

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

nº 09 - 2015

Temas de Direito Processual do Trabalho e de Responsabilidade Civil

*Reflexões dos Grupos de Estudo da
Escola Judicial do TRT da 4ª Região*

HS Editora

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

ANO 6 – Nº 9 – 2015

Temas de Direito Processual do Trabalho e de Responsabilidade Civil

*Reflexões dos Grupos de Estudo da
Escola Judicial do TRT da 4ª Região*

HS Editora

Temas de Direito Processual do Trabalho e de Responsabilidade Civil
Reflexões dos Grupos de Estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: *HS Editora Ltda*

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

C122

Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região / Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – nº 1 (2009) – Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009.

Periodicidade irregular.
ISSN 2176-400X

Título do fascículo nº 09: Temas de Direito Processual do Trabalho e de Responsabilidade Civil.

1. Direito do Trabalho 2. Processo do Trabalho 3. Responsabilidade Civil
I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Escola Judicial.

CDU 34:331(81)

Catálogo na fonte: Coordenadoria de Documentação e Pesquisa –
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

HS Editora Ltda

Rua Almirante Barroso, 735 conj. 302
90220-021 – Porto Alegre – RS
Fone/Fax: (51) 3346.9222
e-mail: hseeditora@hseeditora.com.br
www.hseeditora.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

Av. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
www.trt4.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL Coordenação: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga	
Da Responsabilidade Civil Pré-Contratual e Pós-Contratual <i>Maria Madalena Telesca e Lúcia Ehrenbrink</i>	7
Alguns Elementos de Orientação na Fixação da Condenação das Ações Envolvendo Pedidos de Reparação por Danos Materiais, Morais e Estéticos <i>Bárbara Schonhofen Garcia e Gustavo Friedrich Trierweiler</i>	18
<i>Punitive Damages</i> e o Direito do Trabalho Brasileiro: Adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal <i>Rodrigo Trindade de Souza</i>	35
Assédio Moral nas Relações de Trabalho <i>José Carlos Dal Ri</i>	68
ARTIGOS DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL Coordenação: Juiz Ben-Hur Silveira Claus	
Hipoteca Judiciária sobre Bens não Elencados no Art. 1.473 do Código Civil – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico <i>Aline Veiga Borges e Ben-Hur Silveira Claus</i>	80
A Ação Coletiva e a Inexistência de Litispendência em Face do Dissídio Individual <i>Artur Peixoto San Martin</i>	91
Ativos Intangíveis, Reorganização Societária e uma Nova Ótica para o Reconhecimento da Sucessão <i>Rosâne Marly Silveira Assmann</i>	111

APRESENTAÇÃO

Apresentamos aos leitores mais um número da série Cadernos da Escola Judicial, com artigos elaborados por magistrados do trabalho que tomam parte de Grupos de Estudos voltados aos temas Responsabilidade Civil e Direito Processual do Trabalho.

A temática dos artigos de colegas que estudam a Responsabilidade Civil envolve a reparação de danos à personalidade do trabalhador. O primeiro deles diz respeito a questões que transcendem a execução do contrato: cuida da aplicação no âmbito trabalhista da responsabilidade pré e pós-contratual, como também da doutrina da perda de uma chance. Para tanto, o exame da conduta e boa-fé das partes tanto na fase das tratativas dirigidas ao estabelecimento da relação de emprego quanto na fase temporal seguinte revela-se decisivo. O segundo artigo enfoca a sempre tormentosa tarefa de definir o que é devido a título de reparação dos diferentes danos à personalidade. A consideração dos elementos constitutivos do princípio ou postulado da proporcionalidade – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – revela-se crucial para essa árdua tarefa judicial, na qual as circunstâncias de cada caso concreto devem ser ponderadas pelo juiz. O terceiro artigo ocupa-se das espécies e características das diversas formas de assédio moral, da identificação dos agentes ativos e passivos, e bem assim das condutas ilícitas que originam a reação do Direito. Já o último dos artigos desse Grupo detém-se em reflexões acerca da possível aplicação no direito nacional de instituto do direito comparado – as *punitives damages* –, condenações punitivas essas dirigidas a conter condutas reprováveis que possuem a virtualidade de lesionar gravemente a coletividade.

Os artigos trazidos à consideração por colegas do Grupo de Estudos de Direito Processual, como não podia deixar de ser, têm como foco a resposta que o Judiciário deve oferecer a problemas processuais da contemporaneidade, em que a reparação efetiva à violação dos direitos passa tanto por medidas judiciais proativas como pela superação da visão atomizada do Processo do Trabalho e pela aquisição de conhecimento apto a dar consequência às decisões que reconhecem créditos trabalhistas. Nesse sentido, o primeiro dos artigos desse Grupo estuda o instituto da hipoteca judiciária, apontada

como mecanismo hábil a proteger com antecipação o crédito trabalhista reconhecido na fase de cognição. O segundo artigo desenvolve reflexões de ordem hermenêutica que evidenciam a necessidade de se afirmar a instrumentalidade do Processo do Trabalho, com a aplicação supletiva de normas de outros ramos do Direito que lhe servem de apoio, especialmente quando dirigidas à adequada solução de demandas que envolvam interesses e direitos coletivos. E no que concerne à execução, vale a mesma diretriz, ou seja, criatividade para enfrentar métodos de devedores hábeis em contornar comandos judiciais voltados à concreção do direito declarado na fase de cognição. Assim, o último artigo enfatiza a necessidade de conhecimento capaz de fazer frente, na execução trabalhista, a dificuldades que sobrevêm com a transferência de ativos intangíveis ou imateriais pelos devedores.

Por tudo isso, a Escola tem a satisfação de apresentar esses novos Cadernos. Eles traduzem o esforço e comprometimento de magistrados do trabalho empenhados não só em qualificar sua própria prestação jurisdicional, mas também em compartilhar suas reflexões com os demais colegas encarregados de dizer e concretizar o Direito do Trabalho.

Porto Alegre, setembro de 2015.

José Felipe Ledur
Diretor da Escola Judicial

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL

MARIA MADALENA TELESCA*
LÚCIA EHRENBRINK**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Da responsabilidade pré-contratual; 3 Da boa-fé contratual; 4 Exame de caso concreto – Responsabilidade pré-contratual; 5 Da responsabilidade pós-contratual; 6 Dos danos pela perda de uma chance; 7 Da proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado – Informações desabonatórias e pesquisa de antecedentes; 8 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O período atual de internacionalização das relações de cunho econômico, impõe o incremento do contrato por meio de elementos tutelares da confiança e que são, entre outros, a responsabilidade pré-contratual e a pós contratual.

Considerando que o contrato nasce da bilateralização de vontade, onde o sinalagma, a ideia de equilíbrio contratual é a fonte da obrigação, há de considerar-se a hipótese de que essa comutatividade somente é alcançada baseada na boa-fé dos contratantes, empenhados para um melhor adimplemento do contratado. Portanto, para que seja alcançado o perfeito cumprimento do pactuado, devem ser observados deveres anteriores e posteriores ao momento de celebração do contrato.

Considerando a diversidade das relações de trabalho, é natural, portanto, que inúmeros danos sejam ocasionados no contexto destas. Hoje já não se discute a possibilidade de reparação por dano material ou moral, decorrente da relação de emprego e a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os feitos em que eles são analisados. Eventuais dúvidas acerca destas questões, restaram sepultadas, em caráter definitivo, através da edição da Emenda Constitucional nº 45.

As condenações por danos materiais emergentes e por danos morais não encontram maior resistência na Justiça do Trabalho. A determinação judicial de reparação de lucros cessantes, como, por exemplo, condenação no pagamento de pensão vitalícia a empregado que se tornou incapacitado

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

** Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Trabalhou como advogada da CEF ingressando na magistratura em setembro/90.

para o trabalho em razão de acidente de trabalho, tem se tornado cada vez mais frequente.

O escopo deste trabalho consiste, então, em analisar a possibilidade de aplicação da doutrina da responsabilidade civil pré e pós-contratual, abaixo examinada, para justificar a responsabilidade civil do empregado ou do empregador, por dano ocasionado por ato inerente ao contrato de trabalho ou dele decorrente.

Nos termos do disposto no artigo 114, da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias decorrentes da relação de trabalho, antes, durante ou após o contrato.

2 DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

É preciso considerar que tanto a doutrina como a jurisprudência, são unânimes em exigirem uma tratativa séria que evite uma eventual responsabilidade pré-contratual. Por tratativa séria entende-se aquela que é capaz de gerar uma expectativa na outra parte a respeito da celebração de um contrato futuro. Essa expectativa é que induzirá o outro contratante a realizar investimentos a fim de receptionar a obrigação que está por vir.

Nesse sentido, no plano da responsabilidade pré-contratual, quanto mais próximo se estiver do período de formação do vínculo contratual, maiores serão os deveres das partes na preservação do instrumento futuro; quanto mais distante do adimplemento for o momento pós-contratual, menor será a responsabilidade dos contratantes.

O dever de reparar, gerado a partir da ideia de uma responsabilidade pré-contratual, não é o de uma obrigação de fazer decorrente de um contrato anterior (pré-contrato ou contrato preliminar), ao principal, mas de deveres decorrentes da boa-fé objetiva, de preservação das expectativas dos contratantes e de não indução a gastos inúteis, face a não firmamento de um acordo por uma das partes.

Temos como fundamentos da responsabilidade pré-contratual, a quebra de deveres oriundos da boa-fé objetiva existente no tráfico jurídico e social, deveres estes que passam a ser exigidos com maior rigor a partir de um contato entre as partes, mais qualificado do que aquele existente na vida em sociedade.

Em que pese a regra geral da liberdade de contratar e de não contratar, não se verificando responsabilidade quando não houver contrato, tem-se notado um empenho por parte da doutrina e da jurisprudência quanto à atenuação da autonomia da vontade, dando-se atenção maior a alguns dados antes desapercibidos: contato social, confiança e, principalmente, boa-fé. Carlos Alberto de Mota Pinto, ao analisar a jurisprudência portuguesa, em relação aos deveres acima citados, complementa-os também com dever de fidelidade, dever de cuidado para com o patrimônio da outra parte, dever de conservação e de cooperação. Esse mesmo autor, ao mencionar a doutrina alemã, observou menção a deveres de cuidado, de previdência e de segurança,

de aviso e de declaração, de notificação, de cooperação e deveres gerais de proteção e cuidado. Pontes de Miranda fez referência aos deveres de esclarecimento e de conservação.

Em sede de responsabilidade pré-contratual, importa também que estejam presentes os requisitos genéricos de responsabilidade civil, para que se possa cogitar em responsabilidade pré-contratual. Caso, por exemplo, o dano não seja efetivo, certo e suscetível de reparação, não se vislumbra um dever de indenizar. Em se tratando de prejuízo material, esse pode envolver o dano emergente e o lucro cessante.

É de se observar, entretanto, que nem todas as relações jurídicas contratuais possuem fase de tratativas, podendo haver instantaneidade do negócio, o que afasta a possibilidade acerca da responsabilidade pré-contratual.

3 DA BOA-FÉ CONTRATUAL

A doutrina de proteção ao momento anterior ao contrato e também ao posterior, teve início na Alemanha. Conforme aponta Vera Jacob de Fradera, em artigo editado na Revista Informação Legislativa (1997), *os alemães, eram um povo de vendedores que, para tornar seu comércio atrativo, dotaram o Direito Privado de inúmeros mecanismos de segurança jurídica.*

No ano de 1861, o conhecido jurista alemão Ihering, formulou a teoria da culpa *in contrahendo*, também conhecida como responsabilidade pré-contratual. Por meio desta teoria, o declarante ficava obrigado a indenizar a outra parte quando esta sofresse prejuízo face à desconformidade entre a declaração e a real vontade.

Atualmente na Alemanha, com a interpretação da Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional Federal, a boa-fé alcança respaldo de princípio constitucional. Nota-se, portanto, que a tutela da confiança nesta nação constitui-se em um projeto de sociedade. Desse modo, inexistem barreiras para a responsabilidade do contratante que faltar ao cumprimento de deveres originados na boa-fé contratual, mesmo que anteriores à celebração do contrato. Pode-se dizer que, na Alemanha, o princípio da boa-fé é resultado da conjugação dos princípios da autonomia da vontade e da confiança legítima.

A adoção do princípio da boa-fé objetiva por alguns sistemas jurídicos, principalmente pelo alemão, o qual serviu como fundamento para o atual sistema da responsabilidade civil adotado pelo nosso Código Civil, limitou severamente a autonomia da vontade, momento em que um dos contratantes passou a exigir deveres de probidade, antes mesmo da execução do acordo. Para o momento anterior ao pacto, exigiu-se das partes o comportamento do *bonus pater familias* (*bom pai de família*), isto é, daquele indivíduo diligente no que diz respeito às obrigações. Por outro lado, no período do adimplemento, o contratante devia se comportar de acordo como o *ótimo pai de família*.

Norte para esta relação de confiança, a mestra Judith Martins Costa salienta que a adoção da boa-fé objetiva limita o exercício de direitos abusivos,

os quais contrariam, inclusive, valores maiores como a solidariedade da vida social, presente no artigo 3º, inciso I, da CF.

Considerando que o Código Civil atual é um código inspirado no culturalismo jurídico e que a vítima é o centro desta relação, no Brasil, a boa-fé objetiva tem o condão de apresentar solução para casos envolvendo danos nos períodos pré e pós-contratual, o que é aceito pela doutrina e pela jurisprudência dominante.

Uma determinada escala no contato social, produz direitos e deveres os quais podem ser observados na fase pré-contratual, como também na fase pós-contratual. A obrigação é um vínculo dinâmico que não se resume às obrigações principais, estendendo-se a momentos anteriores e posteriores ao contrato, em razão do princípio da boa-fé objetiva.

4 EXAME DE CASO CONCRETO – RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Existem alguns exemplos na jurisprudência brasileira, onde é acolhida a responsabilidade pré-contratual, destacando-se o *leading* case denominado Caso dos Tomates, oriundo da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgamento do qual participou o eminente Ruy Rosado de Aguiar Junior, cujo trabalho teve relevante importância para a aceitação do princípio da boa-fé objetiva contratual. Nesta situação, uma determinada indústria fornecia periodicamente, de forma gratuita, sementes para o plantio de tomates a pequenos produtores do Estado do Rio Grande do Sul, cuja produção era posteriormente adquirida por ela. Em um dado ano, após ter fornecido este implemento e ter ocorrido o plantio, com a colheita da safra, a empresa negou-se a adquirir os tomates, contrariando conduta adotada em outros anos, prejudicando substancialmente os produtores, que não tinham a quem vender o produto. Neste sentido, os produtores ingressaram em juízo requerendo indenização por perdas e danos diante da negativa de contratação da compra e venda da produção, argumentando quebra de deveres pré-negociais, vez que haviam sido induzidos a produzir, sob garantia de venda da colheita à empresa mencionada (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 1992).

Passando para a realidade laboral, na esfera das tratativas que objetivam a constituição do contrato de trabalho, este dever de lealdade se evidencia, pois as partes, no momento da entrevista do candidato ao emprego, assim se portam na condição de pré-contratantes. Logo, eventual dano decorrente desse momento, envolverá agente e vítima na condição jurídica de *trabalhador e empresa-empregadora*, violando-se o princípio da boa-fé não como direito geral e absoluto, mas como direito relativo aos pré-contratantes.

5 DA RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

Além dos deveres anteriores à celebração do contrato, há fundamentos que possibilitam também a responsabilização pela violação de deveres ulteriores ao adimplemento.

Para se estabelecer argumentos que viabilizem a indagação de um dever de indenizar surgido após o adimplemento, é mister, tal como na responsabilidade pré-contratual trabalhar a ideia segundo a qual a obrigação é um processo de atos destinados a um fim, como delineava Karl Larenz.

Quando se trabalha com a responsabilidade civil originada em momento posterior à execução do contrato, não se perquire apenas da prestação e da contraprestação, mas sim, sobre a ocorrência do melhor adimplemento, o qual somente pode ser alcançado com o efetivo empenho das partes, em uma relação de conjunção de esforços, e não da oposição de interesses individuais.

Assim, por exemplo, mesmo já tendo sido adquirida a coisa por um dos contratantes, é exigível do alienante que este informe ao adquirente sobre a melhor forma de usufruir do objeto adquirido, mesmo que isso não seja uma obrigação acessória constante do contrato. O dever pós-contratual, dessa forma visualizado, é instrumento garantidor do tráfico social, do qual emerge segurança jurídica para as relações. Aliás, no atual sistema do Código Civil, é da índole contratual espelhar uma relação de confiança entre as partes.

A responsabilidade civil pós-contratual possui pontos em comum com a responsabilidade pré-contratual, considerando que ambas amparam-se no contato social, na confiança e na boa-fé objetiva. Também conhecida como culpa *post pactum finitum*, a responsabilidade pós-negocial é uma projeção para frente da responsabilidade pré-contratual.

O suporte fático é o contato social, o qual vai diminuindo sua intensidade a partir do afastamento temporal do momento do adimplemento. Apoiando-se em um contrato de prestações principais já executadas, a completa satisfação dos interesses volta-se para a responsabilidade pós-contratual. Depois de findo o contrato, supondo que seu adimplemento tenha sido satisfatório, persiste uma fase pós-contratual, durante a qual ainda estão as partes vinculadas aos deveres decorrentes do princípio da boa-fé. Em certos casos, os deveres anexos ou instrumentais do contrato, persistem mesmo depois da sua extinção, gerando a continuidade, no tempo, da relação obrigacional.

Todas as conclusões acerca do enquadramento do dano pré-contratual como *direito relativo*, e, portanto, dentro da responsabilidade civil contratual, aplicam-se ao chamado dano pós-contratual.

Trazendo estes instrumentos para a realidade do mundo do trabalho, o patrão tem que dar informações corretas sobre o ex-empregado idôneo.

A começar pela cláusula geral de boa-fé prevista no artigo 422 do Código Civil, a qual exige lealdade e probidade dos sujeitos envolvidos nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Assim, eventual calúnia dimanada pelo empregador, ainda que após a extinção do contrato de trabalho, viola dever anexo de conduta, pautado pela boa-fé contratual (art. 422 do CCB). Não se ignore que os deveres de informação, proteção e lealdade não se limitam a execução do contrato, mas irradiam efeitos na fase pós-contratual,

implicando ao ex-empregador o dever de reparar o dano provocado por força da aplicação da teoria da culpa *post pactum finitum*.

Esse dever de confiança, de não prejudicar ninguém, tendo a vítima como centro da relação, sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém, não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no seu dia a dia, isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral. Cabe ao Julgador, analisando o caso concreto diante da sua experiência, apontar se a reparação imaterial é cabível ou não. Nesse sentido, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado 159 do Conselho da Justiça Federal, pelo qual o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material. Ressalte-se que, para a análise do caso concreto de violação a direitos fundamentais, servem como parâmetros os direitos consagrados pelos artigos 5º a 7º, da CF/88, que perfazem a concretização da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, do Texto Maior).

6 DOS DANOS PELA PERDA DE UMA CHANCE

Não são muitos os casos de condenação à indenização por perda de uma chance na Justiça do Trabalho. Mesmo na doutrina, são poucos os artigos abordando este tema.

No âmbito civil, a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, essa chance deve ser séria e real.

Buscando critérios objetivos para a aplicação da teoria, Sérgio Savi, um dos primeiros autores a explorar o tema, leciona que a perda da chance estará caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50%. A teoria exige que o ato ilícito implique perda da oportunidade do lesado obter situação futura melhor, desde que a chance seja real, séria e lhe proporcione efetiva condição pessoal de concorrer a essa situação.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), guarda relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

No Brasil, o dever de indenizar pela perda de uma chance, encontra amparo no artigo 5º, V da Constituição Federal, que trata da chamada cláusula geral de responsabilidade. Segundo referido dispositivo constitucional, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Na esfera infraconstitucional, podemos identificar a indenização pela perda de uma chance no artigo 402 do Código Civil, que ampara os pleitos de responsabilidade civil baseados em dano emergente e lucro cessante. Ora se as perdas e danos abrangem, além do que o credor efetivamente perdeu tudo

aquilo que ele razoavelmente deixou de lucrar, ela deverá alcançar também os prejuízos correspondentes às chances perdidas.

A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir de mera possibilidade aleatória, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos e não reparando as oportunidades perdidas.

Não se deve olhar para a chance como perda de um resultado certo, porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance, valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são, ou não, relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do Juiz que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável.

A jurisprudência ainda não firmou entendimento sobre se a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ou a título de lucros cessantes.

A teoria geralmente é aplicada em torno do nexos causal entre a atividade médica e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissa, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade.

Com efeito, os juristas vêem com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isso porque, tais danos são, na grande maioria situações, hipotéticas ou eventuais, sendo certo que os artigos 186 e 403 do Código Civil, exigem o dano presente e efetivo. Já a perda de uma chance trabalha com suposições.

Muitas situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidas em sede de danos morais, sem que a vítima tenha necessidade de provar que a chance é séria e real.

A indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Em outras palavras, o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado **favorável**. Em última instância, o problema gira em torno do nexos causal entre a atividade (ação ou omissão), e o resultado danoso consistente na perda da chance.

Pela perda de uma chance, os Tribunais tem concedido indenização a título de dano moral em valor mitigado, pois a chance de sucesso, terá sempre valor menor que o próprio sucesso, o que deve refletir no montante da reparação.

No contexto das relações de trabalho, são inúmeros os exemplos de indenização por perda de uma chance passíveis de identificação. Poderíamos mencionar as da exclusão do empregado do mercado de trabalho, em razão de incapacidade provocada por acidente de trabalho, ou de fornecimento

de informações desabonadoras pelo ex-empregador; impossibilidade de conclusão de concurso público em razão de acidente por culpa do empregador; e perda da oportunidade do empregador potencializar seus ganhos em razão do empregado, em posição de destaque, haver se desligado sem cumprir aviso-prévio.

Sobre a aplicabilidade da teoria ao Direito do Trabalho, Marly A. Cardone, no texto *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho* (1993, p. 322), esclarece: *Nas relações que as pessoas travam na vida, elas podem, voluntariamente ou não, causar prejuízos às outras. A relação humana e jurídica que liga empregado e empregador não é suscetível de escapar desta contingência. Isto é tão irrefutável quanto dizer que o ser humano é passível de errar. Por isso, causa espanto que alguns queiram isolar empregado e empregador deste círculo no qual está inserida toda a prática de atos ilícitos. A relação de emprego tem uma disciplina jurídica para a troca trabalho x remuneração, mas seus sujeitos não estão excluídos da órbita do Direito Civil quando praticam atos ou fatos da natureza civil na específica situação de empregado e empregador.*

Por sua vez, Mauricio Godinho Delgado, no seu *Curso de Direito do Trabalho* (2009), assinala que *a ideia de dignidade não mais se restringe ao âmbito particular dos valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente, mas sim na afirmação social do ser humano, para a qual desponta a necessidade do trabalho juridicamente tutelado sob a forma de emprego. É reconhecida, no meio acadêmico, a autonomia científica do Direito do Trabalho. Contudo, essa propalada “autonomia” não significa independência, tampouco ruptura com o restante do organismo jurídico.*

Com efeito, imbricadas as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, são aplicáveis a ambos os princípios da eticidade, operabilidade e socialidade. Na omissão na legislação trabalhista acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, torna-se aplicável a teoria compatível com a CLT.

Esse embricamento com o Código Civil, é reforçado pelo parágrafo único, do artigo 8º da CLT, o qual delega ao direito comum um caráter supletivo, a ser utilizado somente naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais de Direito do Trabalho.

E, nesse passo, a doutrina da perda de uma chance concilia-se com os princípios laborais na medida em que há ampliação da reparação do dano injusto, em harmonia com a melhoria da condição social dos trabalhadores.

7 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA DO EMPREGADO – INFORMAÇÕES DESABONATÓRIAS E PESQUISA DE ANTECEDENTES

O tratamento indevido de dados pessoais do empregado enseja a reparação pelos danos morais e materiais sofridos, na forma estabelecida nos artigos 5º, V e X, da Constituição Federal e nos artigos 186 e 927 do Código Civil e na Lei 9.029/95.

Além disso, diversas condutas causam dano moral à coletividade. Práticas discriminatórias na seleção de emprego pelo uso de dados, por exemplo, violam direitos metaindividuais e podem ensejar, inclusive, a atuação do Ministério Público do Trabalho e a condenação em danos morais coletivos.

Conforme se vê nas lides propostas a este Tribunal do Regional do Trabalho da 4ª Região, diversas situações envolvendo cadastros de empregados têm sido vivenciadas no dia a dia desta Corte.

As certidões negativas da Justiça Criminal, atestados de bons antecedentes, certidões negativas do cartório de distribuição civil, contém, em princípio, dados de uso limitado a estas instituições. Exigir sua apresentação pelo empregado, ou candidato ao emprego, constitui, em tese, desvio de finalidade, salvo se presente a adequação.

A boa doutrina, consubstanciada nos ensinamentos da professora Alice de Barros Monteiro, na obra *Proteção à intimidade do empregado* (2009, p. 70), observa que *a exigência de bons antecedentes criminais é indiscreta, constitui intromissão na privacidade do candidato ao emprego, a não ser que a conduta delituosa tenha significado contratual, ou seja, guarde coerência com as obrigações que irá assumir.*

Da mesma forma, a consulta a cadastro de proteção de crédito de candidatos ao emprego, vulnera os princípios do consentimento, confidencialidade, adequação e finalidade e podem ensejar discriminação entre os candidatos ao emprego.

A prática, inclusive, pode levar ao desemprego permanente do candidato à vaga, pois, obviamente, não terá como saldar a dívida objeto do cadastro de proteção ao crédito, em flagrante afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal.

Nesse sentido, salvaguardando direitos dos trabalhadores, o artigo 1º, da Lei 9.029/95, proíbe a consulta a bancos de dados e cadastros de proteção ao crédito, mantidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas, para fins de seleção e admissão de empregados.

Mais adiante, a mesma Lei nº 9.029/95, no seu artigo 2º, I, proíbe a exigência de teste ou exame de gravidez ou esterilização, assim como o TST vem considerando discriminatória a dispensa do portador do HIV sem prova da motivação do ato rescisório, sempre procurando a legislação vigente proteger os dados sobre a saúde do trabalhador e a sua confidencialidade.

O artigo 21, do Código Civil, resguarda a inviolabilidade da vida privada das pessoas e a Lei nº 9.029/95, veda a discriminação no emprego. O artigo 43 do CDC, a Lei 12.414/11, sobre o cadastro de crédito positivo a Lei 9.507/97, que disciplina o *habeas data*, preveem princípios e direitos adotados em outros países sobre a proteção de dados pessoais.

Outra forma de tratamento de dados é o *profiling* ou *datamining* (mineração de dados), que procura extrair novas informações que podem estar ocultas,

a partir de banco de dados para descobrir, entre outras coisas, padrões de comportamentos, a partir de informações trazidas à baila por empresas especializadas em compilar perfis através de monitoramento das mídias sociais, que também contém dados pessoais. Nesse passo, os dados pessoais obtidos mediante perfis, ou banco de dados de terceiros, não se relacionam com a prestação laboral e podem ser usados para discriminar o trabalhador. Essa forma de tratamento de dados pessoais do empregado ou candidato ao emprego, viola os princípios do consentimento, da adequação e da finalidade.

Da mesma forma, a formação de listas *sujas* não podem ser usadas, quer quando contém informações acerca do ajuizamento de ações trabalhistas, histórico de faltas e ausências aos serviços, penalidades aplicadas a ex-empregados, relação de trabalhadores que participaram de greves, dados sobre os motivos da rescisão contratual anterior.

Violados direitos relativos aos dados pessoais do empregado, são cabíveis ações individuais ou coletivas na Justiça do Trabalho, inclusive com a inclusão do fornecedor do cadastro e fornecedor de dados pessoais, que responde solidariamente pelo ato ilícito.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual momento que atravessamos, a vida em sociedade passa por profundas transformações as quais o direito social deve acompanhar para que seu arcabouço não reste obsoleto e inaplicável ao cidadão comum, gerando letra morta da lei. Nesse sentido, acompanhando a transformação, é necessário que se elejam novos meios de proteção as partes contratantes, seja revivendo antigas concepções, seja considerando as novas sistemáticas levadas a efeito através das atuais codificações e jurisprudência dos Tribunais. Nesse meio de novas interações, o exame da responsabilidade pré e pós-contratual se mostra relevante.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

CARDONE, Marly A. A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 18, p. 322, 2ª quinz. set. 1993.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed., São Paulo: LTr, 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano Pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, nº 136, p. 169-179, out./dez. 1997.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Forense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 591028295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 6 de junho de 1991. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, nº 154, p. 378-385, out. 1992.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Responsabilidade Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 2. ed., São Paulo: Método, 2012.

ALGUNS ELEMENTOS DE ORIENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA CONDENAÇÃO DAS AÇÕES ENVOLVENDO PEDIDOS DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS

BÁRBARA SCHONHOFEN GARCIA*
GUSTAVO FRIEDRICH TRIERWEILER**

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Dano tarifado; 3 Elementos para o arbitramento personalizado do dano; 4 A reparação por meio de obrigação de fazer; 5 Condenação em parcela única ou pensionamento; 6 Constituição de capital; 7 Critérios para fixação de reparação por danos materiais; 8 Critérios para fixação de reparação por danos morais; 9 Critérios para fixação de reparação por danos estéticos; 10 A fundamentação da decisão nas ações reparatórias; 11 Adequação dos valores (por Instâncias Superiores); 12 Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O acidente de trabalho é multidisciplinar e, assim, pode ter, dependendo do caso apreciado, repercussões variadas. São tangíveis neste ínterim as esferas trabalhista (suspensão e interrupção do contrato de trabalho, contagem do tempo de serviço, depósitos do FGTS, estabilidade no emprego), previdenciária (concessão de pensionamento e outros benefícios), penal (possíveis tipos penais envolvidos; e.g.: lesão corporal, homicídio doloso) e cível (responsabilidade decorrente).

No presente estudo, interessam as repercussões relacionadas à responsabilidade civil, exclusivamente, sendo irrelevante o caso envolver acidente de trabalho fatal ou não. Isso porque o foco é explorar os elementos considerados pela doutrina e jurisprudência para orientar as condenações de reparar danos materiais, morais e estéticos, independentemente do destinatário ser a própria vítima ou um terceiro (como seus dependentes de fato, legais ou presumidos, nos casos envolvendo pensionamento, por exemplo).

Assim postos os fatos, é oportuno exaltar: é pacífico que, dentre os diferentes danos, são cumuláveis as indenizações materiais e compensações¹

* Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 4ª Região - RS.

** Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região - RS, Mestre em Direitos Fundamentais pela ULBRA/RS, Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS/RS.

¹ Sobre a nomenclatura associada a cada espécie de lesão (se material, moral ou estética), consideramos que "Tratando-se de dano moral, não faz sentido falar, propriamente, em 'indenização'

morais (Súmula 37 do STJ), bem como as compensações estéticas (Súmula 387 do STJ), eis que possuem suporte fático distinto, ainda que relacionados a um mesmo evento.

Independentemente da espécie de dano a ser reparado, é permanente no estudo sobre a responsabilidade civil, em específico no campo da obrigação de pagar, o debate abarcando os critérios hábeis à fixação do montante condenatório satisfatório ou razoável. Este problema persiste em todas as espécies de danos, ainda que em menor escala nos casos que compreendem as indenizações por danos materiais. Nestas últimas, ainda que predominem aspectos objetivos na fixação², há espaço para aplicação das técnicas de arbitramento, que concentram significativa carga de subjetivismo do julgador, nas situações de fixação de parcela única (antecipação do pensionamento) e de ajustes das discrepâncias entre o percentual formal do dano ocorrido e a realidade fática.

As considerações que seguem têm por escopo, ao reunir alguns critérios identificados na prática diária, confrontá-los e analisar sua utilidade, praticidade e adequação na prestação jurisdicional.

2 DANO TARIFADO

É interessante registrar que há legislação esparsa³ (e.g. Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.177/62 – e Lei de Imprensa – Lei 5.250/67), além de notícias atuais relacionando novas tentativas do Poder Legislativo de “tabelamento” ou “margens de precificação” para os danos, embora vigente o sistema aberto ou não tarifado, no qual cabe ao Judiciário a fixação das indenizações.

Inclusive, é entendimento pacificado pela Súmula 281 do STJ que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.” Apesar disso, já houve tentativa por parte da assessoria de imprensa do STJ (EFEITOS, 2009), em setembro de 2009, de notabilizar parâmetros ou valores de referência quanto aos danos morais a partir de julgados da Corte.

Todavia, por mais bem intencionado o esforço empreendido pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Poder Judiciário, dificilmente será viável a pré-fixação de critérios adequados ou mesmo justos quando se cogita, concomitantemente, da necessidade de serem personalizados.

Sobre o mesmo assunto, Sebastião Geraldo de Oliveira (2013, p. 248) faz referência ao projeto de lei 150/1999 (PL 7.124/2002)⁴, onde são ponderados

– talvez nem mesmo em ‘reparação’, que mais se liga ao dano material – sendo provavelmente mais correto falar em ‘satisfação’ ou ‘compensação’”. Estende-se que a mesma consideração aos casos envolvendo danos estéticos, aos quais, igualmente, seria mais apropriada a ideia de “compensação” porque a intenção é atenuar o dano e não a recomposição financeira propriamente dita. São essas as justificativas para a terminologia adotada.

² Cita-se como exemplo o salário, o percentual de redução da capacidade, a expectativa de vida.

³ Vide críticas de CAVALIERI FILHO, 2004. p. 106 et seq.

⁴ Atualmente arquivado.

o teor do bem jurídico, reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, possibilidade de superação física ou psicológica, extensão e duração dos efeitos da ofensa, determinando valores, conforme a natureza leve, média ou grave do dano, até R\$ 20.000,00 para danos leves e de até R\$ 180.000,00 para danos graves. Deste Projeto de Lei pode se verificar que a atual opção do legislador brasileiro pelo arbitramento judicial se adéqua mais à efetiva reparação do dano, pois valores estáticos e tarifados em lei, podem estar em total dissonância com o caso concreto e defasados no tempo.

A título de referência, citamos a tabela DPVAT, que adiante será sopesada. A par desta, inclusive, já é possível antecipar: não se visualiza a possibilidade da criação de uma “regra”, muito menos uma rígida, para o balizamento da indenização fixada a partir da obrigação de pagar, ainda que o procedimento pudesse ser considerado interessante à solução massificada dos conflitos ou mesmo à segurança social pela previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. Qualquer valor previamente fixado dificilmente atenderia à ideia de uma reparação adequada e, muito menos, plena.

3 ELEMENTOS PARA O ARBITRAMENTO PERSONALIZADO DO DANO

Pode se dizer que cada tipo de dano tem um enfoque diferenciado pela doutrina e jurisprudência, mas são inerentes a todos eles o princípio da reparação integral e o princípio da dignidade da pessoa humana, ponderados com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da equidade (que pressupõe a avaliação das circunstâncias do caso).

Aliás, as peculiaridades do caso concreto são relevantes. Estas iniciam pelos fatos efetivamente ocorridos e os sujeitos envolvidos, passando pela forma como as partes apresentarão o caso perante o Poder Judiciário. Este conjunto é o norte que deverá orientar para que o valor judicialmente definido seja equânime, proporcional e integral à lesão.

Os três adjetivos atribuídos ao valor a ser pago em contrapartida ao dano (equânime, proporcional e integral) trazem, respectivamente, um ideal a ser perseguido em função da coletividade (sociedade), do ofensor e do ofendido. Acredita-se que a decisão ideal é aquela aceita pela sociedade (ainda que o consenso seja utópico), na medida da capacidade do ofensor (para não se criar uma lesão desproporcional inversa por intermédio da reparação) e sem ignorar a prioridade do dever de reparação integral do dano (sob o prisma do ofendido, ou seja, o retorno ao *status a quo* ou mais próximo o possível). Embora complexo, acredita-se ser esta a síntese do equacionamento adequado que permitirá a decisão com menos excessos ou falta de rigor. A indenização suficiente e adequada é um ideal a ser perseguido.

De volta aos elementos que interessam à fixação do montante indenizatório, esclarecemos que o referido por último (forma como o caso é apresentado) é relevante em razão dos limites objetivos para as decisões judiciais (artigos 128 e 460, ambos do CPC/1973; respectivamente, aos artigos 141 e 492 do CPC/2015). Afinal, não se pode contar que o julgador terá condições de

visualizar todos os acontecimentos que delinham o caso concreto, sendo de relevância que as partes tragam aos autos todas as informações, elementos e provas úteis e necessários ao julgamento adequado, sem prejuízo do poder de direção preconizado no artigo 765 da CLT. Seguindo tal linha de raciocínio, é importante para o dimensionamento dos danos que a petição inicial apresente o relato individualizado das lesões, danos ou perdas sofridas, além de enaltecer as repercussões na capacidade de trabalho.

O primeiro conjunto de elemento referido (fatos e sujeitos envolvidos na situação) tem brilho próprio, sobretudo, em razão da proporcionalidade da indenização. É nesse particular que pretendemos concentrar esforços neste estudo. A meta não é elencar todos os fundamentos a serem considerados em toda e qualquer decisão. Diversamente, a pretensão é analisar o máximo de critérios identificáveis para, conforme o caso a ser decidido, seja cabível, da forma mais sistematizada possível, eleger aqueles pertinentes, sem prejuízo de outros conhecidos, admissíveis ou imagináveis.

4 A REPARAÇÃO POR MEIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

Um exemplo bem ilustra a relevância do proposto no item presente: manifesta-se a preferência pela condenação em obrigação de fazer⁵ (consubstanciada no custeio de tratamento⁶ cirúrgico ou medicamentoso, assim como a aquisição de próteses ou órteses adequadas à necessidade), na esteira da lição de Raimundo Simão de Melo⁷. Isso porque a recuperação da pessoa é sempre preferencial à indenização ou compensação pecuniária, independentemente de envolver custos vultosos em comparação com a indenização pretendida. Logo, hão de ser preteridas as obrigações de meramente pagar em detrimento das obrigações de fazer, ainda que estas sejam complexas, desde que amparadas em laudo pericial médico confeccionado por perito da confiança do juízo, no qual ateste a indicação de tratamento como meio útil e adequado para recuperação.

E pode se cogitar do deferimento da obrigação de fazer, ainda que a pretensão explícita seja exclusiva de indenizar. Para tanto, basta considerar que, antes de tudo, implicitamente no pedido de reparação, há embutida uma pretensão geral de reparo, que é alcançável por pelo menos duas maneiras, a saber, pelas obrigações de fazer e de pagar. Por ângulo diverso, é possível

⁵ É relevante recordar que reparação deve ser fixada pela extensão do dano, a teor do disposto no art. 944 do Código Civil. Logo, a indenização deve ser integral e inclui lucros cessantes, outros prejuízos, despesas, tratamento de saúde, etc.

⁶ SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira (2013) explicitou que o tratamento de saúde, por exemplo, abrange o transporte para clínica, taxi, acompanhante, próteses, custos de manutenção de equipamentos, troca de equipamento por uso e desgaste, pois a seqüela de redução de capacidade de trabalho se mantém em situações futuras.

⁷ MELO, 2004. p. 386. O autor refere que no caso de dano material por acidente de trabalho, a reparação objetiva a reintegração ao *status quo ante*, o que nem sempre é possível, e, assim sendo, a reparação se converte em indenização pecuniária, levando-se em conta prejuízos presentes e futuros.

alcançar a mesma conclusão: o pedido explícito de pagamento de indenização abarca o antecessor natural que é a obrigação de fazer, quando cabível e possível, pela via de natural prejudicialidade. A jurisprudência já consagra a possibilidade em situação similar, como se infere no exame dos reiterados casos envolvendo as guias do seguro-desemprego: independentemente do pedido formulado, há sempre a obrigação inicial do empregador em fazer (a entrega das guias) e, somente acaso frustrada ou impossibilitada é que a obrigação é convertida em indenizar (nos moldes preconizados no artigo 247 do Código Civil: Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível). É trilhando este mesmo raciocínio que se entende não caracterizado o julgamento *extra petita* na hipótese vertida.

5 CONDENAÇÃO EM PARCELA ÚNICA OU PENSIONAMENTO

Mutatis mutandis, o raciocínio proposto acima também é aplicável ao caso da pretensão de indenização em parcela única e a condenação em pensionamento. A SDI 1 do TST, em decisão proferida nos autos do processo E-ED-RR-196/2005-013-17-00.9, cujo Relator foi o Min. Aloysio Corrêa da Veiga, já firmou posicionamento a respeito da forma de fixação da indenização:

o Magistrado tem a seu favor margem razoável de discricionariedade para, analisando as circunstâncias dos autos, escolher o critério de maior equidade entre as partes, seja pelo pagamento em parcela única, seja em parcelas mensais, não ofendendo a norma disposta no parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, decisão que defere o pagamento de forma parcelada, ainda que tenha pedido expresso para pagamento em uma única vez (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2010).

E quando se pensa em pagamento em parcela única, não se pode ignorar que a condenação se traduz em antecipação de parcelas futuras (em relação ao pensionamento, que é periódico). Por isso, assim como é preciso acrescentar juros de mora e correção monetária em relação aos pagamentos atrasadas e parcelados, é indicado proceder à deflação de valores ao se antecipar o pagamento. Trata-se de aplicação de critérios técnico-contábeis-econômicos que devem ser considerados. É possível o arbitramento da parcela única, mas não se considera adequado o valor equivalente à singela aritmética de multiplicação do valor mensal pela quantidade de meses, o que representaria montante maior e, por consequência, além daquele pretense para a reparação.

6 CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL

Ao referir à alternativa de pensionamento, é oportuno alguns breves comentários a respeito da constituição de capital, pois este se consubstancia na efetividade da prestação jurisdicional e na garantia da reparação fixada.

O próprio “principal” (imóvel, aplicação financeira) é elemento a ser considerado na fixação da indenização no caso de não haver apenas o gravame, mas a efetiva transferência (para o patrimônio do ofendido). Logo, há de ser

considerado como parte integrante da indenização (posto não retornar, quando de sua morte, para o ofensor).

Não se identificam problemas ou impedimentos, por exemplo, em definir que o imóvel será correspondente à compensação moral e estética, por exemplo, e os rendimentos inerentes (frutos) serão a reparação pela lesão material.

Também seria possível considerar o valor do principal como antecipação parcial da indenização do dano material e seus frutos como o saldo (pensionamento), em uma situação híbrida de pagamento de parcela única e pensionamento.

7 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

Focando especificamente nos critérios que poderiam orientar a fixação das reparações por danos materiais, iniciamos a partir do mais utilizado, para, posteriormente, explorar outros complementares, alternativos ou mesmo inovadores.

A utilização da tabela DPVAT é um critério que envolve o percentual teórico de redução da capacidade a partir da fixação de percentuais de perda fixos associados a cada parte do corpo. O critério objetivo extraído da tabela, por vezes, cega o exame do caso concreto, que pode permitir inversões drasticamente opostas à análise precípua. Adota-se – hipoteticamente – o caso de um trabalhador destro que tenha perdido o polegar da mão direita e, assim, tenha ocorrido a eliminação da possibilidade do movimento “pinça”. A partir da tabela, isoladamente, o grau de perda do polegar corresponderia a meros 18%, mas se fosse considerado no exame do dano o fato da pessoa (i) ter como ofício a execução de tarefas manuais com utilização precípua da mão lesada e do movimento “pinça” (um marceneiro, por exemplo), (ii) a limitação para o desempenho de toda e qualquer atividade manual, que até o momento era a sua habilidade preponderante; e somarmos (iii) a idade avançada, com restrições para o desenvolvimento de novos ofícios ou mesmo habilidades, concluir-se-á que não há qualquer correspondência entre o percentual teórico e a efetiva redução. Talvez, nem mesmo o percentual teórico de 60% – correspondente à perda total de uma das mãos – seria adequado à representatividade do dano. A ilustração também poderia ser feita ao inverso, para evidenciar que, eventualmente, desenhado o quadro com os percentuais previstos na tabela e pintado com as cores peculiares do caso concreto, o percentual poderia ser excessivo. Emerge do modelo proposto a seguinte conclusão: é impositivo ajustar os percentuais da tabela DPVAT, que se consideram meramente referenciais, a partir dos elementos atinentes ao caso específico para aferir, efetivamente, a extensão da lesão. O plano meramente teórico é claramente insuficiente.

De toda a forma, é conveniente aludir ao descompasso entre a finalidade da pensão vitalícia e a fixação de determinada idade como termo final. Nesse sentido, resgata-se que “vitalício” é aquilo que “dura para a vida toda”, logo,

é dissociada a menção à expectativa de vida de acordo com a estatística do IBGE. Esta última somente interessa quando há morte e, ainda assim, se exige a atenção ao fato de não ser um período de tempo estático, mas dinâmico porque relacionado à projeção da idade da vítima no evento morte. Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (2007, p. 299) enfatiza:

o termo final da pensão devida a própria vítima não sofre limitação relativa à expectativa de vida ou de sobrevivida, como ocorre no caso de morte do acidentado. Na invalidez permanente, a pensão deve ser paga enquanto à vítima viver; no caso de morte, o termo final será a provável sobrevivida que o acidentado teria, conforme abordado no capítulo 9, item 7. A duração vitalícia da pensão garante harmonia com o princípio da reparação integral porque a vítima não fosse o acidente, poderia trabalhar e auferir rendimentos enquanto viva estivesse, mesmo depois de aposentada pela Previdência Social.

Em casos concretos e excepcionais⁸, todavia, pode-se considerar a distinção entre a expectativa de vida do indivíduo e a expectativa de sua vida profissional.

Independentemente do critério para fixação da condenação em valores, não se pode confundir a indenização com eventual benefício previdenciário, ainda que ambos possam ter origem no mesmo fato. São parcelas de natureza distinta, já que a primeira é alimentar e a outra reparatória, e por isso são incomensuráveis. A jurisprudência do TST já reafirmou a plena possibilidade da “cumulação do pagamento de pensão vitalícia, decorrente de danos materiais, e pensão previdenciária, em razão da distinção das suas naturezas jurídicas. Tal entendimento se extrai, inclusive, da própria redação do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, quanto do art. 121 da Lei nº 8.213/91, segundo o qual O pagamento pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2011).

E não se pode desprezar que os danos materiais vão muito além da mera indenização pela redução da capacidade laboral, mesmo que catalisada pela potencialidade⁹ da vítima. Esta espécie de dano reúne os lucros cessantes, além dos danos emergentes, nos quais podem ser incluídas as despesas com tratamento e outras correlatas, tanto pretéritas quanto aquelas futuras.

⁸ Ainda, a referência trazida por Raimundo Simão de Melo (2004, p. 400) “Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que ‘A indenização compreenderá, em princípio, pensão correspondente ao valor que deixou a vítima de receber em virtude da inabilitação. Não justifica seja reduzida apenas pela consideração, meramente hipotética, de que poderia exercer outro trabalho’ (REsp. nº 233.610-RJ, DJU de 26.06.00).”

⁹ A par da referência ao potencial da vítima, é necessário considerar não apenas o que esta ganhava, mas o que poderia ganhar ou evoluir, na carreira ou fora desta, em razão de cursos ou outras qualificações e dedicações acumuladas, na esteira do preconizado pela teoria da perda de uma chance. Novamente, são as circunstâncias específicas que orientarão a formação da conta.

A respeito das despesas passadas, é de todo indicado que a petição inicial já seja instruída com a prova documental, ainda que por amostragem, das despesas com tratamento. Contudo, pode ser cogitada a reparação por arbitramento ou mesmo a liquidação por artigos, em que as particularidades assim orientarem, observados os artigos 128 e 460, ambos do CPC/1973 (correspondente, respectivamente, aos artigos 141 e 492 do CPC/2015). Em palestra na Escola Judicial do TRT da 4ª Região – realizada em 27.09.2012 – o Ministro Claudio Brandão, sobre o tema referiu que é fato comum e notório da vida ter mais despesas quando se está doente.

Quanto às despesas futuras, sendo um pedido inespecífico, entende-se que é cabível condenação genérica, mediante arbitramento ou comprovação posterior de despesas (liquidação por artigos) (SANTOS, 2013) e, até mesmo, inclusão no pensionamento¹⁰. Todavia, mesmo nessa situação, há necessidade da petição inicial enumerar, ainda que exemplificativamente, quais seriam as potenciais despesas. Nesse caso, é conveniente lembrar que o artigo 948 do Código Civil, expressamente, refere que não são excluídas outras reparações, entre as quais poderiam ser elencadas, a título de raciocínio: adaptação da residência para cadeirante, requalificação profissional ou nova educação (como a aprendizagem de Braille ou Libras).

8 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

A respeito do dano moral, primeiramente, há de ser lembrado: conquanto possam ser presumidos os incômodos e transtornos experimentados em razão dos danos relacionados ao acidente de trabalho ou doença ocupacional, é indicado apontar qual o elemento da personalidade foi violado – moral, integridade física, imagem (física ou o bom nome), etc.

Outrossim, em linhas gerais, os pontos mais citados – pela doutrina e jurisprudência –, especificamente para basilar a compensação por danos morais, são: (i) o contexto fático¹¹-probatório, incluídos a gravidade do ato e os fatos que circunscrevem o feito (bem lesado, a intensidade do sofrimento da vítima, antecedente, grau de culpa, índole etc); (ii) a capacidade econômica das partes¹² (iii) razoabilidade e equitatividade na estipulação da penalidade (“evitando-se de um lado, um valor exagerado e exorbitante, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir

¹⁰ Neste sentido, Oliveira, 2007, p. 298.

¹¹ Quanto ao contexto fático, deve ser considerado tanto aquele prévio como o posterior ao evento danoso. Na primeira situação, poderia ser relevante saber se a empresa adotou cautelas para evitar o acidente e quais foram, como a manutenção preventiva, eventual desligamento do maquinário ou o isolamento do local previamente à manutenção, a utilização/contratação de pessoal especializado e treinado. Na segunda situação, quais foram as medidas eleitas pela empresa para evitar que o evento se repetisse com outras pessoas naquelas condições, efetiva atuação do CIPA, etc.

¹² MORAES (2003, p. 295), separa em “(ii) a situação econômica do ofensor; ...iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica);” como dados aceites na avaliação do dano moral.

à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir a função inibitória” (DALAZEN, 1999, p. 79-80)) e, em especial, (v) o caráter pedagógico ou inibidor da punição (tanto para o ofensor quanto para a sociedade, pelo exemplo).

A par disso, merece comentário a tentativa da eleição de percentual do capital social como elemento neutro¹³ para nortear o valor da condenação a partir da capacidade econômica do ofensor. E, embora possível, entendemos não ser o mais indicado. Primeiro, porque dita referência não é representação perfeita da capacidade econômica da empresa. Segundo, ainda que se considere, por um lado, que todo o indivíduo lesado, na condição de pessoa, tenha a mesma moral e, por isso, o direito a montante compensatório semelhante, por outro lado, é consolidado na doutrina que a lesão moral não é indenizável ou mesmo reparável, mas – quando muito – compensada com “lenitivos, confortos, prazeres e outras sensações, ou sentimentos aliviadores que, através da moeda, se podem obter, como os experimentados em viagens, terapias, leituras e outras tantas” (BITTAR, 1996, p. 79). Trata-se da distinção entre situação econômica e situação social da vítima: o último é mais amplo em comparação ao primeiro.

Moraes (2003) refere

O critério do porte econômico da vítima é o que mais controversias enseja. A confusão, apontada no capítulo 1 entre interesses, direitos e sofrimentos d'alma acarreta nesta matéria muitos efeitos nefastos. Assim, por exemplo, no que tange a considerar as circunstâncias pessoais da vítima, se se tem como noção de dano moral o sofrimento humano e se tal fundamento não pode ser mensurado, acaba-se por dar revelo às condições econômicas da vítima, consideração esta que tem o efeito de atribuir menos a quem tem menos, e mais a quem tem mais (p. 298)

e continua

Se a vítima vive em más condições econômicas, isto não significa que ela estará fadada a apresentar para sempre tais condições. Pior, o argumento mais utilizado para justificar a adoção do critério da condição econômica da vítima – que diz tratar-se de evitar enriquecimento sem causa – parece configurar mero pretexto. Ora se a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido (p. 302).

¹³ A ideia de neutralidade advém do pressuposto que todos aqueles a serem indenizados pela empresa teriam o valor arbitrado a partir de um mesmo critério: um percentual idêntico do capital social, quicá, a fração correspondente à quantidade de empregados.

A autora diferencia e destaca que devem ser levadas em conta as condições pessoais da vítima (p. 303), assumindo como centro da análise a consequência danosa, não o fato ou evento culposos (p. 310).

Assim, quando se pensa na indenização por danos morais em termos de satisfação ou compensação, não há se falar em “enriquecimento sem causa”, pois não há uma “recomposição do patrimônio” a gerar riqueza¹⁴.

Por outro viés, lembra-se a lição de Cavalieri Filho (2010, p. 97), pela qual, no arbitramento do dano moral, refere que o juiz deve ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro, e, de outro lado, deve ser observada a lógica do razoável, o que guarda uma certa proporcionalidade, o cotejo entre meios e fins, causas e consequências. Refere que a quantia deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, e circunstâncias mais cuja análise se fizesse necessária. Saliencia o caráter punitivo, atendendo a prevenção (dissuasão) e punição (redistribuição), especialmente quando a conduta do ofensor for particularmente reprovável, tiver lucro com o ato ilícito ou incorrer na reiteração da conduta. Pugna pela fixação atentando o critério de razoabilidade e proporcionalidade na apuração do quantum lesado, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Em enfoque diverso, Alexandre Agra Belmonte (2012, p. 1031) sugere a fixação em base única, considerando três vezes a remuneração mensal do trabalhador, com atenuantes e agravantes; estas em múltiplos, cumulativas, e as atenuantes dividindo por dois. Tal busca por um método sistemático, em semelhança ao critério de tarifamento, corre o risco de não ponderar sobre questões, por vezes cruciais, que são casos de lesões em centenas de trabalhadores decorrentes do modo produtivo do ofensor, que obtém fonte de lucro expressiva de corrente de tal sistemática. Cita-se como exemplo mais relatado atualmente o trabalho em frigoríficos.

Ao se analisar especificamente a condenação envolvendo os danos morais, um elemento importante é o desestímulo¹⁵. Dito de outra forma: é relevante que o Poder Judiciário, ao fixar a compensação, concomitantemente, estimule a prevenção. Isso pode ser feito mediante a fixação de valores que, em comparação e contextualmente, seja mais caro indenizar do que prevenir. Por exemplo, não se quer que o valor – *a priori* – seja elevado a ponto de resultar no fechamento do negócio. Por outro lado, tratando-se de eventos reiterados com lesão a trabalhadores, é justificada a elevação progressiva de indenizações ou, até mesmo, o fechamento da fábrica por força do montante condenatório. No particular, entre fechar a empresa em razão da

¹⁴ Neste sentido, FRAGA et al., 2011.

¹⁵ Nesse mesmo sentido é o Projeto de Lei 6.960/02, para acrescentar um segundo parágrafo ao art. 944 do CC, nos seguintes termos: “a reparação deve se constituir em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

indenização ou reduzir a indenização para permitir sua manutenção, há de ser sopesado o real cumprimento de sua função social: se a empresa tem lesado trabalhadores com habitualidade, o bem social a ser protegido é a saúde da coletividade de trabalhadores, enquanto no caso de uma lesão isolada não se desprezaria os vários empregos e famílias que da empresa dependem economicamente.

A punição deve ser suficiente ao incentivo da solução do problema e não a mera provisão de uma despesa adicional à atividade¹⁶. Nisso, a função punitiva ou pedagógica permitiria, em caso de reincidência, a majoração em proporções tão distantes quanto temerária a manutenção da conduta danosa, independentemente de outros elementos – subjetivos ou objetivos – que circunscrevem o caso. O dano reiterado deve ser internalizado nos custos de produção para ser suprimido, e, ainda assim, em alguns casos, autorizando a não continuidade do empreendimento econômico, uma vez que este não é desvinculado de sua função social, dado o comando constitucional.

As linhas acima enumeram algumas das dificuldades de fixar uma indenização que não seja irrisória (ou simbólica), sob pena de criar um incentivo ao ofensor ou mesmo um gravame excessivo ou adicional (a qualquer das partes, seja ofendido ou ofensor).

9 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS

Diversamente das indenizações por danos morais, que levam em conta elementos atinentes aos sujeitos ofensor e ofendido, no caso das condenações envolvendo os danos estéticos, parece prevalecer o enfoque específico na pessoa do ofendido, exclusivamente. Isto porque, embora a integridade física seja parte integrante da personalidade, há uma indenização específica e que não se confunde com os danos morais: o dano estético (que é especializado). Por conseguinte, no particular, é de pouca ou nenhuma importância as condições financeiras. Os elementos para orientar a compensação deverão se deter nas alterações físicas e de imagem (e, por consequência, as alterações estética ou morfológica), pois as alterações acerca da concepção da imagem pela sociedade englobam o dano moral e as reduções correlatas o dano material (redução da capacidade).

Nesse cenário, dada a sua distinção, o dano estético teria a peculiar e singular característica de permitir a fixação da compensação mediante um “tabelamento” ou “precificação”, em analogia ao praticado na tabela DPVAT.

¹⁶ É oportuna a crítica de Fátima Zanetti (2009, p. 25): “o primeiro deles de oficializar o pouco valor da moral do trabalhador e, depois, o de viabilizar a socialização do risco pelos infratores que, conhecendo de antemão a possibilidade de determinada condenação, inclui-la-ão, certamente, na taxa de risco do negócio, repassando-o para seus preços, transferindo-o para a sociedade. Mais do que isso, o tabelamento em valores ínfimos servirá de estímulo a práticas que desencadeiam transtornos e doenças mentais no trabalho, cujos custos repercutirão, no final, em toda a sociedade por meio da saúde pública”.

Assim se entende porque, o fato da imagem ser potencializada pela sua utilização pública (como ocorre com modelos, artistas e outros famosos) redundando em lesões patrimoniais e, assim, sujeitas a arbitramento na esfera da lesão patrimonial, unicamente. A reparação estética não deveria considerar a exploração da imagem pelo ofendido porque pressupõe benefícios econômicos associados, exclusivamente, à peculiaridade de certas pessoas públicas e que se utilizam dessa condição para manter – ou até elevar – seu padrão de vida.

10 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NAS AÇÕES REPARATÓRIAS

A brevíssima análise realizada permite uma amostra da complexidade e extensão dos elementos a disposição para a fundamentação das decisões envolvendo o arbitramento de indenizações, independentemente de serem atinentes a danos materiais, morais ou estéticos.

Paralelamente aos aspectos examinados, não se pode ignorar a existência de um ônus diferenciado de fundamentação, a qual deve ser adequada à complexidade do tema, sobretudo com a expectativa de evitar arbitrariedades e excessos na sua fixação. Para tanto, deverão ser adotadas cautelas para que os elementos concatenados sejam explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, “garantir o controle da racionalidade da sentença” porque é esta a “linha que separa o arbitramento da arbitrariedade” (MORAES, 2003, p. 270)¹⁷. Lembra-se:

Quanto maior e mais intensa for a explicitação dos motivos da decisão judicial, maior a perfeição destas. Não existem razoabilidade e previsão processual para a circulação de fundamentos implícitos. No caso das lides trabalhistas, acaso exista efetivo risco de a empresa ‘fechar’ ou ter dificuldades de funcionamento, em decorrência de uma ou outra condenação, isto não pode influenciar ‘implicitamente’, sem o amplo debate processual, acaso seja efetivamente considerado (FRAGA et al., 2011, p. 36).

Quando utilizados os conceitos abertos para a fundamentação, impõe-se maior ônus argumentativo ao Julgador. Tal proporção de argumentação não é injustificada, sobretudo porque necessário publicizar, tanto à sociedade quanto às partes, os motivos que conduziram à conclusão, em especial ao montante que se entendeu adequado e proporcional. O procedimento ganha relevância ao se considerar a notória função inibidora do valor arbitrado¹⁸.

¹⁷ Refere ainda “10. Enfim, o magistrado deve justificar detalhadamente sua decisão, especificamente no que diz respeito à determinação da verba indenizatória. A decisão precisa ser adequadamente motivada, para que, tanto quanto possível, se reduza o alto nível de subjetivismo constante das decisões judiciais que hoje se vem proferindo em matéria de dano moral” (MORAES, 2003, p. 333-334).

¹⁸ A respeito, FRAGA enfatiza “[...] que na fixação da indenização do dano moral é de ter-se em conta que a sentença judicial também tem um caráter inibidor ou pedagógico, de forma que represente um reforço negativo para que o ofensor – ou qualquer outro (inclusive ‘a própria sociedade’, conforme Fátima Zanetti (Zanetti, p. 97) – não volte a atentar contra a dignidade alheia” (2011, p. 34).

11 ADEQUAÇÃO DOS VALORES (POR INSTÂNCIAS SUPERIORES)

Aliás, a decisão divorciada dos princípios referidos acima estaria mais vulnerável a recursos sob o fundamento de ser injusta, tanto ao fixar valores exacerbados como simbólicos, motivo pelo qual ambos são merecedores de ajustes pelas Instâncias Superiores. Apesar disso, é curioso observar:

Os julgamentos com valores irrisórios quase passam despercebidos. Os julgamentos com valores exorbitantes são notícia e objeto de comentários, nos meios jurídicos e fora destes. Ponderação é vista como se fosse sinônimo de ‘moderação’, o que não é correto (2011, p. 29).

Nesse particular, é conveniente um registro: em breve pesquisa jurisprudencial, verifica-se que apesar de serem mais facilmente localizadas decisões das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho¹⁹ revisando valores supostamente excessivos, é pacífica a possibilidade de qualquer caso ser revisado, desde que não envolva a necessidade de reexame de provas (por força da limitação pacificada pela Súmula 126 do TST) e restrito a aferição de valores discrepantes com os princípios razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, ilustra-se:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. VALOR. Inviável o confronto de teses, tendo em vista que o aresto colacionado não traz as mesmas premissas fáticas descritas pela Corte revisora para fixar o valor da indenização de danos morais. Não há se falar em violação dos artigos 5º, V, da Lei Maior e 944, do CC. Isso porque os preceitos não definem uma tarifação para a proporcionalidade da indenização pelo dano sofrido, o que é reservado ao prudente arbítrio do julgador. Além disso, prevalece o entendimento jurisprudencial de que a reapreciação, em sede de instância extraordinária, do montante arbitrado para a indenização de danos morais depende da demonstração do caráter exorbitante ou irrisório do valor fixado. Não vislumbro, no caso concreto, extrapolação dos limites superiores ou inferiores da razoabilidade e da proporcionalidade no valor arbitrado para indenização de danos morais (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2010b).

¹⁹ É conveniente esclarecer que, conforme entendimento do TST, eventual revisão do valor arbitrado é matéria afeta, exclusivamente, às Turmas, pois “[...] salvo situações teratológicas, de valores excessivamente módicos ou estratosféricos, não cabe a esta Subseção revalorar o dano moral e apreciar essa matéria, impulsionada por divergência jurisprudencial, sob pena de funcionar quase como uma instância revisora de Turma. Esta Subseção em sessão realizada em 30.06.2011 (E-ED-RR 362340-74.2001.5.01.0241, DEJT de 29.07.2011, de relatoria do Ministro Milton de Moura França), procedeu a intenso debate sobre as variáveis a se considerar no cotejo dos paradigmas que tratam do tema, concluindo que a diversidade do quadro fático impede o reconhecimento de especificidade entre os modelos. Evidentemente não de ser levados em conta não apenas o caráter profilático ou a natureza também punitiva dessa reparação por dano moral, mas, sobretudo, aqueles dados que dizem respeito à condição econômica da vítima e do ofensor, ao poder aquisitivo que seria necessário para esse trabalhador, ao grau de lesividade dessa ofensa e ao grau de culpa desse empregador. [...]” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2013).

Raimundo Simão de Melo (2004, p. 389) avalia: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, pode-se reduzir equitativamente a indenização. Acredita o autor que o princípio da proporcionalidade aplica-se somente à indenização por dano moral, uma vez que o art. 944 do CC é complementado pelo art. 953 e parágrafo único. Refere o autor que, no dano material decorrente de acidente de trabalho, não se aplica a redução da indenização em relação a gravidade da culpa, porque prepondera o risco da atividade, referindo o art. 2º da CLT. Amparado na doutrina de Fabrício Zamprogna Matiello (2003, p. 591-592, apud MELO, 2004, p. 389), excepciona a redução quando se mostra notória e exagerada desproporção, a ponto de fazer que a minoração do montante pretendido pela vítima seja mais justo do que sua fixação em sua plenitude objetiva. Raimundo Simão de Melo (2004, p. 390) ainda ressalva culpa recíproca da vítima²⁰ como fator de proporcionalidade.

Sanseverino (2010, p. 335) sustenta que a redução disposta no parágrafo único do art. 944 do Código Civil consiste na aplicação da equidade, e não aplicável em relação a danos pessoais e corporais, em razão do comando constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e o postulado normativo da existência digna (art. 170 da Constituição Federal) em razão da absoluta relevância do bem tutelado (vida e integridade físico-psíquica) que transcendem os interesses patrimoniais do agente responsável.

A latere, um traço comum identificado, seja na doutrina ou na jurisprudência, inclusive do TST, é tendência de valorização do arbitramento realizado pela Instância Inferior. Nesse sentido são, respectivamente, os exemplos que seguem:

Inúmeras são as peculiaridades de cada caso a merecer a devida consideração no momento de fixação do valor da indenização. Mais acertadamente neste ponto, a decisão de Primeiro Grau haverá de ser respeitada com maior frequência (FRAGA et al., 2011, p. 30).

DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Diante da ausência de critérios objetivos norteados a fixação do quantum devido a título de indenização por danos morais, cabe ao julgador arbitrá-lo de forma equitativa, pautando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como nas especificidades de cada caso concreto, tais como: a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. Tem-se, de outro lado, que o exame da prova produzida nos autos é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, cujo pronunciamento, nesse aspecto, é soberano. Com efeito, a proximidade do julgador, em sede ordinária, com a realidade

²⁰ A respeito da efetiva aplicação das causas excludentes, mesmo como critério de proporcionalidade, identifica-se latente divergência jurisprudencial e doutrinária. Surge, paralelamente, a distinção entre culpa exclusiva da vítima e o dolo da vítima, atribuindo ao último a única hipótese de efetiva isenção de responsabilidade do empresário, dentro da responsabilidade pelo risco da atividade e, ainda, doutrinas como “falha segura” (BINDER, 2012).

cotidiana em que contextualizada a controvérsia a ser dirimida, habilita-o a equacionar o litígio com maior precisão, sobretudo, no que diz respeito à aferição de elementos de fato sujeitos a avaliação subjetiva, necessária à estipulação do valor da indenização. Conclui-se, num tal contexto, que não cabe a esta instância superior, em regra, rever a valoração emanada das instâncias ordinárias em relação ao montante arbitrado, a título de indenização por danos morais, para o que se faria necessário o reexame dos elementos de fato e das provas constantes dos autos. Excepcionam-se, todavia, de tal regra as hipóteses em que o quantum indenizatório se revele extremamente irrisório ou nitidamente exagerado, denotando manifesta inobservância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferível de plano, sem necessidade de incursão na prova. 2. No caso dos autos, o Tribunal Regional, ao fixar o valor atribuído à indenização devida por danos morais, levou em consideração a culpa da reclamada, a extensão do dano suportado pelo obreiro, e a capacidade econômica do ofensor, resultando observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que não se cogita na revisão do valor da condenação, para o que se faria necessário rever os critérios subjetivos que levaram o julgador à conclusão ora combatida, à luz das circunstâncias de fato reveladas nos autos. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2013).

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de tudo o que foi explorado e especulado, é patente a ausência de uma resposta correta – ou mesmo única ou objetiva – para os diversos questionamentos envolvendo os elementos de fixação da condenação pecuniária nas ações versando sobre pedidos de danos materiais, morais e estéticos.

Este é um terreno fértil e, ao mesmo tempo, movediço, a ser estudado sempre com muita cautela, mas com o objetivo de definir compensações adequadas e não meramente formais ou simbólicas.

Sobressai – a partir de quaisquer das hipóteses ventiladas – a importância de uma análise e as suas devidas considerações acerca dos elementos concretos envolvidos, tudo com o intuito de parametrizar mais precisamente o bem lesado.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. Critérios Científicos para Fixação da Indenização por Dano Moral. *Revista LTr*, São Paulo, v. 76, nº 09, p. 1031-1034, set. 2012.

BINDER, Maria Cecília. *Palestra* proferida na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, 31 de agosto de 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*: a questão da fixação dos valores. Caderno de Doutrina da Tribuna da Magistratura, informativo da APMAGIS, São Paulo, jul. 1996.

BRANDÃO, Cláudio. *Palestra* proferida na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, em 27 de setembro de 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

BRASIL. *Lei nº 4.177*, de 11 de dezembro de 1962. Estima a Receita e fixa a Despesa da União para o Exercício Financeiro de 1963. Publicada no DOU de 20.12.1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4177.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Publicada no DOU de 10.02.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 37*. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Data do julgamento: 12 de março de 1992. Publicado no DJ de 17.03.1992, p. 3172.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 281*. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Data do julgamento: 28 de abril de 2004. Publicado no DJ de 13.05.2004, p. 200.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 387*. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Data do julgamento: 26 de agosto de 2009. Publicado no DJe de 01.09.2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-19600-96.2005.5.17.0013*. Oitava Turma. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 13 de outubro de 2010. Data de Publicação DEJT: 15.10.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR-19600-96.2005.5.17.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAA LqAAV&dataPublicacao=12/11/2010&localPublicacao=DEJT&>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-64800-39.2003.5.09.0654*. Quinta Turma. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, 05 de maio de 2010. Publicado no DEJT: 14.05.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-64800-39.2003.5.09.0654&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAJSQAAB&dataPublicacao=14/05/2010&localPublicacao=DEJT&que>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-16092-71.2010.5.04.0000*. Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 24 de agosto de 2011. Data de Publicação DEJT: 02.09.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR-16092-71.2010.5.04.0000&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAA Dp/AAG&dataPublicacao=02/09/2011&localPublicacao=DEJT&>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-234-33.2010.5.18.0251*. SDI I. Relator: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. Brasília, 15 de agosto de 2013. Publicado no DEJT: 23.08.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR-234-33.2010.5.18.0251&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKeZAAI&dataPublicacao=23/08/2013&localPublicacao=DEJT&que>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR-115700-95.2000.5.02.0049*. Primeira Turma. Relator: Ministro Lélío Bentes Corrêa. Brasília, 21 de agosto de 2013. Publicado no DEJT: 23.08.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR-115700-95.2000.5.02.0049&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK3AAS&dataPublicacao=23/08/2013&localPublicacao=DEJT>>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DALAZEN, João Oreste. *Aspectos do Dano Moral Trabalhista*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 65, nº 1, out./dez. 1999.

EFEITOS padronizados: STJ define valor de indenizações por danos morais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acesso em: 09 set. 2013.

FRAGA, Ricardo Carvalho, et al. Valor Adequado nas Ações de Indenização por Dano Moral. In *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 7, nº 113, 1ª quin. mar. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por Acidente ou Doença Ocupacional*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por Acidente ou Doença Ocupacional*. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. *Palestra* proferida na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, em 14 de junho de 2013.

ZANETTI, Fátima. *A Problemática da Fixação do Valor da Reparação por Dano Moral*. São Paulo: LTr, 2009.

PUNITIVE DAMAGES E O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: Adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal¹

RODRIGO TRINDADE DE SOUZA*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Características contemporâneas do modelo estadunidense de *punitive damages*; 3 Considerações sobre as críticas recorrentes à utilização de *condenações punitivas* no Brasil; 4 Responsabilidade civil no direito do trabalho; 5 Extensão do dano no âmbito trabalhista; 6 Emergência do dano social; 7 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das muitas expressões do folclore que se formou em torno de Ernesto Guevara, o revolucionário cubano-argentino conhecido como Che, tem cenário nos primeiros anos após a revolução. Integrando-se nos esforços nacionais de produção e – não menos importante – como exemplo aos demais cidadãos da ilha, o então ministro da indústria ocupava os finais de semana no trabalho de corte de cana. Numa dessas ocasiões, enquanto descansava, foi flagrado refrescando-se com uma garrafa de Coca-Cola. Imediatamente recebeu a repressão de seus companheiros de labuta sobre o mau-exemplo de consumo do produto tido como símbolo da exploração econômica e do colonialismo cultural. Sem largar a garrafa, Che respondeu que ideologias, culturas e produtos não devem se confundir e que todos os benefícios e avanços, desde que aplicados com temperança, devem ser bem aproveitados, independentemente da origem².

Embora não esconda certo utilitarismo, o argumento de Che parece voltar-se contra o que em retórica convencionou-se chamar de *argumentum*

¹ A expressão “delinquência patronal” é de autoria de Wilson Ramos Filho, adotada inicialmente em artigo produzido em 1994 (RAMOS FILHO, 1994, p. 110-122).

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade do Brasil (UniBrasil) e Pós-graduação em Derecho Laboral pela Universidad de la Republica (Uruguay). Professor de Direito do Trabalho na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Professor Convidado na UniRitter, UCS e Unisc.

² A possível imagem desse acontecimento pode ser visualizada em http://richmond.indymedia.org/media/all/display/3364/index.php?limit_start=762.

ad hominem: uma condenável prática argumentativa que, em vez de atacar o conteúdo de uma idéia, atenta apenas às suas circunstâncias e origens³.

O instituto estrangeiro dos *punitive damages* – ou na tradução que adotaremos “condenações punitivas” – costuma ser visto com semelhante visão, escravizada pela origem. Assim agem tanto aqueles que advogam plena e irrestrita aceitação, com base na imposição dos “avanços” da tecnologia jurídica produzida no economicamente mais importante país do mundo, os EUA; como na não menos absoluta negação de utilização da modalidade punitiva-ressarcitória, em razão das diferenças culturais, econômicas e jurídicas entre o modelo brasileiro e o anglo-saxão.

Este trabalho não nega as profundas diferenças dos dois sistemas jurídicos, bem como a importância de atenção ao lugar como requisito de método. Por igual, procura manter-se permeável às experiências jurídicas estrangeiras e à possibilidade de adequações às realidades nacionais, como resultado de possíveis e esperados avanços dentro do macrossistema jurídico ocidental. Com essas premissas paradigmáticas, nos capítulos que seguem, pretendemos lançar considerações sobre *punitive damages* e sua possível aplicação na responsabilidade civil trabalhista brasileira.

Em caráter preliminar tentaremos compreender de forma geral o funcionamento do modelo estadunidense de *punitive damages*. Como método, utilizaremos as fontes originais, preferencialmente as orientações fornecidas pelos órgãos de excelência de formação do direito, os tribunais superiores dos EUA.

Utilizando-se o conhecimento adquirido no capítulo pretérito, teremos oportunidade de debater as objeções nacionais que costumam ser dirigidas ao modelo em estudo. Seguindo-se o objetivo de construir uma possível síntese de compatibilidade, optaremos por utilizar método dialético de apresentação das críticas, análise da adequação de suas premissas e, efetivamente, apresentar nossas considerações sobre adequação jurídica.

Nos capítulos finais temos a intenção de adentrar no universo do direito do trabalho. Para uma análise um pouco mais aprofundada, buscaremos compreender a forma com que outras ciências identificam os macrossignificados de contrato de emprego, empresa e delinquência patronal. Com esses referenciais estaremos, então, preparados para a análise propriamente dita de adequação, forma e necessidade de aplicação de *punitive damages* no campo das relações de emprego e seu manejo nas demandas individuais.

³ Esquemática e simplificadamente, a prática retórica do *argumentum ad hominem* pode ser assim apresentada: 1) Sujeito X considera válido o argumento Y; 2) X não é confiável; 3) Logo, Y é falso. Há quatro formas principais de argumentos contra homem: abusivo (efetivamente referindo-se a características pessoais do defensor do argumento), circunstancial (dirigido ao debatedor circunstancialmente acometido de grande emoção) e do tipo “poço envenenado” (sugere o descarte do argumento sob o fundamento de que o debatedor tem algo a ganhar com sua vitória), *tu quoque* (crítica ao argumento defendido por quem não efetivamente pratica). Para aprofundamento sobre a matéria, ver COHEN et al., 1975.

Por fim, e retomando conclusões parciais, apresentaremos nossas considerações finais.

Este estudo está muito longe da pretensão de esgotamento das diversas questões que cercam os *punitive damages* e a responsabilidade civil trabalhista. O singelo objetivo é fornecer alguns elementos para possível compatibilização de tais construções jurídicas. Para tanto, pretende-se situar o método e o discurso em ambiente além da dogmática, estabelecendo-se diálogo pontual com a economia a sociologia e, essencialmente, com as inquietações de quem lida cotidianamente com a aplicação do direito do trabalho.

2 CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÂNEAS DO MODELO ESTADUNIDENSE DE *PUNITIVE DAMAGES*

Não é possível uma tradução literal de *punitive damages*, pois conduziria a uma expressão em língua portuguesa desprovida de significado jurídico⁴. Optamos pela locução “**condenação punitiva**”, pois se constitui na fixação judicial de montante condenatório que não tem o objetivo imediato de compensação do dano, mas de efetiva repressão da conduta do ofensor. Em poucas palavras, busca-se pontuar a reprovação de certas condutas que ofendam o “sentimento ético-jurídico prevalente em determinada comunidade” (FACCHINI NETO, 2006, p. 183). Os motivos serão aprofundados com uma mais completa compreensão do instituto.

Chamada por alguns críticos anglófonos de *smart money*, *punitive damages* é expressão cunhada no direito norte-americano e que corresponde à figura correlata britânica de *exemplary damages*. Em maior ou menor grau, são aplicadas em outros países de tradição de direito dos precedentes, como Austrália e Nova Zelândia⁵. Embora tenha origem no direito do Reino Unido, analisaremos os atuais balizadores adotados no sistema dos Estados Unidos da América, país que os desenvolveu e aplica de forma mais recorrente e com rigor científico.

As condenações punitivas são ordinariamente impostas quando as condenações compensatórias não se mostram como remédio adequado ou suficiente. Os órgãos de jurisdição costumam aplicá-las em situações de necessidade de aumento da compensação dos querelantes, quando haja

⁴ As expressões utilizadas em diversos trabalhos de língua portuguesa e espanhola “danos punitivos” ou “*danos punitivos*” nos parecem inadequadas, pois apresentam singela tradução literal e que estão muito longe de esclarecer real conteúdo jurídico.

⁵ Em artigo publicado por The New York Times, em 26.03.2008, noticia-se que diversos países têm iniciado experiências com *punitive damages*, nomeando Espanha, Austrália e Canadá: “*At the same time, courts in a few countries are expanding the availability of punitive damages. The Tribunal Supremo, in Spain, for instance, enforced a \$ 1.3 million punitive award in a Texas trademark and unfair competition case in 2001. The Supreme Court of South Australia indicated that it would consider enforcing U.S. punitive awards where they involved ‘brazen and fraudulent conduct’ in 2005. Perhaps most notably, the Canadian Court in 2003 upheld a \$ 50,000 award in a Florida land dispute is ‘does not violate our principles of morality’. Justice Louis LeBel explained why this was so, saying there was nothing in the American approach that was inherently offensive to Canadian ideas of basic fairness.*”.

objetivo de desestímulo na repetição da prática, para compensar delitos civis não perceptíveis ou reforçar punições criminais.

Apesar de haver utilização nos EUA desde o século XVIII, a partir de 1996 produziu-se intenso debate jurídico naquele país sobre o tema. A origem está na sistematização introduzida como resultado do julgamento do caso BMW X Gore, iniciado no estado do Alabama, mas que foi objeto de deliberação pela Suprema Corte.

Em janeiro de 1990, Dr. Ira Gore comprou um automóvel BMW zero quilômetro em uma revenda autorizada da capital Birmingham. Após nove meses, levou o carro para manutenção e soube que o veículo fora, antes da venda, parcialmente repintado. Como resultado da descoberta, demandou judicialmente contra a montadora, alegando falha no dever de informação. A BMW confirmou que houve repintagem de cerca de 1000 carros, desde 1983, para poder vendê-los como novos. Mas também admitiu que nunca informou os compradores ou concessionárias sobre a prática.

Dr. Gore provou que houve desvalorização de cerca de US\$ 4.000,00 com a repintura, obtendo condenação nesse montante a título de compensação. Todavia, o Juízo de Birmingham (*Alabama Circuit Court*) multiplicou esse valor pelo número total de carros que sofreram a “maquiagem” e também somou condenação de US\$ 4 milhões para *punitive damages*. Analisando o recurso, a Corte estadual do Alabama reduziu essa condenação para ainda consideráveis US\$ 2 milhões, mas apenas porque o valor trazia por elementos circunstâncias de outros estados da nação.

Pretendendo esclarecer a questão para futuros casos, a Suprema Corte norte-americana concedeu a avocação do processo, e teve a oportunidade de estabelecer três balizadores gerais em *punitive damages*: a) grau de repreensão da conduta; b) correspondência entre as condenações punitivas e o efetivo prejuízo produzido; c) a magnitude de sanções civis e criminais por condutas similares. Tais elementos serão melhor identificados adiante.

a) Grau de repreensão da conduta

Pontuou a Suprema Corte que se trata do mais importante indicador de razoabilidade dos *punitive damages*⁶. Segundo Levy, esse balizador reflete a aceitação pelo tribunal de que algumas faltas são mais censuráveis que outras e que o conceito de “razoabilidade” deve ser compreendido a partir da consideração da totalidade das circunstâncias do caso (LEVY, 1998). Todavia, certo é que a Corte expressamente referiu que o montante indenizatório deve observar o mínimo necessário para efetivamente pontuar a conduta reprovável do réu.

No caso da BMW, o tribunal constitucional enumerou alguns fatores agravantes, indicativos de maior grau de repreensão: a) violência ou ameaça

⁶ “Perhaps the most important indicium of the reasonableness of a punitive damages award is the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct.” (BMW v. GORE)

de danos físicos⁷; b) negligência do réu ou desconsideração pela saúde ou segurança⁸; 3) dolo⁹; 4) uso de fraude ou simulação¹⁰; 5) reincidência¹¹; 6) sofrimento psicológico do lesionado¹²; 7) nos casos de danos econômicos, atos intencionais de conduta ilícita ou dirigidos à vítima financeiramente vulnerável¹³.

Julgamentos estaduais que se seguiram relacionaram outros elementos agravantes para a fixação das condenações punitivas: 8) participação de altos funcionários na formação das lesões¹⁴; 9) condutas praticadas por cobiça¹⁵; 10) condição do sujeito lesionante de detentor de posição privilegiada ou de confiança¹⁶; 11) interesse estatal na prevenção da ilicitude particular¹⁷.

Cortes estaduais dos EUA costumam também enumerar fatores minorantes para a fixação de condenações punitivas, como a participação de funcionários com baixo poder de decisão na formação das lesões; reconhecimento da responsabilidade pela ilicitude por parte do lesionante; e tentativa do causador do dano em mitigar os prejuízos.

Em julgamento mais recente (State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell¹⁸) o órgão jurisdicional voltou ao tema, referindo que não é qualquer conduta que deve ser punida com condenações punitivas e que se deve inicialmente acreditar que a conduta já foi suficientemente reprimida com a fixação do ressarcimento ao autor por seus danos, isto é com a condenação ressarcitória. A condenação punitiva, portanto, apenas ocorre em caso de insuficiência, somente quando a conduta ainda carecer de mais repreensão.

Pode-se resumir na afirmação de que *punitive damages* devem ser fixados quando se puder identificar hipótese em que a conduta a ser punida seja universal e profundamente reprovada e que, portanto, represente potenciais danos a uma coletividade.

b) Correspondência entre as condenações punitivas e o efetivo prejuízo: a importância do desestímulo

Na análise da disparidade entre os danos efetivamente experimentados por Dr. Gore, e o montante fixado em *punitive damages*, a Suprema Corte

⁷ “*violence or threats of bodily harm*”.

⁸ “*indifference to or reckless disregard for the health and safety of others*”.

⁹ “*intentional malice*”.

¹⁰ “*trickery and deceit*”.

¹¹ “*recidivism*”.

¹² “*Plaintiff’s mental suffering*”.

¹³ “*in cases of economic harm, intentional acts of affirmative misconduct or harm to a financially vulnerable victim*”.

¹⁴ “*participation of corporate management*”.

¹⁵ “*misconduct motivated by greed*”.

¹⁶ “*special status or position of trust*”.

¹⁷ “*state interest in preventing the particular misconduct*”.

¹⁸ Supreme Court of the United States. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO. v. CAMPBELL et al. Certiorari to the Supreme Court of Utah, nº 01-1289. Argued December 11, 2002 – Decided April 7, 2003. 538 U.S. 408 (2003).

registrou que baixos valores de indenizações compensatórias podem permitir uma maior correspondência que altos valores de mesmo título.

No julgamento pelo *Ninth Circuit*, em 2001, da condenação imposta à Exxon pelo famoso derramamento de óleo no Alasca, pelo navio Exxon Valdez, houve nova análise desse balizador. Também tentando fixar o conteúdo da correspondência com o prejuízo, esclareceu que se deve observar que os valores fixados precisam igualmente servir para impedir futuras condutas danosas^{19 20}.

Em poucas palavras, as condenações punitivas devem guardar certa relação com a indenização ressarcitória, mas sem deixar de observar a função pedagógica, de modo que seja aplicada para servir de desestímulo para futuras condutas²¹.

c) Comparações com outras punições

Em seu último balizador, a Suprema Corte dos EUA afirmou que a comparação entre os valores de *punitive damages* e as penalizações civis e criminais que possam ser impostas por condutas ilícitas pode fornecer um indício de excesso na fixação. Busca-se descobrir se as condenações punitivas atingem o ponto de equilíbrio que satisfaz, mas não excede, o montante necessário para devidamente punir e dissuadir.

Também no julgamento do Exxon Valdez, houve a análise de todos os demais prejuízos experimentados pela ré lesionante por conta dos fatos determinantes dos pedidos condenatórios, em especial a perda do navio e da carga, custos com limpeza, acordos com entidades governamentais e privadas e diversas indenizações compensatórias a que foi condenada. Verificando que a Exxon teve de despendar mais de US\$ 3.4 bilhões, entre multas e indenizações ressarcitórias, fixou a corte que “é difícil imaginar mais adequada repressão por conduta negligente”²². Todavia, também afirmou que penalidades criminais pelo dano não servem para limitar os *punitive damages*, ainda que atuem como dado importante.

Em resumo, sublinha-se que a fixação de *punitive damages* não pode

¹⁹ “because the costs and settlements in this case are so large, a lesser amount is necessary to deter future acts” (Exxon Valdez, 270, f. 3d at 1244).

²⁰ De igual forma no julgamento pela Suprema Corte de *Sierra Club Foundation v. Graham* 85 Cal. Rptr. 2d 726 (Ct. App. 1999).

²¹ Em julgado do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul pontuou-se a necessidade de que um dos componentes da fixação da indenização seja o atendimento de sua função pedagógica: DANO MORAL - DANO ESTÉTICO - PENSÃO VITALÍCIA CONVERTIDA EM PARCELA ÚNICA - VALOR DAS INDENIZAÇÕES. 1. Incontroversa a ocorrência de acidente do trabalho, são presumidos o dano e, em princípio, o nexo de causalidade do evento com o trabalho. Demonstrado o nexo de imputabilidade (culpa da empregadora), é devida a indenização. 2. Para a fixação do valor da indenização consideram-se o grau de culpa do empregador e a gravidade do acidente, bem como a situação econômica do réu, pois a indenização também tem a função pedagógica de desestimular os descumprimentos das normas de segurança no trabalho (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009).

²² Exxon Valdez, MAT 1246.

ser vista como fato isolado. Antes disso, deve verificar se a necessária repressão civil da conduta já não foi alcançada com outros tipos de prejuízos ou de condenações eventualmente impostas pela mesma Corte, por outros Tribunais, ou mesmo instâncias administrativas.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CRÍTICAS RECORRENTES À UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES PUNITIVAS NO BRASIL

Não são poucas as críticas manejadas pela doutrina e jurisprudência para utilização de *punitive damages* na realidade jurídica brasileira. São naturais os receios de utilização indiscriminada de institutos de direito estrangeiro, especialmente oriundos de países que não compartilham do mesmo tronco do sistema nacional brasileiro.

De modo bastante geral, as objeções baseiam-se em quatro argumentos: a) necessidade de se evitar os excessos indenizatórios comuns no sistema norte-americano; b) a representação que tem o instituto na figura decadente e superada da *pena privada*; c) impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal; d) vedação no sistema nacional do enriquecimento sem causa.

Adiante, as críticas serão individualmente identificadas e analisadas.

a) Aparente incompatibilidade entre sistemas: excessos condenatórios

Estudando a responsabilidade civil trabalhista, defende Teixeira Filho o rechaço completo da fixação de condenações punitivas, mesmo para delinquentes patronais contumazes. Não vê necessidade ou utilidade na formação de “advertências” a esses empregadores ou que sirvam para promover inibição das condutas reprováveis. Para o autor, os *punitive damages* devem ser sempre afastados da perspectiva jurisdicional:

Precisamente porque sua função é satisfatória, descabe estipular a indenização como forma de ‘punição exemplar’, supostamente inibidora de reincidências ou modo de eficaz advertência a terceiros para que não incidam em práticas similares. Os juízes hão que agir com extremo comedimento para que o Judiciário não se transforme, como nos Estados Unidos, num desaguadouro de aventuras judiciais à busca de uma sorte grande fabricada por meio dos chamados *punitive damages* e suas exarcebadamente polpudas e excêntricas indenizações (TEIXEIRA FILHO, 1996, p. 1172).

De modo geral, essa crítica é compartilhada por grande parte da doutrina da responsabilidade civil não trabalhista, utilizando-se fundamentos bastante semelhantes.

Embora se encontrem tímidos avanços da jurisdição cível de 1º grau, ainda há larga reticência dos tribunais de justiça estaduais²³ e do Superior

²³ Assim se registrou em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “De registrar, ademais, ante os argumentos apologeticos em favor do instituto norte-americano do *punitive damages*

Tribunal de Justiça na fixação de *punitive damages*²⁴. Pontua-se a compreensão de que, mesmo se aceite o caráter punitivo da condenação, este deve ocorrer apenas como reflexo da condenação ressarcitória. O elemento de desestímulo até pode existir embutido na condenação, mas apenas no montante suficiente para ressarcir o lesionado e sem que lhe produza riqueza inesperada. Esse entendimento fica claro em julgamentos pelo STJ de recursos em que se discute fixação de valor de indenização:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO. ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica

ostentados pela autora em suas razões recursais, afigurar-se, atualmente, inviabilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro (em que pese existir controvérsias tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial acerca do possível caráter punitivo da indenização aferida a título de danos morais no Brasil), que se atém à avaliar a extensão do dano e sua compensação, procurando nunca extrapolar o real prejuízo sofrido pela vítima, seja ele material ou moral.

(...)

Assim, o caráter punitivo das indenizações por danos morais no Brasil guarda semelhança com os "*punitive damages*" do direito norte-americano, mas deles se distingue na forma de aplicação, na substância e na eficácia, até mesmo porque nos EUA, a maioria das disputas jurídicas são resolvidas de maneira prática, sem o abarrotamento dos tribunais com os processos tradicionais, em vista da discricionariedade conferida aos júris populares, que, de ressaltar, vem sofrendo severas críticas tanto pela doutrina como jurisprudência, ante a ocorrência de distorções na fixação dos danos punitivos, que extrapolam o bom senso, havendo já estudos no sentido de tentar combater a verdadeira indústria de indenizações que parece ter se instalado em território americano, onde a "teoria do valor do desestímulo" assumiu contornos de verdadeira aberração jurídica, facilmente constatada pelos inúmeros casos de indenizações milionárias decorrentes dos fatos mais triviais e inusitados. (grifamos) Apelação Cível nº 70018626622, Relator Desembargador Osvaldo Stefanello, julgado em 08.05.2008.

²⁴ Também a Corte Interamericana de Derechos Humanos nega a possibilidade de fixação de *daños punitivos*, sob o argumento que a "justa indenização" deve se limitar à compensação individual dos danos: "El reconocimiento del derecho a la reparación integral no se opone a la posibilidad de establecer criterios para determinar el ámbito y el monto de la indemnización. Así, cuando no es posible la *restitutio in integrum*, como ocurre en el caso de violaciones al derecho a la vida, la Corte Interamericana ha admitido buscar formas sustitutivas de reparación a favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria, para compensar los daños materiales y los daños morales. Sin embargo, hasta ahora no ha aceptado que dicha reparación incluya los daños punitivos, es decir, aquellos otorgados a la víctima, no para reparar un daño material o moral directamente causado, sino para sancionar la conducta del condenado, cuando éste ha actuado con excesiva maldad, temeridad, o violencia, a pesar de que varias legislaciones internas los reconocen como parte de la reparación integral de los daños ocasionados por el delito.

En cuanto a la posibilidad de reconocer reparaciones por daños punitivos, la Corte Interamericana ha enfatizado que el carácter de la "justa indemnización" a que se refiere el artículo 63.1 es compensatorio y no sancionatorio, por lo cual, "aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual de derecho internacional." (grifamos) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C Nº 9, párrs. 37-38. Caso Godínez Cruz, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, Nº 8, párrs. 35-36).

do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2002, grifo nosso).

Julgamentos de processos cíveis brasileiros esclarecem a importância de vedação de excessos condenatórios, para que assim sejam estancadas demandas inconsequentes que buscam lucro fácil. Em algumas decisões, o Tribunal Superior do Trabalho pôde verificar a “migração” para a Justiça Especializada de absurdas pretensões indenizatórias de danos morais. Como forma de barrar a prática, também elegeu como parte importante de seus fundamentos a vedação de utilização de *punitive damages* e sua incompatibilidade com o sistema brasileiro de responsabilidade civil. Assim se verifica em julgado de 2009, com voto de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira:

No que concerne à indenização por danos morais, observa-se que uma das questões de maior complexidade nessa matéria é justamente a fixação do *pretium doloris*. Quando se trata de dano patrimonial, é de fácil aferição o valor de reposição do bem atingido. Todavia, no dano moral, a correspondência entre a ofensa e o dano é bem mais difícil, requerendo ponderação e bom-senso do julgador, a fim de que não se cometam excessos, como nos Estados Unidos, onde existe uma quantidade infindável de aventuras judiciais, por meio dos chamados *punitive damages*, fruto de estarecedoras decisões dos pretórios americanos (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2009, grifo nosso).

É irrepreensível a conduta jurisdicional de obstaculizar e punir demandas embaladas por sonhos de lucros fáceis, fabricações de dores espirituais e dramatizações de contratempos do cotidiano. A lida jurisdicional produz quase tanta indignação pelas delinquências patronais, como pelos manejos patológicos de ações de indenizações de danos morais.

Por certo, não é lícito supor que todas as demandas hábeis a receberem provimento de indenização punitiva são conduzidas por ambições individuais despropositadas. Algumas – sem dúvida – pretendem lucro fácil, mas também há “lucro fácil” na empresa que produz largo descumprimento de condições de trabalho e, assim, aumenta seus resultados financeiros, lesando diversos empregados e prejudicando a concorrência. Especialmente quando o ressarcimento individual é recebido unicamente pelos poucos trabalhadores

que se aventuram na demorada, custosa e altamente incerta via do processo judicial de indenizações pessoais.

A análise até então feita da aplicação do direito comparado, como forma de barrar as condenações punitivas, também não parece ser a mais acertada. Nos últimos anos a imprensa e o cinema trataram de abordar a fixação de *punitive damages* em Cortes dos EUA como verdadeira indústria do dano moral. Retrataram relativa facilidade com que pessoas comuns subitamente ficariam milionárias por pequenos contratempos da vida cotidiana, sempre imputáveis às grandes, e às vezes inocentes, corporações. Essas ideias, por mais imprecisas, fazem parte hoje do imaginário popular de grande parte do mundo ocidental e atuam como robusta barreira em muitos países para adoção de condenações punitivas.

Desde o final do século XX, os EUA produzem jurisdicionalmente o que chamam de *tort reform*, e que é especialmente direcionada para a diminuição de valores de condenações nas ações de responsabilidade civil. Conforme balizadores estabelecidos com GORE x BMW, procurou a Suprema Corte estadunidense fixar de modo muito firme que *punitive damages* não deve ser manejado em qualquer tipo de processo. Ao contrário, vem o órgão jurisdicional esclarecendo não apenas as específicas hipóteses, mas também a importância de limitação de valores a serem fixados para desestímulo dos sujeitos infratores²⁵.

No âmbito da conceituada Harvard Law School, produziu-se estudo estatístico a respeito dos valores alcançados em fixações de *punitive damages*. O trabalho considerou 64 hipóteses de condenações de mais de US\$ 100 milhões, os quais espiritualmente denominou como *blockbuster punitive damages awards*. Segundo as análises conduzidas por VISCUSI, professor da mesma universidade, os *blockbusters* estão altamente concentrados geograficamente nos EUA, sendo que quase metade desses são oriundos de apenas dois estados federados. Também verificou que, em quase todos os casos de apelo, houve significativa redução de valores²⁶.

Outro estudo da mesma universidade, produzido por Shavell, refere que os julgadores estadunidenses têm dedicado especial atenção à análise do valor arbitrado de *punitive damages*. Verifica que cada situação deve ser individualmente analisada, identificando especialmente o potencial lesivo que teve a conduta do réu à coletividade e o montante de pessoas potencialmente atingidas (SHAVELL, 2007, p. 1224).

²⁵ No julgamento da demanda MATHIAS x ACCOR ECONOMY LODGING, INC., em 2003, registrou a Suprema Corte que “*few awards (of punitive damages) exceeding a single digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process*” (347 F.3d 672 (7 th Cir. 2003)).

²⁶ VISCUSI, W. Kip. *The blockbuster punitive damages awards*. Trabalho apresentado inicialmente como *Discussion Paper n° 473, 04/2004. Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Também apresentado na Emory Law School Throwing Symposium, February 19, 2004 e no Emory Law Journal.

A orientação jurisdicional surtiu efeito. Em trabalho, produzido em 2002, Laycock (2002, p. 732-736) percebe que *punitive damages* são estabelecidos em apenas 2% das demandas que vão efetivamente a julgamento e que o valor médio fixado oscila entre US\$ 38 mil e US\$ 50 mil. Deve-se atentar para a particularidade dos altos custos dos processos judiciais estadunidenses, de modo que as contendas que efetivamente recebem sentença ordinariamente têm litigantes de grande capacidade econômica. Os valores fixados, portanto, estão bastante longe de significar efetivo empobrecimento para o infrator ou enriquecimento exagerado ao autor da ação.

Percebe-se que mesmo nos EUA são poucos os processos considerados habilitados a receber resposta jurisdicional na forma de *punitive damages*. E mesmo nos que recebem esse provimento jurisdicional, há repúdio na ordinaryness de fixação de valores excessivos.

Distorções e más-aplicações de referenciais jurídicos prescindem de origem específicas. Normas legisladas, cláusulas contratuais, orientações jurisprudenciais, lições doutrinárias ou experiências de direito comparado podem ser bem ou mal manejados; corretos ou incorretamente postulados, conhecidos e aplicados, dependendo do conhecimento e intenções daqueles que atuam nos processos judiciais.

Percebe-se que a fixação de condenações punitivas não encontra correspondência em ideias de prêmios súbitos e exorbitantes para sujeitos circunstancialmente lesionados por fatos cotidianos. Trata-se de medida cientificamente identificada para oferecer resposta adequada a fatos extremamente relevantes e que demandam cuidados um pouco diferentes dos simplismos dos ressarcimentos individuais.

b) Vedação de instrumentos de pena privada

Nos estudos de Martins-Costa & Pargendler a grande atração exercida pelos *punitive damages* está na ideia retrógrada da “pena privada”: relatam que o instituto de origem romana é sanção a ato privado, resultando numa “aflição ao réu” derivada da imposição de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, e não ressarcitória. Defendem as autoras que o processo de despenalização da responsabilidade civil conduziu ao cancelamento da originária função penal, o que desautoriza a retomada no direito brasileiro (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 231, 237 e 248).

A doutrina, todavia, está longe de ser unânime. A primeira reparação refere-se à aparente confusão entre os conceitos de *pena* e *sanção*. Nesse sentido o magistério de Pamplona Filho ao discorrer sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil:

[...] há uma grande confusão na utilização dos termos ‘sanção’ e ‘pena’ que constantemente são tratados como sinônimos, quando, em verdade, trata-se de dois institutos que estão em uma relação de ‘gênero’ e ‘espécie’.

A sanção, como já exposto, é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, pelo que, em função de tudo quanto foi exposto, a natureza jurídica da responsabilidade, seja civil, seja criminal, somente pode ser sancionadora.

Entretanto, não há que se dizer que a indenização ou compensação, decorrente da responsabilidade civil, seja uma pena, pois esta é uma consequência da prática de um delito (o ato ilícito, na sua concepção criminal) ou seja, a conduta que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 29).

Com propriedade, também lembra o autor que são comuns casos em que a responsabilidade civil é originada de imposição legal, como nas hipóteses de acidentes do trabalho ou das atividades nucleares. Nesses casos, defende que os efeitos não deixam de ser sanções, pois decorrem do reconhecimento do direito positivo de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 29-30).

Compreende Cahali (1998, p. 33) que parece ser mais acertado dizer que o mecanismo protetivo da norma geral de ressarcimento ou reparação caracteriza-se por uma natureza mista, de modo que o dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito.

Soma-se o magistério de Maria Helena Diniz, para a qual a responsabilidade civil possui uma dupla função: em paralelo ao objetivo essencial de indenizar, ressarcir, reparar, coloca-se a necessidade de também ser vista como modo de atuação de uma sanção civil, “punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos” (DINIZ, 2006, p. 8-9).

Em estudo sobre as características da responsabilidade civil brasileira temperada pelas determinantes constitucionais, Facchini Neto (1999, p. 184) lembra que a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica dos direitos da personalidade teve o poder de recuperar uma função diferente para a condenação. Soma-se não apenas uma função dita *punitiva*, mas outra que o autor identifica como *dissuasória* e que tem o objetivo de sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas devem ser evitadas, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico.

Também a doutrina portuguesa, sem precisar render-se a fórmulas retrógradas da pena privada, consegue compreender uma função sancionadora na responsabilidade civil:

A responsabilidade civil exerce uma função *reparadora*, destinando-se, como destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função *sancionadora*, sempre que na sua base se encontra um acto ilícito e culposo, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável (TELLES, 1997, p. 418).

As figuras “pena privada” e “função sancionadora” são bastante diferentes também nos objetivos. A pena privada relaciona-se essencialmente com a vingança pessoal. Vingarse não envolve qualquer interesse de criar benefício para outros, envolve unicamente promover uma satisfação pessoal através do sofrimento alheio. As hipóteses de atuação das condenações punitivas – viu-se através das condições fixadas no direito norte-americano – relacionam-se primordialmente com o objetivo social de promover o desestímulo de condutas fortemente danosas e reprovadas pela coletividade. Nessa hipótese, a utilização do mecanismo punitivo está longe da pequenez moral da vingança, mas atua como instrumento para consagrar a intenção social de não repetição da infração.

Força-se a impossibilidade de confundir qualquer modalidade de pena privada com a responsabilidade civil contemporânea. Independentemente de se manifestar como pena, indenização ou compensação pecuniária, sua natureza jurídica será sempre sancionadora.

A compreensão de uma atuação também punitiva no âmbito do direito privado não significa a aceitação da validade da violência entre os privados, ou a produção de “justiça com as próprias mãos”. O entendimento resulta essencialmente da compreensão de alcance e objetivo que tem o Estado no âmbito da regulação dos privados. Mesmo no ambiente normativo das relações particulares, cumpre ao instrumento estatal do direito, manejado pelo monopólio da jurisdição, estabelecer o que deve prevalecer. Também na jurisdição do direito obrigacional cumpre ao Poder Público identificar, premiar e punir condutas que são incompatíveis com o projeto estatal de regulação social.

O macrosistema do direito obrigacional brasileiro não é plenamente refratário ao estabelecimento de *penas*. Em especial todo o capítulo V do Título IV da Parte Geral de nosso Código Civil (artigos 408 e seguintes), ao prescrever o regramento da cláusula penal, fixa autêntica pena pelo descumprimento de obrigações, sem que isso possa ser confundido com aspecto de justiça privada ou prática criminosa.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre *punitive damages* por ocasião do julgamento, em 2004, do Agravo de Instrumento 455846/RJ e, com naturalidade, viu presente uma “função punitiva”. Paciente de hospital público recebeu tratamento médico inadequado ministrado por funcionário, resultando danos físicos permanentes. No julgamento da ação de indenização de danos morais dirigida em face da Administração, observou a Corte que o juízo *a quo* bem observou a orientação de que a condenação deve ter dupla função: uma compensatória e uma de caráter punitivo, denominando essa última como *punitive damages*.

O instituto do *punitive damages* não se confunde com efeito punitivo produzido e esperado como consequência da condenação imposta de ressarcimento de danos morais ao indivíduo ofendido. Viu-se, pela análise tanto da doutrina nacional como pelo direito estadunidense, que o estabelecimento

de condenação punitiva no âmbito de demanda de responsabilidade civil individual é medida que parte da suposição da necessidade de penalização do ofensor para desestímulo de práticas futuras, fixada de modo relativamente independente do ressarcimento dos prejuízos pessoais sofridos.

Em poucas palavras, a hipótese manejada pelo STF é de penalização *dentro* do ressarcimento; *punitive damages* é punição em *paralelo* ao ressarcimento. De qualquer forma, a decisão é importante para compreensão da responsabilidade que tem o Estado na regulação das relações interpriadas, também cabendo fixar sanções para impedir repetições danosas²⁷.

c) Impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal

Bodin de Moraes é autora que traz interessante crítica aos *punitive damages* na afirmação da impossibilidade de criação de pena, sem prévia lei que a preveja. Afirma, portanto, violação ao princípio da legalidade. Nas palavras da professora carioca:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal (MORAES, 2003, p. 260).

Não há dúvidas de que a norma da impossibilidade de pena sem prévia cominação legal, prevista no artigo 5º XXXIX da CFB/88 é notável conquista civilizatória e deve ser preservada. Mas diante da natureza jurídica e destinação da sanção, com de regra a privação de liberdade, o dispositivo trata apenas do direito criminal. A norma de impossibilidade de penas sem previsão legal anterior ao fato refere-se a condutas consideradas crimes e contravenções, condutas omissivas ou comissivas descritas exaustivamente na legislação penal. A própria redação do dispositivo deixa bastante claro: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (grifamos).

A doutrina constitucional é relativamente pacífica quanto ao alcance exclusivamente criminal do dispositivo:

²⁷ O Tribunal Regional do Trabalho, em diversos julgados, reconhece a existência de caráter punitivo na fixação de indenizações de danos morais produzidos durante contrato de emprego. A ementa de julgado recente é expressa a esse respeito: RECURSO DE REVISTA. (...) DANOS MORAIS - CRITÉRIO PARA ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - CARÁTER SATISFATIVO-PUNITIVO. A quantificação do valor que visa a compensar a dor da pessoa deve ter um duplo caráter, ou seja, satisfativo-punitivo. Satisfativo, porque visa a compensar o sofrimento da vítima, e punitivo, porque visa a desestimular a prática de atos lesivos à honra, à imagem das pessoas. Recurso de revista conhecido e desprovido (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2009b).

O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena não que preceder o fato tido como delituoso (SILVA, 1999, p. 430).

Não poderia ser diferente. Desde a regra geral do artigo 159 do revogado Código Civil de 1916 e, atualmente, no artigo 927 do novo Código, a opção nacional é de fixação de um preceito genérico para responsabilidade civil. Mesmo no período de mais intensa paixão pelas ideias de completude codicista, jamais se cogitou que pudesse haver enumeração de todas hipóteses de fato para aplicação de responsabilidade civil e fixação de condenações tarifadas.

Nem a fixação de condenação ressarcitória ao indivíduo pontualmente lesado, nem o estabelecimento de parcela de condenação punitiva confundem-se com crime e pena. A responsabilidade civil é estabelecida no sistema de direito brasileiro de forma genérica, devendo ser manejada pelo juiz na fixação de condenação que seja a mais esperada e eficaz individual e socialmente.

d) Vedação no sistema nacional do enriquecimento sem causa

Impedir enriquecimentos súbitos e desmesurados de particulares, como resultado de recebimento de expressivos montantes condenatórios – eis o centro de importante argumento contrário à fórmula de *punitive damages*. Dogmaticamente, centra-se na ideia de ocorrência de óbice no ordenamento jurídico nacional que, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito. Com a nova codificação privada, o artigo 884 passou a inscrever expressamente: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir, o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O artigo 884 não é dispositivo que tem pretensão aparente de reger elementos para fixação de indenizações, vez que está inserido no Título VII – Dos Atos Unilaterais. Em hermenêutica, parece evidente que os critérios de fixação de resposta jurisdicional para demandas de responsabilidade civil devem ser buscados em dispositivos do Código Civil um pouco mais próximos, conceitual e geograficamente, do Título IX – Da Responsabilidade Civil. Especialmente, porque há título próprio (II, artigos 944 a 954) que trata da indenização.

Em algumas situações, força-nos verificar que há mais esforço tendente a buscar argumentos para a diminuição de indenizações a notórios violadores do ordenamento jurídico, que estabelecer efetivas soluções para impedir a delinquência. Parece-se acreditar que a “segurança jurídica” ou “segurança social” é preferencialmente alcançada impedindo que os já reconhecidos transgressores do direito sejam punidos em demasia. Para se evitar o excesso, opta-se por fórmulas sabidamente insuficientes e barram-se iniciativas de estabelecimento de medidas judiciais que ofereçam respostas voltadas à efetividade.

Especialmente no universo do direito do trabalho, a situação não é nova. Lembra Ramos Filho que o ilícito trabalhista sempre foi, eufemisticamente, considerado pela doutrina e pela jurisprudência como “descumprimento” ou como “inadimplemento” da lei ou do contrato, ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito. A criminalização e a repressão a integrantes das classes dominantes são posturas novas na história da república, razão pela qual talvez nem sempre tenham sido bem recebidas por parte de certos meios de comunicação e órgãos de imprensa. O autor utiliza a figura do cinismo caricato daquele que temeria eventual falta de lugar nas cadeias “se a nova lei pegasse” e que, agora, poderia argumentar que, na mesma medida em que a Justiça Criminal não foi concebida para colocar integrantes das elites nas prisões, a Justiça do Trabalho também não teria sido engendrada para, *efetivamente*, fazer cumprir a legislação do trabalho; o que aqui se defenderia seria ingenuidade ou “perda de tempo”. Conclui o professor da UFPR que nem por isso a Justiça do Trabalho está condenada a se tornar eternamente seletiva como o é a Justiça Criminal e que não deve permanecer inerte em relação às práticas de delinquência patronal que sejam identificadas (RAMOS FILHO, 2008, p. 129-148) .

Vê-se que a busca da efetividade da repressão da delinquência privada é caminho difícil, pois esbarra em aparentes entraves institucionais, em pré-orientações históricas, em falsas neutralidades.

Escolher entre, de um lado “premiar” o trabalhador já lesionado com profunda e extremamente reprovada violação jurídica por seu empregador, estabelecendo-se indenização acima do ressarcimento individual; ou, de outra banda, manter parcialmente impune o mesmo delinquente, não nos parece uma escolha muito difícil.

De qualquer forma, não serão essas dificuldades que retirarão da ciência jurídica sua característica de ciência do “dever-ser”, da busca pela solução mais próxima da justiça. Não se há de recorrer às simplicidades de formas utilitaristas de escolha e tentar optar pela fórmula “menos pior”. Mesmo a ideia de vedação de enriquecimento sem causa como “princípio informador do direito” pode ser preservada, seguindo-se a coerente concepção da coletividade dos atingidos pela delinquência patronal e a certeza de necessidade de eficaz construção de mecanismos que impeçam a reincidência.

Apesar de estar longe de acabada, uma possível fórmula de repressão de delinquências patronais por meio de condenações punitivas, suprimindo-se hipótese de enriquecimento injustificado do trabalhador lesionado, será retomada no final deste trabalho.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

Singelamente, responsabilidade civil pode ser delimitada como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. A fonte geradora da responsabilidade civil é o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano.

O artigo 197 do nosso Código Civil determina que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Teorias da responsabilidade civil procuram determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. Essa reparação ou compensação do prejuízo da vítima poderá ser pecuniária, *in natura* ou mesmo uma carta de retratação. É relativamente pacífico que ao identificar um dano causado a outrem em decorrência de um ato ilícito, procura-se analisar prioritariamente três aspectos: o dano existente, onexo causal e a responsabilidade do agente causador.

O fato gerador do direito e a reparação do dano pode ser a violação de um ajuste contratual das partes ou de qualquer dispositivo legal do ordenamento jurídico, incluindo-se o descumprimento de dever geral de cautela. Quando ocorre a primeira hipótese, dizemos que a responsabilidade é de natureza contratual; e na segunda denominamos responsabilidade extracontratual ou Aquiliana.

Maria Helena Diniz lembra que o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento (DINIZ, 2006, p. 7-8). A concepção da plena restituição dos prejuízos interessa a esse trabalho na concepção que consegue identificar a lesão abstraída do sujeito que a recebe de forma mais imediata.

A responsabilidade civil está a cada dia mais presente na esfera trabalhista. Antes raros, atualmente são comuns os pedidos de dano moral oriundos de práticas abusivas, podendo-se mencionar o assédio moral e sexual, a interceptação de correspondências eletrônicas, as revistas íntimas, os castigos por descumprimento de metas. As próprias ações acidentárias movidas em face do empregador também derivam da aplicação do instituto da responsabilidade civil na esfera do contrato de trabalho. Diversos são os estudos que concluem que o ambiente laboral é provavelmente o mais propício para a produção de diversos prejuízos de ordem moral, em especial como resultado da subordinação subjetiva imposta ao empregado.

Não obstante, a “conquista” da responsabilidade civil no campo de atuação do direito individual do trabalho, seu desenvolvimento tem sido um caminho difícil, tanto no âmbito do direito material, como no de competência jurisdicional. Apenas com a vigência da Emenda Constitucional nº 45 houve sedimentação no entendimento da competência da Justiça do Trabalho para análise e julgamento de todas as demandas em que se busca ressarcimento por prejuízos formados no ambiente de trabalho. A compreensão das diversas hipóteses de prejuízos, não singelamente oriundos de descumprimentos explícitos de regras legislatadas ou do contrato individual, ainda é questão tormentosa e que comumente esbarra em posicionamentos conservadores sobre normas gerais de conduta e aplicabilidade de direitos fundamentais.

Talvez por tais características, são difíceis as alterações/evoluções de posicionamento na esfera da responsabilidade civil trabalhista.

Vimos anteriormente que a opção que tem o monopólio da jurisdição em estabelecer sanções tendentes a impedir, por meio da fixação de condenações punitivas, a repetição de condutas intensamente reprovadas e danosas não se confunde com as figuras da Antiguidade de penas privadas. Ao contrário, pudemos perceber significativos traços de recente conquista civilizatória, pois as características do Estado Social de ampliação de responsabilidades já começam a alcançar as teorias da responsabilidade civil. Outorga-se ao Estado-Juiz poder-dever de identificar e reprimir condutas particulares reconhecidamente incompatíveis com o projeto contemporâneo de vida em sociedade.

Apesar das dificuldades que tem o direito do trabalho em tratar da responsabilidade civil, percebe-se já na dogmática motivo para uma compreensão mais natural sobre os efeitos punitivos pelo descumprimento do referencial normativo legislado: as diversas multas previstas nas leis trabalhistas.

A legislação tutelar, de forma muito natural e desde sua origem, reconheceu que a infração empresarial ao contrato mínimo legal não apenas implica deveres de ressarcimento ao funcionário, mas também produz punições patrocinadas pelo Estado. Diversas verbas trabalhistas quando não devidamente pagas, ou condições de trabalho se não corretamente observadas, têm como efeito ao transgressor o estabelecimento de sanções não meramente ressarcitórias ao empregado. Entre outras hipóteses, temos multas por não cumprimento dos dispositivos de duração do trabalho (artigo 75 da CLT), de férias (artigo 153 da CLT), de segurança e medicina do trabalho (artigo 201 da CLT), de nacionalização do trabalho (artigo 351 da CLT), de proteção ao trabalho da mulher (artigo 401 da CLT), de proteção ao trabalho do menor (artigos 434 e 435 da CLT), pelo não recolhimento de FGTS (artigo 22 da Lei nº 8.036/90).

Nas situações expostas, não temos a fixação de penalização ao infrator como efeito do estabelecimento de indenizações ao empregado. As multas são autênticas penas, produzidas no ambiente de contratos individuais, mas cuja sanção é efetuada em benefício do Poder Público. O ressarcimento ao empregado lesado com a conduta até pode produzir penalização empresarial pela restituição individual, mas as multas acima são verdadeiramente penas, fixadas em paralelo à restituição.

Não poderia ser muito diferente, porque a penalização, como resultado do ressarcimento, seria por demais limitada se apenas atuasse estabelecendo o pagamento em atraso da verba inadimplida. Valendo-se do benefício do tempo, força-se admitir que o atraso no pagamento, nesses casos, significa mais um benefício ao empregador delinquente que verdadeiramente uma pena.

Vê-se que o microsistema obrigacional trabalhista expressamente identifica diversas hipóteses em que o não cumprimento de normativos da relação privada empregador-empregado provoca efeitos ao lesionante que exorbitam a órbita do interesse ressarcitório do indivíduo prejudicado.

Acaso se o direito do trabalho brasileiro tivesse optado por considerar efeitos limitadamente de recomposição econômica ao sujeito agredido pelo não cumprimento do direito tutelar, haveria coerência na sustentação de igual limitação do provimento jurisdicional ao pontual ressarcimento do que foi perdido. Todavia, verificando-se que há clara opção normativa pelo estabelecimento paralelo de condenação punitivas, na forma de multas pelas mesmas faltas, a defesa da impossibilidade de imposição de outras condenações punitivas por parte do julgador fica um tanto mais difícil.

5 EXTENSÃO DO DANO NO ÂMBITO TRABALHISTA

O campo de estudo do direito do trabalho incorpora elementos e situações jurídicas complexas e naturalmente plurissignificativas. Contrato, empresa e os danos produzidos no ambiente de trabalho protagonizam o ambiente de análise juslaboralista, mas são tão importantes para a ciência jurídica em geral, como para compreensões de universos muito mais amplos, como Estado e sociedade.

Como consequência parcial da amplitude conceitual e, também em parte, por efeito de se constituírem fenômenos estudados por diferentes ramos do conhecimento – cada qual com métodos, focos e ideologias próprios – contrato, empresa e danos produzidos no ambiente de trabalho podem, em amplas linhas, ser enxergados sob duas perspectivas bastante diferentes.

A primeira produz (ou produzia) as seguintes expressões: a) limitação do contrato a um simples acordo de vontades individuais, livres e integralmente manifestadas por seus participantes; c) compreensão dos danos efetivados na relação de emprego – como de modo geral nas demais relações jurídicas entre privados – igualmente circunscritos aos sujeitos diretamente envolvidos e, portanto, resolvendo-se na simplicidade do ressarcimento dos prejuízos.

De modo geral, tais concepções são resultados de construções jurídicas calcadas no liberalismo oitocentista, no individualismo, no abstencionismo estatal e na força da autonomia da vontade.

Esses não são os referenciais desse trabalho, como também não parecem ser os modelos majoritários do atual projeto de Estado brasileiro. Sob os focos contemporâneos da solidariedade constitucional, dignidade humana e responsabilidade social, as perspectivas são bastante diferentes para análise de contrato, empresa e responsabilidade civil.

Na ótica que nos propomos a balizar esse estudo, o contrato de emprego perpassa bastante os simples limites das relações interprivadas, tanto no seu conteúdo, como efeitos. A relação de emprego é bem mais que singela compra e venda de trabalho humano, constituindo-se sempre numa relação jurídica complexa, dinâmica, social e solidária. Tais referenciais projetam importantes consequências na estática e na dinâmica contratual justralhista.

A vocação constitucional brasileira de atribuir dignidade humana ao contratante não encontra no monólogo elementar dos direitos subjetivos patrimoniais de crédito e débito a conformação mais adequada ao perfil da relação jurídica obrigacional. O primeiro resultado prático passa a ser a

compreensão da repersonalização do indivíduo empregado, não mais como simples sujeito abstrato de direito, mas como cidadão detentor de direitos²⁸ que ultrapassam a limitada geografia normativa do direito do trabalho. Superam-se os traços do contrato de emprego como simples instrumentalizador de situação de débito e crédito entre privados, para ser reconhecido também – senão principalmente – como residência dos mais importantes referenciais normativos e que, de forma geral, são agregados e reconhecidos como direitos fundamentais²⁹.

Ainda na linha da compreensão do fenômeno contratual trabalhista, o segundo efeito revela-se na remodelação do princípio da obrigatoriedade. Estudiosos do direito obrigacional constitucionalizado, como Perlingieri (2002), Lorenzetti (2001) e Tepedino (1999) fazem ver que o elemento fundante do dever de cumprimento do pacto deve ser a correspondência entre o conteúdo das obrigações com a expectativa que tem a sociedade sobre esse contrato. A liberdade de contratar é mantida, mas sob o signo da autonomia privada, englobando na manifestação volitiva das partes elementos de natureza não patrimonial com intenso conteúdo social.

No ambiente do Estado Social, o enfoque dirigido ao fenômeno empresarial não fica alienado e divorciado dos valores da sociabilidade. Há clareza que a atividade empresarial tem significado importante na organização social e, na medida em que integra o esforço de geração de emprego, tributo, valor, consumo, produto, serviço, inovação e renda, insere-se privilegiadamente nas estruturas sociais³⁰.

O discurso hegemônico da economicidade passa a ser inaceitável mesmo para a atividade empresarial. Na medida em que a propriedade teve

²⁸ Segundo definição de Ferrajoli, “*son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos em tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*” (FERRAJOLI, 1998, p. 291).

²⁹ Os principais argumentos para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas são retiradas da doutrina de Perez Luno: “*Em cualquier caso, entiendo que la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados es fruto de dos argumentos básicos. El primero, que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de partir de la coherencia interna del ordenamiento jurídico lo que constituye, al propio tiempo, una consecuencia del principio de la seguridad jurídica. Se ha indicado, con razón, que el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran. El segundo obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más aplicables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales*” (PEREZ LUÑO, 1995, p. 314).

³⁰ Os modernos estudos de administração de empresas também se voltam para a eticidade e responsabilidade social. Nesse sentido, ensina Maximiano que o agir dos administradores não pode se limitar a buscar a satisfação dos interesses individuais dos acionistas. Numa ampliação da moralidade e ética empresarial, os empreendimentos coletivos devem igualmente pautar suas condutas nos melhores interesses da sociedade em que estão inseridos (MAXIMIANO, 2004).

seu conceito e significados relativizados, a empresa também não pode mais ser considerada como mero direito individual. Sob esse contexto, há o fortalecimento da concepção da empresa comunitariamente responsável, em que a responsabilidade social do empreendimento é ordinariamente associada à comunicação das relações produtivas com as obrigações estatais.

A compreensão da função social da empresa obriga que, sem precisar se esquecer do lucro, receba tutela jurídica na medida em que atuar em favor de seus empregados, valorizando o trabalho humano. Em especial, na tarefa de concreção dos valores constitucionais do trabalho previstos no artigo 7º, execução da política de geração de pleno emprego (artigo 170, VIII), valor social do trabalho (artigo 1º, IV) e, essencialmente, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Como terceiro elemento, parcialmente resultado dos dois primeiros, tem-se percepção de impossibilidade de se conceber a relação de emprego como tendo função puramente econômica interpretada. Em especial nos estudos de ciência política faz-se clara a necessária imbricação que têm as relações de trabalho subordinado com os traços mais gerais do Estado, da economia e da sociedade.

Bem identificou o sociólogo grego Poulantzas (2000, p. 24-25) que se as relações de produção traçam o campo do Estado, este desempenha, contudo, um papel autônomo na formação dessas interações. Contra o economicismo tradicional e tecnicismo, é o primado das relações de produção sobre as forças produtivas que dá à sua articulação a forma de processo de produção e reprodução. Daí decorre a presença das relações políticas (e ideológicas) no seio das relações de produção e essas desempenham papel essencial em sua reprodução: o processo de produção é ao mesmo tempo processo de reprodução das relações de dominação política e ideológica.

Mesmo no ambiente do Estado Social, é o trabalho humano o elemento que, na maior parte das vezes, produz a condição de cidadania. Como acentua Castel (2005, p. 429), é na disciplina do trabalho, na disciplina para o trabalho e no acesso ao trabalho que se produzem as “novas formas de consumo dos operários”, que se expressam não apenas no consumo propriamente dito daquilo que produzem, mas em todo o tipo de subvenções sociais (propriedade social e serviços públicos). Enfim, toda a homogeneização das condições de trabalho é acompanhada de uma homogeneização dos meios e dos modos de vida (CASTEL, 2005, p. 431).

A importância que tem o trabalho subordinado na ossatura institucional do sistema econômico faz extrapolar os efeitos não apenas da correta execução das obrigações, mas também – se não principalmente – de toda sorte de inexecução contratual produtora de prejuízos imediatos ao trabalhador³¹.

³¹ “Assim, se há uma relação de trabalho, pela qual o trabalho alheio é utilizado para o desenvolvimento de um projeto de acumulação de capital, sem o efetivo respeito aos direitos sociais (que servem,

Em outras palavras, da mesma forma que a pontual realização do trabalho contratado fortalece e azeita o sistema, a delinquência patronal, ainda que direcionada aparentemente a um único trabalhador, produz prejuízos a toda a coletividade.

As estruturas do próprio Estado, enquanto elemento da sociedade em sentido amplo, são igualmente afetadas com a delinquência patronal, pois a agressão na relação de emprego produz efeitos prejudiciais às conformações econômicas que sustentam todo o modelo de organização estatal.

Mantendo-se o foco nos macrossignificados da relação de emprego, mas afastando-se um pouco do campo da ciência política em sentido estrito, há maior clareza de vinculação à sociedade na delinquência patronal quando a agressão envolve direitos fundamentais. Nessas situações, os prejuízos são direcionados à sociedade em sentido amplo, primeiramente porque os direitos fundamentais não são pertencentes apenas ao trabalhador, ou grupo de trabalhadores diretamente lesados. Nesse sentido esclarece Alexy que por referirem-se os direitos fundamentais à estrutura básica da sociedade (ALEXY, 2003, p. 35), cada ponderação abarca decisões sobre a própria estrutura fundamental do estado e da própria sociedade (ALEXY, 2010, p. 176).

Os castigos vexatórios impostos ao vendedor que não cumpriu sua difícil meta de vendas do mês, além de destruir a autoestima do empregado, informa a todos os colegas sobre sua descartabilidade e os obriga, sob o signo do medo da humilhação, a atingir sua cota a qualquer preço.

A prática rotineira de revistas íntimas da empregada não apenas destrói com a intimidade da operária, como mutila a sanidade da família e do grupo social próximo em que esse ser humano está inserido.

A deliberada falta de cuidado do empregador com a segurança laboral não se resolve com o pagamento individual do adicional ou indenização de acidente aos poucos empregados que reclamam, pois sociedade e o Estado são dramaticamente afetados com a perspectiva de pagamentos de benefícios previdenciários de invalidez provisória e aposentadorias precoces.

É fácil perceber que a cada violação de direito fundamental de trabalhador, toda a sociedade, e em especial o grupo que trabalha, são afetados e lesionados. É essa ampliação do universo de atingidos por expressivos descumprimentos de obrigações de conduta no campo da relação de emprego que obriga à consequente dilatação da ideia de dano. Se a pretensão é de levar realmente a sério o paradigma da restituição integral dos danos, a compreensão de um dano dito “social” precisa estar amarrada à uma conduta estatal de repressão adequada.

muitos deles, para preservação da saúde e para o convívio social e familiar), quebra-se o vínculo básico de uma sociedade sob a égide do Estado de Direito Social.” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 157-193).

6 EMERGÊNCIA DO DANO SOCIAL

Os estudos de “dano social” no direito do trabalho oferecem adequado foco para a questão. Não apenas porque devidamente conseguem enxergar a real extensão dos prejuízos, mas pelo oferecimento de soluções que ultrapassam o pontual e insuficiente ressarcimento individual.

O dano social costuma ser formado pelo somatório de danos individuais que atingem resultados macrossignificativos às realidades dos indivíduos lesionados. Conforme já identificado, a relação de emprego é relação jurídica complexa e que, portanto sua atuação patológica projeta efeitos muito além dos sujeitos que dela participam. Os prejuízos são projetados para outros trabalhadores, outros empregadores e para a sociedade em geral.

Nos estudos de Souto Maior identifica-se que as agressões ao direito do trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, de modo que o empregador muitas vezes se vale dessa prática para obter vantagem na concorrência com outros empregadores. Isto implica dano a outros empresários não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma delincente. O resultado verificado é a precarização completa das relações sociais, na forma de um *dumping social* (SOUTO MAIOR, 2008, p. 1324).

O microsistema trabalhista apenas aparentemente oferece instrumento punitivo através da fixação de condenações não ressarcitórias individuais. As multas previstas na CLT são quase irrisórias e a fiscalização promovida pelas Delegacias Regionais do Trabalho normalmente se mostram insuficientes, principalmente, em razão da falta de vontade política refletida na deficiência de recursos destinados. Os empregadores delinquentes, bem conhecedores dessas realidades, aproveitam-se e, em não poucas situações, permanecem mantendo a política de descumprimento de obrigações patronais, independentemente de condenações individuais.

Na notória falta de efetividade dos instrumentos institucionalizados pela dogmática, há atuação da jurisprudência. A necessidade de oferecer resposta adequada ao *dumping social* foi devidamente avaliada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por ocasião de julgamento do Recurso Ordinário nº 00866-2009-063-03-00-3. Verificou a 4ª Turma que prática empresarial de precarizar diversos direitos trabalhistas criou situação de concorrência desleal dentro de certa comunidade³². Eis a ementa do julgado:

³² A decisão tem origem em sentença de conhecimento do juiz do trabalho Alexandre Chibante Martins, do Posto Avançado de Iturama, ligado à Vara do Trabalho da pequena Ituiutaba, no Triângulo Mineiro. A reparação não foi requerida pelo autor, mas aplicada de ofício pelo magistrado, o qual identificou a ocorrência de *dumping social* e fundamentou a decisão em enunciado da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pelo TST e Anamatra. Esclareceu-se no processo a prática corriqueira de jornada extraordinária, fazendo com que os funcionários permanecessem trabalhando por mais de 10 horas diárias. Apenas há notícia que a 4ª Turma do TRT/III confirmou decisões análogas proferidas pelo juiz.

REPARAÇÃO EM PECÚNIA – CARÁTER PEDAGÓGICO – *DUMPING SOCIAL* – CARACTERIZAÇÃO – Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização de mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificáveis do denominado *dumping social*, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. 'As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social' (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. 'Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem deriva da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza (LAFER, Celso – 'Dumping Social' *in* Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir – ainda que pedagogicamente – a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir – evitando práticas nefastas futuras – o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2009).

Em seu voto de relatoria, registrou o Desembargador Júlio Bernardo do Carmo que

[...] restará caracterizado o *dumping social* quando a empresa, por meio da burla na legislação trabalhista, acaba por obter vantagens indevidas, através da redução do custo da produção, o que acarreta um maior lucro nas vendas. Logo, representa uma prática prejudicial e condenável, haja vista uma conduta desleal de comércio e de preço predatório, em prejuízo da dignidade da pessoa humana.

Após verificar a reincidência da empresa, atestada em diversos outros processos, e concluir pelos extremos riscos sociais na delinquência, concluiu como correta a fixação de sanção pecuniária, em prol do reclamante, a ser paga pelo reclamado.

A decisão do TRT de Minas Gerais é, em parte, reflexo de enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, *verbis*:

Enunciado nº 4. DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no artigo 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como aliás, já previam os arts. 652, 'd' e 832, § 1º, da CLT.

O enunciado, produzido com objetivo de servir de referência para futuros julgamentos de demandas trabalhistas, identifica a repercussão social produzida em descumprimentos da legislação trabalhista. A consequência verificada é de que seja fixada condenação complementar a cargo do empregador³³.

A prática de *dumping social* é normalmente identificada pela ciência da Economia quando empresários encerram suas atividades em locais onde os salários são muito elevados. Deslocam então a atividade produtiva para outras regiões de mão de obra barata, normalmente porque lá os referenciais normativos são precarizados. A prática é contrária à ideia do *fair trade*, pelo qual o mercado internacional deve evitar consumir produtos que não efetivam direitos trabalhistas mínimos³⁴.

Mas também em situações de competição empresarial dentro do mercado interno pode haver clara identificação de *dumping social*. Como na situação identifica no julgado de Minas Gerais, há semelhante prática desleal de comércio e formação de preço predatório com o descumprimento da legislação trabalhista e conseqüente promoção da indignidade dos trabalhadores. A diminuição do preço do produto do empresário delincente é alcançada pela "economia" da subtração de direitos dos trabalhadores. Bem identificou a decisão que a simples restituição pecuniária ao trabalhador lesado jamais terá o poder de oferecer a resposta estatal adequada à prática.

³³ "Em situações especiais é preciso aplicar, também, a teoria do valor do desestímulo, utilizada como referência pelo sistema americano, conhecido como *punitive damages* ou *exemplary damage* no sentido de a sua imposição importar de exemplo para a não reincidência pelo causador do dano, senão também para prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2007).

³⁴ A indústria calçadista brasileira sente fortemente a concorrência desleal da China, país que faz uso do *dumping social* na forma de profunda precarização trabalhista e previdenciária. Como resultado, desde o final do século XX, diversos estabelecimentos originalmente estabelecidos na região do Vale do Rio dos Sinos, no Rio Grande do Sul, transferiram suas unidades fabris para Dongguan, no sul chinês. Atualmente, o Vietnã aponta como outro grande produtor de sapatos e não será surpresa uma nova migração de indústrias para o sudeste asiático ou qualquer outro lugar que permita a redução dos custos através da subtração de direitos sociais.

A questão da reincidência também é importante para a identificação do dano social/*dumping social*. No mesmo trabalho já citado, Souto Maior advoga que é a repetição constante da prática predatória empresarial o critério objetivo para apuração da repercussão social das agressões ao Direito do Trabalho. A noção de reincidência, segundo o autor, é trazida expressamente no artigo 59 do CDC, no Direito Penal constitui circunstância agravante da pena (artigo 6º, I, CPC) e impede a concessão de fiança (artigo 323, III, CPP). Outro critério que levanta é o caráter deliberado do transgressor em desrespeitar a ordem jurídica, pois o ato voluntário é inescusável (SOUTO MAIOR, 2008, p. 1325).

Vê-se que lesões produzidas no âmbito das relações de emprego, e em especial quando direcionadas a direitos fundamentais dos trabalhadores, não são circunscritas na singeleza do prejuízo meramente individual. O provimento jurisdicional que se segue à agressão não é apenas pretendido pelo indivíduo circunstancialmente lesionado, pois não se trata do único prejudicado. A pretensão de resposta estatal passa a ser de toda a comunidade lateralmente prejudicada³⁵.

E sendo o ataque sentido nas conformações mais básicas da estrutura social, pertencendo ao conjunto da sociedade a titularidade do interesse da resposta jurisdicional, o provimento não pode mais se limitar à reparação pontual dos danos individuais. Com a certeza da extensão dos efeitos da delinquência patronal, a tecnologia de resposta jurisdicional a ser formada precisa ser, então, proporcionalmente aperfeiçoada.

O instrumento na dogmática para aperfeiçoamento desse provimento pode ser buscado no Código Civil. A compreensão da ocorrência do dano social pode servir para outorgar uma nova interpretação ao parágrafo único do artigo 404 do CCB³⁶. A percepção da insuficiência da condenação de restituição permite que o juiz possa fixar “indenização suplementar”. Vê-se a abertura de atuação jurisdicional no estabelecimento de acréscimo condenatório necessária para a mais adequada atuação do direito positivo. Esse acréscimo condenatório não necessariamente precisa ser dirigido para o indivíduo ofendido; percebendo o decisor a extensão dos afetados, poder crescer condenação na forma de indenização de dano social.

Transportando-se o até aqui estudado, o estabelecimento de condenações punitivas deve ser manejado em situações de larga reprovação social na conduta do sujeito lesionante, e como forma de impedir a repetição das

³⁵ “Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que as investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a reparação do equilíbrio rompido” (BITTAR, 1993, p. 16).

³⁶ Código Civil Brasileiro, artigo 404, Parágrafo Único. “Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”

posturas delinquentes. Os prejuízos são espalhados, diluídos em torno de uma coletividade de difícil ou impossível individualização e, portanto, demandam que resposta jurisdicional contemple, da forma mais completa possível, o universo de ofendidos.

A regra do artigo 404, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, animada pela compreensão da realidade nacional de situações de danos sociais, são elementos que podem servir para a solda no instituto de *punitive damages*. Os critérios fixados no direito estadunidense servem não apenas para embasar a prática jurisdicional, mas principalmente para limitar possíveis excessos.

O requisito de grau de repreensão da conduta mostra que as hipóteses de necessidade de fixação de condenação suplementar são bastante limitadas. Cumpre ao intérprete identificar as situações em que a delinquência patronal é de extrema reprovação e representa grandes danos à coletividade. Aqui, o conceito de “coletividade afetada” pode ser encarado como o grupo de trabalhadores de determinada localidade, grupos humanos minoritários (de opção sexual, religiosa, étnica etc) ou mesmo agrupamentos de muito maior extensão, até o alcance toda a coletividade nacional.

O elemento que sublinha a importância pedagógica é igualmente importante e que pode ser transportado para a responsabilidade civil trabalhista. Sublinha a importância de averiguar a possibilidade da condenação ressarcitória individual já não ser suficiente para o desestímulo na repetição da reprovada conduta empresarial. Apenas na percepção de insuficiência, deve o aplicador cogitar de somar verba de condenação punitiva. O objetivo, repisa-se, é de utilizar o peso da perda econômica para desencorajar a reincidência.

Deve o intérprete verificar se os objetivos das condenações punitivas já não foram alcançados com outros tipos de medidas. Não se trata aqui de apenas observar a condenação ressarcitória individual, mas diferentes penalizações que já foram enfrentadas em outros processos judiciais ou administrativos. No ambiente do direito do trabalho, são importantes os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho, multas administrativas fixadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho, condenações em ações coletivas ou acordos expressos com sindicatos.

Em diversas situações, a análise de reincidência do empregador delinquente pode também fornecer importante balizador para a fixação de condenação suplementar. Embora não se trate de critério que deva sempre estar presente, em diversas situações a reincidência pode ter significação de alargamento de prejuízos e malícia reiterada do empregador.

Por fim, outros fatores relacionados no direito estadunidense podem, com temperança, ser observados na fixação de condenação punitiva.

Dolo, violência, ameaça de danos físicos e sofrimento psicológico são elementos que podem estar presentes em agressões a funcionários, especialmente em relações de emprego marcadas pela hipersubordinação. A reprovação da conduta na forma de condenação punitiva mostra-se

importante em sociedades que ainda possuem vivas tristes expressões de um passado de trabalho servil e escravo. Também em grandes e poderosas empresas que se utilizam ordinariamente da prática do assédio moral como elemento motivador da produção, a fixação de *punitive damages* pode ser o mais importante desestímulo.

A desconsideração pela saúde e segurança são bastante comuns em demandas sobre acidentes do trabalho ou doenças equiparadas. Em diversas situações, percebe-se que é economicamente mais vantajoso a alguns empreendimentos o pagamento de adicionais ou reparações por prejuízos de saúde que efetivamente investir na subtração das condições prejudiciais. A fixação de condenação suplementar acaba sendo a única forma de forçar a atuação empresarial no esforço de formação de um meio ambiente saudável.

A relação de emprego tem como um de seus principais elementos a situação de subordinação econômica do empregado ao empreendimento. O elemento agravante do ato ser dirigido à vítima financeiramente vulnerável é, portanto, adequado a maior parte dos contratos de emprego.

De igual forma, circunstâncias minorantes para a responsabilidade da empresa delincente também podem ser sopesadas na análise do caso concreto, como participação de funcionários com baixo poder de decisão na formação das lesões, reconhecimento da ilicitude por parte do lesionante e sincera tentativa do causador em diminuir os prejuízos individuais.

Percebendo-se o campo de afetados por condutas empresariais, a importância da correta repressão, e a possibilidade de utilização de critérios científicos para identificação das hipóteses de atuação, pode-se, nesse momento, retomar as considerações sobre a vedação de enriquecimento injustificado e sua aparente incompatibilidade com condenações punitivas.

A legislação consumeirista brasileira bem compreende a universalidade dos afetados por condutas empresariais. O disposto no artigo 100 do CDC faz clara que a razão para o pagamento da condenação em que se verifica lesão a interesses individuais homogêneos tem por origem os danos causados, e não os prejuízos sofridos. No âmbito das demandas coletivas, o fundo previsto no artigo 13 da lei da Ação Civil Pública foi instituído pela Lei nº 9.008/95. O “Fundo de Defesa dos Direitos Difusos” tem o objetivo de promover a reparação dos bens lesados e não sendo mais possível, os valores devem ser destinados a uma finalidade compatível.

A socialização dos atingidos e beneficiados pelas indenizações assemelha-se ao *fluid recovery* do direito estadunidense, em que o resultado da indenização não necessariamente dirige-se para a reparação do dano, mas para objetivos relacionados ou conexos. A mesma lógica de danos de consumo, ou ambientais diluídos dentro da comunidade pode ser transportada para o universo das relações de trabalho.

Imaginam-se dois exemplos.

Primeiro, empresa que, ao longo de muito tempo, promoveu políticas internas de vedação de ascensão de mulheres a cargos gerenciais e que, apenas anos depois, quando já prescritas diversas pretensões indenizatórias individuais, houve esclarecimento público da prática. A fixação de indenização ressarcitória de um punhado de demandas individuais jamais terá o efeito de corretamente oferecer a resposta que a coletividade espera. As lesionadas são, não apenas as mulheres que não obtiveram promoções, mas a universalidade do gênero humano feminino, vítima do preconceito de sexo.

Numa segunda hipótese, estabelecimento empresarial delinquente suprime diversas verbas trabalhistas de seus empregados, tendo por efeito a diminuição dos preços de seus produtos. Como efeito colateral, empresas concorrentes perdem mercado, retraem suas atividades e vem-se obrigadas a despedir, ou também precarizar direitos de seus funcionários.

Em ambas as situações, há inegável dilatação dos afetados nas condutas de delinquência empresarial, mas a fixação de condenação suplementar às perdas efetivas ao sujeito da ação indenizatória individual pode significar injustificado enriquecimento. O produto parcial da condenação judicial não pode ser outro senão o encaminhamento do montante fixado a fundo ou programa social que vise impedir que prática como essa se repita.

Segundo estudo de Lima (2004, p. 104), por ser o FAT (Fundo de Amparo do Trabalhador) o instrumento institucional congregador de políticas públicas afetadas por descumprimentos de obrigações laborais – em especial políticas de fomento e valorização do emprego – pode ser o titular de parcela condenatória postulada mesmo em demandas individuais. Defende que em torno do FAT montou-se um arranjo institucional que procura, dentre outros objetivos, garantir a execução de políticas públicas de emprego e renda, o que deve ser incentivado e sustentado não só com os recursos que já possuem destinação expressa em lei, mas também, com outras verbas, ainda que esporádicas, que lhe venham a ser destinadas pelas mais diversas fontes (LIMA, 2004, p. 106).

A circunstância do FAT não participar do processo de conhecimento não é circunstância impeditiva. Primeiro, porque cumpre ao juiz distribuir o direito da forma e para quem de direito, de modo que aparentes limitações de formalidades processuais não podem impedir a efetividade da atuação da jurisdição; ao contrário, a partição de responsabilidades jurisdicionais entre diferentes órgãos traz consequências de quebra coerência e de harmonização na atuação estatal. Segundo, em vista de que o estabelecimento de condenações em demandas individuais em benefício de entidades que não participaram do processo individual é ordinário no cotidiano trabalhista, como se vêm em fixação de obrigações previdenciárias, fiscais, de recolhimento de FGTS e outras contribuições.

Também não se identifica a necessidade de que haja pedido expresso para que a verba condenatória seja dirigida ao FAT. Cumpre ao Judiciário

a correta aplicação do direito, da forma mais eficaz para as partes e, principalmente, para a sociedade. Independentemente de requerimento, cumpre ao juízo trabalhista a fixação de diversas verbas, como já exaustivamente fixado pela jurisprudência e que encontra exemplos mais evidentes também em contribuições fiscais e previdenciárias.

A fórmula de alcance ao FAT de parte do montante condenatório que exorbita o ressarcimento do indivíduo lesado é adequada, pois soma todos os motivos que nos parecem relevantes para a fixação de *punitive damages* no universo de atuação do direito do trabalho: a) promove a repreensão de condutas universais e profundamente reprovadas e que representam danos potenciais à coletividade; b) observa função pedagógica, atuando para desestimular futuras condutas; c) permite que, em sua fixação, possam ser sopesadas outras condenações já sofridas pelo delinquente pelo mesmo fato; d) impede o enriquecimento desmesurado do indivíduo que sofreu os danos imediatamente verificados e permite aporte de recursos que auxiliam na promoção de políticas públicas engajadas na prevenção de lesões semelhantes.

7 CONCLUSÕES

A análise do direito comparado pôde demonstrar que a aplicação de *punitive damages* em seu sistema jurídico original tem objetivos e efeitos bastante diferentes dos ordinariamente afirmados. Percebeu-se que tem atuação em situações em que urge oferecer resposta a condutas de extrema reprovação. Sua grande utilidade está não na punição do causador do dano, mas para que sirva à prevenção, por meio de advertência exemplar, a ocorrência de futuros casos semelhantes. A utilidade que tem essa fórmula não pode ser descartada sob alegações de absolutas incompatibilidades, principalmente quando se propõe o intérprete a manejá-la em associação com a realidade do sistema nacional e, principalmente, com as peculiaridades que a situação em análise exigir.

Tivemos a oportunidade de analisar, em amplas linhas, os macrossignificados que tem a relação de emprego e que os descumprimentos sistemáticos da normatividade trabalhista não podem ser vistos com a singeleza monocientífica dos efeitos do inadimplemento contratual. O direito do trabalho trata de questões que apenas aparentemente têm origem e se resolvem na individualidade da relação de emprego. Em diversas situações, identificam-se condutas de extrema reprovação coletiva e em que apenas a reparação dos prejuízos individuais jamais terá o poder de atuar como desestímulo para o causador.

A figura do dano social/*dumping social* oferece compreensão adequada da dimensão das delinquências empresariais que têm o efeito dramático de canibalização dos direitos trabalhistas, numa trajetória tendencial de universalização da precarização. A repressão dessas condutas não é apenas possível como urgentemente esperada pela sociedade. Os instrumentos para tanto estão presentes não apenas no direito comparado, mas essencialmente

no referencial normativo constitucional que privilegia o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A perspectiva de manejo de condenações punitivas – que em nossa visão devem ser dirigidas ao FAT, ainda que oriundas de demandas individuais – faz parte da opção de comprometimento do Judiciário Trabalhista na efetivação de um projeto de sociedade. Trata, enfim, da oportunidade de afirmação da seriedade de um instrumento de Estado que pode ultrapassar a condição de “justiça do desemprego” para uma atuação verdadeiramente ativa e voltada para a efetividade futura.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2003.

_____. *Direito, Razão, Discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.036*, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.008*, de 21 de março de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9008.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 355392/RJ*. Recurso Especial 2001/0137595-0. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para o acórdão: Min. Castro Filho. Brasília, 6 de março de 2002. Publicado no DJ: 17.06.2002, p. 258.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Processo 00866-2009-063-03-00-3 RO*. Quarta Turma. Relator: Des. Júlio Bernardo do Carmo. Publicado no DEJT em: 31.08.2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Acórdão 01069.2006.301.04.003 (RO)*. Quarta Turma. Relator: Desembargador Ricardo Tavares Gehling. Porto Alegre, 21 de maio de 2009. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcp_i.baixar?c=31216391&f=rtf>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR 80/2006-041-23-40.1*. Terceira Turma. Relator: Juiz Convocado Ricardo Alencar Machado. Brasília, 13 de junho de 2007. Publicado no DJ em: 03.08.2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR 301/2006-022-15-40.7*. Terceira Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 10 de junho de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR-30140-02.2006.5.15.0022&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAsB9AAC&dataPublicacao=31/07/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-1.851/2002-002-17-00.0*. Segunda Turma. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 2 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-185100-58.2002.5.17.0002&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAAt+nAAM&dataPublicacao=18/09/2009&localPublicacao=DEJT&qu>>>.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: RT, 1998.

CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social: uma crônica do salário*. 5. ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

COHEN, Jean et al. *Pesquisas de Retórica*. Petrópolis: Vozes, 1975.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. V. 7, São Paulo: Saraiva, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coordenador). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151-198.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 1998.

LAYCOCK, Douglas. *Modern American Remedies*. Aspen: Aspen Law & Business, 2002.

LEVY, Barry R. *Bad Enough to Punish: the application of the reprehensibility guidepost in punitive damages cases after BMW v. Gore*. Federation of Insurance & Corporate Counsel Quarterly, Fall 1998. Disponível em http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3811/is_19810ai_n8812153/. Acesso em: dez. 2009.

LIMA, João Carlos. O Caráter Punitivo da Indenização por Danos Pessoais e a Reversibilidade da Cominação para o FAT. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, nº 114, abr./jun. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La Nueva Teoria Contratual: obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: (“punitive damages” e o direito brasileiro). *Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 32, nº 100, p. 229-262, dez. 2005.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria Geral da Administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. São Paulo: Graal (Paz e Terra), 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. O Enunciado nº 331 do TST: terceirização e a delinquência patronal. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, nº 58, p. 110-122, abr. 1994.

_____. Delinquência Patronal, Repressão e Reparação. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, v. 7, nº 28, p. 129-48, out./dez. 2008.

SHAVELL, Steven. On the Proper Magnitude of Punitive Damages: *Mathias x Accor Economy Lodging, Inc*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, nº 5, p. 1223-1227, mar. 2007. Disponível em: <<http://harvardlawreview.org/2007/03/on-the-proper-magnitude-of-punitive-damages-mathias-v-accor-economy-lodging-inc/>>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, nº 78, jul./dez. 2008.

_____. O Dano Social e sua Reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, nº 11, p. 1317-1323, nov. 2007.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 60, nº 09, p. 1169-1179, set. 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

The New York Times (jornal diário), edição de 26.03.2008.

VISCUSI, W. Kip. *The blockbuster punitive damages awards*. Trabalho apresentado inicialmente como *Discussion Paper nº 473, 04/2004*. *Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Boston: Harvard, 2004. Também apresentado na Emory Law School Thrower Symposium, February 19, 2004. Emory: Emory Law Journal, 2004.

ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

JOSÉ CARLOS DAL RI*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Assédio moral; 2.1 Conceito; 2.2 Espécies de assédio moral; 2.3 Características do assédio moral; 2.4 Sujeitos do assédio moral; 2.5 Condutas do agente assediador; 2.6 Assédio moral. Violação de um dever jurídico; 3 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema assédio moral tem grande relevância nas relações de trabalho e merece maior estudo, em especial pelas consequências danosas que causa na vida dos trabalhadores. No cotidiano da Justiça do Trabalho seguidamente enfrentamos lides que objetivam a reparação civil pelos danos sofridos, de regra, pelos trabalhadores, que são submetidos a condutas que caracterizam assédio moral.

Necessário, portanto, compreender melhor os mais variados aspectos do assédio moral, desde sua conceituação, espécies, características, condutas que o caracterizam, sujeitos ativos e passivos do assédio moral e, por fim, as consequências jurídicas decorrentes da prática do ato danoso. O estudo objetiva trazer elementos que identifiquem a prática do assédio moral nas relações de trabalho, de forma a tornar possível coibir a prática ou reparar o dano quando já praticados o ato caracterizador do assédio moral.

A matéria é frequentemente objeto de debates no Grupo de Estudo de Responsabilidade Civil da Escola Judicial do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, seja nos seus aspectos teóricos, seja em razão de decisões judiciais, o que ensejou o presente estudo, que aborda alguns aspectos sobre o tema, como já referido, sem a pretensão de esgotar a matéria.

2 ASSÉDIO MORAL

2.1 Conceito

O assédio moral é um problema bastante grave, em especial nas relações de trabalho, diante dos malefícios que causa na vida do trabalhador, mais ainda em razão do prolongamento e repetição no tempo. O fenômeno não é

* Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Alegrete – RS, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISINOS e Pós-Graduado em Direitos Fundamentais e Relações de Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS/Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

novo, mas na atualidade, em razão da grande competição entre empresas, com exploração e opressão cada vez maior do trabalhador, a partir dos expedientes de ameaça e do medo, passou a merecer maior relevância e estudos (FERREIRA, 2004, p. 37).

Tanto isso é verdade que o próprio Ministério do Trabalho e Emprego lançou uma Cartilha, elaborada pela Subcomissão de Gênero, com participação da Comissão de Ética, na qual é tratado o Assédio Moral e Sexual no Trabalho, de forma simples e didática, com o objetivo de alertar o trabalhador sobre situações que caracterizem assédio moral e também sexual (ASSÉDIO..., 2009, p. 11).

O assédio moral, segundo definição de Marie-France Hirigoyen (2002, p. 17), psicóloga francesa e uma das pioneiras no estudo da matéria, é

[...] qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Na Cartilha do Ministério do Trabalho e Emprego, o assédio moral, juntamente com o assédio sexual, é definido nos seguintes termos:

O assédio moral e sexual no trabalho caracteriza-se pela exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e relativas ao exercício de suas funções.

Tais práticas evidenciam-se em relações hierárquicas autoritárias, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados, entre colegas e, excepcionalmente, na modalidade ascendente (subordinado x chefe), desestabilizando a relação da vítima.

[...].

São atos cruéis e desumanos que caracterizam uma atitude violenta e sem ética nas relações de trabalho, praticada por um ou mais chefes contra seus subordinados. Trata-se da exposição de trabalhadoras e trabalhadores a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes durante o exercício de sua função. É o que chamamos de violência moral. Esses atos visam humilhar, desqualificar e desestabilizar emocionalmente a relação da vítima com a organização e o ambiente de trabalho, o que põe em risco a saúde, a própria vida da vítima e seu emprego (ASSÉDIO..., 2009, p. 11-13).

Os conceitos revelam que o assédio moral abrange um espectro bastante amplo de situações que podem ocorrer no ambiente de trabalho e causar danos ao trabalhador. Na verdade, as situações de assédio moral podem se revelar de várias formas, periodicidade, intensidade, agentes, mas sempre expondo o trabalhador a situações humilhantes, degradantes, vexatórias ou

que exijam esforço superior as suas forças, traduzindo um ilícito caracterizador o dano moral, passível de indenização.

O assédio moral revela-se pela conduta praticada com abuso de poder que afronta ou provoca danos à personalidade, à dignidade e à integridade física e psíquica do trabalhador.

Segundo Mauro Schiavi (2008, p. 110), o assédio moral se configura em pressão psicológica contínua (habitual) exercida pelo empregador a fim de forçar o empregado a sair da empresa, ou a minar sua autoestima. Se expressa por meio de procedimentos concretos, como o rigor excessivo, confiar ao empregado tarefas inúteis ou degradantes, desqualificação, críticas em público, isolamento, inatividade forçada, dentre outras.

Portanto, vários são os fatores e definições que podem ser lançados para conceituação do assédio moral, mas todos tem como pressuposto “uma deformação nas relações de trabalho provocada por atos de degradação deliberada, tortura psicológica, conduta abusiva vinculada às questões de poder nas organizações. Todos esses atos afiguram-se como diferentes formas subjetivas de sofrimento no trabalho, resultantes de procedimentos antiéticos” (GRZYBOVSKI; MOZZATO; PEREIRA, 2010, p. 76)

Os objetivos do assédio moral podem ser os mais variados, desde afastar o empregado do trabalho, exigir-lhe entrega da força do trabalho além da legalidade ou simplesmente submetê-lo a humilhações e a situações vexatórias por mero prazer ou demonstração de poder.

A consequência do assédio moral é a contaminação do ambiente de trabalho, de forma a tornar insustentável a relação de trabalho, com violação de direitos de personalidade do empregado submetidos a tais situações.

2.2 Espécies de assédio moral

Segundo estudos realizados por Luiz Leandro Gomes Ramos e Rodrigo Wasen Gália, na obra Assédio Moral no Trabalho (RAMOS; GALIA, 2012, p. 43-45), o assédio moral pode ter várias formas de desenvolvimento, variando conforme a localidade, sendo possível até identificar diversas delas num mesmo caso.

O fenômeno foi identificado por volta do ano de 1980, sendo denominado, inicialmente, de *mobbing* (etimologicamente a palavra tem origem no verbo inglês *to mob*, que indica ações de assaltar, agredir em massa, assediar, e do substantivo derivado *mob*, que significa multidão em tumulto, quantidades de pessoas desordenadas). Ou seja, a expressão *mobbing* associa-se à forma de violência coletiva, ligada à organização do trabalho (RAMOS; GALIA, 2012, p. 43).

Na Inglaterra, por exemplo, o fenômeno recebe a denominação de *bullyng*, do verbo *to bully*, significando tratar com grosseria, desumanidade, tirania, abrangendo o fenômeno não apenas a organização do trabalho, como também a vida familiar, escolar, corporações do exército, etc. (RAMOS; GALIA, 2012, p. 44).

Na verdade, as duas situações consistem em visões diferentes sobre o mesmo fenômeno.

A primeira, *mobbing*, consiste no assédio moral instalado em uma relação simétrica, isto é, entre os próprios colegas de trabalho, que não estejam necessariamente numa relação de hierarquia. A espécie também é classificada como assédio horizontal. Como já dito ocorre entre colegas, em virtude da tendência dos grupos em nivelar os indivíduos, somada à dificuldade de aceitação das diferenças entre eles, seja por discriminação sexual (homem num grupo de mulheres e vice-versa, homossexuais, etc), discriminação racial, religiosa, social, entre tantas outras especiais de discriminação existentes na nossa sociedade (RAMOS; GALIA, 2012, p. 44).

Já a segunda situação, referente ao *bullying*, evidencia-se em relações assimétricas, nas quais existe uma hierarquia, estando presentes as figuras do superior hierárquico e do empregado encarregado. Os atos aqui são praticados verticalmente, dividindo-se em duas categorias: a) assédio vertical descendente, onde o subordinado é agredido pelo superior hierárquico – empregador ou preposto – sendo que geralmente ocorre nas relações de emprego, conforme farta jurisprudência sobre assédio moral na Justiça do Trabalho; b) assédio vertical ascendente, situação inversa, onde o superior hierárquico é agredido pelo subordinado ou por grupo de subordinados, por exemplo, quando um novo empregado é contratado para exercer algum cargo de chefia, cujo estilo e métodos sejam reprovados pelo grupo. Também pode ocorrer na hipótese de promoção de algum colega (RAMOS; GALIA, 2012, p. 45).

Por fim, pode-se citar, ainda, como espécies de assédio moral as seguintes:

A - *harassment*: Termo utilizado nos Estados Unidos para definir um processo de assédio moral consistentes em ataques repetitivos que visam, declaradamente, a atormentar e provocar a vítima (RAMOS; GALIA, 2012, p. 45).

B - *whistleblowing*: Forma específica de assédio moral, apontada por Marie-France Hirigoyen, direcionada para quem costuma expor os setores que não funcionam satisfatoriamente em uma empresa. Assim, aqueles que denunciam os problemas de funcionamento de um sistema sofrem, evidentemente, represálias da parte do próprio sistema, haja vista tratar-se de uma forma específica de assédio moral, destinada a silenciar quem não obedece às regras do jogo (RAMOS; GALIA, 2012, p. 45).

Por pertinente e bastante didático, a seguir será transcrito quadro dos tipos de assédio moral, sua caracterização, com uma síntese da ação e do perfil do agressor, elaborado por Denise Grzybovski, Anelise Rebelatto Mozzato e André da Silva Pereira (2010, p. 76), que está contido na obra Assédio Moral no Trabalho – Múltiplos Olhares.

Tipo	Caracterização	Ação	Perfil do(s) Agressor(es)
Vertical descendente (<i>mobbing</i> estratégico)	Ocorre na relação entre empregador ou preposto em cargos hierarquicamente superiores e subordinados – Relações assimétricas.	Abuso de poder direito	Grandes perversos; seres narcisistas, vazios, que se alimentam da energia do outro. Obsessivo-compulsivo. Baixa autoestima disfarçada de autoconfiança.
Vertical ascendente	Ocorre entre a pessoa que pertence a nível hierárquico superior e colegas que ocupam cargos inferiores. Relações assimétricas	Atitudes abusivas por deter o conhecimento técnico.	Perverso. Subordinados que pensam que podem ocupar o lugar do chefe. Baixa autoconfiança.
Horizontal	Colegas de trabalho, no mesmo nível hierárquico, promovem ações de perversão moral.	Exploração coletiva perversiva das diferenças individuais.	Pessoas egocêntricas. Perversos invejosos. Desejo de prejudicar o outro. Sentimento de inferioridade.
Horizontal por aderência	Colegas de trabalho são “solidários ao chefe perverso”.	Empregador e colegas isolam a vítima	Espírito corporativista da equipe de trabalho, com sentimentos perversos em relação a outrem. Perversão Coletiva.
Horizontal por aderência inversa	Praticada pelo empregados por omissão (uma forma de permissão) frente ao assédio horizontal ou vertical	Empregador, mesmo ciente, ignora as práticas perversas dos prepostos	Valorização de prepostos perversivos em função dos resultados obtidos nas atividades funcionais ou pela amizade estabelecida. Perverso. Falta de princípios éticos e humanos.

Como referido, o quadro aponta uma tipologia do assédio moral, apresentando o modo de agir do agressor e seu perfil psicológico, o que pode contribuir muito para identificar situações de risco nas relações de trabalho, os danos causados pela conduta ilícita e a responsabilidade a ser imputada ao empregador, seja por ação ou omissão do empregador.

2.3 Características do assédio moral

Algumas características do assédio moral nas relações de trabalho podem ser elencadas, geralmente relacionadas com políticas de gestão da empresa.

A primeira característica que o assédio moral apresenta é a tendência de igualar os indivíduos de um mesmo grupo, ou seja, é a recusa em aceitar alguém ou algum traço da sua personalidade (RAMOS; GALIA, 2012, p. 46).

A segunda é o estímulo à rivalidade entre os empregados, promovido pela própria empresa por meio de seus prepostos. O empregador fomenta disputas entre os funcionários mais jovens e os mais velhos, inexperientes e experientes, estudados e autodidatas, tornando esta rivalidade numa alavanca a qual as empresas se servem, bastante cinicamente, para se livrar de alguém incomodo, jogando uma pessoa contra outra, com o intuito de pressioná-la a pedir demissão, reduzindo os custos com rescisões (RAMOS; GALIA, 2012, p. 46-47).

A autora Maria Aparecida Alkimin (2005, p. 41) ressalta a necessidade de identificar os elementos caracterizadores do assédio moral no âmbito da relação de emprego, ou seja, a forma de violência psíquica praticada no local de trabalho, para diferenciá-lo de outros fenômenos que ocorrem no ambiente de trabalho. A autora elenca, basicamente, como elementos caracterizadores do assédio moral, os seguintes:

a) Sujeitos: sujeito ativo (assediador)-empregador ou qualquer superior hierárquico; colega de serviço ou subordinado em relação ao superior hierárquico; sujeito passivo (vítima/assediado)-empregado ou superior hierárquico, no caso de assédio praticado por subordinado;

b) Conduta, comportamento e atos atentatórios aos direitos de personalidade;

c) Reiteração e sistematização;

d) Consciência do agente. (2005, p. 121)

Os elementos caracterizadores do assédio moral serão tratados com maior profundidade nos próximos itens do presente trabalho, de forma a possibilitar, sem sombra de dúvida, a identificação da prática do assédio moral na relação de trabalho.

2.4 Sujeitos do assédio moral

a) Sujeito ativo

O principal agente causador do assédio moral, como forma de violência no local de trabalho, é o empregador. E o conceito de empregador, previsto no artigo 2º da CLT, abrange também os prepostos ou superiores hierárquicos contratados por aquele que é proprietário dos meios de produção.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 184), o preposto é aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por conta e sob a direção de outrem, podendo essa atividade materializar-se numa função duradoura (permanente) ou num ato isolado (transitório). O fato é que há uma relação de dependência entre o preponente e o preposto, de sorte que este último recebe ordens do primeiro, está sob seu poder de direção e vigilância.

Dessa forma, o sujeito ativo do assédio moral, em última análise e de regra, é sempre o empregador, na medida em que o superior hierárquico ou preposto, na realidade, exerce um poder por delegação. E os fatos caracterizadores de assédio moral, portanto, são imputáveis ao empregador, quando praticados por agentes por ele nomeados.

Como já referido, anteriormente, temos ainda a figura do assediador colega de trabalho ou grupo de colegas, que age contra determinado indivíduo. Também constitui sujeito ativo do assédio moral.

Por fim, a figura do empregado ou grupo de empregados que praticam assédio moral contra o superior hierárquico, o que efetivamente traduz hipótese rara, mas não impossível de acontecer, como nos casos de admissão de encarregado ou promoção de empregador para cargo de chefia.

São as situações típicas de assédio moral vertical (assimétrica) e horizontal (simétrica), podendo ocorrer, ainda, na primeira hipótese, inversão dos sujeitos.

b) Sujeito Passivo

O sujeito passivo do assédio moral, de regra, é o empregado. Mas no particular, geralmente é o empregado que apresenta algum traço característico ou situação particular que o diferencia dos demais e que acaba contribuindo para que figure como sujeito passivo da agressão moral.

A cartilha Assédio Moral e Sexual no Trabalho, do Ministério do Trabalho e emprego, aponta os alvos preferenciais dos assediadores na relação de emprego, na seguinte ordem:

- a) mulheres;
- b) homens;
- c) Raça/Etnia;
- d) Orientação Sexual;
- e) Doentes e acidentados.

2.5 Condutas do agente assediador

Estudos sobre o tema confirmam que a humilhação constitui um risco “invisível”, porém concreto, nas relações de trabalho e que compromete, sobretudo, a saúde das trabalhadoras. Analisar o assediador e entender suas atitudes são os primeiros passos para incrementar o combate ao assédio moral no ambiente de trabalho (ASSÉDIO..., 2009, p. 15).

A vítima escolhida é isolada do grupo, sem explicações. Passa a ser hostilizada, ridicularizada e desacreditada no seu local de trabalho. É comum os colegas romperem os laços afetivos com a vítima e reproduzirem as ações e os atos do(a) agressor(a) no ambiente de trabalho. O medo do desemprego, e a vergonha de virem a ser humilhados, associados ao estímulo constante da concorrência profissional, os tornam coniventes com a conduta do assediador (ASSÉDIO..., 2009, p. 15).

Alguns aspectos sobre a conduta e os alvos dos assediadores:

a) Violência moral contra a mulher

Geralmente, o ambiente de trabalho é o mais perverso para as mulheres, pois, além do controle e da fiscalização cerrada, são discriminadas. Essa prática é mais frequente com as afro-descendentes. Muitas vezes o assédio moral diferido contra elas é precedido de uma negativa ao assédio sexual. Em alguns casos, os constrangimentos começam na procura do emprego, a partir da apresentação estética (ASSÉDIO..., 2009, p. 16).

Posteriormente, outras ações podem ser elencadas, tais como:

- Ameaça, insulto, isolamento;
- Restrição ao uso sanitário;
- Restrições com grávidas, mulheres com filhos e casadas;

- São as primeiras a serem demitidas;
- Os cursos de aperfeiçoamento são preferencialmente para os homens;
- Revista vexatória e outras atitudes que caracterizam assédio moral (ASSÉDIO..., 2009, p. 16).

b) Violência contra o homem

O homem não está livre do assédio, particularmente se for homoafetivo ou possuir algum tipo de limitação física ou de saúde.

No que se refere à orientação sexual, não há instrumentos oficiais para esse tipo de verificação. E, aqui, o entrave é também cultural e está ligado ao que significa ser homem na sociedade brasileira. Em uma sociedade machista, os preconceitos com relação à orientação sexual são ainda mais graves (ASSÉDIO..., 2009, p. 16).

c) Violência moral contra doentes e acidentados

Os doentes e acidentados também são alvos frequentes de assédio moral, não obstante muitas vezes a própria doença ou acidente decorra das condições inadequadas de trabalho (acidente ou doença ocupacional). Exemplificativamente, algumas atitudes que ocorrem:

- Ter outra pessoa na função, quando retorna ao serviço;
- Ser colocado em local sem função alguma;
- Não fornecer ou retirar instrumentos de trabalho;
- Estimular a discriminação entre os sadios e os adoecidos;
- Dificultar a entrega de documentos necessários à concretização da perícia médica pelo INSS;
- Demitir após o transcurso da estabilidade legal (ASSÉDIO..., 2009, p. 18).

O agressor, geralmente, utiliza uma estratégia para alcançar seu objeto junto à vítima, praticando atos que objetivam o desestabilizar emocionalmente e profissionalmente. Algumas práticas adotadas pelo agressor:

- Escolher a vítima e o(a) isolar do grupo;
- Impedir que a vítima se expresse e não explicar o porquê;
- Fragilizar, ridicularizar, inferiorizar, menosprezar em seu local de trabalho;
- Culpar/responsabilizar publicamente, levando os comentários sobre a incapacidade da vítima, muitas vezes, até o espaço familiar;
- Destruir emocionalmente a vítima por meio da vigilância acentuada e constante. Ele(a) se isola da família e dos amigos, passa a usar drogas, principalmente o álcool, com frequência, desencadeando ou agravando doenças preexistentes;
- Impor à equipe sua autoridade para aumentar a produtividade (ASSÉDIO..., 2009, p. 18).

Por fim, alguns exemplos de como identificar a prática do assédio moral:

- Ameaçar constantemente, amedrontando quanto à perda do emprego;
- Subir na mesa e chamar a todos de incompetentes;
- Repetir a mesma ordem para realizar tarefas simples, centenas de vezes, até desestabilizar emocionalmente o(a) subordinado(a);
- Sobrecarregar de tarefas ou impedir a continuidade do trabalho, negando informações;
- Desmoralizar publicamente;
- Rir, à distância e em pequeno grupo, direcionando os risos ao trabalhador;
- Querer saber o que se está conversando;
- Ignorar a presença do(a) trabalhador(a);
- Desviar da função ou retirar material necessário à execução da tarefa, impedindo sua execução;
- Troca de turno de trabalho sem prévio aviso;
- Mandar executar tarefas acima ou abaixo do conhecimento do trabalhador;
- Dispensar o trabalhador por telefone, telegrama ou correio eletrônico, estando ele em gozo de férias;
- Espalhar entre os(as) colegas que o(a) trabalhador(a) está com problemas nervosos;
- Sugerir que o trabalhador peça demissão devido a problemas de saúde;
- Divulgar boatos sobre a moral do trabalhador (ASSÉDIO..., 2009, p. 18).

2.6 Assédio moral. Violação de um dever jurídico

O trabalhador, ao celebrar o contrato de trabalho, assume como principal obrigação a prestação dos serviços contratados, recebendo, em contrapartida a remuneração ajustada. Entretanto, a par das obrigações principais assumidas pelas partes, outras decorrem e são inerentes ao contrato de trabalho. Um conjunto de princípio e de regras jurídicas tem por objetivo proteger a relação de emprego e, em última análise, o próprio empregado, que é a parte mais frágil da relação.

A discriminação no trabalho continua sendo um grande problema, inclusive em nível internacional, tanto que o tema mereceu tratamento específico pela Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 111, de 1958, que trata sobre discriminação no emprego e profissão, cujo artigo 1º dispõe:

1 - O termo “discriminação” compreende:

- a) toda 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) qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2 - As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3 - Para fins da presente Convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, aos emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1958).

A Constituição Federal, no artigo 1º, traz como fundamento a “dignidade da pessoa humana”, sendo que o artigo 5º, *caput*, reza que “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 ...”, cuidando-se, ainda, que o inciso X, também do artigo 5º, estabelece 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 da violação”.

O artigo 159 do Código Civil, dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Dessa forma, por imposição legal, o empregador, como detentor dos meios de produção e do risco do negócio, tem o dever de propiciar ao empregado condições dignas de trabalho, de respeito à saúde, à imagem e à honra.

Dessa forma, não é admissível que o assédio moral seja praticado nas relações de trabalho, por ação ou omissão do empregador, sem a devida reparação, na medida em que o fato constitui uma violação a um dever jurídico, o dever de proteção.

A violência moral ocasiona desordens emocionais, atinge a dignidade e identidade da pessoa, altera valores, causa danos psíquicos (mentais), interfere negativamente na saúde, na qualidade de vida e pode até levar à morte. O assédio moral é um sofrimento solitário, que faz mal à saúde do corpo e da alma (ASSÉDIO..., 2009, p. 16).

O assédio moral constitui uma conduta reprovável e vedada pelo ordenamento jurídico, pois além de afrontar a saúde, a intimidade e a honra do trabalhador, os seus efeitos negativos atingem a família e contaminam também a vida social do empregado. E, mais, a própria a empresa sentirá os reflexos do assédio moral praticado contra seus empregados, seja pela produtividade, seja pelas doenças psíquicas, seja pelo conceito que terá perante a sociedade.

3 CONCLUSÃO

O assédio moral traduz conduta reprovável, que causa muitos malefícios às relações de trabalho. O trabalho é muito importante na vida de todos e deve trazer, além da subsistência, prazer, alegria e satisfação pessoal. O assédio moral torna insustentável e insuportável a relação de trabalho, culminando em angústia, sofrimento e o adoecimento do trabalhador. Muitas vezes o trabalhador se submete à situação por não ter outra alternativa, mas a exposição aos malefícios do assédio moral acarretará no decorrer do tempo seu adoecimento e afastamento do trabalho, além problemas pessoais, familiares e sociais.

É necessário que as pessoas tenham conhecimento e saibam identificar uma conduta que caracteriza assédio moral, para poder se prevenir e saber enfrentá-lo. É o que se pretendeu no presente estudo, com a conceituação de assédio moral, espécies e características, sujeitos ativos e passivos e condutas do assediador, sem perder de vista que o mundo das relações jurídicas é muito complexo e surgem muitas formas novas de assédio moral com o passar do tempo e com as novas formas de produção e de trabalho.

O assédio moral deve ser combatido de todas as formas possíveis. Preventivamente, pelo próprio empregador ou por ações de entidades de classe e até Ministério do Trabalho e Emprego, mediante ações que visem esclarecer e instruir sobre os malefícios para toda a coletividade dos efeitos do assédio moral (exemplo disso é a própria cartilha sobre o Assédio Moral e Sexual no Trabalho, citada em várias oportunidades no texto), além de campanhas publicitárias sobre o tema. Ou repressivamente e punitivamente, mediante decisões condenatórias sobre casos concretos que frequentemente são julgados nos tribunais trabalhistas, sendo que as condenações devem ser efeito reparatório para empregado e também pedagógico ao empregador, de forma a desestimular a prática do assédio moral.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio Moral na Relação de Emprego*. Curitiba: Juruá, 2005.

ASSÉDIO moral e sexual no trabalho. Brasília: MTE, ASCOM, 2009. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3CB9D387013CFE571F747A6E/CARTILHA_ASSEDIOMORALESEXUAL%20web.pdf>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed., 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Hadassa Dolores Padilha. *Assédio Moral nas Relações de Trabalho*. Campinas: Russel, 2004.

GRZYBOVSKI, Denise; MOZZATO, Anelise Rebelato; PEREIRA, André da Silva (org). *Assédio Moral no Trabalho: múltiplos olhares*. Passo Fundo: Editora IMED – Faculdade Meridional, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 111*. Genebra: OIT, 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>.

RAMOS, Luiz Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasen. *Assédio Moral no Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de Reparação por Danos Morais Decorrentes da Relação de Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2008.

HIPOTECA JUDICIÁRIA SOBRE BENS NÃO ELENCADOS NO ART. 1.473 DO CÓDIGO CIVIL – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico

ALINE VEIGA BORGES
BEN-HUR SILVEIRA CLAUS*

“[...] o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige ao Estado-juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.”

Marinoni

RESUMO: O presente estudo tem a finalidade de propor a adoção da utilização do instituto da hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil, na perspectiva de inibir a fraude à execução e de prover segurança à futura execução.

PALAVRAS-CHAVE: Hipoteca Judiciária; Hipoteca Judiciária de Bens Móveis; Efetividade da Jurisdição; Execução Trabalhista; Fraude à Execução; Ônus do Tempo do Processo.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A interpretação estrita; 3 A finalidade da hipoteca judiciária; 4 Hipoteca judiciária x hipoteca convencional: a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada; 5 O Direito sempre foi analógico; 6 Uma hermenêutica contemporânea para a hipoteca judiciária; 7 O ônus do tempo do processo; 8 A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico; 9 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente editada, prevê a Súmula 57 do TRT da 4ª Região que “A constituição de hipoteca judiciária, prevista no artigo 466 do CPC, é compatível com o processo do trabalho” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2013).

O presente estudo tem a finalidade de propor a adoção da utilização do instituto da hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil, na perspectiva de inibir a fraude à execução e de prover

* Juízes do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – RS. Membros do Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do TRT4.

segurança à futura execução. Trata-se de ideia surgida nos debates realizados pelo Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

2 A INTERPRETAÇÃO ESTRITA

No inventário dos bens que podem ser objeto da hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC¹, o primeiro movimento do intérprete será investigar essa questão à luz dos preceitos de direito material que disciplinam o instituto da hipoteca, porquanto o art. 466 do CPC não indica quais são os bens sujeitos à hipoteca judiciária, embora faça remissão à Lei dos Registros Públicos (BRASIL. Lei nº 6.015, 1973). Esse primeiro movimento de investigação científica apresentar-se-á intuitivo tanto pelo fato de que a hipoteca é antigo instituto de direito material regulado pelo direito privado (CC, arts. 1.473 e seguintes) quanto pela relação estabelecida na teoria geral do direito civil entre hipoteca e bem imóvel.

No âmbito do direito privado, a relação entre hipoteca e bem imóvel é expressão de uma construção conceitual historicamente estabelecida há muitos séculos. Tais aspectos podem conduzir o operador jurídico à interpretação de que a hipoteca judiciária recai apenas sobre os bens relacionados no art. 1.473 do Código Civil, a saber: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves; VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso; X - a propriedade superficiária.

Portanto, uma interpretação estrita dos bens sujeitos à hipoteca judiciária conduzirá o intérprete à conclusão de que apenas os bens relacionados no art. 1.473 do Código Civil podem ser objeto de hipoteca judiciária. Essa interpretação estrita foi adotada no bem articulado ensaio escrito pelo magistrado Arlindo Cavalaro Neto sobre o tema.² Trata-se de uma interpretação respeitável.

3 A FINALIDADE DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

Não se pode, no entanto, olvidar a finalidade do instituto, que é a de prevenir fraude à execução e assegurar futura execução. No processo do

¹ CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz hipoteca judiciária:

I - embora a condenação seja genérica;

II - pendente arresto de bens do devedor;

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

² “O Código de Processo Civil não relaciona os bens sujeitos à hipoteca judiciária. Partindo-se da premissa de que a hipoteca judiciária constitui-se em espécie de hipoteca, impõe-se ao intérprete valer-se do elenco apresentado pelo Direito Material. O art. 1.473 do CCB apresenta rol taxativo de bens sujeitos à hipoteca.” (CAVALARO NETO, 2010. p. 492).

trabalho, essa execução geralmente se presta à satisfação de verba de natureza alimentar. Daí a proposta de ampliar a utilização do instituto da hipoteca judiciária para bens outros, que não apenas imóveis e os demais elencados no art. 1473 do Código Civil, tornando, assim, mais efetiva a execução trabalhista.

Enquanto a hipoteca convencional constitui direito real de garantia incidente sobre bens imóveis do devedor, para assegurar ao credor o recebimento preferencial de seu crédito, a hipoteca judiciária é instituto de direito processual, de ordem pública, cujo escopo teleológico é o de inibir a fraude à execução e a assegurar a satisfação do crédito reconhecido em sentença. Por consequência, não parece adequado assimilar a hipoteca judiciária à hipoteca convencional definida no direito privado, inclusive no que se refere aos bens que podem ser objeto da hipoteca judiciária, especialmente se, para cumprir a finalidade do instituto, for necessário buscar garantia em outros bens do devedor.

O objetivo de inibir fraude patrimonial revela a dimensão preventiva do instituto da hipoteca judiciária, que se expressa tanto na potencialidade para inibir a fraude patrimonial praticada pelo executado quanto na advertência ao terceiro adquirente, para que não adquira o bem hipotecado judiciosamente, tudo a fim de preservar a efetividade das normas de ordem pública que estabelecem a responsabilidade patrimonial do executado pelas respectivas obrigações (Lei nº 6.830/80, arts. 10 e 30; CPC, art. 591), bem como para prover segurança jurídica aos negócios na vida de relação (CLAUS, 2013, p. 52).

O objetivo de conferir efetividade à execução revela a dimensão assecuratória do direito material que o instituto realiza por meio do direito de seqüela inerente à hipoteca judiciária enquanto efeito anexo da sentença condenatória. O direito de seqüela assegura ao autor fazer recair a penhora sobre o bem hipotecado ainda que o bem tenha sido alienado a terceiro. Adquirente de má-fé, o terceiro não terá êxito nos embargos de terceiro. E não lhe restará alternativa: para não perder o bem na hasta pública, terá que fazer a remição da execução; ou a adjudicação do bem pelo valor da avaliação³, se o valor da execução for superior ao valor do bem sobre o qual recaíra a hipoteca judiciária.

4 HIPOTECA JUDICIÁRIA X HIPOTECA CONVENCIONAL: a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada

Nada obstante seja intuitivo ao intérprete investigar os bens sujeitos à hipoteca judiciária à luz dos preceitos de direito material que disciplinam o instituto da hipoteca convencional, esse primeiro movimento do intérprete acaba por revelar-se insuficiente à adequada pesquisa dos bens que podem ser objeto de hipoteca judiciária. Isso porque à hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC é reconhecida natureza jurídica de instituto processual de

³ Essa avaliação é realizada pelo Oficial de Justiça Avaliador da Justiça do Trabalho (CLT, art. 721).

ordem pública, enquanto que à hipoteca convencional prevista no 1.473 do CC é reconhecida a condição de instituto de direito privado.

Enquanto a hipoteca judiciária visa a assegurar a autoridade estatal da sentença condenatória em geral, a hipoteca convencional visa a garantir o interesse privado de determinado particular envolvido em negócio interindividual. Vale dizer, a dicotomia entre interesse de ordem pública e interesse de ordem privada decalca indelével distinção entre os institutos da hipoteca judiciária e da hipoteca convencional.

É a distinta natureza jurídica da hipoteca judiciária (instituto processual de ordem pública), na comparação com a hipoteca convencional (instituto jurídico de ordem privada), que autoriza o jurista a afastar-se dos limites do art. 1.473 do CC quando se trata de inventariar os bens sujeitos à hipoteca judiciária. Isso porque os objetivos superiores da hipoteca judiciária demandam uma interpretação apta a potencializar tanto o escopo teleológico de inibir fraude patrimonial quanto o escopo teleológico de assegurar a futura execução da sentença condenatória. É dizer: demandam uma interpretação que transcenda aos limites do art. 1.473 do CC.

5 O DIREITO SEMPRE FOI ANALÓGICO⁴

Assentadas tais premissas, de imediato se faz razoável a conclusão de que o escopo teleológico desse instituto processual de ordem pública se realizará de forma tanto mais eficaz quanto mais amplo for o inventário dos bens sobre os quais possa incidir a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC.

Essa conclusão guarda conformidade tanto com a doutrina processual contemporânea quanto com a perspectiva das alterações legislativas instituídas pelas chamadas minirreformas do Código de Processo Civil ocorridas nos últimos anos.

Se, de um lado, a doutrina processual contemporânea compreende a garantia da razoável duração do processo como uma expressão da própria garantia constitucional da efetividade da jurisdição, de outro lado, as minirreformas adotadas no âmbito do direito processual civil têm por diretriz o objetivo de aumentar a efetividade da jurisdição.

Entre as minirreformas mais recentes, destaca-se a adoção da averbação premonitória prevista no art. 615-A do CPC,⁵ cuja lembrança é evocada pelas

⁴ “Ao socorrer-nos, na exposição precedente, das lições dos grandes filósofos do Direito contemporâneos, 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 ‘a fins na essência’. Este é o fundamento gnoseológico que não só legitima mas determina, como um pressuposto de sua essência, a natureza hermenêutica do Direito, cuja revelação pela doutrina contemporânea conquista, cada vez mais, os espíritos.” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 285).

⁵ 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.

afinidades finalísticas que a averbação premonitória guarda com a hipoteca judiciária: ambas as medidas visam a inibir a fraude patrimonial e têm por objetivo garantir o êxito da execução.

Sobre o art. 615-A do CPC, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero esclarecem que a finalidade da norma é a efetiva tutela do direito material. Afirmam que “O objetivo do art. 615-A, CPC, é manter atrelado à tutela jurisdicional o patrimônio do demandado, de modo que seja possível alcançá-lo para eventual atuação da tutela jurisdicional em favor do demandante (art. 591, CPC)” (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 638-9).

O raciocínio é o mesmo para a hipoteca judiciária, embora a ela não estejam se referindo os citados autores. O atrelamento de um bem para futura execução é necessário para garantir a efetividade daquela execução e, com isso, do direito material que a fundamenta. Assim, quanto mais espécies de bens puderem ser garantidoras da futura execução, mais efetiva ela se tornará e, por essa razão, parece não se justificar adotar interpretação restritiva ao instituto da hipoteca judiciária, atrelando-a apenas às espécies de bens arrolados no art. 1473 do Código Civil.

Portanto, analogicamente⁶, pode-se pensar na averbação de hipoteca judiciária em relação a bens móveis. Ao ordenamento jurídico incumbe proporcionar meios de assegurar a futura execução da sentença. Na fase de conhecimento, proporciona a hipoteca judiciária. Para a fase de execução, proporciona a averbação do ajuizamento da execução, não só no registro de imóveis, mas também no registro de veículos e no registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. Restringir a hipoteca judiciária a bens imóveis implica, pois, restringir-lhe a eficácia, o que não se coaduna com uma hermenêutica contemporânea para o instituto.

6 UMA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA PARA A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Compreendido o contexto hermenêutico em que está inserida a hipoteca judiciária na ordem constitucional vigente, o intérprete encontrará na natureza

§ 1º. O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2º. Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (593).

§ 4º. O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º. Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.”

⁶ “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.” (ENGISCH, 2008, p. 293).

jurídica de ordem pública desse instituto processual o fundamento sócio-jurídico pelo qual fica autorizado a liberar-se dos limites do art. 1.473 do Código Civil quando da realização do inventário dos bens sujeitos à hipoteca judiciária, olhos postos no escopo teleológico desse fecundo efeito anexo da sentença condenatória.

O art. 655 do CPC (a que se reporta expressamente o art. 882 da CLT) elenca a ordem preferencial de penhora e, antes de bens imóveis e de navios e aeronaves, arrola dinheiro, veículos de via terrestre e bens móveis em geral. Assim, se, na execução, esses bens tem preferência, em relação aos bens imóveis, para a penhora, não há razão para crer que não possam se prestar, também, à hipoteca judiciária (exceto dinheiro, que não pode ser objeto de qualquer averbação de restrição).

Tendo em vista as finalidades da hipoteca judiciária, não vemos razão para que essa garantia se dê apenas sobre bens imóveis, navios e aeronaves. Não se pode olvidar que o CPC é de 1973, época na qual a propriedade de bens imóveis era particularmente tangível e conhecida. Veículos automotores, por exemplo, eram privilégio de poucos, o que não se pode dizer do momento atual, em que é até mesmo mais comum ser proprietário de veículo automotor do que possuir “casa própria”.

Nessa esteira, há que se levar em consideração que muitas vezes o devedor trabalhista não tem grande patrimônio⁷, sendo comuns aqueles que não são proprietários de bens imóveis, mas têm outros bens (móveis) que podem se prestar à satisfação da execução. Nessa situação, se a hipoteca judiciária se restringir aos bens elencados no art. 1473 do Código Civil, o respectivo credor trabalhista não terá essa garantia à sua disposição.

Outrossim, não se pode olvidar que a Justiça do Trabalho tem na atualidade ferramentas que permitem pesquisar esse patrimônio, como os convênios RenaJud e InfoJud, e que são de fácil utilização. Trata-se de uma evolução tecnológica de que não poderia cogitar o legislador de 1973. Todavia, estando diante dela, é necessário conferir hermenêutica contemporânea à regra legal do art. 466 do CPC, interpretando-se o instituto da hipoteca judiciária – mais precisamente, o seu escopo teleológico – de acordo com a realidade atual, que evoluiu e se distanciou daquela que vigorava ao tempo da publicação do Código Buzaid.

7 O ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO

A fecundidade da hipoteca judiciária entremostra-se mais evidente à medida que se descobre no art. 466 do CPC o desvelamento de um dos raros preceitos legais que responde positivamente ao maior dos desafios da teoria processual na atualidade – a distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo.⁸

⁷ As maiores empregadoras são as micro e pequenas empresas, das quais 61% deixam de atuar no primeiro ano; exatamente as empresas que mais cometem fraude patrimonial (Cf. SILVA, 2007. p. 18).

⁸ “Impende, no entanto, ponderar, desde logo, que o tempo deve ser distribuído no feito, entre as duas partes litigantes, sem sobrecarregar apenas a detentora do direito ameaçado ou violado,

Tratando-se de partes economicamente desiguais, avulta a dimensão desse desafio da teoria processual contemporânea, de prover em favor da equânime distribuição do ônus do tempo do processo. Daí a conclusão de que a aplicação da hipoteca judiciária ao processo do trabalho atua no sentido de fazer realizar a distribuição do ônus do tempo do processo de forma equânime.⁹

Assimilada a natureza de ordem pública do instituto da hipoteca judiciária e compreendida a sua fecundidade para a distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo, a limitação aos bens previstos nos art. 1.473 do CC pode ser superada mediante uma interpretação extensiva, para então se poder agregar outros bens passíveis de hipoteca judiciária, tais como bens móveis, direitos e ações.

Portanto, a título de “hipoteca judiciária”, a inserção de uma menção no registro de veículo de que há ação trabalhista contra o proprietário do veículo julgada procedente poderia ser até mesmo mais eficiente do que a constituição de hipoteca judiciária sobre bem imóvel. Este simples registro seria suficiente para inibir a fraude à execução no tocante àquele veículo, tornando o bem garantidor da futura execução. Dispensaria, além do mais, a indicação de bens pelo credor, podendo o bem ser localizado pelo próprio juiz, mediante a utilização dos convênios citados, agilizando a tramitação do feito.

Admitir-se fazer recair a hipoteca judiciária sobre veículos, por exemplo, implicará conferir maior eficácia ao instituto previsto no art. 466 do CPC, pois veículos são objeto de fraude patrimonial com maior frequência do que imóveis. Essa conclusão decorre da observação da experiência ordinária¹⁰, observação na qual o cotidiano revela que a troca de propriedade de veículo é mais frequente do que a troca de propriedade de imóvel. Além de potencializar o escopo teleológico de inibir fraude patrimonial, a hipoteca judiciária sobre veículos também potencializa o escopo teleológico de assegurar a futura execução, porquanto veículos têm maior apelo comercial do que imóveis, situação em que se atrai mais licitantes para leilões judiciais.

Por outro lado, até mesmo pela ótica do devedor, pode ser interessante que a hipoteca judiciária não se constitua sobre bem imóvel de sua propriedade. Assim, se o próprio devedor tiver outros bens e preferir que a garantia recaia

como se tem visto na prática cotidiana do foro. *Marinoni* lembra que: ‘por ser ligado ao contraditório, o tempo deve ser distribuído entre as partes. Essa é a grande questão da doutrina processual contemporânea.’ (FAVA, 2009. p. 51).

⁹ A hipoteca judiciária atua no sentido de distribuir equitativamente, entre as partes, o ônus do tempo do processo judicial. A arguta observação é do magistrado trabalhista Arlindo Cavalero Neto (2010. p. 495): “É necessário distribuir equitativamente o ônus da demora do processo, e o registro da sentença como hipoteca judiciária também alcança esse desiderato, pois parcela do patrimônio do vencido será objeto de ônus real, assim que publicada a sentença condenatória, até que haja o pagamento do credor.”

¹⁰ CPC: “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado a esta, o exame pericial.”

sobre esses outros bens, e não sobre um bem imóvel, estar-se-á atuando em consonância com a regra exceptiva segundo a qual a execução se deve dar pelo modo menos gravoso ao devedor, quando por vários meios o credor puder promover a execução (art. 620 do CPC).

8 A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO COMO HORIZONTE HERMENÊUTICO

A teoria jurídica começa a desbravar o caminho pelo qual se pode conferir uma interpretação mais contemporânea ao instituto da hipoteca judiciária. Essa vertente interpretativa mais contemporânea do instituto fundamenta-se na compreensão de que, na atualidade, não se justifica mais limitar a hipoteca judiciária aos bens arrolados no art. 1.473 do CC; propõe que a hipoteca judiciária possa recair sobre quaisquer bens do demandado. Essa vertente interpretativa revela-se mais consentânea com os escopos teleológicos da hipoteca judiciária, sobretudo quando se examina o tema no contexto hermenêutico conformado pela garantia constitucional da efetividade da jurisdição.

A doutrina de J. E. Carreira Alvim revela-se paradigmática dessa nova vertente interpretativa. O autor pondera que,

[...] diferentemente do que acontecia quando da promulgação do Código, atualmente existem bens muito mais valiosos do que o bem imóvel, como as aplicações financeiras, os investimentos em títulos da dívida pública, ou, mesmo em ouro ou moeda estrangeira, não sendo razoável que tais bens não se prestem para garantir o cumprimento de uma sentença condenatória.

E conclui que,

Diferentemente, também, da hipoteca legal, que incide apenas sobre bens relacionados nos incs. I a VII do art. 1.473 do Código Civil, a hipoteca judicial incide sobre qualquer bem, qualquer que seja a sua natureza (móveis, imóveis, semoventes, direitos e ações). O autor acrescenta não ver sentido em restringir essa especial modalidade de garantia apenas aos bens imóveis, podendo ela, para mim, compreender quaisquer bens (móveis ou imóveis) ou direito (pessoal ou real).

Comentando a previsão legal de que a sentença condenatória produz hipoteca judiciária ainda que existente arresto de bens do devedor (CPC, art. 466, parágrafo único, II), Carreira Alvim (2011, p. 138-140) reitera o entendimento de que a hipoteca judiciária incide tanto sobre bens imóveis quanto sobre bens móveis: “Ao contrário da hipoteca legal, que incide apenas sobre os bens elencados no art. 1.473, I a VII, do Código Civil, o arresto, tanto quanto a hipoteca judicial, pode incidir sobre quaisquer bens (móveis ou imóveis) ou direito (pessoal ou real), desde que devidamente justificado o risco de seu desaparecimento (art. 813)”.

A hermenêutica contemporânea que Carreira Alvim empresta à hipoteca judiciária permite resgatar a noção de processo de resultados que inspirou o legislador de 1973 à redação do art. 466 do CPC, evocando a lição com a qual Marinoni¹¹ convoca os juízes ao responsável exercício de conformar o procedimento à realização do direito material.

Poderia parecer uma ousadia postular hipoteca judiciária sobre bens móveis na atualidade, se os gregos já não tivessem compreendido assim a *hypothéke*.¹²

9 CONCLUSÃO

A hipoteca judiciária sobre veículos e outros bens móveis potencializa tanto o objetivo de inibir fraude à execução quanto o direito de seqüela próprio à hipoteca judiciária, operando como fator de distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo entre partes em situação de desigualdade econômica. Sua aplicação ao processo do trabalho visa a dar concretude substancial às garantias constitucionais da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII; CLT, art. 765); aplicação que se justifica em face do privilégio reconhecido ao crédito trabalhista na ordem jurídica brasileira (CF, art. 100; CTN, art. 186; CLT, art. 449; Lei nº 6.830/80, arts. 10 e 30), crédito alimentar representativo de direito fundamental social (CF, art. 7º, *caput*).

A fim de operacionalizar o registro da hipoteca judiciária com maior agilidade e economia, a hipoteca judiciária pode ser realizada na modalidade de restrição de transferência de veículo inserida mediante utilização do convênio RenaJud (CLT, art. 765), observada a necessária proporcionalidade com o valor da condenação e adotada a tabela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Caso não se entenda de assim proceder, o registro da hipoteca judiciária sobre veículos pode ser realizado mediante expedição de ofício-papel ao DETRAN – Departamento Nacional de Trânsito.

¹¹ “O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige ao Estado-juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.” (MARINONI, 2013. p. 178).

¹² “Derivado do grego *hypothéke*, onde mesmo teve origem este instituto jurídico, quer significar a coisa entregue pelo devedor, por exigência do credor, para garantia de uma obrigação. E, assim, originariamente, a palavra *hipoteca*, mesmo entre os romanos, designava a *convenção de penhor* ou *pignoratícia*, não importando a maneira por que se realizava, isto é, se se tratava de garantia móvel entregue ao credor, ou de garantia imóvel, que se conservasse em poder do devedor. Entretanto, sobreavisados e cautelosos, os gregos tinham por costume, quando se tratava de garantia imobiliária, assinalar com brandões ou postes os terrenos hipotecados. Fazendo gerar dela um *jus in re*, o que também ocorria no penhor, os romanos terminaram por distinguir os dois institutos, considerando a *hipoteca* aquela em que a coisa dada em garantia não ia às mãos ou à posse do credor, o que era da essência do penhor (*pignus*).” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1982. p. 384). [Grifos do autor].

Insuficiente a hipoteca judiciária sobre veículos, poderá ser avaliada a hipótese de fazer-se hipoteca judiciária sobre imóvel, registrando-se o gravame na matrícula do imóvel no respectivo Cartório de Registro de Imóveis.

Inexistente imóvel, a hipoteca judiciária poderá recair sobre outros bens registrados, tais como as quotas sociais no caso de sociedades de responsabilidade limitada e as ações no caso de sociedades anônimas de capital fechado, hipótese em que a hipoteca judiciária será registrada perante a respectiva Junta Comercial do Estado. No caso de sociedades anônimas de capital aberto, a inscrição da hipoteca judiciária poderá recair sobre as ações, registrando-se a hipoteca judiciária perante a respectiva Junta Comercial e perante a Comissão Valores Mobiliários (CVM).

Outrossim, poder-se-á fazer a hipoteca judiciária recair sobre embarcações, mediante registro na Capitania dos Portos. No caso de aeronaves, o registro da hipoteca judiciária far-se-á na Agência Nacional de Aviação Comercial (ANAC). Para marcas e patentes, o registro é realizado perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

O escopo teleológico de ordem pública do instituto hipoteca judiciária, aliado à privilegiada natureza jurídica alimentar do crédito trabalhista, autorizam conferir interpretação pela qual se reconheça a juridicidade de a hipoteca judiciária recair sobre outros bens, que não apenas aqueles elencados no art. 1473 do Código Civil, em especial veículos automotores e outros bens móveis pertencentes ao réu condenado em sentença, que sejam passíveis de registro.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Publicada no DOU de 31.12.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>.

BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Publicada no DOU de 24.09.1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Súmula nº 57 - HIPOTECA JUDICIÁRIA. A constituição de hipoteca judiciária, prevista no artigo 466 do CPC, é compatível com o processo do trabalho. Resolução Administrativa Nº 25/2013 Disponibilizada no DEJT dias 14, 18 e 19 de novembro de 2013, considerada publicada dias 18, 19 e 20 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula/ConsultaHomePortletWindow_12.jsessionid=A77A3EC61BA78C4F04807D0EC9B57AD2.jbportal-301?action=2>.

CAVALARO NETO, Arlindo. A Sentença Trabalhista como Título Constitutivo de Hipoteca Judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (coord.). *Execução Trabalhista*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. V. 5, Curitiba: Juruá, 2011.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca Judiciária: A (re)Descoberta do Instituto diante Súmula 375 do STJ – Execução Efetiva e Atualidade da Hipoteca Judiciária. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 41, p. 45-60, 2013.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. V. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FAVA, Marcos Neves. *Execução Trabalhista Efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução Provisória Trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

A AÇÃO COLETIVA E A INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA EM FACE DO DISSÍDIO INDIVIDUAL

ARTUR PEIXOTO SAN MARTIN*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Da litispendência entre as ações individuais e ações coletivas; 2.1 Da proteção dos direitos coletivos na legislação pátria; 2.2 Da litispendência; 2.3 Da litispendência entre as ações coletivas e ações individuais; 3 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica experimentada pelo mundo, a partir do século XX, foi capaz de produzir inúmeras transformações na vida dos indivíduos, gerando, por consequência, grandes mudanças também na dinâmica da sociedade.

Dentre essas transformações, pode-se destacar, em razão do tema do presente estudo, o surgimento da denominada *sociedade de massa*, atributo conferido ao novo modelo experimentado, no qual as ações dos diversos atores sociais passam a ter uma repercussão mais coletiva e vocacionada a um indeterminado número de pessoas, em detrimento das ações atomizadas e, por que não, provincianas dos tempos de outrora (PIMENTA, 2009).

Citem-se, por exemplo, o surgimento da produção e do consumo em massa, os grandes conglomerados econômicos internacionais, a globalização da economia, a era da informação, dentre outros aspectos.

Ora, a superação desse modelo individual e o advento dessa dinâmica massificada fizeram surgir, também, novas formas de conflitos, marcadas por um forte viés coletivo, envolvendo, no mais das vezes, os interesses de um indeterminado número de pessoas em torno dessas disputas.

Nesse contexto, o Direito, como ciência intrinsecamente ligada às experiências decorrentes dos fatos sociais (*ubi societas ibi ius*), também se viu necessitado de transformações que o fizessem acompanhar essa nova dinâmica, aspecto que se refletiu, tanto no Direito Material, como no Direito Processual.

Quanto a este último, passou-se a ver no cenário jurídico um aumento significativo da produção legislativa e doutrinária sobre os mecanismos de resolução desses conflitos de massa, em que um sem número de pessoas

* Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Gramado, Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Estudos de Direito Processual da Escola Judicial do TRT da 4ª Região.

estaria direta ou indiretamente interessada, gerando o denominado acesso metaindividual ou coletivo à justiça. No dizer de Mauro Capeletti e Bryant Garth, estar-se-ia diante da segunda onda renovatória de acesso à justiça, no âmbito do Direito Processual Civil (CAPELETTI, 1988 *apud* ALMEIDA, 2012, p. 76-77).

No entanto, o surgimento desse novo modelo de acesso à justiça gerou uma infinidade de dúvidas e incertezas, notadamente, no que tange à sua interação com o clássico modelo individualista do processo, o que causou certa insegurança jurídica em torno do tema. Nesse contexto, é que o presente estudo pretende investigar uma das mais significativas controvérsias decorrentes do assunto: a existência de litispendência entre as ações individuais e as ações coletivas, conforme se desenvolverá adiante.

2 DA LITISPENDÊNCIA ENTRE AS AÇÕES INDIVIDUAIS E AÇÕES COLETIVAS

2.1 Da proteção dos direitos coletivos na legislação pátria

Pode-se dizer que a proteção dos direitos de natureza coletiva no Direito brasileiro tornou-se mais concretamente visível a partir do advento da Lei nº 7.347/85 (LACP), regulando o procedimento da ação civil pública, criada esta, inicialmente, como mecanismo de responsabilização dos causadores de danos, exclusivamente, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e paisagístico.

É verdade que, à época, já havia disposições isoladas acerca de mecanismos voltados à proteção de direitos coletivos, como, por exemplo, a ação popular regulada pela Lei nº 4.717/65 (com as alterações da Lei nº 6.513/77), sendo, todavia, que as hipóteses de cabimento dessa última medida eram bastante restritas, visto que se destinava, tão somente, à anulação de ato lesivo ao patrimônio de entidades integrantes da Administração Pública.

Assim, a LACP representou um marco na evolução jurídica do país acerca da proteção dos direitos coletivos, na medida em que ampliou as possibilidades de defesa desses direitos em juízo e regrou o processamento desse tipo de ação.

Todavia, embora tenha cumprido papel extremamente relevante, o referido diploma trouxe disposições específicas para o manejo desse instrumento processual, cujas hipóteses de cabimento ainda não tinham a abrangência desejável, na medida em que contemplavam, apenas, direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, conforme conceituação que se verá adiante.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, que previu, expressamente, a incumbência de o Ministério Público velar pelos interesses sociais e, também, pelos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF), podendo valer-se da ação civil pública para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF), passou-se a apreender o nítido desejo manifestado pelo constituinte de ampliar o acesso coletivo à justiça (NERY JR., 2011, p. 229), tornando-se necessária, então, a

existência de um regramento legal que viesse a ampliar as possibilidades desse acesso.

Nesse contexto, foi que surgiu, em 12.09.1990, o Código de Defesa do Consumidor. Inspirado no sistema das *class actions* do direito norte-americano, esse novo diploma veio a estabelecer balizas mais amplas do acesso coletivo à justiça, inovando em diversos aspectos e resolvendo vivas controvérsias sobre o processamento de tais ações. A nova legislação, inclusive, alterou e incluiu dispositivos na já mencionada Lei da Ação Civil Pública (LACP), como, por exemplo, a nova redação conferida ao art. 21 desta, determinando que as normas do novel codex fossem aplicadas supletivamente ao seu processamento.

Ademais, alterou-se também o art. 1º da LACP, para fazer incluir, através de seu inciso IV, a possibilidade de utilização da ação civil pública na defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, ampliando o objeto desse instrumento processual.

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência passaram a entender que as normas do CDC, juntamente com as disposições da Constituição Federal, da LACP e de algumas regras previstas na Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), formariam o denominado microsistema de acesso metaindividual à justiça no Direito Processual pátrio, que deveria ser observado para o processamento de quaisquer demandas coletivas veiculadoras de interesses metaindividuais (LEITE, 2010, p. 144).

Importante destacar, também, que o novo Código, sabendo da importância inovadora do tema, preocupou-se em estabelecer balizas bastante claras, embora amplas, acerca das hipóteses em que esse acesso coletivo poderia ser exercitado, destacando-se, nesse aspecto, a regra contida no art. 81 do CDC, reitor da matéria em apreço:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Aproveitando-se da interpretação autêntica dada pelo legislador, pode-se dizer que as duas primeiras classes de direitos, isto é, os difusos e os coletivos *strictu sensu*, são aquelas essencialmente coletivas, na medida em que representam interesses de natureza indivisível e transindividual, diferenciando-se,

entre si, pela existência ou não de relação jurídica base entre as vítimas ou entre estas e o causador do dano. Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, consoante a própria denominação, são interesses que conservam a sua natureza individual, mas, em razão de sua homogeneidade e origem comum, o legislador resolveu autorizar a sua defesa de forma coletiva, por razões de política judiciária.

Exemplificando cada uma dessas classes de direitos, ensina Marco Túlio Viana:

Um único fato pode dar origem a interesses distintos. É o que acontece, por exemplo, se a chaminé defeituosa de uma usina esfumaçasse um bairro próximo, poluísse o seu próprio ambiente e provocasse doença de alguns empregados. Nessa hipótese, o interesse seria *difuso* no tocante aos moradores do bairro, *coletivo* no que se refere ao grupo inteiro de empregados e *individual homogêneo* em relação aos doentes (VIANA, 1995 *apud* ALMEIDA, 2012, p. 173).

Com relação às duas primeiras classes, considerando a natureza transindividual destes, pertencentes, de forma indivisível, a um grande número de pessoas, tais ações não podem ser manejadas individualmente por cada um dos membros da coletividade afetada, pois os respectivos direitos não lhe tocam isoladamente. Por isso, que parte da doutrina, acertadamente, não tem reconhecido, nestes casos, hipótese de substituição processual (art. 6º do CPC) pelas entidades e órgãos legitimados no art. 5º da LACP c/c art. 82 do CDC, mas, sim, de legitimação autônoma para a condução do processo (LEITE, 2010, p. 304).¹

Já no que tange à classe de direitos prevista no inciso III do art. 81 do CDC, ou seja, os interesses individuais homogêneos, passou-se a ver no cenário jurídico uma verdadeira controvérsia quanto à interação dessas ações coletivas com as ações individuais.

Ora, considerando que os direitos acima referidos não deixam de ser individuais, apenas se caracterizando pela sua homogeneidade e origem comum, a legitimação das entidades e órgãos previstos no art. 5º da LACP c/c art. 82 do CDC seria extraordinária, em nítido caso de substituição processual, gerando, assim, a discussão sobre a existência de litispendência entre as ações coletivas e as eventuais ações individuais que tratassem da mesma matéria.

Essa problemática, longe de ser uma discussão de contornos meramente acadêmicos, possui grande repercussão prática, mormente, no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Isso, porque nessa seara do saber jurídico é bastante comum verificar situações em que os trabalhadores ajuízam ações individuais veiculando pretensões que já estão sendo objeto de ação coletiva, devidamente proposta pelo sindicato da categoria, em defesa de interesses

¹ No mesmo sentido: SCHIAVI, 2013, p. 1278.

dos seus integrantes (art. 8º, III, da CF), sendo frequente a alegação de litispendência ou coisa julgada nas contestações, sempre com referência à ação coletiva ajuizada pela entidade sindical.

2.2 Da litispendência

A litispendência é instituto do Direito Processual que visa a garantir o princípio da unidade de convicção do poder jurisdicional, como corolário do princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF), conferindo, também, uma maior credibilidade às decisões judiciais.

Com raízes no direito romano (*litispendentia*, pendência de lide), esse instituto jurídico objetiva evitar que uma mesma relação jurídica seja novamente submetida ao crivo do Poder Judiciário, como fruto do brocardo do *non bis in idem*.

Na forma do artigo 301, § 1º, do Código de Processo Civil, “*verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada*”, sendo que a litispendência ocorre “*quando se repete ação, que está em curso*” e a coisa julgada “*quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso*” (art. 301, § 3º, do CPC).

Outrossim, a dicção do § 2º do art. 301 do Código revela nítido caso de interpretação autêntica, em que o legislador, adotando a teoria da tríplice identidade defendida por Liebman (*tria eadem*), conceituou que “*Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*” (art. 301, § 2º, do CPC).

É verdade que a teoria acima exposta, em algumas situações, demonstrou-se insuficiente para resolver determinados casos, razão pela qual a doutrina passou a entender que o termo “*partes*” aludido pelo dispositivo não poderia ser concebido, apenas, quanto à parte formal, devendo-se compreendê-lo com base na parte material da ação (parte ideológica).

No preclaro exemplo de Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr.:

Qualquer um dos condôminos pode propor demanda para proteger o condomínio. Se o condômino “A” e o condômino “B” propuseram demanda para a proteção do bem condominial, fundada na mesma causa de pedir, dando origem a processos diversos, haverá litispendência, mesmo sem identidade da parte autora (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, v. 4, p. 175).

Nesse sentido, deu-se origem a chamada teoria da identidade da relação jurídica, como caminho alternativo na investigação da litispendência, defendendo seus interlocutores que, mesmo não havendo identidade entre as partes formais, caso verificada a submissão da mesma relação jurídica ao crivo do Poder Judiciário, configurado estaria o *bis in idem*, havendo de se focar, portanto, se há igualdade entre o pedido e a causa de pedir (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, v. 1, p. 570).

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci:

Assim, diante de tais situações excepcionais, que revelam a insuficiência da teoria dos *tria eadem*, duas regras devem ser observadas quanto à sua incidência: a) não constitui ela um critério absoluto, mas, sim, uma “boa hipótese de trabalho”, até porque ninguém se arriscou a apontar outra que superasse; e b) quando for inaplicável, perante uma situação concreta, deve ser relegada a segundo plano, empregando-se, em seu lugar, a teoria da identidade da relação jurídica (TUCCI, 2001 *apud* DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, vol. 4, p. 174).

Esse, inclusive, passou a ser o critério para a verificação da litispendência entre ações coletivas, pois, diante da possibilidade de que as várias entidades legitimadas no art. 5º da LACP c/c art. 82 do CDC venham a ajuizar demandas relacionadas à mesma relação jurídica, a teoria da tríplice identidade não seria suficiente para solucionar a controvérsia, acarretando a possibilidade de que decisões contraditórias pudessem ser proferidas para a mesma lide (TUCCI, 2001, *apud* DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, vol. 4, p. 174).

2.3 Da litispendência entre as ações coletivas e ações individuais

Atento a essas questões, notadamente, quanto a essa nova variante no enfoque da litispendência, foi que CDC estabeleceu em seus arts. 103 e 104:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - **erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar** todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do **inciso III do parágrafo único do art. 81**. [...]

§ 2º Na hipótese prevista no **inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual**. [...]

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas **os efeitos da coisa julgada erga omnes** ou ultra partes a que aludem os incisos II e **III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais**, se **não for requerida sua suspensão** no prazo de **trinta dias**, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. (grifamos)

Inicialmente, deve-se registrar que doutrina de peso, à qual nos filiamos, advoga a existência de erro de remissão na redação dada ao art. 104 do CDC, defendendo que a previsão do citado dispositivo deve ser entendida

como extensível aos três incisos do art. 81, parágrafo único, e aos três incisos do art. 103, e não como constou, pois não há razão lógico-jurídica para tratamento diferenciado nesse tocante, devendo o dispositivo ser interpretado sistematicamente.²

Dessa maneira, pode-se perceber, de antemão, que a lei fez questão de ressaltar, como que para espancar qualquer tipo de dúvida, que não há litispendência entre a ação individual e a coletiva que lhe é correspondente.

E nem poderia ser diferente.

Quanto aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu* (art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC), não há maiores dúvidas. Considerando a natureza indivisível e transindividual de tais interesses, não podem ser protegidos por meio de ação individual, mas, tão somente, por meio de ação coletiva, cujos legitimados para o seu manejo são aqueles expressamente previstos no art. 5º da LACP c/c art. 82 do CDC.

É verdade que não se desconhece a possibilidade de um mesmo fato vir a causar lesão a direitos difusos ou coletivos e a interesses individuais, simultaneamente.

Cite-se, por exemplo, a hipótese de uma empresa que não concede os intervalos intrajornada regularmente aos seus empregados. Ora, cada trabalhador é prejudicado em seu direito individual ao gozo desses intervalos, consoante art. 71 da CLT, e pode pedir, isoladamente, a reparação pela conduta ilegal da empresa, na forma do § 4º do mesmo dispositivo. Todavia, essa atitude do empregador também ofende o direito coletivo dos obreiros a um meio ambiente laboral hígido e saudável (arts. 7º, XXII; 200, II e VIII; da CF), que somente pode ser defendido por meio de uma tutela coletiva inibitória (art. 84 do CDC), que obrigue a empresa a conceder aos trabalhadores, em geral, o referido período de descanso.

Assim, nestes casos, o objeto das ações é nitidamente distinto, razão pela qual não há falar em litispendência ou coisa julgada (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, vol. 4, p. 181 e 183), como acertadamente previu o Código (observada a correção de remissão acima aludida).

Nesse sentido, ainda, é a lição de Ricardo de Barros Leonel, pois:

[...] a identidade pode referir-se à causa remota, mas não à próxima (o fundamento da responsabilidade coletiva é diverso daquele inerente à responsabilidade pelo dano individual), e os pedidos são distintos. Ora, se os elementos das demandas são diversos (o único eventualmente idêntico será a parte passiva nas ações), não haveria razão técnica para o reconhecimento de litispendência, pois as ações são distintas (LEONEL, 2002 *apud* ALMEIDA, 2012, p. 191).

² Quanto ao erro de remissão aos incisos do art. 81, parágrafo único, do CDC, ver: GRINOVER, 2011, vol. II, p. 212. Já quanto ao erro de remissão aos incisos do art. 103 do CDC, ver: ARENHART; MARINONI, 2001 *apud* ALMEIDA, 2012, p. 187; LEITE, 2008, p. 49.

Tanto é por isso que a doutrina tem defendido que as entidades e órgãos legitimados no art. 5º da LACP c/c art. 82 do CDC atuam com legitimação autônoma para a condução do processo, e não substituição processual, como visto anteriormente.

Já no que tange à relação entre as ações individuais e as coletivas que visam à defesa de interesses individuais homogêneos é que o erro de redação do art. 104 do CDC causa maiores prejuízos.

Com efeito, considerando que esses direitos conservam a sua natureza individual, tendo, apenas, o legislador previsto a possibilidade de sua defesa de maneira coletiva, em virtude da homogeneidade e da origem comum, por razões de política judiciária, verifica-se que as ações coletivas dessa classe possuirão a mesma causa de pedir e o mesmo pedido das ações individuais correspondentes, ainda que naquela o pedido de condenação seja genérico, havendo distinção, apenas, nas partes formais (autor).

Todavia, como visto anteriormente, mesmo no âmbito do clássico processo individual, a doutrina já apresentava a teoria da identidade da relação jurídica para o fim de caracterizar a litispendência, quando a teoria da tríplice identidade fosse insuficiente, sendo que, no âmbito da ação coletiva, passou-se a advogar a aplicação desse mesmo raciocínio.

Assim, parte da doutrina e da jurisprudência, mormente, aqueles que não consideravam a existência de qualquer vício na redação do art. 104 do CDC, começaram a defender a existência de litispendência entre as ações individuais e as coletivas voltadas à defesa de interesses individuais homogêneos.

Nesse sentido, foi a jurisprudência inicial da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. AÇÃO INDIVIDUAL. CONFIGURAÇÃO. Configura-se a litispendência quando a ação coletiva, na qual figura o sindicato como substituto processual, e a ação individual, também em trâmite, têm em comum o pedido e a causa de pedir. Tal posicionamento, adotado no âmbito desta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, tem como suporte a identidade material das partes, que, em processos distintos, almejam o mesmo efeito jurídico. Embargos não conhecidos (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2009).

RECURSO DE EMBARGOS. LITISPENDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL. A teoria da tríplice identidade (*tria eadem*) não é capaz de justificar todas as hipóteses configuradoras de litispendência, restringindo-se tão-somente a uma regra geral. Há casos, como o dos autos, em que se deve aplicar a “teoria da identidade da relação jurídica”, pela qual ocorrerá a litispendência quando houver, entre as ações em curso, identidade da relação jurídica de direito

material deduzida em ambos os processos (*res in iudicium deducta*), ainda que haja diferença em relação a algum dos elementos identificadores da demanda. Configura-se a litispendência o simples fato de haver identidade jurídica e não física. Embargos não conhecidos (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2008).

Ocorre que, com a devida vênia, esse não parece ser o melhor entendimento.

Primeiramente, deve-se lembrar do erro de redação do art. 104 do CDC, como acima aludido.

Por outro lado, ainda que não se considere a existência desse suposto vício no texto legal, a inexistência de litispendência pode ser concluída através de uma interpretação sistemática dos demais dispositivos previstos no Código e dos princípios constitucionais incidentes na espécie.

Ora, o § 2º do art. 103 do CDC prevê que a coisa julgada da ação coletiva não prejudicará o direito individual das vítimas, em caso de improcedência do pedido (coisa julgada *secundum eventum litis*), sendo que, mesmo em caso de procedência, só beneficiará o autores das demandas individuais se estes requererem a suspensão de suas ações, na forma do art. 104 do CDC, *in fine*.

Dessa forma, percebe-se que há uma faculdade de a vítima suspender o andamento do seu processo, para o fim de aproveitar o resultado da demanda coletiva, podendo-se concluir, *a contrario sensu*, que, caso não deseje se valer de tal faculdade, poderá continuar demandando regularmente em sua ação individual; apenas, não aproveitará o eventual resultado benéfico da demanda coletiva.

Assim, a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite:

O dispositivo em tela reforça a nossa tese, pois deixa claro que **podem coexistir ação coletiva e ação individual**, pois **se não for requerida a suspensão do processo da ação individual**, a contar da ciência do seu autor nos autos da ação coletiva, **ambos os processos continuarão as suas respectivas marchas, rumo à coisa julgada** (LEITE, 2010, p. 609, grifo nosso).

Outrossim, o entendimento em contrário, no sentido de que haveria litispendência, embora preservando a unidade de convicção do Poder Judiciário e desafoço de seu trabalho – este último, corolário da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF) –, iria de encontro ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), na medida em que o titular do direito individual ficaria impedido de provocar o exercício de jurisdição em tal circunstância, valendo lembrar que:

[...] na solução das questões relacionadas com a litispendência nas ações coletivas não se pode perder de vista a necessidade de facilitar o acesso

à justiça e ao direito assegurado à ordem jurídica, com a qual não se compatibiliza o reconhecimento de litispendência entre ação coletiva ajuizada para a tutela de direitos individuais homogêneos e a ação individual (ALMEIDA, 2012, p. 198).

Isto é, estar-se-ia chancelando uma linha interpretativa que viria a reduzir a potencialidade do direito constitucional de ação, obrigando o titular do direito individual a se submeter à demanda coletiva, o que vai de encontro aos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais. Ademais, só há falar em celeridade processual quando se garante também o exercício do direito de ação.

Nesse sentido, foi que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, em julgamento paradigmático, passou a sinalizar a mudança na sua jurisprudência, até então, consolidada, para entender pela inexistência de litispendência na situação em tablado:

[...] LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA EM QUE O SINDICATO FIGURA COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. Para a configuração de litispendência se faz necessária a presença de tríplice identidade, ou seja, identidade de partes, de causa de pedir e de pedido, nos estritos termos do art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil. No presente caso, não há litispendência, pois a hipótese resente-se da necessária identidade subjetiva. Na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representam, defendendo direito de outrem em nome próprio. Enquanto na ação individual a parte busca o seu próprio direito individualmente. As ações que visam à tutela de direitos difusos e coletivos, sejam eles trabalhistas ou de consumo, gozam de disciplinamento excepcional quanto à litispendência. De fato, o art. 104 do CDC (Lei 8.078/90) expressamente exclui a possibilidade de litispendência entre a ação individual e a coletiva. Aplicação dos arts. 81, 103 e 104 do CDC. Recurso de embargos conhecido e provido (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2011a).

A partir da referida decisão, passou-se a ver uma crescente nos julgados do TST, adotando o mesmo entendimento:

RECURSO DE REVISTA - LITISPENDÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELO SINDICATO - AÇÃO INDIVIDUAL - INEXISTÊNCIA. O entendimento da SBDI-1, quanto à matéria, é no sentido de que a existência de ação ajuizada pelo Sindicato profissional, na condição de substituto processual, não enseja a litispendência, se outra ação individual foi proposta pelo empregado. Esta é a interpretação que condiz com o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2012).

RECURSO DE REVISTA - AÇÃO INDIVIDUAL - AÇÃO AJUZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO NA HIPÓTESE. Nas ações coletivas para a defesa

dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo nosso ordenamento, há uma nítida mitigação do conceito tradicional de parte, qual seja, o de titular do direito cuja satisfação ou defesa se postula perante o Poder Judiciário. Na órbita doutrinária, essa mitigação se dá em face da impossibilidade ou da ausência de conveniência de que tais direitos sejam defendidos individualmente em juízo. Impossibilidade naquelas hipóteses em que o direito não pertence a determinados indivíduos, como se dá nos casos dos interesses difusos e coletivos. A ausência de conveniência, por sua vez, ocorre naquelas situações em que, apesar da existência de titularidade individual do direito, se a sua defesa restasse possibilitada apenas pelos meios tradicionalmente disponibilizados pelo processo civil clássico, ela não ocorreria, dada a disparidade econômica entre as partes envolvidas em litígio, situação em que a prevalência do poder econômico da parte mais forte (na esfera trabalhista, esse papel cabe ao empregador) se imporia à parte mais fraca (o empregado) envolvida na relação jurídica. Ultrapassado esse ponto, o cerne da questão, segundo nosso ordenamento jurídico, reside na existência, ou não, da identidade de partes, da identidade de pedidos e causa de pedir entre as ações que se pretende comparar. O art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) refere-se a direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que, apesar de suas titularidades individuais, ostentam origem comum, motivo pelo qual o CDC possibilitou sua defesa (art. 82, IV) às associações cujas finalidades institucionais incluam a proteção desses direitos. Com base no mencionado conceito, verifica-se que o sindicato da categoria profissional, nos termos do art. 8º, inciso III, da Constituição da República, ostenta legitimidade para buscar a tutela dos mencionados direitos, por ser ele o legítimo defensor dos direitos dos trabalhadores pertencentes à categoria profissional que representa. Independentemente da existência, ou não, de identidade de causas de pedir e pedidos nas ações em cotejo, não se há de cogitar a existência do óbice indicado pela reclamada, porquanto o CDC, em seu art. 104, expressamente afasta a eficácia erga omnes dessa decisão nos casos em que não for requerida a suspensão do dissídio individual. Entendimento diverso levaria à conclusão de que o consumidor encontra-se mais protegido pelo ordenamento jurídico do que o trabalhador, já que o primeiro disporia de duas vias (uma sem prejuízo da outra) para a defesa de seus interesses, enquanto o segundo, de apenas uma (individual ou coletiva), sendo que a escolhida (pelo sindicato da categoria profissional ou pelo Ministério Público do Trabalho, sem, ressalte-se, a participação do obreiro) prejudicaria a utilização da outra. A controvérsia foi resolvida pelo Código de Defesa do Consumidor, como já explicitado, pelo que se contém no seu art. 104, em face da adoção, pelo sistema das ações coletivas, da teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*. No caso em análise, há que se ressaltar que, como consigna o acórdão recorrido, o autor optou por propor ação individualmente, tendo, inclusive, desistido da ação ajuizada pelo sindicato. Tal fato demonstra a intenção do autor de que os efeitos da ação coletiva não o atinjam, razão pela qual, efetivamente, não se há de falar em litispendência. Recurso de revista conhecido e desprovido [...]. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2011b).

Nesse mesmo sentido, ainda, é a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEMANDA INDIVIDUAL. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA.

1. A existência de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público não impede o ajuizamento da ação individual com idêntico objeto. Desta forma, no caso não há ocorrência do fenômeno processual da litispendência, visto que a referida ação coletiva não induz litispendência quanto às ações individuais. Precedentes: REsp 1056439/RS, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJ de 1º de setembro de 2008; REsp 141.053/SC, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 13 de maio de 2002; e REsp 192.322/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 29 de março de 1999.

2. Agravo regimental não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO AJUIZADA POR ÓRGÃO DE CLASSE. AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Há entendimento perfilhado por esta Corte afastando a litispendência caso haja ação proposta individualmente por um servidor e outra proposta pelo Sindicato de classe, em que aquele figure como substituído, defendendo direitos individuais homogêneos.

2. Precedentes: AgRg no REsp 976325/DF, DJe 26.08.2010; AgRg no REsp 1089917/DF, DJe 19.10.2009; AgRg no REsp 813282/RS, DJe 10.08.2009; REsp 640071/PE, DJ 28.02.2005 p. 298; REsp 327184/DF, DJ 02.08.2004 p. 474.

3. Recurso especial provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Não é outra a conclusão do Enunciado nº 78 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL. Às ações coletivas ajuizadas pelos sindicatos e pelo Ministério Público na Justiça do Trabalho aplicam-se subsidiariamente as normas processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, devendo o juiz adotar o procedimento indicado no art. 104 do CDC: a) o autor da ação individual, uma vez notificado da existência de ação coletiva, deverá se manifestar no prazo de trinta dias sobre o seu prosseguimento ou suspensão; b) optando o autor da ação individual por seu prosseguimento, não se beneficiará dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva; c) o autor da ação individual suspensa poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva (SCHIAVI, 2013, p. 1282).

Neste mesmo sentido a recente Súmula 56 do TRT da 4ª Região, *in verbis*:

A ação proposta pelo sindicato, como substituto processual, não induz litispendência em relação à ação individual, à luz do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2013).

A nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09) também traz a mesma solução para o caso:

Art. 21. O **mandado de segurança coletivo** pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. **Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo** podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - **individuais homogêneos**, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º **O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais**, mas os **efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias** a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva [grifo nosso].

No âmbito do direito comparado, notadamente, no direito estado unidense, destacam-se as chamadas *class actions for damages*, previstas na *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, como espécie das *not mandatory class action* (hipótese de tutela coletiva muito semelhante àquela voltada à defesa de direitos individuais homogêneos, no caso brasileiro) (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 127), as quais também não ensejam, *de per se*, a litispendência.

Com efeito, naquele sistema jurídico, o substituído nas *class actions for damage* é notificado para dizer se pretende ou não ver-se representado na demanda coletiva proposta pelo substituto processual, podendo, caso entenda mais conveniente, pleitear a sua exclusão do processo coletivo (*right to opt out*) e ajuizar a sua própria ação individual (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 126 e 131), aspecto que também reforça a presente conclusão.

Também assim o art. 29 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, aprovado na Assembléia-Geral da Jornada de Caracas (Venezuela, 2004), promovida pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual:

Art. 29. Relação entre ação coletiva e ações individuais – A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 27) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 353).

Nesse contexto, tem-se percebido que a corrente que defende a existência de litispendência entre ações coletivas voltadas a tutelar direitos individuais homogêneos e as respectivas ações individuais vem se tornando cada vez menos expressiva no cenário jurídico nacional.

Deve-se destacar, todavia, que, uma terceira corrente, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, vem sustentando que, a despeito de não se tratar de litispendência, a situação em exame invoca os institutos da continência ou da relação de prejudicialidade para a sua solução.

Isto é, preocupados em evitar as decisões possivelmente contraditórias e em desafogar o trabalho do Poder Judiciário, seus defensores, embora aquiesçam à inexistência de litispendência, advogam que há uma relação de continência entre a demanda coletiva voltada à tutela de direitos individuais homogêneos e a demanda individual correspondente, ou, pelo menos, uma relação de prejudicialidade, o que conduz, portanto, à reunião dos processos ou à suspensão obrigatória da ação individual para aguardar o desfecho da coletiva.

Nas palavras daquela ilustre processualista:

Sustentamos, de nossa parte, que a resposta estaria na reunião dos processos ou, quando esta não fosse possível, pela suspensão prejudicial, tudo em virtude da continência. [...]

Aqui a situação é diferente da que ocorre com as ações em defesa de interesses difusos e coletivos, onde o objeto do processo (indenização ao bem indivisivelmente considerado; obrigação de fazer ou não fazer) é diferente do objeto da ação individual (indenização pelos danos pessoalmente sofridos). Agora, o que se tem é uma ação coletiva reparatória aos indivíduos pessoalmente lesados, onde o objeto mesmo do processo consiste na condenação, genérica, a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados. O pedido da ação coletiva contém os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias, no que respeita ao reconhecimento do dever de indenizar.

A hipótese é regida pelo art. 104 do CPC. Com relação às partes, há coincidência perfeita dos sujeitos passivos e, quanto aos sujeitos ativos, a identidade resulta da circunstância de que o legitimado à ação coletiva é o

adequado representante de todos os membros da classe, sendo portador, em juízo, dos interesses de cada um e de todos. Talvez se possa falar, na espécie, de uma nova hipótese de continência, a aplicar-se também aos sujeitos ativos, porquanto a parte ideológica, portadora em juízo dos direitos ou interesses individuais homogêneos, abrange todos os seus titulares. A identidade da causa de pedir é evidente. E o objeto da ação coletiva, mais amplo, abrange o das ações individuais. [...]

Insistimos na presença da continência. E esta resolve-se, pelo art. 105 do CPC, no sentido da obrigatória reunião dos processos, ficando preventa a competência do juízo perante o qual tiver primeiro ocorrido a citação válida (art. 219 do CPC) (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 214-215).

Todavia, considerando, notadamente, os casos de impossibilidade prática de reunião dos processos, bem como aqueles em que tal providência puder acarretar tumultos e retardamento no andamento da ação coletiva, a autora arremata:

Assim, parece efetivamente melhor resolver a questão da concomitância da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos e das ações individuais pelas regras da prejudicialidade: ou seja, os processos individuais permanecerão suspensos nos termos do art. 265, IV, a, do CPC. [...]

Mas essa suspensão sujeita-se ao prazo máximo de um ano, previsto no art. 265, § 5º, do CPC (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 215-216).

Em sentido semelhante, mas com a ressalva de que o prazo de suspensão deve ser apenas razoável – sem menção à observância da regra do art. 265, § 5º, do CPC –, Didier e Zaneti concordam com a existência de relação de prejudicialidade entre as demandas:

Na proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, há regulação deste tema nos §§ 3º e 4º do art. 7º.

De acordo com a proposta, a suspensão dos processos individuais, em razão da existência de uma ação coletiva correspondente, pode ser determinada pelo tribunal, *ex officio* ou a requerimento da parte ou do juiz da causa, sempre obedecida a garantia do contraditório, com ouvida dos autos da ação individual.

Determinada a suspensão pelo tribunal, o autor não poderá retomar o andamento do processo individual até o trânsito em julgado da sentença coletiva.

Redefine-se o modelo já existente, adequando-o às peculiaridades da tutela coletiva. Parece-nos correta a proposta.

Essa vertente da suspensão obrigatória das demandas individuais, isto é, *ex officio*, vem ganhando fôlego na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde que foi encampada em julgamento emblemático proferido pela 2ª Seção daquela Corte, *in verbis*:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 08.05.2008).

3.- Recurso Especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009)

Não obstante os judiciosos argumentos propostos e o alto gabarito de seus defensores, essa solução, todavia, não nos parece ser a melhor.

É que, além de ir contra texto expresso de lei, visto que o art. 104 do CDC garante como faculdade do autor da ação individual decidir pela suspensão ou não de sua demanda, tal entendimento vai, ainda, na contramão da principiológica de facilitação do acesso à justiça ao hipossuficiente, como proposto pela norma consumerista, o que, com maior peso e razão, tem espaço nos foros do processo do trabalho.

Logo, o que nos parece mais razoável é considerar que não se deve importar os clássicos conceitos dominantes no âmbito do processo individual para o fim de resolver a controvérsia entre a interação das ações coletivas voltadas à proteção de direitos individuais homogêneos e a ação individual que lhe é correspondente, já que o microsistema de acesso metaindividual à justiça e o princípio constitucional respectivo (art. 5º, XXXV, da CF) indicam pelo afastamento de interpretações que venham a dificultar o exercício desse direito previsto na Carta Magna, até mesmo, em razão do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Importante registrar, contudo, que o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que visa dar nova regulamentação à ação civil pública, apresentado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados, incorpora essa nova variante, estabelecendo em seu art. 37:

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição. [...]

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 5.139/2009).

Em sentido similar, o art. 6º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual:

Art. 6º. *Relação entre demanda coletiva e ações individuais* – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autos das ações individuais, se não for requerida a suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a conta da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual. [...]

§ 2º A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incidível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devem ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 389-390).

A despeito dessas propostas de alteração da legislação sobre o tema, parece-nos, em princípio, que as mesmas razões que fundamentam a conclusão pela inexistência de litispendência são fundamento suficientemente robusto para afastar, também, essa suspensão obrigatória apregoada, não obstante reconheçamos se tratar de uma tese bastante seduzente, na medida em que

resolve o problema da unidade de convicção, sem sacrificar tão violentamente o direito de acesso à justiça, como entendemos fazer a corrente defensora da litispendência,

Cabe registrar, todavia, que, enquanto não promulgadas as referidas normas, permanece em vigor a regra contida no art. 104 do CDC, determinando a inexistência de litispendência entre as referidas ações, mas condicionando o aproveitamento da demanda coletiva, pelo autor da ação individual, no caso de requerimento da suspensão desta, no prazo de 30 dias, contados da ciência sobre o ajuizamento da ação coletiva, é que poderá aproveitar os efeitos da coisa julgada produzida nessa última.

Ressalte-se, por fim, que, apesar da falta de consenso doutrinário, a suspensão prevista no citado art. 104 do CDC não se submete ao prazo previsto no art. 265, § 5º, do CPC, pois, entender de maneira contrária, poderia vir a tornar letra morta a faculdade prevista no *codex*, em prejuízo do autor da ação individual (GRINOVER, 2011, v. 2, p. 213), o que não parece estar inspirado no espírito protetivo da legislação em comento.

3 CONCLUSÃO

Diante de todas essas considerações, a conclusão que parece mais acertada, com a devida vênia dos luminosos fundamentos das correntes contrárias, é a de **inexistência de litispendência entre a ação individual e a ação coletiva**, bem como pelo **não cabimento da suspensão obrigatória daquela em face desta**, ainda que a situação envolva a defesa de direitos individuais homogêneos, diante dos termos do art. 104 do CDC e em nome do princípio do amplo acesso à justiça consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Em caso de suspensão da ação individual, seu prazo não fica limitado a um ano, tal como previsto no art. 265, § 5º, do CPC, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da sentença proferida na ação coletiva, para fins de sua extensão ao plano individual, em homenagem aos princípios da economia, celeridade e da necessária segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *A Relação entre Ações Coletivas e Ações Individuais no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 5139/2009*. Apresentação: 29.04.2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acessado em: 01 dez. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Publicada no DOU de 21.05.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>.

BRASIL. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Publicada no DOU de 07.07.1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

BRASIL. *Lei nº 6.513*, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Publicada no DOU de 22.12.1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6513.htm>.

BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Publicada no DOU de 25.07.1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1110549/RS*. Segunda Seção. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 28 de outubro de 2009. Publicado em: 14.12.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900070092&dt_publicacao=14/12/2009>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1400928/RS*. Primeira Turma. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 6 de dezembro de 2011. Publicado em 13.12.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1111928&sReg=201100563907&sData=20111213&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1253681/MG*. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 7 de fevereiro de 2012. Publicado em: 14.02.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100679947&dt_publicacao=14/02/2012>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Resolução Administrativa nº 24*. Disponibilizada no DEJT dias 14, 18 e 19 de novembro de 2013, considerada publicada dias 18, 19 e 20 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula/ConsultaHomePortletWindow_12.jsessionid=B5343BDC0DFEAB230B382288B2E9F84.jbportal-302?action=2>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-510846-11.1998.5.10.5555*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 27 de novembro de 2008. Publicado em 22.02.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=510846&digitoTst=11&anoTst=1998&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=5555>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-7769000-59.2003.5.02.0900*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 2 de abril de 2009. Publicado em 24.04.2009. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=7769000&digitoTst=59&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0900>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-18800-55.2008.5.22.0003*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 21 de novembro de 2011. Publicado em: 09.01.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=18800&digitoTst=55&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=22&varaTst=0003>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-9400-67.2006.5.01.0004*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 30 de novembro de 2011. Publicado em: 09.12.2011. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=9400&digitoTst=67&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0004>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR-63100-71.2007.5.04.0025*. Primeira Turma. Relator: Desembargador Convocado José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. Brasília, 30 de maio de 2012. Publicado em: 08.06.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=63100&digitoTst=71&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0025>>.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição Processual Trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: LTr, 2003.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1, 13. ed., Salvador: Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 4, 6. ed., Salvador: Jus Podivm, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed., São Paulo: LTr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Inexistência de Litispendência entre Ação Coletiva para a Tutela de Interesses Individuais Homogêneos (substituição processual) e Ação Individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 74, nº 3, p. 47-60, jul./set. 2008.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A Ação Coletiva induz Litispendência para a Ação Individual no Processo do Trabalho?: breves reflexões para debate. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 74, nº 3, p. 35-42, jul./set. 2008.

NERY JR. Nelson. Disposições Finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS et al. (coords.). *Tutela Metaindividual Trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2013.

ATIVOS INTANGÍVEIS, REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA E UMA NOVA ÓTICA PARA O RECONHECIMENTO DA SUCESSÃO

ROSÂNE MARLY SILVEIRA ASSMANN*

RESUMO: O valor econômico de um estabelecimento inclui os seus ativos tangíveis e intangíveis. Assim, diante da importância atual destes ativos e a possibilidade de novos arranjos societários, é necessária uma nova ótica para o reconhecimento da sucessão.

PALAVRAS-CHAVE: Ativos Intangíveis; Reorganização Societária; Reconhecimento da Sucessão.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Estabelecimento e ativos intangíveis; 3 Alienação do estabelecimento ou de seus elementos; 4 Reorganização societária; 5 Sucessão; 5.1 Sucessão pela alienação de bens intangíveis; 5.2 Sucessão pela reorganização societária; 6 Prova; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Ao exercer o direito constitucional de ação, o trabalhador alega o inadimplemento de direitos. Contudo, além do reconhecimento de que tais direitos lhe são devidos, o que deseja, efetivamente, é o pagamento dos valores atribuídos a esses direitos.

Os bens da executada sempre foram a garantia de obtenção dos valores necessários ao adimplemento dos créditos reconhecidos em sentença ou por acordo.

No entanto, a satisfação dos créditos do trabalhador resta obstada, muitas vezes, por diversos artifícios utilizados pelo empregador ou ex-empregador, ao sofrer o processo de execução.

Quando a executada for sociedade empresária, tais bens fazem parte, habitualmente, do estabelecimento.

O presente estudo tem por fim analisar os bens que fazem parte do estabelecimento, em especial os bens que compõem o ativo intangível. Esses bens, como os demais, podem ser parte em reorganização societária. Em ambos os casos, o estudo verifica a possibilidade de configurar sucessão, tanto na alienação de ativos intangíveis, quanto na reorganização societária.

* Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul – RS; Especialista em Direito Processual, Profissionalizante pela Escola Superior de Advocacia/RS e UFSC; Especialista em Direito Processual Civil pela UNISC.

2 ESTABELECIMENTO E ATIVOS INTANGÍVEIS

O artigo 1142 do Código Civil Brasileiro conceitua o estabelecimento: *Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizados para o exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.*

Consoante Ademar Pereira e Amador Paes de Almeida (2011, p. 29), o estabelecimento “constitui-se de bens materiais e imateriais, também denominados corpóreos e incorpóreos, podendo ser conceituado como *complexo de bens materiais e imateriais reunidos e organizados para o exercício da atividade empresarial*”.

Fran Martins (2007, p. 414) afirma que “forma-se o fundo de comércio de elementos *incorpóreos e corpóreos*, todos eles servindo ao exercício do comércio pelo comerciante”.

Fábio Tokars (2006, p. 16) refere que *no direito pátrio, têm sido indistintamente utilizadas as expressões estabelecimento comercial, estabelecimento empresarial, fundo de comércio, fundo mercantil, fundo de empresa, negócio comercial e casa de comércio*, embora refira também que há autores, como Fábio Ulhoa Coelho, que definem estabelecimento empresarial como o conjunto de bens que o empresário reúne para explorar uma atividade econômica e, fundo de empresa, como o valor agregado ao referido conjunto, em razão da mesma atividade.

O valor econômico de um estabelecimento inclui os seus ativos tangíveis e intangíveis.

A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, que altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404/76 e da Lei nº 6.385/76, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras, dispôs que o ativo permanente fosse dividido em investimento, imobilizado, intangível e diferido.

Já a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, alterou novamente o parágrafo 1º do artigo 178 da Lei nº 6.404/76 para que, no ativo, as contas fossem dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nela registrados nos seguintes grupos:

- ativo circulante;
- ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível.

No ativo intangível devem constar os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido (art. 179, VI, da Lei nº 6.404/76, incluído pela Lei nº 11.638, de 2007).

São denominados ativos intangíveis aqueles que não têm existência física.

Antônio Lopes de Sá (2006) exemplifica os ativos intangíveis tais como ponto comercial; marca de fábrica; clientela; investimentos gerais e os das

qualidades das estruturas organizacional e administrativa; imagem institucional e nome da empresa; patentes de invenção; direitos de autor; marcas de fábrica; concessões; permissões; licenças, garantias e franquias; modelos; programas de computador; acordos comerciais em relação à concorrência nos mercados; tradição; recursos e capacidade intelectual humana de experiência, cultura, habilidade, criatividade e liderança; aforamentos e arrendamentos privilegiados.

A invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca são definidos pela Lei nº 9.729/96.

No caso de comércio pela internet (*e-commerce*), o nome de domínio é um dos elementos do estabelecimento.

Eduardo Kazuo Kayo, Herbert Kimura, Diógenes Manoel Leiva Martin e Wilson Toshiro Nakamura (2006) apresentam alguns ativos intangíveis que poderiam compor cada família descrita por Kayo em uma proposta de classificação dos ativos intangíveis.

a) **Ativos humanos:** conhecimento, talento, capacidade, habilidade e experiência dos empregados, administração superior ou empregados-chave, treinamento e desenvolvimento, entre outros;

b) **Ativos de inovação:** pesquisa e desenvolvimento, patentes, fórmulas secretas, *know how*¹ tecnológico, entre outros;

c) **Ativos estruturais:** processos, *softwares*² proprietários, banco de dados, sistemas de informação, sistemas administrativos, inteligência de mercado, canais de mercado, entre outros;

d) **Ativos de relacionamento (com públicos estratégicos):** marcas, logos, *trademarks*³, direitos autorais (de obras literárias, de *softwares* etc), contratos com clientes, fornecedores etc, contratos de licenciamento, franquias etc, direitos de exploração mineral, de água etc, entre outros.

Destacam, ainda, que valorar os ativos intangíveis é importante para servir de base para as operações de fusão ou aquisição, para as operações de securitização ou garantias de empréstimos e para a gestão estratégica desses ativos.

Conforme Kayo e outros (2006),

Os ativos intangíveis em particular têm crescido em importância na formação desse valor. [...]. A influência relativa dos ativos intangíveis sobre o valor das empresas pode variar por diversos motivos: em função do setor de atividade, do ciclo de vida do produto e da empresa, da missão das empresas, entre outros. O valor econômico de uma empresa do setor farmacêutico, por exemplo, pode ser influenciado principalmente

¹ Conhecimento prático.

² Programas que comandam o funcionamento do computador.

³ Marcas registradas.

pelos ativos intangíveis relacionados a pesquisa e desenvolvimento. Por outro lado, o valor das empresas de bens de consumo pode sofrer grande influência do valor da marca, por exemplo.

Há, portanto, empresas em que valem mais seus bens intangíveis do que os bens corpóreos, tais como, por exemplo, empresas de informática e de prestação de serviços. Assim, a potencialidade de gerar riqueza por seus bens intangíveis pode ser idêntica ou até maior do que pelos bens corpóreos.

Os ativos intangíveis geralmente são passíveis de negociação e, dessa forma, podem ser retirados da sociedade empresária executada.

3 ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO OU DE SEUS ELEMENTOS

A alienação do estabelecimento como uma universalidade constitui o trespasse. Contudo, pode haver a alienação de um ou de alguns elementos do estabelecimento.

Consoante expresso por Fábio Tokars (2006, p. 70), há necessidade de que o elemento do estabelecimento seja transferível. O nome empresarial, por exemplo, não pode ser objeto de alienação, nos termos do artigo nº 1.164 do Código Civil⁴. Por esse motivo, quando há interesse de preservar o nome nas mãos do adquirente, há opção por negociar as cotas ou ações (Féres, 2007, p. 27).

Conforme Féres (2007, p. 54-5), *havendo uma funcionalidade nos bens transferidos, autoriza-se a aplicação da disciplina do trespasse*. Cita a alienação do site de empresa cujo objeto está concentrado na internet. Tarcísio Teixeira (2013, p. 161) afirma que *Se fosse o caso, poderia vender apenas o nome de domínio – endereço virtual – juntamente com a marca (o que provavelmente tem de mais valioso), sem necessariamente vender os equipamentos que lhe dão suporte*.

Nos termos de Antônio Lopes de Sá (2006):

Se uma empresa, por exemplo, investe para obter uma concessão, se a obtém e se ela passa a ser ativa produtora de funções sobre o capital, pouco importa que não tenha a forma de um equipamento, prédio ou de qualquer objeto palpável, pois **a função é algo que se assemelha à energia, não possuindo, em si, obrigatoriamente a tangibilidade, mas, sim, sob qualquer aspecto, a característica de capacidade em produzir a utilidade** (grifo do autor).

O bem intangível “concessão” movimentada a estrutura, produzindo a utilidade e gerando lucro. Desse modo, a concessão constitui uma organização produtiva.

⁴ Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 391-2), após efetuada a concessão, podem ocorrer fatos supervenientes que alteram a situação inicial do concessionário, sendo necessária a transferência da concessão ou a alteração do controle societário da empresa concessionária, com a prévia anuência do poder concedente. O financiador pode passar a ter o controle da concessionária ou pode haver a cessão de créditos operacionais futuros em caráter fiduciário, correspondente à remuneração a ser paga pelo concedente.

Além da alienação do estabelecimento ou de seus elementos, uma sociedade empresária pode alterar o tipo societário ou efetuar reorganização societária, como será visto a seguir.

4 REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Uma sociedade empresária pode mudar o tipo societário pela transformação. Pode também efetivar reorganização societária pela incorporação, fusão e cisão. O Código Civil, nos artigos 1.113 a 1.122, e a Lei nº 6.404/76 cuidam da transformação, incorporação e fusão. O artigo 229 dessa lei cuida, por sua vez, da cisão.

Ainda, ao lado dessas operações, desenvolveram-se outros mecanismos como, entre outros, os negócios sobre ativos de sociedades, a aquisição de controle societário e até parcerias do tipo ‘joint ventures’⁵ (Féres, 2007, p. 170).

Igualmente, pode ser constituída uma “off-shore”, que nos termos de Lúcia Helena Briski Young (2008, p. 114), “é uma entidade situada no Exterior, sujeita a um regime legal diferente, ‘extraterritorial’ em relação ao país de domicílio de seus associados” ou ainda uma “holding” para “controlar outras empresas, sendo a função desenvolver um planejamento estratégico, financeiro e jurídico dos investimentos do grupo” (p. 115).

A atividade da “trading company”, por sua vez, “se caracteriza, especialmente, pela aquisição de mercadorias no mercado interno para posterior exportação” (p. 116).

Destacamos que há também modalidades de negociações praticadas, embora não previstas em lei, que devem ser analisadas para verificação da existência ou não de sucessão.

Féres (2007, p. 175-6) afirma que,

Como a cisão reveste-se de rigor formal, muitas vezes, o negócio realizado entre as partes trilha o caminho que se convencionou chamar compra e venda de ativos ou negociação de ativos, ou, ainda, cessão de ativos. Em verdade, esse negócio jurídico não tem forma prescrita. Ele é utilizado quando sociedades pretendem negociar elementos integrantes de seu patrimônio, sem contudo, se submeterem aos trâmites legais da cisão.

⁵ Contrato de colaboração empresarial.

Conforme Botteselli (2012),

a operação de “Drop Down” é caracterizada pelo aumento de capital que uma sociedade empresária realiza em uma empresa dentro de sua estrutura societária (subsidiária), por meio da conferência de ativos (tangíveis e intangíveis), ou seja, bens de natureza diversa, dentro os quais: tecnologia, unidades produtivas, estabelecimentos comerciais e industriais, plantas fabris, direitos e obrigações, entre outros. Ao realizar a transferência de ativos, a sociedade conferente recebe em troca as ações ou quotas do capital social da sociedade receptora.

Salienta, ainda que o escopo do “Drop Down” é distinto do trespasse, pois o “Drop Down” busca uma transferência de ativos determinados, visando uma proteção patrimonial ou a criação de uma nova atividade econômica com os bens transferidos.

Otto Eduardo Fonseca Lobo (2011), comparando o *Drop Down* com a incorporação afirma que naquele “*não há absorção de uma sociedade pela outra, não há divisão do patrimônio, mas sim há a conversão de parte ou totalidade do patrimônio em participação societária, sem que haja sua extinção.*”

Assim, ainda que exposta de forma rápida e concisa, resta possível verificar que a movimentação de ativos, entre eles os intangíveis, nem sempre obedece às formas tradicionais previstas na legislação brasileira.

5 SUCESSÃO

A possibilidade de redirecionamento da execução para o sucessor constitui uma das ferramentas à disposição do Poder Judiciário para lograr êxito na efetiva prestação jurisdicional para a satisfação do crédito reconhecido ao trabalhador.

Assim, relembremos rapidamente o instituto da sucessão.

O contrato de trabalho é pessoal quanto ao empregado, porém este não é vinculado ao empregador, nos termos dos artigos 10 e 448 da CLT, e, sim à unidade econômica. Há, portanto, a despersonalização do empregador.

Nesse sentido, o artigo 448 da CLT, ao estabelecer que “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”, assegura a continuidade do vínculo de emprego mediante a sucessão de empregadores. Desse modo, a substituição de uma das partes integrantes da relação jurídica do contrato de trabalho (o empregador) por outra não afeta os contratos de trabalho.

Pontes de Miranda (2002, p. 111) afirma que

Nos contratos de trabalho, a transferência da posição subjetiva de empregador também se opera *ex lege*, em caso de mudança do titular do direito de propriedade ou de estrutura jurídica da empresa. Está no art. 448 do Decreto-lei nº 7.889, de 21 de agosto de 1945: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os

contratos de trabalho dos respectivos empregados”. “Mudança na propriedade” está, aí, por transferência do domínio ou da enfiteuse, ou constituição de direito real de uso, usufruto, habitação, ou anticrese, ou, ainda, de direito pessoal de locação, ou de comodato, ou oriundo de qualquer outro contrato semelhante.

A regra jurídica, de que se trata, é *protectiva*. Ao legislador pareceu que é acertado amparar, na emergência, o empregado.

Já o artigo 10 da CLT, ao preceituar que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”, atribui ao adquirente a responsabilidade pelos créditos presentes, passados e futuros do trabalhador, inclusive quando não mais existente o contrato de trabalho.

Consoante refere Délio Maranhão (1999, p. 312)

O novo empregador responde pelos contratos de trabalho concluídos pelo antigo, a quem sucede, porque lhe adquiriu o estabelecimento, cujo conceito, como verificamos, é *unitário*. É uma consequência da transferência do estabelecimento como ‘organização produtiva’. [...] A transferência do estabelecimento, como um bem que resulta do conjunto de vínculos existentes entre os diferentes fatores de produção supõe a de todos os elementos organizados. Um desses elementos é o trabalho.

Fábio Tokars (2006, p. 119) assevera que a discussão em torno da responsabilidade quanto a contratos findos foi superada pela edição do artigo 1.146⁶ do novo Código Civil.

Igualmente, Mauro Schiavi (2010, p. 131) disserta:

Para a moderna doutrina, à qual me filio, com apoio da atual jurisprudência dos Tribunais, não há necessidade de que o empregado ou o reclamante em processo trabalhista tenha prestado serviços para a empresa sucessora, basta a transferência total ou parcial de alguma unidade de produção de uma empresa para outra, para que ocorra a sucessão para fins trabalhistas.

Também nesse sentido Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho Delgado, citados por Ben-Hur Silveira Claus (2010, p. 80) ao asseverar que a sucessão trabalhista caracteriza-se mesmo quando os empregados da sucedida não tenham trabalhado para a sucessora.

Não há necessidade de extinção da sociedade empresária e sua substituição por outra para caracterizar a sucessão, sendo suficiente qualquer alteração na propriedade ou estrutura jurídica.

⁶ Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Por outro lado, sempre a atividade empresarial é o elemento definidor sendo necessária a manutenção dos fins. Assim, o adquirente de apartamento em condomínio não é sucessor do construtor.

A sucessão ocorre ainda que não exista vínculo jurídico de qualquer natureza entre o sucessor e o sucedido e não exige a transferência de propriedade, bastando a transferência da posse, como, por exemplo, no arrendamento.

O reconhecimento da sucessão tem por objetivo garantir o adimplemento dos créditos, podendo o trabalhador reivindicar o adimplemento diretamente ao novo titular do negócio ou a ambos.

Veja-se que também os créditos tributários têm proteção diante de sucessão, conforme disposto no Código Tributário Nacional:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – em processo de falência; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005).

A inserção do sucessor no processo pode ocorrer já na fase de execução independentemente do fato desse não ter integrado o polo passivo da lide, ou que o reclamante não tenha sido seu empregado.

Cabe destacar que o artigo 4º da Lei 6.830/80, aplicável subsidiariamente à execução no Processo do Trabalho por força do disposto no artigo 889 da CLT, permite a execução em face do responsável e dos sucessores a qualquer título.

Ainda, segundo o disposto no art. 42, § 3º, do CPC, a sentença, proferida entre as partes originárias do processo, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário. No novo CPC, o artigo 109, § 3º,⁷ reprisa tal disposição.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 261 da SDI-1 do TST:

Bancos. Sucessão trabalhista. Inserido em 27.09.2002. As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.

Conforme a lição de Wagner D. Giglio (2005, p. 537),

Responsável pelo pagamento da condenação é, portanto, a empresa, ou seja, o conjunto de bens materiais (prédios, máquinas, produtos, instalações, etc) e imateriais (crédito, renome, etc.) que compõem o empreendimento. São esses bens que, em última análise, serão arrecadados através da penhora, para satisfazer a condenação, pouco importando quais são as pessoas detentoras ou proprietárias deles.

5.1 Sucessão pela alienação de bens intangíveis

Anteriormente, os parques industriais e bens corpóreos constituíam a parcela mais expressiva do patrimônio e eram a garantia dos direitos dos trabalhadores. Todavia, tal situação mudou. Atualmente, em diversas situações, os bens incorpóreos, as relações, os contratos e os direitos constituem expressivo patrimônio das empresas.

Essa preponderância depende da atividade desenvolvida, e a transferência desses pode caracterizar a sucessão, independentemente da transferência dos demais bens.

Por exemplo, se é alienado o direito de fabricação ou a patente do principal produto, o restante dos bens (se existentes) perde sua finalidade.

⁷ Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

[...]

§ 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.

Se inexistentes bens imóveis e móveis de expressivo valor, restará prejudicada a efetiva garantia dos créditos dos trabalhadores.

No contrato de franquia, por exemplo, Fábio Tokars (2006, p. 81) destaca que:

[...] Neste caso, o sucesso econômico da atividade deriva, em grande parte, da atração de clientela decorrente da utilização das marcas e títulos de estabelecimento cujo uso é cedido por meio de franquia, de forma que este contrato constitui-se no principal elemento econômico do fundo da universalidade. Afastados os efeitos decorrentes do contrato de franquia, o estabelecimento simplesmente deixa de existir, já que os demais elementos integrantes do fundo não são suficientes para a manutenção eficaz da atividade empresarial.

Féres (2007, p. 54) exemplifica quanto à alienação de uma das marcas conhecidas de um estabelecimento:

Conforme as circunstâncias, é possível que essa hipótese configure alienação parcial de estabelecimento, o que gera a incidência da sistemática especial sobre o trespasse, ou seja, o adquirente experimentará contratos, créditos e dívidas correlacionadas à exploração da marca que lhe foi cedida. Havendo uma funcionalidade nos bens transferidos, autoriza-se a aplicação da disciplina do trespasse.

Portanto, há possibilidade de sucessão pela assunção de ativos intangíveis. Nesse sentido, o acórdão proferido pela Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, nos autos do processo 0089400-49.2002.5.04.0024, publicado em 17.04.2012:

AGRAVO DE PETIÇÃO DAS SEGUNDA E TERCEIRA EXECUTADAS. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. Contrato de licenciamento de uso de marcas e usufruto oneroso com cedência da exploração do empreendimento comercial, incluindo a marca, sem solução de continuidade e no mesmo ramo de atividade, com objetivo de atender à mesma clientela e com o mesmo nome fantasia. A alteração de propriedade e estrutura jurídica da empregadora caracteriza sucessão da responsabilidade pelos créditos trabalhistas, a teor do disposto nos arts. 10 e 448 da CLT.

[...]

A configuração da hipótese de sucessão trabalhista, de acordo com artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e em face do princípio da despersonalização do empregador, ocorre quando há alteração na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa, com transferência de patrimônio de uma unidade econômica para outra, que o absorve. Os direitos adquiridos pelos empregados do sucedido, assim como os respectivos contratos, no entanto, não são afetados, ficando o sucessor responsável pelos encargos e obrigações decorrentes das

relações jurídicas de emprego, que se constituem em bem imaterial que integra o estabelecimento. O conceito de sucessão no direito do trabalho, difere, pela sua natureza tutelar, em sua amplitude, do concebido nos demais ramos do direito civil ou comercial. A sucessão trabalhista alicerça-se em condições objetivas, de continuidade dos serviços do estabelecimento (unidade econômico-produtiva) e na identidade de objetivos e meios, ainda que não haja vínculo entre o titular precedente e aquele que o sucedeu. A transferência de um estabelecimento, na sua unidade orgânica, de um para outro titular, qualquer que seja a natureza do título sob a qual se processe, gera a sucessão para todos os efeitos de assunção das obrigações trabalhistas.

[...]

Ressalte-se que o fato de não ter sido transferida unidade fabril ou outro bem material não significa que não tenha havido a transferência de patrimônio, pois nesses incluem-se os bens imateriais, como a marca (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2012a, grifo nosso).

[...]

Destacamos, ainda, que, no caso de concessão, a transferência de direitos de exploração de serviços públicos, a qualquer título, no todo ou em parte, caracteriza sucessão porque inalterada a atividade econômica, ainda que inexistir transferência de propriedade de bens corpóreos ou alteração na estrutura jurídica. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 225, I, da SDI I do TST, quanto a contratos de concessão pública, entendendo-se a referência ali feita a “bens de sua propriedade”, também aos bens intangíveis:

225. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA (nova redação) - DJ 20.04.2005

Celebrado contrato de concessão de serviço público em que uma empresa (primeira concessionária) outorga a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, mediante arrendamento, ou qualquer outra forma contratual, a título transitório, bens de sua propriedade:

I - em caso de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão;

II - no tocante ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora.

Igualmente, a concessão de linhas de transporte público, por exemplo, constitui ativo imaterial, o qual constitui patrimônio sumamente valioso, mais essencial à sobrevivência de uma sociedade empresária do que prédios, garagens ou ônibus (que podem ser locados ou adquiridos por *leasing*).

A aquisição do direito à exploração de linhas de ônibus equivale-se à compra ou cessão de uma organização produtiva (“estabelecimento”), indispensável à exploração do objeto social, devendo constar contabilmente no ativo. A alienação ou transferência de tais bens equivale à alienação de um “estabelecimento”, mormente quando o Poder Público apenas anuir com a transferência.

Contudo, em sentido contrário o acórdão publicado nos autos do processo 0000066-12.2010.5.04.0351, em 08.05.2012, pela Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, cuja ementa é transcrita:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXEQÜENTE. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. PERMISSIONÁRIOS A TÍTULO PRECÁRIO. Não se configura sucessão de empregadores quando nova permissionária contrata com o Poder Público, a título precário, a exploração de atividade econômica de loja. Hipótese em que a permissão à Cooperativa contra quem ora se pretende a penhora, firmou permissão de uso um ano após o distrato do Município com o permissionário anterior. Ademais, sequer se cogita de benefício da força de trabalho, porquanto a prestação de serviços se encerrou 5 anos antes da permissão de uso à atual contratante. Recurso a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2012b).

5.2 Sucessão pela reorganização societária

A realização de operações de transformação, incorporação, fusão e cisão não afasta o reconhecimento da existência de sucessão.

No caso de transformação (artigo 1.115), de incorporação (artigo 1.116) e de fusão (artigo 1.119), o próprio Código Civil, nos artigos mencionados, estabelece a sucessão. Quanto à cisão, a existência de sucessão consta no parágrafo 1º do artigo 229 da Lei nº 6.404/76.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 30 da SDI-I do TST⁸ quanto à responsabilidade da empresa Proforte pela absorção de parte do patrimônio da empresa anterior cindida.

Igualmente, Otto Eduardo Fonseca Lobo (2005), quanto à sucessão em caso de reorganização societária não prevista lei, afirma que,

Segundo Ricardo Tepedino, no drop down “só haverá sucessão da sociedade receptora nos direitos e obrigações especificadas no respectivo negócio jurídico, com exceções às disciplinas especiais do direito tributário (Código Tributário Nacional – “CTN” art. 133) e da legislação trabalhista (CLT § 2º do art. 2º e art. 448)”.

⁸ 30. CISÃO PARCIAL DE EMPRESA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROFORTE (DJ 09.12.2003) É solidária a responsabilidade entre a empresa cindida subsistente e aquelas que absorverem parte do seu patrimônio, quando constatada fraude na cisão parcial.

Portanto, a reorganização societária, de forma prevista em lei ou não, jamais poderá obstar a satisfação do crédito tributário e, principalmente, o crédito do trabalhador.

Contudo, ainda que não se considere a existência de sucessão, pode se caracterizar a venda em fraude à execução. Assim, incidente a regra do artigo 592, inciso III, do CPC, subsidiariamente aplicável quando houver venda de bens, a qual determina que ficam sujeitos à execução os bens: III - do devedor quando em poder de terceiros. No novo CPC, essa disposição se encontra no artigo 790, III.

6 PROVA

No que tange à prova da existência da sucessão entre as empresas, o trabalhador poderá provar suas alegações com todos os meios legais possíveis. Por representar de forma clara a fundamentação dessa possibilidade, transcreve-se acórdão obtido no CD 2007 Justiça do Trabalho, HS Editora e Notadez Informação:

DTZ1707137 - SUCESSÃO DE EMPRESAS. PROVA. O QUE COMPETE A CADA PARTE PROVAR, NA ESPÉCIE. Atento à realidade que cerca o processo do trabalho e a capacidade probatória dos que dele participam, ambas de significativa relevância, não se deve cristalizar as regras atinentes ao ônus probatório, mas, antes, atender ao princípio da aptidão da prova, de modo que cabe a prova à parte que melhores condições tem para produzi-la. A visão estática da distribuição do ônus da prova, turvou-se já, sendo que, de maneira muito límpida, nos dias que correm, há dar proeminência ao modo de ver que redundará na idéia da distribuição dinâmica do “onus probandi”: deve atendê-lo quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova, o que há de ser estabelecido atento ao caso concreto e não de maneira vaga e abstrata (também superficial?), antecipadamente fixada, o que, não raras vezes, acaba por ignorar a realidade, a palpitação e as incontáveis variações que a complexidade da vida hodierna provoca, refletindo, como é palmar, de maneira negativa no processo e na distribuição da Justiça, com o que, por óbvio, não se pode concordar, pelo que, tendo, de sua parte, o obreiro produzido a prova que estava ao seu alcance, quanto as ligações existentes entre as empresas que incluiu no pólo passivo da reclamatória, a estas é que competia demonstrar a falta de liame que impedisse a pretendida sucessão, prova essa que, para elas, era muito mais fácil produzir. Diga-se mais e por derradeiro, que não se pode perder de vista que as diversas possibilidades de atuações conjuntas das empresas não podem redundar em prejuízo aos que para elas trabalhem, o que magoaria, a mais não poder, os princípios e fins norteadores do direito do trabalho. (TRT15ª R. - RO 1901-2002-092-15-00-5 - Ac. Ac. 23839/07 - 5ª C. - Rel. Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani - DJ 01.06.2007, pág. 20).

Ressaltamos que, ao trabalhador, nem sempre é possível conhecer todas as relações comerciais estabelecidas entre as sociedades empresárias ou delas fazer prova.

Além da tradicional “compra e venda”, há toda uma gama de relações (cessões, arrendamentos, franquias, concessões, consórcios, terceirizações) e reorganizações societárias típicas e atípicas que não podem ser consideradas estanques em si mesmas e analisadas apenas pela ótica comercial, sem considerar o eventual prejuízo que podem trazer ao trabalhador.

Os institutos da sucessão e da responsabilidade pelos créditos, com o devido cuidado, é claro, não podem ficar restritos somente quando há transferência de bens corpóreos ou quando da tradicional “compra e venda”.

Assim, todos os meios de prova devem ser admitidos, inclusive pela utilização de ferramentas eletrônicas, tais como pesquisa na JUCERGS (Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul), SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços) e junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, ao contrário do entendimento tradicional que, para a configuração da sucessão exige a transferência do estabelecimento como organização produtiva, a alienação ou transferência de bens essenciais ao prosseguimento da sociedade empresária em si, tal como a marca ou outro direito intangível, configura a sucessão. Ressalta-se, ainda, a importância do conhecimento, pelo operador do Direito do Trabalho, de operações contábeis e comerciais e sua implicação aos direitos do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BOTTESELLI, Ettore. Drop Down de Ativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3360, 12 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22599/drop-down-de-ativos>>. Acesso em: 09 jan. 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1942. Consolidação das Leis do Trabalho. 12. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (RT MiniCódigos).

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. 12. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (RT MiniCódigos).

BRASIL. *Lei nº 6.404*, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Lei nº 11.638*, de 28 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 09 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.941*, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Seção Especializada em Execução. Acórdão *0089400-49.2002.5.04.0024 (AP)*. Redator: Maria da Graça Ribeiro Centeno. Publicado em: 17 abr. 2012. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:kRNvDQV7bcJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D41632838++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-04-17..2012-04-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Seção Especializada em Execução. Acórdão *0000066-12.2010.5.04.0351 (AP)*. Redator: João Alfredo Borges Antunes de Miranda. Publicado em: 08 maio. 2012. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:2uxFII1Smz4J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D41886242++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-05-08..2012-05-08++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 1901-2002-092-15-00-5-Ac. Ac. 23839/07 - 5ª C. Relator: Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. Publicado no DJ: 01.06.2007, pág. 20. *Justiça do Trabalho*. CD 2007. Porto Alegre: HS Editora e Notadez Informação.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I - SDI I. *Orientação Jurisprudencial Transitória nº 30*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1_Transitoria/n_transitoria.html#Tema30>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I - SDI I. *Orientação Jurisprudencial nº 225*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_221.htm - TEMA225>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I - SDI I. *Orientação Jurisprudencial nº 261*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm - TEMA261>. Acesso em 28 mar. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed., rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 03.01.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Efetividade da Execução Trabalhista*: em perguntas e respostas. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*. Porto Alegre, v. 2, nº 04, p. 13-88, 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

KAYO, Kazuo; KIMURA, Herbert; MARTIN, Diógenes Manoel Leiva; NAKAMURA, Wilson Toshiro. Ativos Intangíveis Ciclo de Vida e Criação de Valor. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 10, nº 3, p. 73-90, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552006000300005>. Acesso em: 13 jan. 2013.

LOBO, Otto Eduardo Fonseca. Cisão Parcial, Drop Down e Venda de Estabelecimento. In: _____. *Fusões e Aquisições*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. p. 117-125. Apostila. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/42/Fus%C3%B5es_e_Aquisi%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2013.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed., v. 1, São Paulo: LTr, 1999.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo IX: arts. 736 a 795. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Ademar; ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual do Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÁ, Antônio Lopes de. *Ativo Intangível e Potencialidades dos Capitais*. Disponível em: <<http://www.lopesdesa.com.br/artigos/ativo-imaterial/>>. Acesso em: 07 ago. 2006.

SCHIAVI, Mauro. *Execução no Processo do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de Direito e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOKARS, Fábio. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: LTr, 2006.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. *Manual Básico de Direito Empresarial*. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2008.