho, anexa a ata. Fala, ainda, que o mencionado motorista que é lotado no Espírito Santo fica acompanhando o descarregamento e dizendo o seguinte : “todo baiano é preguiçoso”, “bicho lento”, “no ES essa carga é descarregada em até quatro vezes mais rápida”, “nem pense em reclamar pois tenho mais de 20 anos de empresa e posso te mandar embora”.

Verifico que da denúncia do reclamante fora formulado um Termo de Ajustamento de Conduta-TAC pelo Ministério Público do Trabalho, vide fls. 12/17.

Acerca dos fatos, a primeira testemunha do reclamante, às fls. 112, disse: “(...)que conheceu o senhor Juarez que era o Motorista que vinha do Espírito Santo; que o referido senhor chegava com pressa para que a carreta fosse logo liberada e ai colocava pressão nos funcionários, dizendo que os Baianos eram lerdos que em outros locais onde entregava mercadorias era bem mais rápido; que já presenciou o senhor Juarez chamado os descarregadores de preguiçosos;(grifos acrescidos)

A segunda testemunha do reclamante, às fls. 113, afirmou: “que o reclamante fazia descarga de carreta sempre; que conheceu o senhor chamado Juarez; que o tratamento do senhor Juarez para com os funcionários que fazia a descarga do caminhão era ruim; que ele dizia que baiano era burro, preguiçoso e não desenvolvia no trabalho e o capixaba desenvolvia no trabalho; que caso os funcionários não desse produção, Juarez dizia que iria ligar para Linhares para resolver o problema.”(grifos acrescidos)

A segunda testemunha trazida pela reclamada também confirma os fatos narrados pelo reclamante ao dizer: “que já acompanhou o descarregamento da carreta conduzida pelo senhor Juarez, do qual participou o reclamante; que já ouviu comentários indelicado entre o senhor Juarez e o pessoal do descarregamento; que o senhor Juarez sempre questionava que tinha hora marcada para descarregar a carreta e os baianos sempre eram parados, lerdos, e que no Espírito Santo havia menos funcionários e descarregava a carreta em menos tempo; que aqui com mais pessoas a demora era maior; que esses tipos de comentários sempre surgia do senhor Juarez;”

Constato, pois, que restou provado o evento narrado na inicial e, portanto configurada a situação vexatória vivenciada pelo reclamante, o qual além de ser obrigado a

trabalhar em desvio de função, sofria ofensas quanto ao seu estado de origem e a forma como desenvolvia seu trabalho.

O conteúdo das palavras e expressões tais como, “baiano é preguiçoso”, “baiano é burro”, “baiano é lerdo”, revelam a atitude preconceituosa do preposto da recorrente não só com o reclamante, mas com a classe de trabalhadores baianos. Tal prática discriminatória necessita ser coibida pelo Judiciário, com fervor efetivo, para que se evite maiores lesões à dignidade do trabalhador desta ou daquela localidade.

O trabalhador baiano, nordestino, merece ser tratado com a mesma dignidade e respeito que os trabalhadores de outras regiões, até porque são todos iguais seres humanos, brasileiros e possuem mesmo objetivo, ceder sua força-trabalho para com isso garantir, de forma honesta, a sobrevivência de suas famílias.

Constato que houve a violação concreta de um bem integrante dos direitos da personalidade, culpa da recorrida, e nexos de causalidade entre a conduta da reclamada e o dano experimentado pela recorrente.

O Juízo a quo fixou indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Como é vedada a reformatio in pejus, entendo que o valor arbitrado em sentença guarda coerência com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não havendo que falar em excesso, como prega o recorrente. MULTA NORMATIVA

Pede a reforma da sentença, no que tange ao pagamento da multa normativa, alegando que não houve desvio de função.

Sem razão.

Ficou provado nos autos, através de prova documental e testemunhal, a existência do desvio de função, posto que o recorrido foi contratado como repositor e era obrigado a realizar atividades de descarregamento de mercadorias, situação inclusive que gerou o Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho e a recorrente (fls. 12/17).

Procedendo assim, houve violação à cláusula 6ª da CCT que trata do desvio de função, incidindo na multa prevista na cláusula 43ª da CCT.

Nada a modificar.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso.

Isto posto, acordam os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

LUIZ ROBERTO MATTOS

Desembargador Relator

