

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO é indexada nos seguintes Órgãos, publicações e Bibliotecas:

- ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- BIBLIOTECA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **BELO HORIZONTE/MG**
- BIBLIOTECA NACIONAL - **RIO DE JANEIRO/RJ**
- CÂMARA FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR - CAPES
- FACULDADE DE DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC - **BELO HORIZONTE/MG**
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - **SÃO PAULO/SP**
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG - **BELO HORIZONTE/MG**
- FUNDAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DE PESQUISA DA UFMG - PRÓ-REITORIA - **BELO HORIZONTE/MG**
- INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA - IBICT - MCT - **BRASÍLIA/DF**
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - **BRASÍLIA/DF**
- MINISTÉRIO DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - **BRASÍLIA/DF**
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Seção de Minas Gerais - **BELO HORIZONTE/MG**
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - Secretaria - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA REGIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - **BELO HORIZONTE/MG**
- SENADO FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **BRASÍLIA/DF**
- SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - **BRASÍLIA/DF**
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (23 Regiões)
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**

EXTERIOR

- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - **PORTUGAL**
- FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAYA - **MONTEVIDEO**
- LIBRARY OF CONGRESS OF THE USA - **WASHINGTON, DC**
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Centro de Estudos Judiciários - **LISBOA/PORTUGAL**
- SINDICATO DOS MAGISTRADOS JUDICIAIS DE PORTUGAL - **LISBOA/PORTUGAL**
- UNIVERSIDADE DE COIMBRA - **PORTUGAL**
- THE UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - **AUSTIN, TEXAS**
- ULRICH 'S INTERNATIONAL PERIODICALS DIRECTORY, **NEW PROVIDENCE, N.J./USA**

(Indicador Internacional de Publicações Seriadas)



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Os acórdãos, sentenças de 1ª Instância e artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

CONSELHO EDITORIAL

Desembargadora DEOCLECIA AMORELLI DIAS - **Presidente do TRT**
Desembargador LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT - **Diretor da EJ**
Juíza GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS - **Coordenadora acadêmica da EJ**
Juíza ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI - **Coordenadora da Revista**
Juíza MARIA CRISTINA DINIZ CAIXETA - **Coordenadora da Revista**
Juiz Substituto ÉZIO MARTINS CABRAL JÚNIOR - **Coordenador da Revista**
Juiz ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS
Desembargadora MARIA LÚCIA CARDOSO DE MAGALHÃES
Ministro JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Desembargador CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR
Desembargador MÁRCIO TÚLIO VIANA
Juíza MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT
Ministro MAURICIO GODINHO DELGADO
ADRIÁN GOLDIN - Professor Plenário na Universidad San Andrés
ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU - Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Castilla La Mancha
GIANCARLO PERONE - Professor Ordinário de Diritto Del Lavoro Nella Università di Roma Tor Vergata
MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II - Panthéon - Assas.

DEPARTAMENTO DA REVISTA:

Ronaldo da Silva - **Assessor da Escola Judicial**

Bacharéis:

Cláudia Márcia Chein Vidigal
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano
Jésus Antônio de Vasconcelos
Maria Regina Alves Fonseca

Editoração de texto - Normalização e diagramação:

Patrícia Côrtes Araújo

CAPA: Patrícia Melin - Assessoria de Comunicação Social

REDAÇÃO: Rua Goitacases 1475 - 15º andar
CEP 30190-052 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3238-7868
e-mail: revista@trt3.jus.br
aej@trt3.jus.br

EDIÇÃO: Rettec Artes Gráficas e Editora Ltda.
e-mail: rettec@rettec.com.br
Telefone: (11) 2063-7000

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG - Brasil
Ano 1 n. 1 1965-2012
Semestral
ISSN 0076-8855
1. Direito do Trabalho - Brasil 2. Processo trabalhista - Brasil 3. Jurisprudência trabalhista - Brasil
CDU 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que mencionada a fonte.
Impresso no Brasil

Esta Revista impressa encontra-se disponível em formato eletrônico no *site*
www.trt3.jus.br/escola/revista/apresentacao.htm

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
1. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO EM JUNHO DE 2012	9
2. DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO	19
3. DOCTRINA	
- A APLICABILIDADE DO ART. 203 DO CÓDIGO PENAL NA SEARA TRABALHISTA Breno Ortiz Tavares Costa e Rodrigo de Moraes Molaro	25
- A CONCILIAÇÃO COMO CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA Adriana Goulart de Sena Orsini, Ana Flávia Chaves Vaz de Mello e Tayná Pereira Amaral	41
- A PROVA DO TRABALHO ESCRAVO NO PROCESSO LABORAL Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé	57
- A QUERELÂNCIA E O JUDICIÁRIO Francisco Paes Barreto	73
- DIREITO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE METAMORFOSE DA REGULAÇÃO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PLURAL DA JUSTIÇA? Camila Nicácio	79
- EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VISÃO GERAL E PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO Júlio Bernardo do Carmo	109
- ENTRE A RESIGNAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO: O SINDICALISMO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS Eduardo Marques Vieira Araújo	143
- ENXERGANDO O FUTURO PELA LENTE DO PASSADO: É POSSÍVEL APLICAR A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO RISCO DA ATIVIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO? Ney Stany Moraes Maranhão	157
- INDENIZAÇÃO POR DOENÇA PSÍQUICA NO AMBIENTE DE TRABALHO - O DIREITO (E O JUIZ) NO FOGO CRUZADO DO NEXO CAUSAL Marcelo Furtado Vidal	165

- LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES: NOTICIAS DE UNA EVOLUCIÓN EN MARCHA Xavier Beaudonnet	197
- LE CHEVAL DE TROIE René Fiori	219
- LEI N. 12.440/2011: CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS Isabela Márcia de Alcântara Fabiano e Luiz Otávio Linhares Renault	231
- O CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E SUAS TRANSFORMAÇÕES: O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA Solange Barbosa de Castro Coura	241
- O TRABALHADOR INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA: O CAMINHO PARA UM NOVO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO NO DIREITO LABORAL Jorge Luis Machado	269
3. DECISÃO PRECURSORA	287
Decisão proferida no Processo n. 2187/80 Juiz Relator: Manuel Cândido Rodrigues Comentário: Juiz do Trabalho Substituto Bruno Alves Rodrigues	
4. JURISPRUDÊNCIA	
ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	301
5. DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	339
6. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES ESPECIALIZADAS DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS E SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO	473
7. ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	485
8. ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	489

APRESENTAÇÃO

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região já se firmou como instrumento de interesse do jurista do Trabalho brasileiro. Magistrados, advogados, procuradores, professores universitários, servidores, estagiários, público estrangeiro e toda pessoa interessada nesse ramo do Direito especializado em questões trabalhistas têm, por meio da consulta à Revista do TRT-MG, acesso a informações confiáveis e oficiais no que toca à doutrina e jurisprudência trabalhistas.

Seu Conselho Editorial é composto por membros da magistratura trabalhista em vários graus de jurisdição, desde juízes até ministros, e também por professores universitários estrangeiros. Desde a Revista n. 69 de 2004, o acervo das informações da Revista encontra-se disponível para consulta por meio impresso e em suporte digital, no endereço eletrônico <http://www.trt3.jus.br/escola/revista/apresentacao.htm>.

Neste número 83, a Revista traz assuntos variados e dos mais interessantes. Foram tratados o Direito Material do Trabalho, desde aspectos da doença mental no trabalho, em abordagem multidisciplinar que inclui a psicanálise, do Direito Internacional do trabalho, do Direito sindical e da terceirização, do trabalho escravo e indígena e das responsabilidades civil e penal trabalhistas, até o Direito Processual, com análises percucientes do instituto dos embargos declaratórios, da nova lei da CNDT e da mediação e conciliação trabalhistas.

As decisões de 1º e 2º grau de jurisdição confirmam a já reconhecida qualidade intelectual dos magistrados da 3ª Região, que têm visão vanguardista, sem olvidar da preservação do devido processo legal. Demonstram sobretudo preocupação com a efetividade do Direito Material do Trabalho e, de modo geral, com a salvaguarda do Estado Democrático de Direito.

Boa leitura!

MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT
Juíza Titular da 3ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora
Conselheira da Escola Judicial do TRT-MG
e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do
Trabalho (ENAMAT)

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA TERCEIRA REGIÃO**

BIÊNIO: 2012/2013

Desembargadora **DEOCLECIA AMORELLI DIAS**
Presidente

Desembargador **MARCUS MOURA FERREIRA**
1º Vice-Presidente

Desembargador **LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT**
2º Vice-Presidente

Desembargador **BOLÍVAR VIÉGAS PEIXOTO**
Corregedor

Desembargador **MÁRCIO FLÁVIO SALEM VIDIGAL**
Vice-Corregedor

PRIMEIRA TURMA

Desembargador Emerson José Alves Lage - **Presidente da Turma**

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria

Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior

SEGUNDA TURMA

Desembargador Jales Valadão Cardoso - **Presidente da Turma**

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargador Luiz Ronan Neves Koury

TERCEIRA TURMA

Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior - **Presidente da Turma**

Desembargadora Emília Facchini

Juíza Camilla Guimarães Pereira Zeidler (convocada)

QUARTA TURMA

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo - **Presidente da Turma**

Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães

Juiz Milton Vasques Thibau de Almeida (convocado)

QUINTA TURMA

Desembargador José Murilo de Moraes - **Presidente da Turma**

Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa

Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida

SEXTA TURMA

Desembargador Rogério Valle Ferreira - **Presidente da Turma**

Desembargador Anemar Pereira Amaral

Desembargador Jorge Berg de Mendonça

SÉTIMA TURMA

Desembargador Paulo Roberto de Castro - **Presidente da Turma**
Desembargadora Alice Monteiro de Barros
Desembargador Marcelo Lamego Pertence

OITAVA TURMA

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle - **Presidente da Turma**
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto

NONA TURMA

Desembargador Ricardo Antônio Mohallem - **Presidente da Turma**
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Mônica Sette Lopes

TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA

Desembargador José Miguel de Campos - **Presidente da Turma**
Desembargador Heriberto de Castro
Juiz Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes (convocado)

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias (Presidente)
Desembargador Marcus Moura Ferreira (1º Vice-Presidente)
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault (2º Vice Presidente)
Desembargador Bolívar Viégas Peixoto (Corregedor)
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal (Vice-Corregedor)
Desembargadora Alice Monteiro de Barros
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador José Miguel de Campos
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Heriberto de Castro
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Marcelo Lamego Pertence

SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS COLETIVOS (SDC)

Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias (Presidente)
Desembargadora Alice Monteiro de Barros
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa
Desembargadora Emília Facchini
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Juíza Camilla Guimarães Pereira Zeidler (convocada)

1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI)

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria (Presidente)
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jales Valadão Cardoso
Desembargador Marcelo Lamego Pertence
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior

2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI)

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo (Presidente)
Desembargador José Miguel de Campos
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador Heriberto de Castro
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador Rogério Valle Ferreira
Desembargadora Mônica Sette Lopes
Juiz Milton Vasques Thibau de Almeida (convocado)
Juiz Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes (convocado)

Diretor-Geral: Guilherme Augusto de Araújo
Diretora Judiciária: Sandra Pimentel Mendes
Secretário-Geral da Presidência: Eliel Negromonte Filho

**VARAS DO TRABALHO
TRT/ 3ª REGIÃO
MINAS GERAIS**

CAPITAL

01ª Vara de Belo Horizonte	João Alberto de Almeida
02ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
03ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
04ª Vara de Belo Horizonte	Milton Vasques Thibau de Almeida
05ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
06ª Vara de Belo Horizonte	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
07ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
08ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
09ª Vara de Belo Horizonte	Denise Amâncio de Oliveira
10ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
11ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
12ª Vara de Belo Horizonte	
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
15ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Amorim Rebouças
16ª Vara de Belo Horizonte	Márcio Toledo Gonçalves
17ª Vara de Belo Horizonte	Hélder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Maristela Íris da Silva Malheiros
20ª Vara de Belo Horizonte	Táisa Maria Macena de Lima
21ª Vara de Belo Horizonte	
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Orlando Tadeu de Alcântara
24ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
25ª Vara de Belo Horizonte	Rodrigo Ribeiro Bueno
26ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cecília Alves Pinto
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Vicente de Paula Maciel Júnior
29ª Vara de Belo Horizonte	João Bosco de Barcelos Coura
30ª Vara de Belo Horizonte	Maria Stela Álvares da Silva Campos
31ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Maurício Ribeiro Pires
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Frões Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
34ª Vara de Belo Horizonte	José Marlon de Freitas
35ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Goulart de Sena Orsini
36ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
37ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Espi Cavalcanti
38ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
39ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Alves Viotti
40ª Vara de Belo Horizonte	Luiz Antônio de Paula Iennaco

INTERIOR

Aimorés (Posto Avançado)

Vara de Alfenas

Vara de Almenara

Vara de Araçuaí

Vara de Araguari

Vara de Araxá

1ª Vara de Barbacena

2ª Vara de Barbacena

Foro de Barbacena

Posto Atendimento Descentralizado
de Venda NovaPosto Atendimento Descentralizado
do Barreiro

1ª Vara de Betim

2ª Vara de Betim

3ª Vara de Betim

4ª Vara de Betim

5ª Vara de Betim

Foro de Betim

Vara de Bom Despacho

Vara de Caratinga

Vara de Cataguases

Vara de Caxambu

Vara de Congonhas

Vara de Conselheiro Lafaiete

1ª Vara de Contagem

2ª Vara de Contagem

3ª Vara de Contagem

4ª Vara de Contagem

5ª Vara de Contagem

Foro de Contagem

1ª Vara de Coronel Fabriciano

2ª Vara de Coronel Fabriciano

3ª Vara de Coronel Fabriciano

4ª Vara de Coronel Fabriciano

Foro de Coronel Fabriciano

Vara de Curvelo

Vara de Diamantina

1ª Vara de Divinópolis

2ª Vara de Divinópolis

Frederico Leopoldo Pereira

Paulo Emílio Vilhena da Silva

André Figueiredo Dutra

Zaida José dos Santos

Célia das Graças Campos

Vânia Maria Arruda

Mauro César Silva

Rita de Cássia de Castro Oliveira

Sueli Teixeira

Laudenicy Moreira de Abreu

Maurílio Brasil

Clarice Santos Castro

Jônatas Rodrigues de Freitas

Rita de Cássia Barquette Nascimento

Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues

Denízia Vieira Braga

Rosângela Pereira Bhering

Vitor Salino de Moura Eça

Marcelo Moura Ferreira

Manoel Barbosa da Silva

Cláudia Rocha Welterlin

Edson Ferreira de Souza Júnior

Hitler Eustásio Machado Oliveira

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta

Vanda Lúcia Horta Moreira

Antônio Neves de Freitas

Paulo Gustavo de Amarante Merçon

Simone Miranda Parreiras

Foro de Divinópolis	
1ª Vara de Formiga	Graça Maria Borges de Freitas
2ª Vara de Formiga	Marco Túlio Machado Santos
Foro de Formiga	
Frutal (Posto Avançado)	
1ª Vara de Governador Valadares	Agnaldo Amado Filho
2ª Vara de Governador Valadares	Hudson Teixeira Pinto
3ª Vara de Governador Valadares	Flávia Cristina Rossi Dutra
Foro de Governador Valadares	
Vara de Guanhães	Jacqueline Prado Casagrande
Vara de Guaxupé	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
Vara de Itabira	Leonardo Passos Ferreira
Vara de Itajubá	Edmar Souza Salgado
Vara de Itaúna	Valmir Inácio Vieira
Vara de Ituiutaba	Andréa Marinho Moreira Teixeira
Vara de Iturama	Tarcísio Corrêa de Brito
Vara de Januária	Anselmo José Alves
1ª Vara de João Monlevade	Maritza Eliane Isidoro
2ª Vara de João Monlevade	Newton Gomes Godinho
Foro de João Monlevade	
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Fernando César da Fonseca
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
Foro de Juiz de Fora	
Vara de Lavras	Gigli Cattabriga Júnior
Vara de Manhuaçu	Luiz Cláudio dos Santos Viana
Vara de Monte Azul	Júlio César Cangussu Souto
1ª Vara de Montes Claros	Cristina Adelaide Custódio
2ª Vara de Montes Claros	Gastão Fabiano Piazza Júnior
3ª Vara de Montes Claros	João Lúcio da Silva
Foro de Montes Claros	
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	Jésser Gonçalves Pacheco
Vara de Nova Lima	Lucas Vanucci Lins
Vara de Ouro Preto	Márcio José Zebende
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	
1ª Vara de Passos	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Passos	Maria Raimunda de Moraes
Foro de Passos	

Vara de Patos de Minas	Luiz Carlos Araújo
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
1ª Vara de Pedro Leopoldo	Paulo Chaves Corrêa Filho
2ª Vara de Pedro Leopoldo	Luís Felipe Lopes Boson
Foro de Pedro Leopoldo	
Vara de Pirapora	Maria de Lourdes Sales Calvelhe
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Foro de Poços de Caldas	
Vara de Ponte Nova	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
1ª Vara de Pouso Alegre	Érica Martins Júdice
2ª Vara de Pouso Alegre	Luciana Nascimento dos Santos
Foro de Pouso Alegre	
Vara de Ribeirão das Neves	Cristiana Maria Valadares Fenelon
Vara de Sabará	Rosemary de Oliveira Pires
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Henoc Piva
1ª Vara de Sete Lagoas	Cléber José de Freitas
2ª Vara de Sete Lagoas	Gláucio Eduardo Soares Xavier
Foro de Sete Lagoas	
Vara de Teófilo Otoni	André Luiz Gonçalves Coimbra
Vara de Três Corações	Paula Borlido Haddad
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Maria Tereza da Costa Machado Leão
2ª Vara de Uberaba	Marcos César Leão
3ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
Foro de Uberaba	
1ª Vara de Uberlândia	Fernando Sollero Caiaffa
2ª Vara de Uberlândia	Marco Antônio de Oliveira
3ª Vara de Uberlândia	Erdman Ferreira da Cunha
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Moraes
5ª Vara de Uberlândia	Érica Aparecida Pires Bessa
Foro de Uberlândia	
Vara de Unai	Flânio Antônio Campos Vieira
1ª Vara de Varginha	Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
2ª Vara de Varginha	Leonardo Toledo de Resende
Foro de Varginha	
Viçosa (Posto Avançado)	

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriana Farnesi e Silva
Adriano Antônio Borges
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Chibante Martins
Alexandre Reis Pereira de Barros
Aline Paula Bonna
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Carolina Simões Silveira
Ana Luíza Fischer Teixeira de Souza Mendonça
Ana Paula Costa Guerzoni
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
Andréa Buttler
Andréa Rodrigues de Moraes
Andressa Batista de Oliveira
Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Anna Carolina Marques Gontijo
Anselmo Bosco dos Santos
Bruno Alves Rodrigues
Camila Ximenes Coimbra
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carlos Adriano Dani Lebourg
Carolina Lobato Góes de Araújo Barroso
Celso Alves Magalhães
Christianne de Oliveira Lansky
Cláudia Eunice Rodrigues
Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti
Cleyonara Campos Vieira Vilela
Cristiana Soares Campos
Cristiano Daniel Muzzi
Cyntia Cordeiro Santos
Daniel Cordeiro Gazola
Daniel Gomide Souza
Daniela Torres Conceição
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Edísio Bianchi Loureiro
Ednaldo da Silva Lima
Eliane Magalhães de Oliveira
Ézio Martins Cabral Júnior

Fabiana Alves Marra
Fabiano de Abreu Pfeilsticker
Fabiano Gomes de Oliveira
Fábio Gonzaga de Carvalho
Fabrício Lima Silva
Felipe Clímaco Heineck
Fernanda Garcia Bulhões Araújo
Fernando Rotondo Rocha
Fernando Saraiva Rocha
Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
Francisco José dos Santos Júnior
Geraldo Hélio Leal
Geraldo Magela Melo
Gilmar Delourdes Peixoto de Melo
Glauc Rodrigues Becho
Helena Honda Rocha
Henrique Alves Vilela
Jane Dias do Amaral
João Rodrigues Filho
José Barbosa Neto Fonseca Suett
José Ricardo Dily
Juliana Campos Ferro Lage
Júlio Corrêa de Melo Neto
June Bayão Gomes Guerra
Júnia Márcia Marra Turra
Karla Santuchi
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Letícia Cavalcanti Silva
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Olympio Brandão Vidal
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Marcel Lopes Machado
Marcelo Alves Marcondes Pedrosa
Marcelo Oliveira da Silva
Marcelo Ribeiro
Márcio Roberto Tostes Franco
Marco Antônio Silveira
Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Marco Aurélio Marsiglia Treviso
Marcos Vinícius Barroso

Maria Irene Silva de Castro Coelho
Marina Caixeta Braga
Mauro Elvas Falcão Carneiro
Melânia Medeiros dos Santos Vieira
Natália Azevedo Sena
Nelson Henrique Rezende Pereira
Neurisvan Alves Lacerda
Ordenísio César dos Santos
Pedro Paulo Ferreira
Priscila Rajão Cota Pacheco
Rafaela Campos Alves
Raíssa Rodrigues Gomide Máfia
Raquel Fernandes Lage
Renata Batista Pinto Coelho Froes de Aguiar
Renata Lopes Vale
Renato Clemente Pereira
Renato de Paula Amado
Rodrigo Cândido Rodrigues
Ronaldo Antônio Messeder Filho
Rosa Dias Godrim
Rosângela Alves da Silva Paiva
Sandra Carla Simamoto da Cunha
Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Sheila Marfa Valério
Silene Cunha de Oliveira
Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
Simey Rodrigues
Simone Soares Bernardes
Solange Barbosa de Castro Coura
Tânia Mara Guimarães Pena
Thaís Macedo Martins Sarapu
Thaísa Santana Souza
Vanelli Cristine Silva de Mattos
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vinícius de Miranda Taveira
Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
Walder de Brito Barbosa
Wanessa Mendes de Araújo

DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias

1º de setembro de 2011

Excelentíssimo Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, na pessoa de quem cumprimento todos os presentes.

Tenho uma irresistível preferência por ouvir, mas a hora demanda dizer, e discurso de posse traz, pelo menos, um viés compromissório cuja essência pretendo resumir. E vou entremeando o agradecer com o comprometer.

Inicialmente, agradeço aos eminentes Desembargadores a honra que me concederam de presidir esta Corte, de longe a mais dignificante outorga que terá recaído sobre mim por toda a minha judicatura.

Este é um Tribunal resguardado por uma tradição vigorosa, nascida de sua imensa contribuição à Justiça do Trabalho em todos os tempos. Sua longa primazia ele a deve certamente a muitos, especialmente aos seus magistrados de ambas as instâncias, de cujas variadas virtudes devo ressaltar a sua reconhecida e inexcusável dedicação ao trabalho.

Este é um Tribunal que sempre esteve à frente do seu tempo e tem sido fonte de inspiração para outros órgãos do Poder Judiciário, como decorre de suas práticas inovadoras. E aqui o meu compromisso de intensificá-las, acrescê-las com novos impulsos seguindo as pegadas daqueles que mais recentemente passaram pela administração desta Casa imbuídos de espírito ousado e operoso: Desembargadores Antônio Mendonça, Márcio Ribeiro do Valle, Tarcísio Giboski, Paulo Sifuentes e Eduardo Lobato.

Múltiplas são as razões que nos fazem sentir orgulho deste Tribunal. Na sua história, contemporânea e passada, estão presentes, entre seus magistrados, juristas de vulto, aos quais muito deve a cultura jurídica brasileira. Honra-me ter assento ao lado de Alice Monteiro de Barros, como de o haver tido ao lado de Antônio Álvares da Silva, Manuel Cândido Rodrigues e Aroldo Plínio Gonçalves. Mestres e formadores de gerações sucessivas de alunos da Faculdade de Direito da UFMG - juízes e desembargadores muitos dos quais - neles homenageio todos os juízes e todos os juristas desta Casa, do passado e do presente.

Os juízes de primeira instância são o Tribunal imanente, a sua face mais visível. Já no exercício de suas várias competências originárias, que os faz exímios na percepção das questões sociais, tratam da ordem do concreto - o trabalho humano, a materialidade mais substancial presente no conjunto das relações sociais. Enquanto juízes do trabalho, a que acorrem as partes primeiramente, a sua força simbólica é maior que a do Tribunal. Por isso, é tão indispensável que se

eliminam tantos recursos, que fragmentam o poder decisório dos juízes que dele mais necessitam. Coerente com a expectativa de os ter como parceiros, tratarei de que a sua participação nos condutos institucionais seja cada vez mais ampliada, por efeito mesmo da sua experiência sensível, tão cara à Justiça do Trabalho.

Os servidores, de sua base ao vértice, formam um quadro de excepcional qualidade. O profissionalismo no serviço público é uma exigência da razão prática e uma política pública decorrente de princípios constitucionais, como o da eficiência. Sucede que tanto este princípio quanto políticas bem formuladas podem muito, mas não podem tudo, se não houver quem opere com dedicação e probidade a máquina administrativa. Conto incondicionalmente com todos eles, que terão em mim e nos gestores de todas as áreas uma atitude sempre respeitosa e pronta a ouvir, decididamente compromissada com a valorização da carreira.

Estou certa de que terei com as entidades de classe, representativas dos juízes e servidores, uma relação política baseada no diálogo aberto e no respeito à liberdade de pensar e de agir. Isso necessariamente abrange um juízo criterioso sobre as possibilidades e os limites que se impõem ao administrador público, de resto dados pela própria realidade do país. Tenho uma vinculação intensamente pessoal com o Ministério Público do Trabalho, que integrei, e sincero apreço pela advocacia.

Corresponsáveis pelo funcionamento do sistema judiciário, como quer a Constituição, devemos agir conjuntamente, por entre nossas singularidades.

A relação com o Tribunal Superior do Trabalho, antes de tudo sistêmica, é histórica e marcada pelo respeito e recíproca estima. Nela viceja um aspecto de inconfundível familiaridade: mineiros de todas as épocas foram e são alguns dos seus mais eminentes Ministros. Um dos quais se acha entre nós, neste momento: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, amigo de todos as horas. Expresso-lhe minha gratidão pelo companheirismo nascido nos bancos das salas de aula da Casa de Afonso Pena. De lá para cá, parceiro de escritório de advocacia, afilhado de casamento, colegas de Turma neste Tribunal, e meu compadre. Precisa mais?

Emília, Cleube e Luiz Otávio, o tempo físico não conta quando há tarefa para todas as horas. Estamos juntos.

Aos meus pais, Geraldo, Lia e familiares - meu coração agradecido.

Rodrigo, Stelita, Iara, Jeovane, Luciane, Fernanda, Mary, Vera, Vanessa e Hadassa, meio-servidores, meio-família. Obrigada. E continuem segurando a minha mão.

Ao meu querido e distinto Professor Messias Pereira Donato, minha eterna gratidão por ter me colocado no Direito do Trabalho. Aqui presente, eu o saúdo e também a todos os meus colegas da turma de 1970, da qual foi paraninfo.

Ao Ministro Carlos Velloso, despido da toga, vejo um jovem e combatente advogado. Minha admiração e gratidão pelo momento vivenciado.

Senhoras e senhores.

Fui mais longe do que prometi no início. Finalizo.

No estágio atual da sociedade política, pode parecer lugar comum o fato de um Tribunal eleger mulheres para cargos de direção. Sabemos que não é assim. Indicadores atuais falam ainda da sub-representação feminina em todas as instâncias, inclusive nas Instituições do Estado.

De minha parte, não me senti discriminada na trajetória profissional que até aqui percorri. Porém, este testemunho que dou de mim mesma não reflete a realidade social, que é bem outra.

Há muitos grilhões. Foi preciso que a Lei Maria da Penha e, antes dela, a própria Maria da Penha Maia Fernandes despertassem a consciência do país para a necessidade de combater a crueldade bruta da violência doméstica e familiar. No sempre instável mundo do trabalho, os desafios são imensos: as mulheres têm renda inferior à dos homens, taxas de desemprego superiores, exercem profissões menos valorizadas, são a maior parte da população pobre e sofrem com a distribuição desigual das tarefas domésticas.

O trabalho é sim também lugar do feminino perseverante e sensível, que não cessa de articular as diferenças humanas. É respeitando o diferente, que construímos o novo, nosso maior desafio. Aspecto do mundo, encontramos-lo em todos os lugares; no Tribunal, o seu advento, onde se impuser, resultará de forte determinação, pois de outro modo não se faz o novo, mas será vivido em paz, como pretendo.

Afinal, com o grito de Clarice Lispector posso dizer: *Eu sou mansa, mas minha função de viver é feroz.*

DOCTRINA

A APLICABILIDADE DO ART. 203 DO CÓDIGO PENAL NA SEARA TRABALHISTA

Breno Ortiz Tavares Costa*
Rodrigo de Moraes Molaro**

1. INTRODUÇÃO

A história do Direito do Trabalho, inclusive no Brasil, está intimamente ligada ao desenvolvimento da sociedade civil. Como se sabe, a formação da classe trabalhadora brasileira surgiu após a libertação dos escravos, com a posterior vinda dos europeus ao Brasil para ocupar esse lugar, mas na qualidade de trabalhadores livres e assalariados.

Os “novos” empregadores, todavia, estavam acostumados a tratar seus empregados como escravos. Vale dizer, estabeleceu-se na cultura brasileira a ideia de que quem manda é o empregador, enquanto o empregado é mero objeto. Consequência natural dessa ideologia é o desrespeito às normas trabalhistas e aos demais dispositivos legais a elas relacionados. Desse modo, tornou-se comum, em nossa sociedade, desrespeitar os direitos dos trabalhadores.

De qualquer forma, com o desenvolvimento da sociedade, a cultura escravagista brasileira, aos poucos, começa a ceder espaço para o estabelecimento de um patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais, com o escopo de proteger e atribuir dignidade humana a todo cidadão, independentemente de classe social.

É forçoso reconhecer que essa função de proteção é desempenhada não apenas pelas normas formalmente integrantes do Direito do Trabalho, mas também - e com a mesma importância - por aquelas que fazem parte de outros ramos da ciência jurídica.

Portanto, para um completo amparo desse patamar mínimo civilizatório - arduamente conquistado e reconhecido -, é extremamente relevante que os profissionais que lidam com o Direito do Trabalho, mormente os magistrados, saibam identificar a ocorrência, ou não, dos tipos penais que têm por escopo a proteção dos direitos trabalhistas ou da organização do trabalho.

Vale salientar que ainda estamos no início da transição entre a fase de total desrespeito aos direitos trabalhistas e a que visa resguardar um patamar civilizatório mínimo ao empregado. Dessa forma, somente com a contribuição de todos (magistrados, membros do Ministério Público, advogados e fiscais do trabalho) é que conseguiremos assegurar aos direitos trabalhistas a importância que eles realmente têm.

Dentre os demais ramos da ciência jurídica que contribuem para o estabelecimento desse patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais dos trabalhadores, o Direito Penal possui relevante papel.

* Juiz do Trabalho substituto do TRT da 3ª Região.

** Analista de Promotoria. Funcionário Público Estadual de São Paulo.

Todavia, em que pese a existência de vários tipos penais que possuem a finalidade de proteger a classe trabalhadora, optamos por discorrer somente sobre o crime previsto no *caput* do artigo 203 do Código Penal, denominado “frustração de direito assegurado por lei trabalhista”. Trata-se de crime que, em face de sua abrangência, acaba sendo verificado com regular frequência nas relações trabalhistas.

Pretendemos, com este trabalho, identificar a ocorrência do crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, a respectiva competência jurisdicional para seu processo e julgamento e, por fim, o procedimento a ser adotado pelos magistrados do trabalho diante de sua verificação, sempre dentro de uma perspectiva de evolução da sociedade brasileira, tendo como norte o princípio da dignidade humana e o valor social do trabalho.

Por fim, resta esclarecer que a Lei n. 9.777/98 introduziu dois parágrafos no artigo 203 do Código Penal, prevendo, no primeiro deles, que incorre na mesma pena da figura típica prevista no *caput* quem obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida (inciso I), bem como aquele que impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais (inciso II). Contudo, por possuírem aplicação mais restrita - e, portanto, menos sujeitos a dúvidas -, esses tipos penais não serão estudados neste trabalho. Já a causa de aumento de pena prevista no § 2º será analisada no tópico oportuno.

2. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Como é de conhecimento de todos, apenas para facilitar o estudo e a aplicação das normas jurídicas é que o Direito é dividido em ramos. Porém, não se pode olvidar de que ele é uno. Nesse sentido há ensinamento doutrinário: “Com efeito, o Direito é uno e as várias ramificações decorrem da necessidade de estruturar o estudo especializado sempre de acordo com os elementos da relação jurídica” (COSTA, 2011, p. 112).

É por isso que a interpretação das normas jurídicas deve ser realizada sistematicamente, e não de forma isolada. Dentro desse contexto, conforme supracitado, a proteção visada aos trabalhadores está prevista não só nas normas juslaborais, mas também em normas constitucionais, penais, civis, comerciais etc. Por isso que o magistrado do trabalho, ao julgar uma lide a respeito de acidente do trabalho, socorre-se dos artigos esculpidos no Código Civil, a fim de entregar o bem da vida correspondente ao trabalhador (reparação dos danos morais e materiais).

Da mesma forma, é importante o juiz do trabalho entender que, havendo fraude às leis trabalhistas nos termos estipulados no art. 203 do Código Penal, tão-somente a condenação da empresa ao pagamento do valor respectivo ao direito trabalhista violado não transformará a realidade social na qual está inserido aquele trabalhador.

O raciocínio de hoje é simples e incentiva o desrespeito aos direitos trabalhistas: o que é mais fácil para uma empresa, cumprir todas as leis trabalhistas, arcando com enormes custos, ou desrespeitar as normas laborais

e, somente caso algum empregado ajuíze ação trabalhista, pagar aquilo que já era devido? Observa-se que, neste último caso, não há nenhum *plus*, isto é, paga-se simplesmente aquilo a que já estava obrigado, podendo conseguir, até mesmo, um parcelamento homologado pelo juiz.

É por isso que existem grandes empresas adotando a violação de normas trabalhistas como expediente para a redução do custo de produção. O cálculo é frio e simples: de cada 100 trabalhadores dispensados, 50 ajuizarão reclamação trabalhista; destes, 25 farão acordos pela metade do valor e para pagamento de forma parcelada. E nestes últimos 25 casos a empresa será condenada a pagar somente aquilo a que já estava obrigada no passado.

Vê-se, então, que a aplicação isolada das normas trabalhistas incentiva a inadimplência e a fraude. Por outro lado, o Direito como um todo, quando realmente aplicado, pode acarretar o efetivo respeito aos direitos mínimos dos trabalhadores.

Com efeito, nossa Constituição elege, como fundamentos da República, o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Já a legislação penal almeja não apenas punir aqueles que desrespeitam as normas trabalhistas, mas também prevenir a reiteração da conduta.

Portanto, somente com a atuação ativa dos magistrados do trabalho, provocando os membros do Ministério Público quando pertinente (ressalvas feitas nos próximos tópicos), é que se estará aplicando na totalidade as normas jurídicas que visam à proteção dos direitos trabalhistas, realizando, assim, uma verdadeira mudança na realidade social em que estão inseridos os trabalhadores.

Afinal, o Estado, por intermédio do processo, visa exercer a jurisdição, observando o seu fim social (pacificação dos conflitos com justiça, segurança e educação), político (efetivação do Estado Democrático de Direito) e jurídico (tutela dos direitos materiais).

A falta de aplicação de todos os dispositivos legais esculpido com a finalidade de proteger os trabalhadores implica a ausência de efetiva prestação jurisdicional pelo Estado, além de incentivar o contínuo desrespeito da classe trabalhadora. Isso pode causar, inclusive, a estagnação econômica e moral de nossa sociedade, na medida em que a sua transformação passa, necessariamente, pelo real respeito a todos os direitos dos trabalhadores.

3. O ILÍCITO PENAL E A TUTELA DE DIREITOS TRABALHISTAS

Feitas essa breve introdução e ressalvas, é fácil compreender que a completa tutela dos direitos trabalhistas envolve não somente a aplicação do Direito do Trabalho, mas, também, de outros ramos da ciência jurídica, inclusive o Direito Penal. Vale rememorar, neste ponto, a antiga lição - às vezes esquecida - de que o mesmo ato ilícito pode repercutir em vários ramos do Direito, que é uno, havendo divisão tão-somente para fins didáticos e para facilitar a sua aplicação.

Assim, levando em consideração a gravidade de certas condutas para a sociedade, quis o legislador punir de forma mais severa seus autores, considerando-as não apenas ilícito trabalhista, mas, também, ilícito penal.

E a pena, como se sabe, tem dupla função: reprimir e prevenir (CP, artigo 59, *caput*). Logo, tipificar uma conduta como crime é buscar não apenas a punição de seu autor, mas também - e sobretudo - prevenir sua reiteração, seja pelo mesmo

agente (prevenção especial), seja por qualquer outro membro da sociedade (prevenção genérica).

Dessa forma, como já ressaltado, é importante que o profissional que lida com o Direito do Trabalho, notadamente o magistrado, saiba identificar se determinado ilícito trabalhista subsume-se, formal e materialmente, a algum tipo penal. Olvidar essa análise, *data venia*, é deixar de contribuir para o almejado respeito à legislação trabalhista.

Aliás, se o magistrado tomar ciência do ilícito trabalhista/penal e não praticar todos os atos inerentes ao seu dever legal e constitucional - impedindo, por conseguinte, que o fato tenha repercussão em todas as esferas previstas pelo ordenamento jurídico -, estará contribuindo, negativamente, para a manutenção da ideologia de desrespeito à classe trabalhadora.

4. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA

4.1) Classificação, consumação e tentativa

O tipo penal previsto no artigo 203 do CP, com o *nomen juris* “frustração de direito assegurado por lei trabalhista”, pune com pena de detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência, a conduta de “frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”.

Trata-se de norma penal em branco, uma vez que o preceito primário (descrição da conduta típica) está incompleto, havendo a necessidade de sua complementação com a legislação trabalhista. Trata-se, ainda, de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Quanto à consumação, classifica-se como crime material, pois o resultado naturalístico (alteração no mundo exterior em decorrência do delito), que é previsto pela lei (frustrar direito assegurado em legislação trabalhista), é exigido pelo tipo penal (JESUS, 2005, p. 48, v. 3).

Sendo crime material, consuma-se quando o titular do direito assegurado pela legislação trabalhista não puder gozá-lo ou exercê-lo. Haverá tentativa se o agente, apesar de iniciar a execução, não alcançar o resultado (frustração do direito) por circunstâncias alheias a sua vontade (CP, art. 14, II).

Se o agente, ao impedir o acesso do trabalhador a direitos assegurados pela legislação trabalhista, reduzi-lo à condição análoga à de escravo, cometerá o crime previsto no artigo 149 do Código Penal, pela aplicação do princípio da especialidade.

4.2) Elementos objetivo e subjetivo

Explicando o elemento objetivo do tipo, tem-se a doutrina de Damásio E. de Jesus (2005, p. 48-49, v. 3), *in verbis*:

O núcleo do tipo penal é o verbo “frustrar”, que significa inutilizar, privar, impedir. A frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista deve ser praticada mediante fraude ou violência. Fraude é o engodo empregado pelo sujeito para induzir ou manter a vítima em erro.

Desse modo, na modalidade “fraude”, exige-se o efetivo engodo, o ardil, ou seja, a presença de “expediente que induz ou mantém alguém em erro” (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2368), não bastando o mero inadimplemento contratual. Por isso,

[...] o delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista não se integra com o simples inadimplemento de obrigação imposta ao empregador pela legislação específica. Assim, a falta de pagamento do salário que se entende devido, por si só, não corporifica a infração penal. Esta só se configura quando o agente frustra o direito mediante fraude ou violência (TACRIM-SP - HC - Rel. Aniceto Aliende - RT 372/174) (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2373).

Por outro lado, já se decidiu que

[...] a fraude é patente quando o sujeito ativo paga salário inferior ao mínimo legal, mas faz seus empregados assinarem recibo de valor igual ao mínimo, e, com essa fraude, frustra direito assegurado pela legislação trabalhista. [...] (STF - RE - Rel. Luiz Gallotti - RT 6/597) (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2372).

Da mesma forma,

[...] se não constitui crime o pagamento salarial abaixo do mínimo fixado em lei, a fraude posta em prática pelo empregador, para desfigurar aquela insuficiência remuneratória, com o falso preenchimento de documentos exigidos dos empregados, a fim de dar aparência legal ao que ilegalmente estava sendo feito, configura, em tese, os delitos dos arts. 203 e 209 do CP (TJSP - HC - Rel. Acácio Rebouças - RT 378/182) (FRANCO *et. al*, 1995, p. 2372).

É importante ainda ressaltar que o Código Penal, quando quer se referir à violência moral (*vis compulsiva*), usa a expressão “grave ameaça”; por outro lado, para se referir à força física (*vis corporalis*), usa a palavra “violência”. Logo, o emprego de violência moral - sem a utilização de fraude - não é meio de execução do crime previsto no artigo 203 do CP, haja vista que o tipo penal prevê a violência, mas não a grave ameaça.

Ademais, na modalidade violência, o agente responderá pelo crime de frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista e pelo decorrente da violência (lesão corporal, constrangimento ilegal, etc.), já que o legislador comina-lhe pena privativa de liberdade, “além da pena correspondente à violência”. Trata-se, assim, de previsão expressa do concurso material de crimes (CP, art. 69). Logo, não haverá a absorção de um crime pelo outro (o previsto no art. 203 e o autônomo decorrente da violência), mas sim a cumulação das penas.

O elemento subjetivo é apenas o dolo, à míngua de disposição expressa punindo a forma culposa (CP, art. 18, II, parágrafo único). É preciso haver, portanto, voluntariedade e consciência na conduta do agente, não havendo punição por mera imprudência, negligência ou imperícia.

4.3) Tipicidade material

Hodiernamente, o Direito Penal é norteado, dentre outros, pelo princípio da fragmentariedade. De acordo com esse postulado, o Direito Penal não se ocupa da proteção de todos os bens jurídicos, mas sim daqueles mais importantes para a vida em sociedade.

E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos [...] (JESUS, 2005, p. 10, v. 1).

Diante disso, se outros ramos do Direito solucionam suficientemente a questão (geralmente um problema social), não se deve buscar punição no campo do Direito Penal, já que aqui há a possibilidade de restrição, pelo Estado, de um dos direitos mais importantes da pessoa: a liberdade.

Nesse contexto, não basta a mera análise da subsunção do fato à letra do tipo penal. Isso porque

A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado (STF, HC 97051/RS, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 13.10.2009, disponível no sítio do STF).

Dessa forma, não deve o juiz do trabalho simplesmente verificar a existência de fraude e a frustração de direito assegurado em legislação trabalhista para visualizar, nesse fato, a ocorrência do crime tipificado no artigo 203 do CP. É necessária, também, a presença de uma relevante lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Portanto, se a conduta do empregador, por exemplo, acarretar ínfimo prejuízo patrimonial ao empregado, com a satisfatória solução da questão no âmbito da Justiça do Trabalho, inexistente fundamento para o encaminhamento da *notitia criminis* ao Ministério Público ou para a requisição de instauração de inquérito policial (ou de termo circunstanciado).

Sustentar o contrário, *data venia*, é aceitar o seguinte absurdo: se um empregado abastado vem a ter pequena parte de seu salário furtado, é bem provável que o agente do furto seja beneficiado pelo reconhecimento do princípio da insignificância (que afasta a tipicidade material); entretanto, se a mesma parte do salário - cujo integral e correto recebimento decorre de direito assegurado em legislação trabalhista - deixar de ser paga pelo empregador corretamente, por meio de fraude, não teria este o reconhecimento da atipicidade material de sua conduta, estando sujeito, portanto, a eventualmente responder a um processo criminal.

Ao agir dessa forma, isto é, chegar à conclusão de inexistência de tipicidade material, não estará o magistrado do trabalho substituindo, pelo seu, o juízo do titular da ação penal ou do juiz natural para o processo e julgamento do fato criminoso, mas sim identificando corretamente a prática ou não do delito. Aliás, se

o magistrado do trabalho deve verificar a ocorrência do crime, é evidente que pode, nessa mesma análise, chegar à conclusão negativa, mesmo que com fundamento na atipicidade material, a qual, à evidência, está no mesmo plano de importância da tipicidade formal.

Entretanto, é importante enfatizar que o reconhecimento do princípio da insignificância - fundado nos princípios da fragmentariedade e no da intervenção mínima do Estado em matéria penal - exige, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a presença concomitante dos seguintes requisitos: (1) a mínima ofensividade da conduta do agente, (2) a nenhuma periculosidade social da ação, (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (cf. HC n. 98.152, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe-104 de 05.06.2009).

Assim, em face desses requisitos, não há espaço para o reconhecimento da insignificância diante de crime cometido com violência (*vis corporalis*), pois, nessa situação, há elevado grau de reprovabilidade do comportamento. Além disso, conforme já visto, o Código Penal prevê expressamente a ocorrência de concurso material entre o crime de frustração de direitos assegurados pela legislação trabalhista e o correspondente à violência.

Da mesma forma, a extensão do prejuízo patrimonial deve ser analisada diante das condições pessoais do titular do direito frustrado; assim, tratando-se de pessoa simples, de poucas posses, o critério de insignificância é relativizado, em função da alta ofensividade da conduta.

Importante salientar, ademais, que, se o direito frustrado tiver por escopo a proteção de normas de higiene e segurança no trabalho, também não haverá espaço para o reconhecimento da insignificância, em decorrência da evidente periculosidade social da ação, com possível afronta, inclusive, ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III).

Por fim, deve o magistrado do trabalho analisar se o procedimento adotado pelo empregador é ou não reiterado. Um único fato, se analisado isoladamente, pode ser considerado insignificante do ponto de vista penal; entretanto, será vultoso se praticado em detrimento de uma universalidade de empregados, a evidenciar o elevado grau de reprovabilidade do comportamento.

4.4) Competência penal

A competência da Justiça Federal é prevista taxativamente na Constituição Federal, não podendo o legislador infraconstitucional ampliá-la ou reduzi-la. E, consoante previsto no artigo 109, VI, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho.

O crime previsto no artigo 203 do Código Penal, em estudo, está dentro do Título IV da parte especial, denominado "Dos crimes contra a organização do trabalho". Logo, numa análise apenas literal, poderia o intérprete concluir que, ocorrendo o delito de frustração de direito assegurado pela legislação do trabalho, haveria sempre ofensa à organização do trabalho, justificando, assim, a competência da Justiça Federal. Todavia, não é esse o entendimento jurisprudencial.

Para a correta identificação do órgão jurisdicional competente, se Justiça

Federal ou Estadual, é indispensável identificar o interesse ofendido: se a conduta do agente atingir apenas interesse privado, com um ou alguns prejudicados - mas desde que determinados -, será competente a Justiça Estadual; entretanto, havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, será competente a Justiça Federal.

Nesse mesmo sentido, há antigo precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal:

Conflito de competência. Interpretação do artigo 125, VI, da Constituição Federal. A expressão "crimes contra a organização do trabalho", utilizada no referido texto constitucional, não abarca o delito praticado pelo empregador que, fraudulentamente, viola direito trabalhista de determinado empregado. Competência da Justiça Estadual. Em face do artigo 125, VI, da Constituição Federal, são da competência da Justiça Federal apenas os crimes que ofendem o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 90042 / SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. em 05.10.1979 - Disponível no sítio do STF)

É esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante se observa desta ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DELITO PREVISTO NO ART. 203 DO CÓDIGO PENAL PRATICADO EM DETRIMENTO DE ALGUNS EX-EMPREGADOS. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Não havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, não há que se falar na competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, VI, da CF/88.

2. Verificado que o ilícito do art. 203 do Código Penal foi praticado em detrimento de alguns ex-empregados, deve ser declarada competente a Justiça Estadual para instrução e julgamento do feito. Precedentes. (CC n. 47.966/MG, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira seção, j. em 28.02.2007, DJ de 26.03.2007, p. 197 - Disponível também no sítio do STJ).

Aliás, é extremamente importante, para o juiz do trabalho, identificar o órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento do fato em tese delituoso, pois deve saber a quem remete o ofício noticiando o fato criminoso (*notitia criminis*) ou a qual autoridade policial deverá requisitar instauração do respectivo procedimento administrativo de investigação.

4.5) Causa de aumento de pena

Conforme já ressaltado, a Lei n. 9.777, de 29 de dezembro de 1998, introduziu dois parágrafos no artigo 203 do Código Penal. No § 2º, dispôs que

A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Oportuno dizer, todavia, que só haverá incidência dessa causa de aumento se o autor souber que a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena (definido no inciso I do artigo 3º da Lei n. 6.001/73) ou portadora de deficiência física ou mental. Do contrário, por não integrar o dolo do agente, não pode haver aumento na pena.

Deficiência, de acordo com a definição regulamentar, é

[...] toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (art. 3º, I, do Decreto n. 3.298/99, que regulamentou a Lei n. 7.853/89, a qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência).

Essa mesma norma regulamentar faz distinção entre deficiência física (art. 4º, I), auditiva (art. 4º, II), visual (art. 4º, III) e mental (art. 4º, IV). Já a citada causa de aumento faz referência apenas à deficiência física e mental. Diante disso, é inevitável a seguinte indagação: incidirá a causa de aumento de pena quando a vítima for portadora de deficiência auditiva ou visual?

A resposta, a nosso ver, só pode ser afirmativa.

Com efeito, é evidente que o legislador penal, ao fazer referência à deficiência física ou mental, inclui naquela todas as formas de deficiência não contidas nesta; trata-se, assim, de conceito residual. Atente-se, aliás, que a mencionada disposição regulamentar é posterior à lei que incluiu referida causa de aumento de pena.

Poder-se-ia argumentar, por outro lado, que a interpretação deve ser literal, sob pena de se afrontar o princípio da legalidade. Discordamos disso. Como ressaltado pela doutrina, a interpretação literal - mesmo diante de normas penais incriminadoras - não é a mais recomendável; deve o intérprete buscar a finalidade objetivada na lei. Nesse ponto, é oportuna a doutrina de DAMÁSIO E. DE JESUS (2005. p. 38-39, v. 1):

A simples análise gramatical não é suficiente, porque pode levar a conclusão que aberre do sistema. Sob pena de grave equívoco, a interpretação literal não deve abster-se de visão de todo o sistema. Para que se apreenda o significado de uma norma é preciso perquirir-lhe a finalidade: a *ratio legis*. Daí ser necessária a interpretação lógica ou teleológica

[...]

Se ocorrer contradição entre as conclusões da interpretação literal e lógica, deverá a desta prevalecer, uma vez que atenda às “exigências do bem comum” e aos “fins sociais” a que se destina.

É ainda errado o fundamento de que, uma vez escolhido o meio a ser empregado pelo intérprete (literal ou teleológico), o resultado deve ser sempre declarativo ou restritivo, mas nunca extensivo.

Sabe-se que é perfeitamente possível a interpretação extensiva no Direito Penal, mesmo diante de normas penais incriminadoras; é o que ocorre, por exemplo, com o artigo 130 do CP (“perigo de contágio venéreo”), o qual, segundo a doutrina,

inclui não somente a exposição ao contágio (situação de perigo), mas o próprio contágio, ou seja, a situação de dano efetivo (JESUS, 2005, p. 41, v. 1). Assim,

[...] se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente: favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda (JESUS, 2005, p. 42-43, v. 1).

Ademais, inexistente qualquer razão lógica, jurídica ou mesmo humanística que fundamente a exclusão, da causa de aumento de pena prevista no § 2º do artigo 203, do Código Penal, da deficiência auditiva ou visual, mantendo apenas a física e mental (de acordo com a definição que lhes foi dada pelo Decreto n. 3.298/99).

4.6) Crime de menor potencial ofensivo

A Lei n. 9.099/95, regulamentando o disposto no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal, dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, definindo os crimes de menor potencial ofensivo e instituindo três medidas despenalizadoras, a saber, composição civil dos danos, transação e suspensão condicional do processo.

De acordo com o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, com redação dada pela Lei n. 11.313/2006,

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Já a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (cf. art. 1º da Lei n. 10.259/01), possui regras próprias, somente sendo aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (independentemente da pena máxima), desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Logo, considerando que o crime tipificado no artigo 203 do Código Penal - sem a causa de aumento de pena prevista no parágrafo segundo - possui pena mínima igual a um ano e máxima igual a dois, a ele se aplicam os institutos da composição civil dos danos (melhor analisado no próximo tópico), da transação (desde que favoráveis as condições previstas nos §§ 2º e 3º do art. 76 da Lei n. 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (caso presentes, da mesma forma, os demais requisitos legais), bem como os demais dispositivos previstos na legislação atinente aos Juizados Especiais Criminais.

Além disso, sendo crime de menor potencial ofensivo, a autoridade policial não irá instaurar inquérito policial, mas sim termo circunstanciado (art. 69 da Lei n. 9.099/95 e art. 1º da Lei n. 10.259/01). Ademais,

Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em

flagrante, nem se exigirá fiança [...] (art. 69, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 10.455/02).

Contudo, se incidente a causa de aumento prevista no § 2º, a pena máxima será de 2 anos e 8 meses, além da multa, deixando de se enquadrar no conceito de crime de menor potencial ofensivo. Assim, nessa hipótese, deverá a autoridade policial instaurar inquérito policial, sendo ainda possível, em tese, a prisão em flagrante. Se incidente a causa de aumento, a pena mínima será superior a um ano, sendo inaplicável, portanto, o benefício da suspensão condicional do processo.

Já o crime tentado, com ou sem a causa de aumento de pena (CP, art. 203, § 2º, c/c o art. 14, II), possui pena mínima inferior a um ano, assim como a máxima será inferior a dois anos. Nessa hipótese, será crime de menor potencial ofensivo, podendo ainda ser aplicada a suspensão condicional do processo.

Em resumo, será considerado crime de menor potencial ofensivo quando não houver a incidência da causa de aumento de pena, ou, se incidente, desde que o crime permaneça na forma tentada.

4.7) A composição civil dos danos e o acordo no âmbito da Justiça do Trabalho

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sempre haverá tentativa de composição civil dos danos, independentemente da espécie da ação penal (arts. 72 e 74 da Lei n. 9.099/95). Mas,

Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único, da referida Lei).

Logo, *a contrario sensu*, sendo crime de ação penal pública incondicionada - em que o titular da ação penal pode iniciá-la independentemente do consentimento da vítima -, como é o caso do crime objeto deste estudo, eventual composição civil não terá qualquer efeito na ação penal, mas deverá ser considerada pelo Ministério Público, quando do oferecimento da transação, e pelo juiz com competência criminal, como causa de diminuição da pena ou como circunstância atenuante (CP, arts. 16 e 65, III, "b", última parte) (MIRABETE, 1997, p. 78).

Dessa forma, considerando que o crime do artigo 203 do CP é de ação penal pública incondicionada, eventual acordo efetuado no âmbito do processo trabalhista - ontologicamente equivalente à composição civil ocorrida no âmbito dos Juizados Especiais Criminais - não alterará eventual deflagração do respectivo processo criminal, não afastando, dessarte, a necessidade de comunicação do fato pelo juiz do trabalho.

4.8) Prescrição da pretensão punitiva estatal

A prescrição, no Direito Penal, atinge tanto a pretensão punitiva, ou seja, a possibilidade de aplicação da lei penal abstrata ao caso concreto, quanto a pretensão executória, isto é, o direito de o Estado executar a sanção já imposta na

sentença condenatória.

A primeira se verifica antes do trânsito em julgado da sentença e, por isso, é analisada de acordo com a pena máxima cominada abstratamente ao tipo penal; já a segunda só ocorre após o trânsito em julgado para a acusação, levando-se em consideração a pena imposta.

O crime, ora em estudo, como já visto, possui pena máxima de 2 anos. Logo, a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 4 anos (CP, art. 109, V), contados da data da consumação ou, em caso de tentativa, da prática do último ato executório (CP, art. 111, I e II). Com a causa de aumento prevista no § 2º, a pena máxima passa a ser de 2 anos e 8 meses, razão pela qual a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 8 anos (CP, art. 109, IV).

Verificada pelo magistrado do trabalho eventual prescrição da pretensão punitiva, que é causa de extinção da punibilidade do agente (CP, art. 107, IV), não deverá requisitar a instauração de inquérito policial ou de termo circunstanciado, assim como não deverá oficiar ao Ministério Público noticiando o fato.

4.9) Responsabilidade penal

Esse tema reputamos de grande importância. Só pode ser submetida a uma investigação policial ou mesmo a um processo penal a pessoa que efetivamente frustrou, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. A responsabilidade penal é subjetiva, e não objetiva. Logo, não basta ser empregador, é preciso que tenha praticado o fato descrito na norma penal.

Confira-se, a respeito, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...]A mera invocação da condição de sócio quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule ao resultado criminoso, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ser sócio de uma empresa não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal em juízo [...] (STF, 2ª Turma, HC n. 89427/BA, j. em 12.09.2006, rel. Min. CELSO DE MELLO, disponível no sítio do Tribunal).

Dessa forma, não basta ser sócio, por exemplo, para ser reputado sujeito ativo do crime. Não é porque se beneficiou de forma indireta da conduta criminosa (em decorrência da qual a pessoa jurídica auferiu maiores lucros) que poderá ser considerado autor do crime. É preciso verificar a pessoa natural que, pessoalmente ou por intermédio de terceiros - outros empregados, utilizados como instrumentos para a execução do crime -, frustrou, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho.

A dúvida surge diante de grandes empresas, com vários empregados, em que não se pode afirmar, diante de um único fato, que a pessoa com poder de mando e administração tenha, de forma dolosa, isto é, com consciência e

voluntariedade, praticado o fato criminoso. Aqui reside a importante distinção entre o fato isolado e o reiterado.

Nessas grandes empresas, se a frustração do direito trabalhista mediante fraude é reiteradamente praticada, como procedimento já consagrado em âmbito administrativo para reduzir os custos da produção, é evidente que seu administrador o faz de forma dolosa, utilizando-se, como instrumentos (autoria mediata), de empregados que exercem funções administrativas.

Todavia, é importante frisar que não basta fazer parte da estrutura societária da pessoa jurídica para que possa ser considerado autor do crime; é preciso que tenha poder de geri-la, de determinar a forma de sua atuação.

Portanto, é fundamental que o magistrado do trabalho, durante a instrução probatória, investigue quem são os responsáveis pelas fraudes à legislação do trabalho, de modo a requisitar corretamente a providência investigatória pertinente.

5. PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PELO JUIZ DO TRABALHO

Identificando a prática, em tese, do crime de frustração de direito assegurado em lei trabalhista (ou de qualquer outro), pode o juiz do trabalho tomar uma das seguintes providências: (1) requisitar a instauração de termo circunstanciado (inciso II do art. 5º do CPP, c/c arts. 61 e 69 da Lei n. 9.099/95), ou de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), caso incidente a causa de aumento de pena prevista no § 2º, hipótese em que, como já analisamos, não haverá crime de menor potencial ofensivo; ou (2) noticiar o fato (*notitia criminis*), com cópia das principais peças dos autos, ao Ministério Público, nos termos do disposto no artigo 40 do Código de Processo Penal.

À evidência que, se a competência para o processo e julgamento for da Justiça Federal, deve o magistrado noticiar o fato ao Ministério Público Federal, e, se for da Justiça Estadual, ao *parquet* do respectivo Estado.

É oportuno enfatizar, ademais, que

[...] requisitar a instauração do inquérito policial significa um requerimento lastreado em lei, fazendo com que a autoridade policial cumpra a norma e não a vontade particular do promotor ou do magistrado (NUCCI, 2007, p. 136/137).

Por isso, é indispensável que o magistrado, ao requisitar a instauração de inquérito policial, faça-o sempre indicando os fundamentos jurídicos do ato, vale dizer, ao menos apontando o dispositivo que identifica o tipo penal que, a seu ver, fora violado.

Da mesma forma, considerando que todas as decisões judiciais devem ser motivadas (CF, art. 93, IX), não pode o juiz simplesmente remeter cópia dos autos ao Ministério Público, esperando que o *parquet* tome conhecimento de todo o processado para analisar eventual ocorrência de algum crime.

Ora, se apenas quando verificar a existência de algum crime de ação penal pública é que deverá oficiar ao Ministério Público (CPP, art. 40), é evidente que o magistrado deve indicar, seja na sentença, seja no ofício, o crime que, na sua análise, entende praticado, apontando, se possível, seu infrator (sempre pessoa natural; nunca a pessoa jurídica). Na impossibilidade de identificar quem seja o

sujeito ativo do crime - fato a ser mais bem apurado na esfera criminal - pode o juiz do trabalho, a nosso ver, limitar-se a indicar a figura do administrador, mesmo que de forma genérica.

Recebida a *notitia criminis*, tem o Ministério Público quatro opções: (1) requisitar a instauração de termo circunstanciado ou inquérito policial (CPP, art. 5º, II); (2) promover ele próprio a investigação do fato, providência aceita apenas de forma supletiva pelo Supremo Tribunal Federal (cf. HC n. 93930/RJ, 2ª Turma, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 07.12.2010); (3) oferecer denúncia, caso não haja necessidade de outras providências investigativas (CPP, art. 46, § 1º); ou, até mesmo, (4) requerer ao magistrado competente o arquivamento da peça de informação, se não vislumbrar, por exemplo, a ocorrência de crime.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que:

- a) A proteção imediata de direitos trabalhistas é encontrada não apenas nas normas jurídicas formalmente integrantes do Direito do Trabalho, mas também - e com a mesma importância - nas de outros ramos da ciência jurídica;
- b) Somente a condenação da empresa ao pagamento do valor respectivo ao direito trabalhista violado não transformará a realidade social na qual está inserido aquele trabalhador. É preciso aplicação do Direito como um todo, que é uno;
- c) Nesse contexto, ganham significativa importância as normas penais que tutelam a organização do trabalho, notadamente o crime tipificado no artigo 203, *caput*, do Código Penal, o qual é reiteradamente observado na prática, mas ainda poucas vezes identificado pelos juízes do trabalho;
- d) Na modalidade "fraude", referido crime exige o efetivo engodo, o ardil, não se consumando com a simples inadimplência. Além da fraude, somente a violência física, e não a grave ameaça (violência moral), constitui forma de execução.
- e) Além da tipicidade formal (subsunção do fato à letra da norma penal incriminadora), exige-se também, para a caracterização do crime, a tipicidade material, ou seja, a ocorrência de lesão grave ao bem jurídico tutelado. Se outros ramos da ciência jurídica solucionam suficientemente a questão, não se deve buscar punição no campo do Direito Penal;
- f) Para a definição da competência, deve ser verificado o interesse ofendido pelo ato: se atingir apenas interesse privado, com um ou alguns prejudicados - mas desde que determinados -, será competente a Justiça Estadual; entretanto, havendo lesão a direitos de trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho, será competente a Justiça Federal;
- g) A aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 2º do artigo 203 exige que o sujeito ativo saiba que a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. A "deficiência física" a que faz referência o Código Penal abrange a

- deficiência física propriamente dita, a auditiva e a visual (de acordo com a definição que lhes foi dada pelo Decreto n. 3.298/99).
- h) A figura penal prevista no *caput* do artigo 203 é crime de menor potencial ofensivo e tem pena mínima igual a um ano, de modo que a ela se aplicam os três institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (transação, composição civil dos danos e suspensão condicional do processo), desde que presentes os demais requisitos legais. Além disso, o fato passa a ser apurado por termo circunstanciado, e não por inquérito policial; será também vedada a prisão em flagrante na hipótese prevista no artigo 69, parágrafo único, da mesma Lei;
 - i) Será considerado crime de menor potencial ofensivo quando não houver a incidência da causa de aumento de pena, ou, se incidente, desde que o crime permaneça na forma tentada;
 - j) A prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 4 anos (CP, art. 109, V), contados da data da consumação ou, em caso de tentativa, da prática do último ato executório (CP, art. 111, I e II). Com a causa de aumento prevista no § 2º, a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá em 8 anos (CP, art. 109, IV);
 - k) A responsabilidade penal é sempre subjetiva, e não objetiva. Por isso, não basta ser empregador (ou qualquer das formas de participação societária) para ter responsabilidade criminalmente; é preciso que tenha praticado o fato descrito na norma penal, pessoalmente ou utilizando-se de empregados com funções administrativas;
 - l) Identificada a ocorrência do crime, o magistrado do trabalho tem duas opções: requisitar a instauração de termo circunstanciado ou de inquérito policial, a depender da configuração ou não do crime de menor potencial ofensivo; ou noticiar o fato, com cópia das principais peças dos autos, ao Ministério Público.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Zuleida Ortiz Tavares. *A relação jurídica e o ensino de direito - Visão interdisciplinar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2011.
- FRANCO, Alberto Silva *et. al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 28. ed. rev., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito penal*. 15. ed. rev. e atual., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A CONCILIAÇÃO COMO CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Adriana Goulart de Sena Orsini*
 Ana Flávia Chaves Vaz de Mello**
 Tayná Pereira Amaral***

SUMÁRIO

RESUMO

1. INTRODUÇÃO
 2. CONCILIAÇÃO
 - 2.1. Conflitos de interesses e a conciliação
 - 2.2. A conciliação como princípio
 - 2.3. Conciliação e concretização do acesso à justiça
 3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO
 4. ATIVISMO JUDICIAL
 5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS
 6. CONCLUSÃO
- #### REFERÊNCIAS

RESUMO

O presente trabalho objetiva questionar como, em um sistema sobre o qual paira o princípio da indisponibilidade, legitima-se a conciliação e, conseqüentemente, a disponibilidade dos direitos do empregado por sua própria vontade. A partir da análise de casos concretos e do estudo doutrinário, a síntese que se segue pretende fazer uma releitura das razões pelas quais as partes se conciliam, sendo certo que suas repercussões extrapolam os aspectos endoprocessuais, findando o conflito não apenas numa dimensão formal-processual.¹

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário constitucional-processual preza, cada vez mais, pela efetividade e eficácia processual, destacando-se a conciliação como meio consensual de solução de litígios e substitutivo da atividade jurisdicional clássica de prolação de uma decisão final ao caso concreto.

* Juíza Federal do Trabalho, Titular da 35ª VT de Belo Horizonte. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Comitê Gestor da Conciliação no CNJ. Pesquisadora e Coordenadora dos Programas: RECAJ UFMG - Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça e POLOS DE CIDADANIA, Projeto Mediação Cidadã.

** Advogada. Foi bolsista pelo Santander. Ano 2010.

*** Advogada. Foi bolsista pelo CNPq. Ano 2010.

¹ O presente artigo foi escrito a partir do trabalho de pesquisa realizado nos anos de 2010 e 2011: "A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: POSSÍVEL COMPATIBILIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES" - Faculdade de Direito da UFMG - Santander/CNPq.

Por sua vez, rege na sistemática trabalhista o princípio da indisponibilidade dos direitos do empregado que, revelando o caráter imperativo das normas protetoras para aqueles que prestam trabalho subordinado e sendo de essência notadamente social, restringe a negociação entre as partes da relação de emprego para resguardar os direitos da parte hipossuficiente da relação.

Diante disso, questiona-se uma plausível incompatibilidade inicial entre a indisponibilidade dos direitos do trabalhador e a conciliação na Justiça do Trabalho, de onde exsurge o tema-problema, da legitimação da atividade conciliatória frente ao princípio da indisponibilidade.

2. CONCILIAÇÃO

2.1. Conflitos de interesses e a conciliação

O homem é um ser social e, como tal, tende a buscar o seu convívio em comunidades e em grupos, com o fito de promover a sua formação sociocultural e firmar a sua personalidade. Ocorre que a convivência do homem em sociedade, não raras vezes, propicia o surgimento de conflitos de interesses, tendo em vista os diversos anseios de cada indivíduo.

Conflitos de interesses são, portanto, situações em que as pretensões de um indivíduo ou de um grupo social vão de encontro às de outro, no que concerne a um mesmo bem da vida.² Conquanto eles sejam de incidência habitual na realidade social contemporânea, merecem ser melhor abordados, pois o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social há de levar em conta que conflitos existem e podem ser uma potencial forma de gerar inclusive avanços sociais e/ou cumprimento dos direitos fundamentais sociais.

A busca do Poder Judiciário pelos cidadãos brasileiros, com o intuito de resolver algum conflito de interesses que os envolva, tornou-se mais frequente com o passar dos anos, o que provocou um acúmulo da máquina jurisdicional e de gastos não condizentes com os corolários de efetividade e razoável duração do processo. Diante disso, verifica-se um cenário de ênfase à conciliação das partes, de valorização do processo coletivo, de aglomeração das demandas repetitivas e de criação de um sistema vinculante que, pautado no tripé jurisprudência, norma e doutrina, pretende reduzir o exacerbado número de demandas que abarrotam o Judiciário e rechaçar qualquer maculação à sua atividade. Procura-se, principalmente, o incremento de meios consensuais de solução de conflitos, substitutivos da jurisdição, dentre os quais se destaca a conciliação, apta a trazer benefícios tanto voltados ao empregado quanto ao empregador.

² No mesmo sentido, insta corroborar as palavras de THEODORO JÚNIOR (2008, p. 41), para quem “[...] há conflitos de interesses quando mais de um sujeito procura usufruir o mesmo bem”. Saliente-se que a expressão “bem da vida” deve ser compreendida em sua acepção mais ampla para abarcar todo e qualquer objeto que merece tratamento pelo Direito, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, que se apresente útil ou necessário ao homem. CARNELUTTI (1959-60, p. 25) esclarece que “[...] *el conflicto de intereses consiste en su incompatibilidad, en el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses, excluye o por lo menos limita la satisfacción del otro*”.

A conciliação judicial³ se caracteriza pela efetiva participação tanto das partes quanto do Magistrado para a composição do litígio. Trata-se, pois, de um modelo cooperativo do processo, em que se vislumbra uma participação tríade: a do reclamante, a do reclamado e a do Magistrado.⁴

DELGADO conceitua a conciliação judicial como

[...] ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima das figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

Segundo NASSIF:

O conceito de conciliação judicial, tal como disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, é: o procedimento irritual, oral e informal, realizado antes ou depois de instaurado o processo (contraditório), com vistas a buscar uma solução da controvérsia fora da jurisdição e do processo, mediante a elaboração de um acordo que, após homologado por despacho, substitui eventual medida cautelar ou sentença, faz coisa julgada imediata e adquire a qualidade de título executivo judicial. (NASSIF, 2005, p. 152)

No âmbito do processo do trabalho, o tratamento conferido pelo art. 764 da CLT e seus parágrafos, bem como outros dispositivos com similar abordagem levam a crer que a conciliação é priorizada como forma de resolução dos conflitos trabalhistas. E a preferência para a solução conciliatória não se restringe aos dissídios individuais, na medida em que os §§ 1º e 2º do art. 114 da CR/88 estabelecem a tentativa prévia de solução conciliatória como um dos pressupostos para a instauração de dissídios coletivos, diante das inúmeras vantagens obtidas, notadamente de natureza subjetiva.

Sobre as motivações específicas para a conciliação, NASSIF diz que a motivação do juiz estaria ligada à melhoria das estatísticas que atestam a produtividade dos magistrados; a do empregador consistiria na possibilidade de pagar menos ou de forma parcelada e de não ser acionado pelo mesmo empregado em momento posterior devido ao efeito da coisa julgada; as razões do empregado seriam variadas, podendo ser destacada a questão da imediatidade no recebimento dos valores pleiteados; já o interesse do advogado relacionar-se-ia ao recebimento rápido dos honorários.

³ Insta pontuar que o presente trabalho se volta primordialmente à análise da conciliação judicial, em que o terceiro envolvido na composição do litígio é necessariamente órgão do Poder Judiciário.

⁴ Cumpre salientar que, mesmo nessa conformação tríade, o Magistrado é terceiro imparcial, devendo aguardar a iniciativa das partes.

Nesse contexto, importa mencionar a presença das chamadas “lides simuladas” (que recebem de NASSIF a denominação “demanda patológica”), segundo a qual as partes procuram o Judiciário com a pretensão previamente de lograr vantagens, especialmente através da conciliação, mas também através de revelias ou de defesas mal formuladas, ante o intuito, muitas vezes, de fraudar terceiros (INSS, por exemplo).

O problema é que a legislação trabalhista nem sempre é cumprida de forma espontânea, muitas vezes ela só ocorre através da coerção via Estado, seja através da sentença, seja através da fiscalização. Certo é que, na conciliação judicial, o entendimento que deve prevalecer é que pode o Juiz interferir no conteúdo da avença, exatamente nos termos do art. 129 do CPC.

Nessa ordem de ideias, a interveniência do órgão estatal para a realização da conciliação, seguindo a forma preconizada em lei, é justamente a garantia capaz de conferir legitimidade aos efeitos jurídicos advindos do acordo homologado, já que as tratativas não correm somente ao alvedrio das partes envolvidas no litígio.

2.2. A conciliação como princípio

A conciliação, como princípio, consiste na promoção pelo Magistrado, a qualquer tempo, da conciliação entre as partes, com o fito de por fim ao processo, garantindo, a um só tempo, a composição pacífica do litígio analisado, além de espaço para se considerar outras eventuais dimensões do conflito, além da jurídica. Como tal, orienta e informa toda a sistemática do direito processual comum, sem se olvidar da dimensão específica apresentada pela conciliação nos procedimentos trabalhistas.

Importa constar que a Constituição da República, na antiga redação do art. 114, estabelecia a competência da Justiça do Trabalho para “conciliar” e julgar os dissídios trabalhistas. A alteração trazida com a reforma constitucional implementada em 2004, contudo, não pode ser encarada no sentido de mitigar a aplicação do princípio em referência, conforme corrobora LEITE (2009, p. 82) ao afirmar que a omissão “[...] não desnatura o princípio em estudo, pois ele continua existindo no plano infraconstitucional e não se mostra incompatível com o novo texto da Carta de outubro de 1988”.

Embora a celebração do acordo possa ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição, o diploma justrabalhista cuida de exigir que o Juiz proponha a conciliação em certos estágios do processo. Pelo art. 846 da CLT, logo na abertura da audiência, antes da apresentação de contestação, o Juiz é obrigado a promover a tentativa de conciliação das partes envolvidas. O segundo momento, conforme preceituado no art. 850 da CLT, ocorre após as razões finais.

Acaso inexistentes as propostas de conciliação, o que pode ser constatado através da ata da audiência, o processo torna-se eivado de nulidade, atentando-se que se trata de matéria de ordem pública. De certo modo, a cominação de nulidade corrobora para a afirmação de que a conciliação adquire um significado peculiar na sistemática processual trabalhista.

No que tange à obrigatoriedade das propostas de conciliação, o entendimento majoritário dita que a falta da primeira tentativa conciliatória pode ser suprida pela realização da segunda, pois que a ausência da proposta inicial não gera qualquer prejuízo para as partes, as quais já detêm os elementos de convicção quando da tentativa final.

Analisando a conciliação sob uma perspectiva extraprocessual, NASSIF (2005, p. 176) diverge sobre o assunto⁵ ao afirmar que a conciliação não é princípio do processo do trabalho, pois é “justamente uma forma de não haver processo algum”.

Destarte, a condição de princípio é negada em razão de a conciliação não ser instituto do processo. Ora, ainda que se reconheça que a conciliação é instituto à parte, nada impede que seja considerada princípio do processo do trabalho, já que a valorização da solução conciliatória vem externada pelas próprias normas processuais trabalhistas. Além disso, fatores como a participação do juiz e os efeitos advindos da homologação do acordo (extinção do processo, coisa julgada, etc.) evidenciam a correlação da mesma com a sistemática processual trabalhista, compatibilizando-se perfeitamente com os fins perseguidos por esta Justiça Especializada.

De acordo com a previsão dos dispositivos celetistas ora citados, não restam dúvidas de que a conciliação deve ser cogitada pelo Juiz durante todo o trâmite do processo. Como tal orientação, por exigência expressa, deve permear a condução do processo judicial trabalhista de forma tão peculiar, diferentemente das demais espécies de processo, tornando-se justificável e coerente a abordagem da conciliação como diretriz principiológica.

2.3. Conciliação e concretização do acesso à justiça

O preceito da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário”, somente prospera diante de um cenário fático-jurídico em que seja possibilitado ao cidadão o acesso à justiça, especialmente quando se está a tratar da égide do Estado Democrático de Direito.

A partir do século XX, especialmente, verificam-se várias tentativas de consolidação da noção de “justiça” e de seu “acesso”, sendo evidentes as reformas nos procedimentos jurisdicionais de diversos países, seja através da introdução de institutos como a conciliação e a arbitragem, seja através da criação de novas estruturas e órgãos jurisdicionais, com princípios e desenvolvimento procedimentais próprios.

Nessa conjuntura dogmática em prol da consolidação de conceitos jurídicos basilares, foram diversos os doutrinadores que objetivaram traçar as etapas necessárias a um processo eficaz e atento à razoável duração do processo, não só analisado sob o viés de atividade estatal substitutiva, para aplicação do direito objetivo ao caso concreto, mas também atento ao acesso à justiça e à composição das partes. Dentre esses doutrinadores, merecem destaque o italiano Mauro Cappelletti e o norte-americano Bryant Garth, segundo os quais, para o pleno desenvolvimento do acesso à justiça, ter-se-ia que observar três ondas renovatórias do direito processual:

⁵ A posição majoritária na doutrina e jurisprudência é destacada por Humberto Theodoro Júnior (2002), para quem “[...] em termos constitucionais, há alguns princípios específicos delineados para o processo do trabalho [...]”, inclusive “[...] a competência conciliatória e decisória dos órgãos judiciais trabalhistas”.

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "ênfase de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31)

Na doutrina brasileira, defende Watanabe (1988, p. 128) que a problemática do acesso à justiça merece ser analisada em atenção às esferas socioeconômica e política do País, devendo ser ajustada à realidade social. Por isso, ela não pode ser desenvolvida de modo alheio à realidade forense, "[...] não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes". Esse também é o entendimento de Almeida (2010, p. 171), para quem se requer a análise do acesso à justiça "[...] para além do Judiciário", não só analisado como direito de ingresso ou de respeito aos princípios constitucionais, mas especialmente como direito a um processo de resultados, "[...] direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional".

A partir dessa perspectiva doutrinária adotada, podemos enquadrar a conciliação como destaque do acesso à justiça por ser uma efetiva forma de solução de conflitos, atenta à razoável duração do processo e alternativa à jurisdição (terceira onda renovatória de CAPPELLETTI e GARTH), bem como por estar atenta à realidade social vivenciada pelas partes (união entre *praxis* e *nomos*).

Na conciliação, a solução do problema é próxima da realidade vivenciada pelas partes porque parte da vontade dos próprios sujeitos envolvidos no conflito, diante de uma intervenção de um terceiro. Assim, frente a uma argumentação em torno do problema, junto ao terceiro interveniente (conciliador), as partes vão buscar as suas responsabilidades na questão, aprendendo a ceder total ou parcialmente a sua pretensão em prol de um convívio harmônico.

É oportuna a lição de Sena:

A conciliação judicial, em especial aquela que possa ser obtida logo no início do *iter* procedimental, é extremamente interessante, por razões de funcionalidade do próprio sistema e, também, porque atende aos princípios da celeridade e efetividade, tão importantes quando se trata de tutela jurisdicional desejável.

Por outro lado, a conciliação recupera faixas contenciosas que ficariam em estado potencial (as chamadas pequenas causas). E, uma vez que atenua a pressão numérica dos processos judiciais, contribui para reduzir o tempo de tramitação global dos processos, preservando a qualidade da atuação dos organismos judiciários.

Sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações circunstanciais, de vínculo único, que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cujo equilíbrio só a conciliação pode adequar. (SENA, 2007, p. 144)

Assim, defende-se que a conciliação prima pela solução do problema independentemente da continuidade conflituosa, do desgaste processual e de atos processuais protelatórios, o que corrobora com a efetividade dos preceitos constitucionais, especialmente aqueles concernentes à efetividade e razoável duração do processo. A conciliação prima por resultados práticos, factíveis na realidade forense, em especial, na Justiça Especializada trabalhista.

3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO

As regras dispositivas são exceções no Direito do Trabalho, em harmonia com o princípio da imperatividade. Dessa feita, a limitação da autonomia da vontade é necessária porque as garantias do trabalhador esvaziar-se-iam não fosse a restrição para abdicar o direito, haja vista o desnível criado com a relação de emprego.

Despontando como projeção da imperatividade segundo boa parte da doutrina, o princípio da indisponibilidade informa que o empregado não pode abrir mão de um direito que lhe confere proteção, quer previsto em norma jurídica, quer no contrato, por sua simples manifestação de vontade, tendo em vista o desequilíbrio de ordem econômica, social e cultural entre os sujeitos da relação empregatícia.

Conquanto seja vedado ao trabalhador despojar-se de seus direitos, há meios de disposição previstos, dentre os quais a prescrição, a decadência, a renúncia, a transação e, é claro, a conciliação, acerca do que surge acirrado debate.

Para Delgado, as definições da renúncia e da transação são traçadas da seguinte forma:

Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiária pela renúncia. Transação é ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (*res dubia*). (DELGADO, 2010, p. 200)

Nessa linha de pensamento, a renúncia é permitida em situações excepcionais no Direito do Trabalho, expressamente previstas em lei, fazendo-se necessário verificar se os clássicos requisitos jurídico-formais foram satisfeitos: capacidade do agente, livre manifestação de vontade, forma prescrita ou não defesa por lei.

No intuito de determinar a extensão da indisponibilidade, Delgado propõe uma distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa. Constata-se a primeira se a proteção do direito envolver interesse público, caso em que será encarado como um padrão civilizatório mínimo, a exemplo das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, do salário mínimo, etc. No campo do direito individual do trabalho, a indisponibilidade também é absoluta quando se trata de interesses abstratos de determinada categoria. Já no direito coletivo do trabalho, os direitos consubstanciados em normas que impliquem interesses de certa categoria podem ser transacionados mediante negociação coletiva.

Se, porventura, houver renúncia ou transação envolvendo direitos absolutamente indisponíveis, o ato tornar-se-á eivado de nulidade absoluta. Em relação à distribuição do ônus da prova, não será necessário que o empregado autor prove a ocorrência de prejuízo, pois que a nulidade é automaticamente declarada pelo Juiz.

A indisponibilidade relativa, por sua vez, alberga direitos que traduzem interesses individuais ou bilaterais, os quais não correspondem a patamar civilizatório mínimo fixado em dado momento histórico. Somente a transação, não a renúncia, é admitida quando em voga direitos relativamente indisponíveis, desde que não implique prejuízo ao trabalhador, com fulcro no art. 468 da CLT.

No tocante à validade dos atos de disposição após o rompimento do vínculo empregatício, coerente a seguinte explanação:

Mesmo após a ruptura do contrato, filiamo-nos aos que sustentam que a renúncia do empregado deve ser vista com desconfiança, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, pela condição de desempregado, que necessita de recursos imediatos para continuar se mantendo até que obtenha novo emprego; em segundo lugar, pelo temor de enfrentar a demora de uma demanda judicial e, por fim, dada a necessidade de obtenção da carta de referência do antigo empregador para candidatar-se a um novo emprego. (LIMA, Francisco Meton Marques de *apud* BARROS, 2010, p. 202-203)

Na visão de Martins, o obreiro só pode renunciar seus direitos em juízo a fim de evitar a ocorrência de fraudes, ao passo que é admitida a transação (justamente por isso denomina o princípio como da irrenunciabilidade), visto que importa em concessões recíprocas, exigindo-se, em determinados casos, a assistência de terceiro.

Para Martins, só é permitido transacionar se existe *res dubia* (incerteza do direito) ou qualquer espécie de dúvida na relação jurídica. Ademais, considerando que o objetivo é prevenir conflitos, a conciliação deve ser interpretada restritivamente, sem que implique renúncia.

De todo o exposto, depreende-se que, quando se fala em princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador, a tendência é adotar o posicionamento no sentido de serem inadmissíveis, na ordem justabalhista, tanto a renúncia, enquanto ato unilateral, quanto a transação que signifique prejuízo ao obreiro. Quando se trata do princípio da irrenunciabilidade, acredita-se que a limitação da autonomia da vontade se refere somente aos atos próprios de renúncia.

Nassif fala sobre a existência de um paradoxo entre a regra de indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a adoção de meios de disposição, a exemplo da conciliação judicial e da prescrição. Segundo a autora, as construções perpetradas pela doutrina não tiveram êxito em eliminar o paradoxo, resultando na mitigação do princípio da proteção, basilar do Direito do Trabalho.

Entretanto, torna-se evidente que Nassif enfoca a conciliação como disposição de direitos, olvidando-se das vantagens experimentadas pelo trabalhador que abandona a postura adversarial no processo a fim de firmar acordo.

A essa altura, valem constar as ponderações de Barros:

A conciliação não implica necessariamente transação, pois poderá ocorrer de o empregador pagar tudo o que é devido ao empregado, mas, em geral, ela se subsume à transação. (BARROS, 2010, p. 208, grifos da autora)

[...]

Para finalizar, salientamos que a transação é de grande utilidade social, pois transforma o litígio em estado de paz. Entretanto, é bom lembrar que “transigir não é tudo conceder sem nada receber”. (BARROS, 2010, p. 211)

Nesse contexto, deve-se observar que o princípio da indisponibilidade informa a regra geral, sem, contudo, vedar hipóteses de exceção, permissivas da transação, sobre as quais mantém sua força normativa, impondo limitações e requisitos, até porque somente o acordo benéfico ao trabalhador será homologado.

Sem se olvidar da mitigação da aplicação do princípio em voga no processo trabalhista devido à ampliação de competência da Justiça do Trabalho, a disponibilidade terminantemente vedada concerne aos direitos absolutamente indisponíveis, aos direitos incontroversos, àquela conduzida pela vontade exclusiva dos sujeitos ou, ainda, a que causará prejuízos ao trabalhador. Portanto, a conciliação estimulada pelo ordenamento não é a que se presta à desconstrução das garantias ao trabalhador, mas a que representa uma forma mais democrática, justa e ágil de concretizar os direitos assegurados aos empregados pela ordem justralhista.

Após essa breve explanação, deve-se ter em mente que a flexibilização dos direitos dos trabalhadores na égide processual trabalhista é possibilitada em razão da própria natureza principiológica da indisponibilidade. Sendo princípio, à luz do critério do “mais ou menos”, cabe ao Magistrado atribuir-lhe um peso e aferir a sua incidência na hipótese vertente. Portanto, frente à incidência concomitante de demais princípios, como o da utilidade social e o da conciliação, cabe ao Magistrado sopesá-los de acordo com as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, atendo-se, principalmente, à proporcionalidade analisada em seu sentido estrito.

Com propriedade, prontifica Sena:

Quando a transação ocorre perante o Estado, o princípio da utilidade social prepondera. O Estado entende que é melhor, politicamente, terminar a lide e que, assim celebrada, a transação não serviu como um instrumento para a derrogação de institutos básicos.

A transação judicial está dentro do sistema de legislação social, na medida em que concilia a necessidade de segurança dos negócios com a necessidade de tutela da ordem econômica e social. (SENA, 2007, p. 153)

Ademais, deve-se ter em mente a unidade do ordenamento jurídico, pelo que a mitigação da indisponibilidade se justifica para que sejam observados outros princípios de igual ou maior valor que incidam numa realidade concreta levada ao Poder Judiciário. Como qualquer outro princípio, a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores apenas indica uma diretriz a ser seguida, cabendo uma análise proporcional de sua incidência, que poderá ou não ocorrer à integralidade.

4. ATIVISMO JUDICIAL

A flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador é também possibilitada pela superação da imagem do Magistrado como mero expectador do processo. Assim é que, diante da versalidade e das peculiaridades dos problemas levados ao Judiciário, bem como da impossibilidade de que todo e qualquer conflito fosse resolvido pela subsunção do fato à lei positiva, requer-se do Estado-Juiz uma atuação mais ativa e atenta à realidade das partes e do processo, quando do exercício da jurisdição.

Por conseguinte, afastou-se o brocardo segundo o qual o Juiz é "*le bouche de loi*" para compreender que a inércia do Magistrado não mais condiz com as perspectivas processuais e materiais contemporâneas, as quais prezam pelo ativismo judicial. Ativismo judicial corresponde, portanto, à postura prática, ativa e participativa do Magistrado no que atine à construção, juntamente com as partes e terceiros interessados, do advento processual. A atividade do Magistrado no processo deixa de ser vislumbrada sob uma perspectiva inerte, de "mero expectador do processo", para se substituir à ativa, de exercício de poderes e faculdades instrutórias e diretivas.

Sobre o tema, mister corroborar as palavras de SENA, que sabiamente esclarece:

Como postura "pró-ativa" do juiz entende-se uma participação efetiva do juiz na condução do processo, usando seu poder diretivo (formal e material) e suas faculdades instrutórias, sem se afastar, é claro, da condição e garantia que as partes têm de ter um Juiz imparcial. (SENA, 2007, p. 145)

No Estado Democrático de Direito, a jurisdição merece ser analisada sob uma perspectiva ampla, e não meramente simplória, quer de "atuação da vontade concreta da lei" (CHIOVENDA), quer de "justa composição da lide" (CARNELUTTI). A atividade jurisdicional envolve também, dentre outras atividades, a uniformização de jurisprudência, a criação de súmulas vinculantes e a própria ênfase ao acesso à justiça. Preza-se por enfoques tanto formais quanto materiais do direito, pelo que se requer uma atuação judicial pró-ativa, que permita a construção do processo em conjunto pelas partes e pelo Magistrado, com o fito de resolver o conflito de maneira mais econômico-processual e condizente com a realidade fática vivenciada por aquelas.

Sem dúvida, a conciliação judicial permite essa postura pró-ativa do juiz, uma vez que resulta da participação e colaboração conjunta do juiz-conciliador e das partes no advento processual. Aliás, não bastasse a concepção doutrinária em prol do ativismo judicial, a própria legislação trabalhista, especificamente os artigos 764, 831, 850 e 852-E da CLT, determina a obrigatoriedade de tentativa de conciliação pelo Juiz para resolução do conflito, o que facilmente rechaça a concepção de Magistrado como mero aplicador da lei ao caso concreto, vislumbrando-o também como pacificador social.

Assim é que se deve falar na possibilidade de realização da justiça social pelo Poder Judiciário, uma vez que é permitido ao Magistrado adequar a amplitude e conteúdo da norma à situação concreta, pelo uso, por exemplo, da equidade. É o que prontifica Gajardoni:

Com efeito, o juiz, na atividade de julgar, define o alcance dos comandos normativos, convertendo-os de gerais/abstratos em individuais/concretos, impondo, ainda, sanções coativas, nos casos de violação. O julgador, na atividade de conciliar, define às partes o conteúdo e alcance das normas, encaradas sob um prisma de equidade, não as impondo, mas persuadindo-as à observação espontânea. No julgamento da ação, vige o princípio da legalidade estrita, não havendo campo para inovações. Entretanto, no exercício da atividade conciliatória, age o magistrado livremente, por equidade, o que demonstra que, no exercício dessa função, os poderes/deveres do juiz são ainda maiores. (GAJARDONI, 2003, p. 142-143)

Cumpra salientar que os Magistrados possuem cautela e experiência jurídica suficientes para saber analisar toda a conjuntura processual, inclusive a adequação ou não da conciliação num caso concreto. Com efeito, a forma de investidura, as responsabilidades e atribuições do cargo da Magistratura exigem do profissional conhecimento jurídico e social necessário para a análise de cada caso concreto. Por isso, como importantes agentes na formação da solução do conflito, não são meros homologadores de acordos e não pretendem o acordo a qualquer custo.

Nesse sentido, cumpre corroborar as palavras de Sena:

Assim, inexorável a conclusão de que o Juiz do Trabalho não é um mero "homologador passivo" de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes (arts. 125, III, e 129 do CPC). Na homologação que corresponde ao ato judicial praticado pelo Juiz do Trabalho, compete-lhe avaliar com percuciência e profundidade pertinente a forma e o conteúdo que lhe estão sendo submetidos. Tudo de modo a assegurar livre e consciente manifestação da vontade das partes e, também, para evitar ofensas a normas de ordem pública, assegurando a presença de uma genuína transação. (SENA, 2007, p. 147)

5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Inicialmente, buscou-se o entendimento da doutrina sobre a situação-problema da pesquisa, analisando as diversas concepções acadêmicas dos institutos estudados, quais sejam: o princípio da indisponibilidade e a conciliação, especialmente a judicial. Assim, foram analisadas diversas obras de autores renomados e conhecidos no meio jurídico-acadêmico, bem como colhidos dados estatísticos, elaborados por órgãos públicos, para que, partindo da hipótese apresentada, fosse complementada a fundamentação e conclusão da pesquisa.

Tendo em vista a parceria das instituições CNPq e FUNDEP/SANTANDER, que concederam bolsas de estudo para possibilitar o pleno desenvolvimento da presente pesquisa, as bolsistas puderam participar de diversos eventos que promoviam debates atinentes ao tema do trabalho. Destaca-se, nesse sentido, a participação em seminários e palestras ministradas por especialistas da área. Inclusive, um desses seminários foi realizado pelo grupo de estudos de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, coordenado pela Professora Doutora orientadora desta pesquisa.

Assentada a carga teórica inerente ao tema versado, as bolsistas analisaram os efeitos da situação-problema na conjuntura social e na praxe forense, assistindo a audiências na Justiça do Trabalho, em Belo Horizonte, e entrevistando as partes posteriormente. Aproximando-se do público, foi possível examinar as questões psicológicas verificadas no universo da prática conciliatória e verificar como e até qual ponto a análise doutrinária se compatibilizava com a realidade forense.

Dessa forma, com o propósito de evidenciar os aspectos pragmáticos da conciliação judicial, impende analisar as conclusões obtidas a partir de casos concretos observados em audiências, com os quais foi possível perscrutar o fundo psicológico das partes.

Em geral, observou-se que os empregados não compareceram à primeira audiência, predeterminados a firmar um acordo. No entanto, oferecida a proposta pelo empregador e feitas as negociações, surge o interesse em conciliar, tendo o Magistrado advertido sobre os benefícios e vantagens obtidas, ainda que não atendida a integralidade das pretensões.

Já os empregadores pesquisados, em sua maioria, disseram que vão ao Poder Judiciário com o intuito de conciliar, em razão das benesses que a conciliação lhes proporciona. Outros dizem que a possibilidade de previsão do acordo depende do caso concreto e do perfil do Magistrado condutor da audiência.

Constatamos, ainda, que as propostas de conciliação que partiam dos empregados eram de valor excessivamente elevado, ao passo que as propostas dos empregadores, de valor baixo, notadamente irrisório em relação ao pedido inicial. Com o advento da audiência conciliatória, após a intervenção do Magistrado no espaço conciliatório e da atuação das próprias partes, o valor acordado aproximava-se da média dos dois valores antes apresentados.

As partes apresentaram diversos benefícios que justificaram a feitura do acordo entre elas, dentre os quais convém citar: 1) a natureza célere da conciliação, de trazer mais rápido a solução do problema, evitando o desgaste psicológico; 2) o fato de a natureza das verbas guerreadas em juízo serem de cunho alimentar, pelo que o trabalhador precisa do dinheiro de forma mais rápida possível; 3) o afastamento de quaisquer riscos de um provimento jurisdicional que não lhes sejam favoráveis, haja vista a existência de entendimentos doutrinários e judiciais diferentes sobre as questões acordadas; 4) a redução de gastos, evitando o dispêndio de verbas com o trâmite processual; 5) a possibilidade de parcelamento do débito pelo empregador⁶; 6) a possibilidade de o empregado ser recontratado posteriormente pelo empregador, evitando um litígio entre eles, eis que a conciliação é uma solução amigável; 7) razões tributárias, porquanto, quando da conciliação, permite-se às partes acordar como e quando pagar, sem que haja imediata retenção de imposto de renda na fonte.

⁶ NASSIF (2005, p. 186) critica veementemente o parcelamento do débito trabalhista. Para ela, tal atitude não poderia vir desacompanhada da aplicação de juros compensatórios, pois o cumprimento espontâneo não prevê o parcelamento. Assim, ela ressalta que “[...] a mera aplicação de princípios civis na conciliação judicial traria uma substancial compensação na desigualdade da relação de forças”.

Vale ressaltar que a atuação do advogado é positiva para a conciliação, na medida em que o fato de a parte remover previamente as informações, dicas, questões favoráveis e desfavoráveis envolvidas no processo possibilita que decida com maior segurança, no momento da audiência, se aceitará ou não a proposta formulada pela parte contrária, especialmente no que tange ao valor oferecido. O conhecimento desses subsídios fornecidos ao cliente pelo advogado antes da ocorrência da audiência contribui para elevar a probabilidade e o grau de satisfação da parte com a conciliação a ser realizada, reduzindo proporcionalmente as chances de arrependimento.

As conclusões desta pesquisa corroboram com alguns aspectos que foram apresentados por NASSIF⁷, para quem a conciliação na Justiça do Trabalho é possibilitada por diversas razões, inclusive aquelas extrínsecas ao conflito em concreto e à relação jurídica travada. A conclusão foi parcial por não concordarmos que a conciliação permita um ambiente tão propício à fraude, mesmo porque há a participação e o controle do Magistrado quando da celebração do acordo. Ademais, o acordo também pode vir a ser controlado pelo Ministério Público, quando de sua atividade correicional e fiscalizatória.

Por fim, não se pode olvidar do importante papel exercido pelo juiz-conciliador no transcorrer da audiência, estimulando a realização do acordo e intervindo para assegurar a razoabilidade dos termos e valores fixados. Nesse sentido, deve o Magistrado atentar para a forma de solução da controvérsia que garanta ao máximo o acesso à justiça por parte dos jurisdicionados. Em outras palavras, que o tratamento dado pelo Poder Judiciário seja o mais adequado possível, especialmente considerando os termos da Resolução n. 125 do CNJ.

6. CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro deve ser interpretado como um todo unitário, sistêmico e coerente, em prol da consolidação e efetividade de suas normas. Assim, nenhum primado pode ser aplicado e entendido com viés absoluto, devendo a análise de sua incidência ser feita em cada caso concreto, de maneira proporcional e atenta aos aspectos teleológicos da norma.

⁷ Para NASSIF (2005, p. 173), “Razões de natureza diversa contribuem para que a conciliação seja um sucesso na Justiça do Trabalho: razões pessoais, processuais, econômicas e até mesmo razões fraudulentas. Propõe-se a indicação de algumas delas. As razões pessoais representam-se pelo interesse dos juízes, das partes e dos advogados trabalhistas. As razões processuais, por sua vez, pelo *jus postulandi* das partes, pela indisponibilidade de direitos, pela *res dubia* e pela coisa julgada ampliada. A seu turno, as razões econômicas fazem-se representar pelo regime de honorários, de custas, pelo regime tributário, pela redução e/ou parcelamento do débito trabalhista e pela não aplicação de instrumentos normativos que aumentariam o valor desses débitos. Finalmente, as razões fraudulentas representam-se pelo crédito trabalhista privilegiado, pelo desvirtuamento da legislação trabalhista, pela evasão fiscal, pelo uso da redução de cálculo de despesas com mão de obra, até mesmo, em processos licitatórios.”

Assim, cabe ressaltar que a aplicação ponderada dos princípios da indisponibilidade e da conciliação, o ativismo judicial e a equidade são apenas algumas das razões que justificam a flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores pela conciliação. Acrescenta-se que a conciliação coaduna com a égide constitucional brasileira, que pretende cada vez mais ressaltar a efetividade e duração razoável do processo, bem como fortalecer o acesso à justiça, de modo a fazer com que cada parte compreenda e participe da decisão prolatada, em verdadeira atenção ao princípio da cooperação, sendo o processo construído pelo autor, pelo Juiz e pelo réu conjuntamente, em prol de uma justiça não meramente formal, mas especialmente material.

Por fim, diante de uma análise concreta, vislumbramos que as partes se conciliam por acreditar que a conciliação é uma forma benéfica de resolução de conflitos, atenta à razoável duração do processo e que lhes possibilita conjuntamente construir a solução do litígio. Em sua maioria, saem satisfeitas da Justiça Especializada do Trabalho por observar que as benesses e os efeitos da conciliação extrapolam - e em muito - os aspectos endoprocessuais, findando o conflito não apenas numa dimensão formal-processual, mas também em seus aspectos econômicos, sócio-familiares, tributários, dentre outros, que extrapolam a relação jurídica travada no Judiciário e que não seriam logrados com a atividade jurisdicional clássica de prolação de uma decisão final frente a um caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In SALIBA, Aziz Tuffi, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e ALMEIDA, Gregório Assagra de (Coords.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. (*Conceptos Fundamentales La Doctrina de Las Acciones*; v. 1).
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. In RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coords.). *Comissões de conciliação prévia: quando o direito enfrenta a realidade: análises críticas em memória de Alaor Satuf Rezende*. São Paulo: LTr, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

- GIGLIO, Wagner. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASSIF, Elaine Noronha. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da "justiça menor" no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.
- SENA, Adriana Goulart de. *Juízo conciliatório trabalhista*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 45, n. 75, p. 139-161, jan./jun. 2007.
- SENA, Adriana Goulart; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coords.). *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SENA, Adriana Goulart de. Resolução de conflitos e acesso à justiça: efetividade material e judicial. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

A PROVA DO TRABALHO ESCRAVO NO PROCESSO LABORAL

Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé*

1. INTRODUÇÃO
 2. BREVE CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO
 3. A PROVA DO TRABALHO ESCRAVO NO PROCESSO DO TRABALHO
 - 3.1. Aspectos iniciais
 - 3.2. Do ajuizamento da ação judicial e as peculiaridades do caso concreto
 - 3.3. Os diversos meios de prova a serem utilizados e as dificuldades que podem surgir
 - 3.4. A produção antecipada da prova testemunhal
 4. CONCLUSÕES
- REFERÊNCIAS CONSULTADAS

1. INTRODUÇÃO

A existência do trabalho escravo com o seu perfil contemporâneo é um fato que insiste em se perpetuar em nosso país, mormente na zona rural brasileira, não obstante o grande avanço tecnológico que o Brasil vem atingindo nos últimos tempos, o equilíbrio financeiro alcançado pela economia nacional, o aumento do poder aquisitivo da população e o maior reconhecimento do país perante a comunidade internacional. Apesar de todos esses fatores positivos ocorridos nos primeiros dez anos do novo milênio, a realidade absurda da prática mesquinha do trabalho escravo se mantém, como uma verdadeira chaga social, levando à exploração milhares de brasileiros nos mais distantes rincões do seu extenso território e ao conseqüente desrespeito a basilares garantias que levam em consideração a dignidade da pessoa humana.

Uma das maiores dificuldades para a imputação das condenações pertinentes aos sujeitos que cometem essa conduta nas esferas trabalhista e penal está relacionada à prova na fase processual. De fato, várias complicações jurídicas podem emergir, durante a instrução do feito, para a produção da prova relativa à ocorrência do trabalho escravo e à identificação dos responsáveis por essa conduta. No presente trabalho, iremos examinar alguns dos pontos que envolvem toda essa problemática e trazer algumas sugestões para aperfeiçoar o modelo de atuação dos sujeitos comprometidos com o combate ao trabalho escravo, inclusive o Ministério Público do Trabalho, um dos legitimados para agir na seara processual laboral. É o que se verá no curso destas linhas. Antes disso, entretanto, vamos procurar compreender o que vem a ser o trabalho escravo com a sua moldura atual na realidade brasileira.

* Procurador Regional do Trabalho lotado na Quinta Região (BA). Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador (UCSal). Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Titular da Cadeira n. 02 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

2. BREVE CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO

Não seria possível analisar o foco central deste artigo sem que, preliminarmente, fosse feita, ainda que de maneira sintetizada, uma conceituação do trabalho escravo da forma que ocorre nos dias atuais.

Consideramos importante, numa referência prévia, esclarecer que, no plano normativo interno, apenas a legislação penal trata do tema, em seu art. 149, ao denominar essa conduta típica como redução à condição análoga à de escravo.¹ Essa nomenclatura decorre do entendimento de que o trabalho escravo já teria sido extirpado do ordenamento jurídico brasileiro desde 1888, com a Lei Áurea, razão pela qual haveria a submissão de alguém à condição análoga, vale dizer, semelhante à de um escravo. Contudo, entendemos que não há qualquer exagero ao se falar em trabalho escravo. Com efeito, o grau de exploração e vilipêndio imposto ao campesino é tão agressivo que não há razão para não rotular como trabalho escravo a triste realidade que lhe é imposta pelo patrão.² Aliás, na justificativa ao Projeto de Lei n. 929, de 1995, que foi convertido na Lei n. 9.777/98 (que deu nova redação aos arts. 132, 203 e 207 do Código Penal brasileiro), os autores sustentaram, com propriedade, que “[...] passados mais de cem anos da abolição da escravatura, não foi ainda este regime de trabalho suprimido da prática social [...]”, motivo pelo qual “[...] ao contrário do que possa parecer, a utilização da expressão ‘trabalho escravo’ não constitui qualquer excesso de linguagem.”³

Já a OIT, por sua vez, prefere falar em trabalho forçado, o que ora se denomina de trabalho escravo.⁴ Além de entender que não é cabível se falar em trabalho escravo em pleno século XXI, adota essa denominação com base nas convenções n. 29/1930 e 105/1957. A primeira delas, de forma particular, em seu art. 2º - 1, fala em “Trabalho forçado ou obrigatório” para designar “[...] todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.”⁵

Sob um outro prisma, é possível afirmar que o escravo da atualidade não se encontra numa situação de exploração muito distante da que estava envolto o escravo da Idade Antiga ou do período da colonização portuguesa no Brasil a partir do Século XVI. Como se constituía em parte integrante do patrimônio do seu amo, este tinha toda preocupação e cuidado de alimentá-lo e vesti-lo, como também de curar as suas doenças, já que o escravo representava um investimento

¹ Em verdade, ao lado do texto do Código Penal poderíamos mencionar as Convenções n. 29/1930, ratificada pelo Brasil e em vigência nacional desde 25.04.1958, e a de n. 105/1957, que foi também ratificada pelo Governo brasileiro e passou a vigorar em nosso país em 18.06.1966. Ambas tratam do que a OIT prefere denominar de “Trabalho forçado” e, como dito, constituem-se em normas plenamente integradas ao ordenamento jurídico nacional por força da sua ratificação pelo Brasil.

² SENTO-SÉ, J. L. A. *Trabalho escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000. p. 23-25.

³ ROCHA, Paulo *et al.* Projeto de Lei n. 929, de 1995. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=23/9/1995&txpagina=23326&altura=700&largura=800>. Acesso em: 20 fev. 2011.

⁴ PALO NETO, Vito. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 70.

⁵ SÜSSEKIND, A. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994. p. 105.

econômico vultoso e caro. Na atualidade, ao contrário, a mão de obra que se encontra nessa situação de escravidão é considerada descartável e inutilizável pelo explorador, particularmente quando se encontra idosa, doente ou, por qualquer outra razão, desnecessária para o trabalho. O patrão não tem qualquer espécie de compromisso com esses trabalhadores e, além disso, tem a sua disposição um autêntico exército de pessoas para substituí-los já que estariam disponíveis para trabalhar em condições semelhantes, por viverem num quadro de pobreza e miséria que lhes impõe sujeitar-se ao labor de tal jaez. A respeito do tema, Kátia Magalhães Arruda afirmou o seguinte:

[...] em muitos casos, o escravo grego, por exemplo, tinha situação melhor que a dos explorados da modernidade, uma vez que possuía roupas, alimentação e moradia, enquanto o atual explorado, além de igualmente não possuir liberdade, não tem sequer o acesso às suas necessidades básicas. A sociedade, quando escravocrata, reconhece a necessidade de escravos para a sua sobrevivência, enquanto em uma sociedade democrática, baseada na liberdade de trabalho, a existência de trabalho escravo é uma amostragem inequívoca de sua ruína.⁶

É uma constatação cruel, mas que reflete uma dura realidade.

Para compreender o seu conceito, é indispensável partir da análise da previsão normativa trazida pelo Código Penal, que busca esclarecer o conteúdo desse fenômeno social. Como dito, a matéria está disciplinada pelo art. 149 do referido digesto penal pátrio, com a redação dada pela Lei n. 10.803, de 11.12.2003.

Antes de tal mudança legislativa, a referida norma penal apenas mencionava que o crime seria reduzir alguém à condição análoga à de escravo. Tratava-se de descrição vaga e inexacta, que dificultava a sua compreensão. Configurava o que a doutrina chama de tipo penal aberto. Tal hipótese abrange os casos “[...] em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal”.⁷

Alguns autores, em posição oposta, sustentavam não ser relevante estabelecer definição mais minuciosa do que seria trabalho escravo⁸, pois consideravam desnecessários maiores debates a esse respeito e a jurisprudência,

⁶ ARRUDA, K. M. *Trabalho análogo à condição de escravo* [...]. Genesis, p. 687-688.

⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. p. 424.

⁸ Quanto ao tema, Hélio Barbosa de Souza Rodrigues Júnior, em texto anterior à alteração normativa apontada, asseverava o seguinte:

Os que advogam a tese da desnecessidade de uma definição do que seja trabalho escravo basicamente alegam dois motivos: A uma, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas com relação aos elementos gerais presentes no crime de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (art. 149 do Código Penal - CP), e, a duas, o tipo penal previsto no art. 149 é aberto, daí por que depende da valoração no caso concreto, ou seja, dos fatos que estejam envolvendo a situação, de modo que não se deve alterá-lo.

Primeiramente, na esfera dos fatos, observa-se que a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas no conceito oriundo do art. 149 do CP, visto a impunidade que

por si só, poderia corrigir as omissões porventura remanescentes. Contudo, este não foi o entendimento que prevaleceu, até porque a jurisprudência, principalmente penal, não conseguiu, ao longo dos anos, estabelecer um esclarecimento preciso do que seria o tipo fixado no art. 149 do Código Penal. Pouquíssimas sentenças penais condenatórias foram prolatadas, o que estimulou um sentimento de descrença no sistema e de impunidade em favor dos praticantes desse crime.

Com a alteração normativa apontada, instituiu-se uma bússola norteadora do que seja o trabalho escravo contemporâneo (ou o crime de redução análoga à condição de escravo, como prefere o legislador). Vejamos o seu novo texto:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena: reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.⁹

Essa tipificação mais detalhada da conduta em exame foi importante não apenas para o Direito Penal, mas para todos os ramos jurídicos afetos aos Direitos Humanos, inclusive o Direito do Trabalho, pois permitiu ao estudioso e ao operador do direito a possibilidade de estabelecer um norte a ser seguido para a compreensão do que seja o trabalho escravo no Brasil na atualidade.

Dessa maneira, poderíamos conceituar o trabalho escravo contemporâneo como sendo a atividade laboral desenvolvida pelo trabalhador em benefício de terceiro, em que se verifica restrição à sua liberdade e/ou desobediência a direitos e garantias mínimos (sujeição à jornada exaustiva ou a trabalho degradante, dívida

abrange a prática deste crime no Brasil. A aplicação do art. 149 somente está sendo efetivada através de muita pressão dos movimentos populares e de cobrança da comunidade internacional. É verdade que, atualmente, alguns processos estão tramitando no Poder Judiciário, mas a indefinição sobre a competência jurisdicional para o julgamento da ação (competência da Justiça Federal ou Estadual) é um dos elementos que impede, com profundidade, como o conceito amplo do art. 149 do CP será, efetivamente, aplicado.

(in RODRIGUES JÚNIOR, Hélio Barbosa de Souza. A polêmica em torno da necessidade ou não de uma definição do que seja "trabalho escravo", p. 1. Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br/publicacoes/escravo.html>>. Acesso em: 21 set. 2005)

⁹ CÓDIGOS penal, Processo penal e Constituição Federal - 3 em 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

abusiva em face do contrato de trabalho, retenção no local de trabalho por cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, manutenção de vigilância ostensiva e retenção de documentos) dirigidos a salvaguardar a sua dignidade enquanto trabalhador. Trata-se de conceito que segue a previsão do art. 149 do Código Penal e que, a nosso ver, esclarece a compreensão da matéria.

Apresentadas essas premissas, passemos a examinar o conteúdo propriamente dito deste artigo, vale dizer, a análise da produção da prova para caracterização do trabalho escravo no processo laboral. É o que se verá a seguir.

3. A PROVA DO TRABALHO ESCRAVO NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1. Aspectos iniciais

Como é sabido, os fatos alegados pelas partes devem ser provados em juízo, o que deve ser realizado durante a instrução processual. Com efeito, as alegações dos sujeitos durante o andamento do processo não são suficientes para demonstrar a verdade ou não de determinado fato. É necessário que a parte faça prova de suas assertivas, pois os fatos não provados são inexistentes no processo.

A instrução é a fase do processo em que são colhidas as provas que irão esclarecer o juiz a respeito das questões suscitadas pelos contendores e, assim, proporcionar-lhe os meios para proferir a sua decisão. Nessa linha, faz-se indispensável comprovar a veracidade dos fatos trazidos na demanda, pois o magistrado se constitui num terceiro estranho ao litígio e que, por isso mesmo, não tem conhecimento sobre as matérias que foram ventiladas no feito. Por tal razão, é importante que ele consiga elaborar o seu senso de verdade a partir das provas constantes nos autos, que se traduz no chamado princípio da verdade formal ou do dispositivo probatório, que se cristaliza no conhecido brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).¹⁰

Esse será o tema a ser abordado neste item. Contudo, faz-se necessário ainda, de forma preambular, formular algumas digressões sobre a ação judicial a ser proposta, particularmente em decorrência da situação concreta em que se identifica o trabalho escravo contemporâneo. É o que observará em seguida.

3.2. Do ajuizamento da ação judicial e as peculiaridades do caso concreto

As demandas judiciais cujo ponto central é a prática da escravidão contemporânea têm, de regra, a natureza de ação coletiva, que seria aquela ação proposta para defesa de interesses coletivos *lato sensu*, ou seja, os interesses

¹⁰ Isso não significa dizer que o magistrado esteja obrigado a se satisfazer apenas com as provas trazidas ou solicitadas pelas partes. Ao contrário, ele pode assumir uma postura ativa na sua produção e dispõe de liberdade para determinar a vinda aos autos de documento que sabe existir ou presume a existência, ouvir testemunha sequer apontada pelas partes, realizar perícias não requisitadas, efetuar inspeção judicial etc., desde que qualquer dessas medidas seja pertinente ao deslinde do litígio.

difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹¹ Envolver uma conduta que, além de atingir as próprias vítimas lesadas, podem provocar um sentimento de tamanho repúdio e desagravo social que costuma repercutir e atingir toda a sociedade. Nessa linha, tem como um dos seus legitimados para propor a ação em juízo o Ministério Público do Trabalho, a quem incumbe “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF/88).

A sujeição de trabalhadores a essa forma moderna de escravidão comporta uma situação bastante peculiar e que produz importantes efeitos para a produção da prova no processo do trabalho. De regra, os rurícolas submetidos a essa forma de exploração são arregimentados em local distante de seu rincão natal, através dos aliciadores denominados “gatos”. Esses trabalhadores não têm qualquer identidade com a região em que estão realizando a sua atividade laboral e muito menos com as pessoas nativas, já que, normalmente, deixam todos os seus pertences e entes queridos nos locais de origem, inclusive a família, em busca dessa proposta de emprego que lhes é oferecida.

No momento em que o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM)¹² realiza a inspeção e identifica a presença de trabalhadores em situação análoga à de escravos, a primeira medida a ser adotada se dirige a viabilizar a emissão de CTPS, o pagamento dos créditos trabalhistas pertinentes e o imediato retorno dos rurícolas aos seus respectivos lares. Superada essa etapa, há outras importantes providências a serem tomadas tanto na esfera penal quanto na trabalhista. Neste artigo, interessa-nos particularmente a providência processual intentada perante a Justiça Especializada obreira.

¹¹ Há uma discussão doutrinária quanto à espécie de ação coletiva a ser proposta conforme o tipo de interesse coletivo a ser protegido. Alguns autores, como Ives Gandra da Silva Martins Filho (*in Ação civil pública e ação civil coletiva, Revista LTr* n. 59, p. 1449-1451), sustentam que a ação civil pública (ACP) deve ser ajuizada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, ao passo que a ação civil coletiva (ACC) seria o instrumento processual adequado para a proteção de interesse individual homogêneo. Outros, como Carlos Henrique Bezerra Leite (*in Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1086-1088), defendem que a ACP, como ação de natureza constitucional que é, pode se destinar à proteção de interesse individual homogêneo, em nome do princípio da instrumentalidade, desde que essa providência não implique desrespeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

¹² O GEFM foi criado em 1995 e se caracteriza como o eixo da política contra a escravidão adotada no Brasil. É coordenado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e é composto também por integrantes do Ministério Público do Trabalho e do Departamento de Polícia Federal (DPF). Essa força-tarefa federal se constitui numa “[...] resposta à necessidade de ter um comando centralizado para diagnosticar o problema: garantir a padronização dos procedimentos e a supervisão direta das operações pelo órgão central; assegurar o sigilo absoluto na apuração das denúncias; e, finalmente, reduzir as pressões ou ameaças sobre a fiscalização local.” (*in Trabalho escravo contemporâneo: a experiência brasileira na erradicação*. Brasília: MTE, ASCOM, 2008. p. 13)

Ora, o pagamento das parcelas trabalhistas não isenta o patrão das consequências decorrentes da prática do trabalho escravo contemporâneo. É fundamental o ingresso em juízo, pois

[...] o ajuizamento da ACP em face dos direitos metaindividuais, com o escopo de erradicar o trabalho escravo no Brasil, é eficaz na medida de seu ajuizamento, onde o *Parquet* concede a tutela aos trabalhadores, o direito à liberdade, o direito de ir e vir, a dignidade humana, dentre outros direitos.¹³

Daí a pertinência do ajuizamento de ação civil pública pelo MPT para impedir que o empregador (pessoa física ou empresa rural) submeta outros trabalhadores ao regime de escravidão contemporânea, sob pena de fixar uma multa altíssima caso se verifique a reincidência. Além disso, seria possível postular a outorga de um meio ambiente de trabalho mais coeso com as exigências legais mínimas e que se dirijam a impedir o labor em condições degradantes de trabalho, que configura uma das situações tipificadas no sobredito *caput* do art. 149 do Código Penal, através da construção de dormitórios e banheiros para os trabalhadores, da concessão de equipamentos de proteção individual (EPIs) - como luvas, chapéus etc. -, da garantia de água potável para o consumo humano, etc., tudo consoante as espécies de irregularidades identificadas no caso concreto. Por outro lado, poderia também ser requerido o pagamento de indenização por dano moral coletivo, reversível em favor do FAT, em face da contratação de camponeses como autênticos escravos contemporâneos, numa prática que viola a dignidade humana desses trabalhadores e causa um sentimento de revolta e indignação social. Nessa linha, o deferimento de tal pedido poderia proporcionar à Justiça do Trabalho a possibilidade de cumprir o papel de Justiça Restaurativa, através da destinação de tais valores à recomposição do dano difuso e coletivo junto às próprias comunidades atingidas pela prática do trabalho escravo.^{14 15}

Ajuizada a ação judicial pertinente, cabe ao autor fazer a prova de suas alegações. Ora, o ponto crucial é a demonstração de que, no caso concreto, teria havido a prática da escravidão no seu viés contemporâneo. Nessa hipótese em referência, há alguns empecilhos específicos que serão analisados no item subsequente.

¹³ LOTTO, L. A. *Ação civil pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008. p. 127.

¹⁴ PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: o dano moral coletivo. In VELOSO; Gabriel, FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 202-203.

¹⁵ A realização do feito com vistas a cumprir o papel de Justiça Restaurativa pode ser alcançada com maior presteza através da celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC), já que, neste, a obrigação a ser cumprida depende do que for ajustado entre o escravizador e o *parquet* laboral e, na ACP, os valores cobrados como indenização por dano moral coletivo se dirigem ao FAT. Desse modo, o celebrante compromissário pode se comprometer a pagar uma indenização pelo dano moral coletivo já cometido, a ser revertida para beneficiar a própria comunidade em que foram aliciados os trabalhadores escravizados, com a realização de cursos profissionalizantes para manter o rurícola em sua cidade de origem, com a implantação de creches para os filhos dos camponeses etc.

3.3. Os diversos meios de prova a serem utilizados e as dificuldades que podem surgir

Quanto à prova no processo do trabalho, pode-se verificar que a CLT foi muito econômica e mesquinha ao tratar do tema, pois reservou apenas os arts. 818 a 830 para cuidar da matéria. Essa postura do legislador laboral talvez se justifique pela importância que é reservada aos princípios da celeridade e da instrumentalidade na legislação processual trabalhista, o que levou à adoção de uma instrução bastante singela e simplificada, chegando-se a omitir do texto normativo alguns pontos que, pela sua ausência, podem suscitar controvérsia e, por isso mesmo, deveriam ter sido objeto de referência expressa no texto consolidado.

Quando se quer aferir quais são os meios de prova disponíveis para demonstrar uma determinada pretensão em juízo, é preciso ter em mente o que estabelecem o inciso LVI do art. 5º da CF/88, como também o art. 332 do CPC. O primeiro deles preceitua que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e o texto citado da norma processual vigente fixa que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Assim, pode-se concluir que, não sendo produzida por um instrumento defeso pelo direito, como seria o caso da prova obtida mediante interceptação telefônica clandestina, é permitida a sua formação, mesmo que através de uma via que não esteja expressamente prevista em lei.

Os meios de prova mais comuns, inclusive no processo do trabalho, são o depoimento pessoal da parte, o interrogatório das testemunhas, a prova documental e a perícia. Entretanto, quando tratamos da comprovação do trabalho escravo no seu perfil contemporâneo, os meios mais adequados para se cumprir tal desiderato são a prova testemunhal e a prova documental.

Quanto à prova documental, as que se apresentam com maior poder probante são as chamadas “cadernetas”, ou seja, os documentos em que são feitas as anotações das dívidas contraídas pelos trabalhadores diante do proprietário rural, por meio do barracão.¹⁶ Por meio delas, é possível verificar

¹⁶ O sistema de barracão ou sistema de cantina se refere a uma forma de pagamento do labor adotada no meio rural, em que o rurícola recebe o valor correspondente ao seu trabalho através de produtos de primeira necessidade e outros víveres fornecidos pelo patrão, por meio do barracão (daí a denominação), ao invés de receber em dinheiro. Sob certa perspectiva comporta um fator positivo, uma vez que é comum que as fazendas estejam situadas em pontos afastados de outros centros de comércio, o que facilita ao obreiro a aquisição de tais produtos. A própria CLT tolera essa medida, desde que os aludidos produtos sejam vendidos a preços razoáveis e compatíveis com os do mercado local, como também que não seja empreendida qualquer coação ou induzimento para que os campesinos utilizem do armazém (art. 462, §§ 2º e 3º). Entretanto, não é o que se verifica na prática, pois o patrão costuma impor ao obreiro a aquisição de tais bens pelo barracão e ele se submete a essa determinação por não ter outra opção. Além disso, é comum que os produtos sejam vendidos a preços exorbitantes, proporcionando um enriquecimento ilícito do dono da terra. Por outro lado, a falta de discernimento do

os abusos perpetrados contra o rurícola. Funciona como elemento essencial para caracterizar a escravidão por dívida e apontar as parcelas a que o obreiro faz jus em face do desconto indevido realizado pelo patrão. Numa inspeção realizada pelo GEFM, costuma-se dizer que a localização dessas “cadernetas” representa um importante suporte para a propositura da ação judicial no momento processual pertinente, pois cria uma perspectiva bastante positiva de que a conduta patronal será caracterizada como trabalho escravo nos moldes que estamos tratando.

Outro relevante documento a ser trazido aos autos é o contrato de intermediação de mão de obra firmado entre o “gato” e o dono da terra. Nessa hipótese, caberá ao autor da ação comprovar a falsidade dessa relação jurídica, mormente quando se percebe que o suposto empreiteiro tem uma situação de fragilidade econômica que pouco se diferencia da dos rurícolas, o que pode inclusive permitir a conclusão de que o aludido “gato” se constitui num autêntico “testa de ferro” do patrão.

É comum também que os integrantes do GEFM, no próprio local da inspeção, com vistas a comprovar a existência do trabalho escravo, efetuem filmagens ou mesmo coletem fotografias, através de máquinas digitais, celulares e outros meios eletrônicos, que retratem as péssimas condições laborais. A prova documental formulada através da juntada de fotografia impunha à parte a apresentação dos respectivos negativos, nos termos do § 2º do art. 385 do CPC pátrio. Hoje em dia, tanto as fotografias quanto as filmagens são elaboradas pela via digital, sendo descabida a juntada dos negativos em tais hipóteses. Nesses casos, entende-se que tais documentos fazem prova dos fatos que desejem representar, se aquele contra quem forem produzidos admitir-lhes a conformidade (parágrafo único do art. 383 do CPC). Em sentido inverso, se a parte se sentir prejudicada com a apresentação de tal documento, poderá impugnar a sua autenticidade e suscitar o incidente de falsidade (arts. 390 a 395 do CPC), cabendo ao juiz ordenar a realização de exame pericial (parágrafo único do art. 383 do CPC). Por isso é essencial a juntada do cartão de memória aos autos, a fim de comprovar a veracidade da prova caso ocorra impugnação pela parte contrária.

Outros documentos de grande importância são os autos de infração lavrados pelos Auditores-Fiscais do Trabalho que integram o GEFM. Esses instrumentos são emitidos quando é identificada a existência de violação de preceito legal de proteção ao trabalho e implicará a imposição de multa administrativa ao detratador.¹⁷ Muitas vezes são lavrados mais de três dezenas de autos numa única operação

campesino faz com que sejam incluídos na dívida produtos que não poderiam ser vendidos a ele, como EPIs, alguns produtos usados no desempenho do trabalho (facões, combustível da motosserra etc.) e outros que a lei veda expressamente (bebidas alcoólicas, cigarros etc. - *caput* do art. 458 da CLT). Muitas vezes, ao final do mês, o rurícola quase nada tem a receber ou, pior ainda, fica devendo ao patrão, o que se constitui num inadmissível abuso jurídico, pois não há como imaginar que aquele que disponibilizou a sua energia laboral, após realizar o seu trabalho, ainda esteja devendo ao patrão. Daí surgir a chamada escravidão por dívida, que fica bem comprovada quando encontradas as citadas “cadernetas” em que são lançados os débitos do trabalhador rural para com o barracão.

¹⁷ SILVA, M. R. *Inspeção do trabalho: procedimentos fiscais*. Goiânia: AB, 2002. p. 46.

de fiscalização em que se atesta a ocorrência de escravidão contemporânea, tal é a gravidade das condições de trabalho encontradas. Embora possam ser objeto de defesa pelo autuado, esses documentos gozam de fé pública e não há dúvida de que a sua juntada ao feito judicial tem grande relevância para a comprovação de ocorrência da prática em questão.

Além da prova documental, a prova testemunhal também pode ser de grande importância durante a instrução judicial. Aliás, durante muito tempo era considerada a prostituta das provas, já que sujeita à falibilidade da manifestação humana, com a concreta possibilidade de ser desvirtuada da realidade, além de contar com a possibilidade de distorções provenientes da má-fé do depoente e mesmo da falha na capacidade de percepção daquele que teria presenciado os fatos. Hoje em dia, essa regra não mais existe, principalmente porque prevalece o entendimento segundo o qual não há hierarquia entre os diversos meios de prova.

No direito processual do trabalho, de forma particular, a prova testemunhal goza de uma valoração que não possui no direito processual civil. Com efeito, em muitos casos é decisiva para a solução da lide, podendo ser, até mesmo, o único meio de prova disponível para o deslinde da matéria controversa. Esse aspecto cresce de relevo com relação ao empregado que, muitas vezes, não dispõe de qualquer documento, uma vez que não teve a CTPS assinada, não teve acesso a cartões de ponto, não celebrou contrato de trabalho etc., e conta com a prova testemunhal como único instrumento apto a demonstrar o seu pedido.

Contudo, é fundamental aferir o grau de confiança que ela deva merecer. Isso vai depender da firmeza com que foi recolhida. O contato pessoal do Juiz com as testemunhas permite observá-las sob o ponto de vista psicológico e formular uma avaliação quanto à sinceridade de suas respostas. Além disso, é essencial compará-la com os outros meios de prova no que se refere ao mesmo fato articulado e, ainda, analisar a idoneidade do depoente e o seu nível de interesse no resultado da demanda. Pouco importa se foi produzida pelo empregado ou pelo empregador. Cabe ao juiz valorar a prova testemunhal com base no poder de convencimento que ela oferece. Tal providência está intimamente relacionada com a ideia que permeia o processo, inclusive o processo trabalhista, fulcrada no princípio da igualdade de tratamento ou de simetria das partes.

Se a prova testemunhal tem toda essa relevância na esfera laboral, aqui não poderia ser diferente. Daí a importância de se trazer para depor os próprios Auditores-Fiscais do Trabalho que participaram da operação, visto que presenciaram *in loco* o meio ambiente de trabalho e possuem conhecimento decorrente de sua experiência profissional que pode ser um diferencial para o cotejo do caso concreto com a tipificação legal antedita. Entretanto, existe uma dificuldade prática de estarem presentes à audiência instrutória, uma vez que os integrantes do GEFM normalmente estão lotados e desempenham a sua função em outros Estados da federação, o que pode causar embaraços para a sua presença na audiência respectiva. É verdade que poderia ser utilizada a carta precatória, mas, nesse caso, a oitiva da testemunha não teria o mesmo impacto, pois o juiz estaria perdendo a chance de ouvir pessoalmente o servidor público que esteve presente no local do ilícito. Há um outro fator a ser levado em consideração, pois parte minoritária da jurisprudência trabalhista considera que esses agentes públicos seriam suspeitos para depor, o que implicaria o acolhimento da contradita que viesse a ser oferecida

pelo réu. Trata-se de um entendimento equivocado, data vênia, pois são pessoas de idoneidade e que gozam de fé pública no desempenho de seu mister institucional. Apesar disso, trata-se de um meio de prova de grande força persuasiva e que não pode ser desprezado.

Do mesmo modo, a oitiva de pessoas que foram localizadas nas fazendas em condições análogas às de escravo é fundamental para demonstrar a situação de escravidão. Nessa linha, a ouvida desses trabalhadores pode possibilitar ao magistrado a formação de um diagnóstico capaz de apontar, desde o início, todo o trajeto percorrido pela vítima, partindo do seu aliciamento até a chegada na propriedade rural, e, principalmente, indicando as condições de trabalho a que estava sujeita em consonância com a previsão do art. 149 do CP brasileiro.

Contudo, uma outra circunstância fática costuma gerar mais uma complicação para a ouvida dessa testemunha. Não podemos nos olvidar de que os trabalhadores geralmente são aliciados para trabalhar em uma fazenda que pode distar até mais de dois mil quilômetros de sua cidade de origem. Daí é que, ao receber as parcelas rescisórias devidas, retornam de imediato à sua terra natal. Como visto, a própria Operação Móvel prioriza essa medida ao exigir do empregador que custeie, o mais rápido possível, a volta desses trabalhadores para suas casas. Trata-se de medida extremamente justa, pois proporciona o reencontro com a família e demais entes queridos, o que faz resgatar o sentimento de dignidade do trabalhador.

Nessa esplanada, muitos habitam em pequenos lugarejos, totalmente inóspitos e sem luz elétrica, não servidos por telefone, *internet* e qualquer outro meio de comunicação, o que dificulta sobremaneira o contato com os mesmos. Assim, fica praticamente inviabilizada a comunicação com aqueles rurícolas, que bem provavelmente não manterão mais nenhum liame com os membros da Móvel e, principalmente, com o Procurador do Trabalho que será responsável pelo ajuizamento da ação. Mesmo que o integrante do Ministério Público do Trabalho, em juízo, solicite a notificação da testemunha, dificilmente essa medida seria bem sucedida, em decorrência do total isolamento do testigo, em local não atendido pelo serviço de correio e completamente inacessível ao oficial de justiça.¹⁸ O que fazer para resolver essa situação? É o que iremos examinar no próximo item.

3.4. A produção antecipada da prova testemunhal

O retorno da testemunha para a sua cidade de origem torna praticamente inexecutável a possibilidade de realizar a sua ouvida durante a instrução processual. Essa circunstância fica mais evidente quando é sabido que a data da audiência instrutória poderá tardar bastante, em razão do excesso de demandas que estejam

¹⁸ Uma outra medida que costuma ser adotada na prática é a oitiva da testemunha pelo Procurador do Trabalho presente na operação no próprio local em que foram encontrados os camponeses em situação de escravidão. Assim, o seu depoimento é anexado aos autos judiciais junto com a petição inicial. Entretanto, além de impedir o contato direto do magistrado com o testigo, pode ser objeto de questionamento pela parte contrária, ao argumento de que foi produzido em desobediência ao princípio do contraditório e, até mesmo, que foi produzido por coação.

tramitando no foro trabalhista competente. Uma solução para esse entrave seria a produção antecipada dessa prova, nos termos disciplinados pelos arts. 846 a 851 do Código de Processo Civil supletivo. É certo que a inquirição da testemunha poderia ser obtida mediante carta precatória, mas, diante do procedimento moroso e nem sempre tão eficaz, é mais recomendável a adoção dessa medida cautelar nominada.¹⁹

Como diz a doutrina, a produção antecipada de provas seria a providência processual “[...] cuja finalidade é o resguardo da prova oral ou pericial contra a sua provável irrealizabilidade ao tempo da fase instrutória do processo em que a mesma há de ser produzida”.²⁰ Ora, o risco iminente de se perder aquele meio de prova indispensável à comprovação da existência de fatos que sejam fundamentais para o deslinde da controvérsia em debate justifica plenamente a utilização desse procedimento. Nesse caso, o momento processual de elaboração da referida prova se transmuda da fase probatória da ação de conhecimento para a fase probatória da ação cautelar, de modo que tudo o que for exigido para a produção dessa prova deverá ser atendido no processo cautelar, já que essa é a finalidade do ajuizamento dessa ação.²¹

Desse modo, sempre que a parte entender indispensável produzir antecipadamente a prova de que necessitará para lastrear a sua pretensão no processo principal, deverá se valer dessa ação cautelar nominada, desde que estejam presentes os pressupostos da aparência do bom direito (*fumus boni juris*) e do perigo na demora (*periculum in mora*).²² O primeiro deles está presente na obrigatoriedade do autor indicar a expressa e clara referência dos fatos em redor dos quais deverá se dirigir o depoimento da testemunha e a importância desse depoimento para o deslinde central da querela (art. 848 do CPC). Quer dizer, deverá demonstrar a indispensabilidade do depoimento da testemunha para o que se pretende provar no processo principal. Já o segundo deles decorre da necessidade da testemunha se ausentar do foro em que deve ocorrer a audiência de instrução que deverá ser realizada no futuro (inciso I do art. 847 do CPC). Além de ser iminente, é preciso também que essa ausência tenha caráter duradouro ou mesmo efetivo. É a hipótese típica em discussão. Em função da premência da sua volta à terra natal e da provável impossibilidade de voltar à região em que prestou o trabalho e, via de consequência, estar presente a tal assentada, resta caracterizada a pertinência do pedido. Deverá comprovar a ausência, com a apresentação da passagem rodoviária ou de qualquer outro documento ou meio de prova que permita cumprir tal desiderato.

¹⁹ Além disso, a presença pessoal da testemunha, com a narrativa de todo o sofrimento que enfrentou, tem um poder de convencimento muito superior perante o magistrado, que o conteúdo frio da transcrição documental da sua oitiva não é capaz de transmitir.

²⁰ MACHADO, A.C.C. *Código de processo civil comentado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. rev.e atual. Barueri: Manole, 2008. p. 1198.

²¹ NERY JUNIOR, N.; NERY, R.M.A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007, 1ª reimp., São Paulo: RT, 2008. p. 1136.

²² TEIXEIRA FILHO, M.A. *Curso de direito processual do trabalho*, V. III, São Paulo: LTr, 2009. p. 2567.

Do ponto de vista processual, a ação em questão pode ser ajuizada em momento anterior ao da ação principal, passando a ter caráter nitidamente preparatório, ou mesmo já no curso da ação de conhecimento, sendo, nesse caso, de natureza incidental (art. 847 do CPC). Trata-se, pois, de autêntico processo cautelar antecipatório, pois permite que, antes mesmo do ajuizamento da aludida ação de conhecimento ou da sua chegada à fase instrutória, fique documentado o depoimento da testemunha. Constitui o que Pontes de Miranda denominava de exercício da pretensão à segurança das provas.²³ Na hipótese em referência, o mais provável é que o pedido seja formulado antes do ajuizamento da ação principal, pois a tendência normal é que o testigo já tenha se dirigido à sua cidade natal em instante bem anterior ao da ocorrência da audiência em que seria colhido o seu testemunho.

Ao formular a peça incoativa, além de postular a oitiva da testemunha, o autor deverá requerer a designação de data para audiência especial, a intimação da testemunha para depor e ainda a citação do réu para ter ciência da ação cautelar e participar do depoimento da testemunha. O princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV) impõe que seja efetuada a citação do réu, o que lhe permitirá, se for do seu interesse, acompanhar a produção da prova cuja antecipação é requerida. Por tal motivo, consideramos ser incabível a concessão, *inaudita altera parte*, do deferimento de tal pretensão, e, de maneira particular, no que se refere à produção antecipada de prova testemunhal. De fato, se o juiz consentisse na inquirição da testemunha sem a presença da parte ré, como seria possível contraditá-la, formular as perguntas que entendesse pertinentes, requerer acareação e tudo mais que considerasse pertinente se não fosse intimada a participar dessa audiência? Nessa escanча, entendemos que se constitui um direito pacífico do réu o de ser intimado para essa audiência, cabendo a ele comparecer ou não conforme o seu livre convencimento.²⁴

Em face da obrigatoriedade de citação do réu, é plenamente possível que ele apresente impugnação a tal pleito, ao argumento de que este não encontra suporte nos arts. 846 a 851 do CPC supletivo.²⁵ Se inexistir contestação pelo requerido, o juiz simplesmente homologa o pedido de realização antecipada da oitiva da testemunha, determinando a permanência dos autos em cartório (art. 851 do CPC), a fim de que seja posteriormente apensado aos autos do processo principal. Uma vez contestada a ação, o juiz terá dois caminhos a trilhar: julga procedente o pedido de produção antecipada e homologa a prova (vale dizer, sem formular qualquer análise meritória do seu conteúdo), ou, não se convencendo da pretensão, julga improcedente o pleito. O ato do juiz constitui uma sentença, da qual caberá apelação.

²³ *Apud* MACHADO, A.C.C. *Op. cit.*, p. 1198.

²⁴ Entretanto, há autores que entendem ser cabível o deferimento desse pedido sem a ouvida da parte contrária, como Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior (*in* TEIXEIRA FILHO, M.A. *Op. cit.*, p. 2572).

²⁵ NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J.R.F.; BONDIOLI, L.G.A. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1008.

Trata-se de uma medida que, se vier a ser manuseada nas situações pertinentes, terá efeito prático relevante para a obtenção da pretensão buscada em juízo. De fato, o uso dessa ação cautelar nominada pode viabilizar a comprovação fática da ocorrência do trabalho escravo contemporâneo, com a superação desse grande entrave probatório e, assim, proporcionar uma maior efetividade do processo.

4. CONCLUSÕES

Em face de tudo o que foi exposto nessas linhas, é possível extrair as seguintes conclusões:

O trabalho escravo com seu perfil contemporâneo pode ser conceituado como o exercício da atividade laboral desenvolvida pelo trabalhador em benefício de terceiro, em que se verifica restrição à sua liberdade e/ou desobediência a direitos e garantias mínimos (sujeição à jornada exaustiva ou a trabalho degradante, dívida abusiva em face do contrato de trabalho, retenção no local de trabalho por cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, manutenção de vigilância ostensiva e retenção de documentos) dirigidos a salvaguardar a sua dignidade enquanto trabalhador.

As demandas judiciais que buscam comprovar a prática da escravidão moderna são, de regra, de natureza coletiva, costumam ser ajuizadas com base nos dados obtidos pela fiscalização do GEFM, destinam-se a impedir a reiteração dessa conduta e ainda a impor uma condenação por dano moral coletivo.

Um dos maiores obstáculos para condenar aqueles que praticam essa modalidade de escravidão existente nos dias atuais é comprovar a ocorrência dessa conduta na esfera processual.

Os meios mais comumente utilizados como prova documental para atingir esse desiderato são as “cadernetas” de apontamentos dos débitos dos trabalhadores rurais, os contratos de intermediação de mão de obra firmados entre o “gato” e o dono da terra, as fotos e filmagens que indicam as condições de trabalho impostas aos rurícolas e os autos de infração lavrados pelos Auditores-Fiscais que compõem a Móvel.

A prova testemunhal é também muito importante para demonstrar a prática do trabalho escravo, mormente pelo isolamento das fazendas e da falta de registro das relações laborais. Daí a importância da oitiva dos Auditores-Fiscais do Trabalho que compuseram a equipe que participou da fiscalização do GEFM como também dos trabalhadores encontrados na condição de escravos modernos. Quanto a estes últimos, após serem libertados e receberem as parcelas rescisórias devidas, são encaminhados de volta à terra natal, o que permite o resgate do sentimento de dignidade do trabalhador e da sua autoestima.

Como se torna muito difícil o comparecimento desse testigo à audiência de instrução do processo que vier a ser ajuizado, a providência mais adequada é a propositura de uma ação cautelar de produção antecipada de prova testemunhal. Desse modo, antes que ele se ausente da localidade em que estava sendo explorado, poderá prestar o seu depoimento perante a autoridade judiciária competente, que será utilizado como importante meio de prova para a demonstração da ocorrência do labor em condição de escravidão.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

- ARRUDA, Kátia Magalhães. Trabalho análogo à condição de escravo: um ultraje à Constituição. Curitiba: *Genesis*, n. 36, dez. 1995, p. 683-689.
- *CÓDIGOS Penal, Processo Penal e Constituição Federal* - 3 em 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- LOTTO, Luciana Aparecida. *Ação civil pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil comentado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. rev.e atual. Barueri: Manole, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Ação civil pública e ação civil coletiva*. São Paulo: Revista LTr, v. 59, n. 11, nov. 1995. p. 1449-1451.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007, 1ª reimp., São Paulo: RT, 2008.
- PALO NETO, Vito. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.
- PEREIRA, Cícero Rufino. *Efetividade dos direitos humanos trabalhistas: o Ministério Público do Trabalho e o tráfico de pessoas: o Protocolo de Palermo, a Convenção n. 169 da OIT, o trabalho escravo, a jornada exaustiva*. São Paulo: LTr, 2007.
- PRADO, Erlan José Peixoto do. A ação civil pública e sua eficácia no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo: o dano moral coletivo. In VELOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 186-205.
- ROCHA, Paulo *et al.* Projeto de Lei n. 929, de 1995. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=23/9/1995&txpagina=23326&altura=700&largura=800>. Acesso em: 20 fev. 2011.
- RODRIGUES JÚNIOR, Hélio de Souza. *A polêmica em torno da necessidade ou não de uma definição do que seja "trabalho escravo"*. Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br/publicacoes/escravo.html>>. Acesso em: 21 set. 2005.
- SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, Marcello Ribeiro. *Inspeção do trabalho: procedimentos fiscais*. Goiânia: AB, 2002.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. V. III, São Paulo: LTr, 2009.
- TRABALHO escravo contemporâneo: a experiência brasileira na erradicação. Brasília: MTE, ASCOM, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

A QUERELÂNCIA E O JUDICIÁRIO*

Francisco Paes Barreto**

O QUE É QUERELÂNCIA

Num velho *Dicionário de Psiquiatria* pode-se encontrar:

A querelância é uma reação hostil e reivindicadora de certos sujeitos que se consideram lesados e entendem que se subestima o prejuízo causado; em consequência, passam facilmente da queixa ao ataque, seja direto, seja por meio da Justiça.

Na mesma fonte, encontrei as considerações que se seguem.

Com relação aos tipos clínicos, a querelância pode estar presente nos neuróticos, tanto neuróticos obsessivos como histéricos. Nesses casos, as reações querelantes são mais variadas, mais episódicas e menos sistematizadas.

Os tipos mais exuberantes, mais demonstrativos e mais paradigmáticos de querelância encontram-se, sem dúvida, entre certos psicóticos, os paranoicos. Duas formas distinguem-se entre muitas: os delirantes reivindicadores e os hipocondríacos perseguidores.

Os paranoicos delirantes reivindicadores fazem parte de um quadro também chamado de loucura litigiosa ou de paranoia querelante. O sujeito orienta todos os atos de sua vida para a reparação do prejuízo sofrido, promovendo processos contra seus adversários. Mostra-se rebelde a toda conciliação. Se perde, impugna a equidade dos juízes e denuncia sua corrupção, ou então a sinceridade das testemunhas, ou a má-fé da parte contrária. Multiplica as apelações e engorda enormemente os processos que acumulam ataques e calúnias. Recusa-se a se submeter às decisões dos tribunais e, às vezes, opõe-se com violência à missão dos oficiais de justiça.

Os paranoicos hipocondríacos perseguidores queixam-se, geralmente, de problemas abdominais, sobretudo na região anal e genital (hemorroidas, dificuldades de micção, impotência, etc.). Procuram o médico com insistência, e fazem dele o responsável por suas decepções, acusando-o de negligência e de imperícia. É frequente que o considerem culpado pelo agravamento de seus males. Se levam o caso à Justiça, pleiteiam indenização elevada pelos danos causados. Em casos extremos, chegam à vingança sangrenta contra o médico ou cirurgião, cujo único erro foi o de não haver reconhecido a gravidade do estado mental de seu paciente.¹

* Palestra proferida no II Ciclo de Saúde Mental.

** Psiquiatra e psicanalista, A.M.E. da Escola Brasileira de Psicanálise.

¹ POROT, A. *Dicionário de Psiquiatria*. Barcelona: Editorial Labor, p. 513, 1967.

INTRODUÇÃO À ABORDAGEM PSICANALÍTICA

Enquanto a psiquiatria clássica se prendeu à descrição fenomenológica, sistematização e classificação dos quadros mórbidos, a psicanálise foi além dos dados da experiência e avançou na construção de modelos conceituais, que permitiram uma leitura da estrutura e do funcionamento dos casos clínicos tratados. Os constructos teóricos mais importantes foram o inconsciente e as pulsões. Certa feita, Freud afirmou que a teoria das pulsões constituía “a nossa mitologia” (dos psicanalistas). Quanto a isso, não se trata propriamente de uma novidade. A física e outras ciências caminham de modo semelhante. O modelo atômico, por exemplo, não é um dado da experiência, mas uma construção teórica útil para a elucidação de inúmeros aspectos da realidade estudada. No que se refere à psicanálise, tentarei mostrar tal desenvolvimento, de maneira sucinta e o mais clara possível, a partir do tema da querelância.

Depois de Freud, a psicanálise conheceu dois nomes de maior estatura: Melanie Klein, na Inglaterra, e Jacques Lacan, na França.

Na psicanálise de orientação lacaniana, destacarei dois conceitos de grande importância: o Outro e o Sujeito.

O que é o Outro? Numa primeira abordagem, o Outro é a ordem simbólica, é a ordem da linguagem. A linguagem é o que diferencia radicalmente o reino humano do reino animal. Mais que diferenciar, o ingresso na linguagem marcou uma ruptura entre o universo humano e o universo animal. O universo humano tornou-se, por excelência, universo do discurso, onde se incluem as expressões sociais e culturais. O Outro, ou a ordem simbólica, ou a ordem da linguagem, por conseguinte, é a matriz do que é genuinamente humano.

Ao Outro, a psicanálise opõe o Sujeito. Se o Outro é ordem, é matriz, é estrutura, o Sujeito é único, é efeito, é singularidade. O Outro, ou a ordem simbólica, antecede o Sujeito. Ou seja: antes do Sujeito nascer, condicionado a um corpo biológico, o Outro já estava lá. Da mesma forma, o Outro persiste depois que o Sujeito deixa de existir. Ou quando se restringe a um nome, anunciado por: aqui jaz.

Para a psicanálise, a constituição do Sujeito é algo complexo, que começa, na melhor das hipóteses, pelo desejo dos pais. Mais adiante, ficará também, a cargo dos pais, a mediação, para o filho, do que diz respeito à ordem simbólica: pode-se, então, falar de Outro paterno, ou de Outro materno. Muito se enfatiza, nos dias de hoje, a hereditariedade ou herança, mas esses termos ficam reduzidos ao que é da ordem da biologia, ou da genética. A psicanálise, porém, leva em consideração a herança simbólica. Algo que passa dos pais para os filhos, mas em outro nível. Qual seria a essência dessa herança simbólica? Explicando rapidamente algo que não é simples, trata-se de um significante que é capaz de organizar o mundo do Sujeito e de representá-lo. Representá-lo para quem? Para o Outro.

Numa segunda abordagem, portanto, O Outro pode ser definido como a ordem simbólica tal como é apreendida pelo Sujeito. A ordem simbólica, ou o Outro, encontra no Sujeito várias representações possíveis: o pai, a mãe, o médico, o professor, o juiz, o promotor, o delegado, o prefeito, o padre, etc., etc., etc.

Disse, há pouco, que, na herança simbólica, há um significante-chave. Lacan designou-o como o significante do Nome-do-Pai.² Fazendo um paralelo, eu diria que o Nome-do-Pai é o DNA da herança simbólica. Por outro lado, Lacan definiu três estruturas clínicas fundamentais, sendo que cada Sujeito estaria incluído em uma delas: neurose, perversão ou psicose. O que diferencia uma estrutura clínica da outra é exatamente a relação do Sujeito com o Outro, e essa relação depende exatamente das vicissitudes da herança simbólica, isto é, de como ocorreu a inscrição do significante do Nome-do-Pai.

ESTRUTURA PSICÓTICA E DESENCADEAMENTO DA PSICOSE

Como vimos, os casos paradigmáticos de querelância são de sujeitos paranoicos. A paranoia é um tipo clínico de psicose. É necessário fazer a diferença entre estrutura clínica e desencadeamento da psicose. Como é que a psicanálise teoriza a questão?

Na psicose, não há a inscrição do significante do Nome-do-Pai no Outro do Sujeito. Por algum motivo, o que foi chamado de herança simbólica não aconteceu, ou aconteceu de maneira truncada. O tecido simbólico do sujeito está gravemente desfalcado, e esse dano exige alguma forma de compensação ou de suplência. O que é que o psicótico procura compensar ou suprir? Como dissemos, a falta de um significante fundamental, capaz de organizar o seu mundo e de representá-lo perante o Outro social. A compensação ou suplência pode ter êxito, mas é um êxito precário ou vulnerável. A estrutura psicótica do Sujeito mantém-se estável e operante, mas um tropeço mais sério pode fazer eclodir uma psicose manifesta. É o que se chama de desencadeamento. O desencadeamento, então, evidencia do ponto de vista fenomênico uma psicose que estava latente na estrutura do Sujeito.

O caso de psicose mais famoso na psicanálise foi o do Presidente Schreber, exaustivamente estudado por Freud, por Lacan e por vários outros psicanalistas. Trata-se de uma paranoia exuberante, magistralmente descrita pelo próprio Schreber, em seu livro de Memórias. Ele não foi paciente de Freud; a psicanálise baseou-se nos dados trazidos por seu livro.

Trarei apenas alguns aspectos desse riquíssimo caso clínico.

O desencadeamento de sua psicose ocorreu aos 51 anos, o que configura um período pré-psicótico consideravelmente longo. Schreber era um jurista cuja carreira evoluía com raro brilhantismo. Após várias honrarias e promoções, foi nomeado juiz presidente da Corte de Apelação de Dresden: posto vitalício, ponto culminante de sua ascensão na magistratura alemã, mas, desde o início, um desafio; seus subordinados seriam muito mais velhos e experientes. Para Freud e Lacan, o que parecia uma realização foi, na verdade, um tropeço: alçado ao topo de sua carreira, Schreber não encontrou recursos simbólicos para se manter e para se fazer representar, e seu mundo desmoronou.

² LACAN, J. *O Seminário*. Livro 3: As psicoses. (1955-1956). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

O CASO DE *JUS POSTULANDI PRÉ-CADÁVER*

Passarei, agora, a comentários psicanalíticos do caso de *Jus postulandi pré-cadáver*, ou melhor, do sujeito que assim se autodenominava. Minha análise será baseada em dados publicados pela psicanalista Judith Euchares Ricardo de Albuquerque³ e pelo juiz Cácio Oliveira Manoel.⁴

Tratava-se de um reclamante que, há 17 anos (isso em 2010), iniciou uma ação de complementação de aposentadoria, buscando o reconhecimento judicial de algumas parcelas que lhe seriam devidas, em face do plano de aposentadoria privada. Todas as suas pretensões foram atendidas, do ponto de vista de prestação jurisdicional. Existia um valor disponível líquido em sua conta bancária oficial em torno de R\$1.700.000,00. No entanto, o reclamante se recusava terminantemente a receber, e continuava a demandar, com petições regulares protocoladas no Judiciário de todo o país, num processo cujos autos se encontravam com 47 volumes e mais de 10.000 páginas.

Ao ler sobre o caso, não hesitaria em dizer que se tratava de uma psicose paranoica desencadeada, em que o sujeito buscava desesperadamente os meios para reorganizar seu mundo e conseguir alguma forma de estabilização, mais ou menos precária. Tentarei fundamentar tal afirmação.

O que é que, afinal de contas, o reclamante demandava? Num certo momento, ele escreveu em uma de suas petições, em letra de caixa alta: “EVIDENTEMENTE, HÁ OU NÃO DANOS IRREPARÁVEIS EM JOGO, EXCELENTÍSSIMOS MINISTROS?” Ora, pelo que foi exposto, não se tratava de dinheiro. Que dano irreparável estaria em jogo? A hipótese da psicanálise é esta: o que faltava é um significante fundamental capaz de organizar seu mundo e de representá-lo perante o Outro. Ao mesmo tempo, ele acusava e responsabilizava o Outro por carecer desse significante. Essa hipótese, no entanto, não é mensurável, não é diretamente observável, não é fotografável, assim como não se pode fotografar o modelo atômico. Não obstante, é possível verificá-la por meios indiretos.

A própria recusa veemente do dinheiro era um dado expressivo. O dano seria de outra natureza. Alguma luz sobre o verdadeiro estatuto de sua falta está presente no relatório do Dr. Cácio. Quando o processo chegou ao Tribunal, o reclamante recusou a representação por advogado e começou a falar por si, no seu estilo próprio: além do tom agressivo e insultuoso, as petições passaram a ter dobras e desdobras, com recortes de jornais e montagens com letras e textos desconexos. Em outras palavras, começou a buscar um meio de representar-se perante o Outro social, num longo percurso que concluiu na invenção de um significante que o nomeia: *Jus postulandi pré-cadáver*. Tal nome seria uma tentativa de compensação do significante primordial que lhe faltava, ou seja, um novo nome que ele se dava, na tentativa de fazer-se representar diante do Outro social.

³ ALBUQUERQUE, J. E. R. “Minha experiência como psicanalista do Centro de Direito e Psicanálise da Escola Judicial do TRT de Minas Gerais”. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 437-441, jan./jun. 2010.

⁴ MANOEL, C. O. “O portador de sofrimento mental como parte no Judiciário - Estudo de caso”. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 443-447, jan./jun. 2010.

Que Outro social seria este? Trata-se de um Outro social que, de certa forma, reconheceu e convalidou o novo nome do sujeito: nada menos que o próprio Judiciário. Com efeito, há aí um paradoxo. O Judiciário e o Ministério Público são insultados, tratados como um Outro mau, incompetente e corrupto, além de fazerem parte de uma conspiração contra ele e de serem responsáveis por seu sofrimento e por seus danos. Mas foi precisamente esse Outro que ouviu, que reconheceu e deu sustentação ao *Jus postulandi pré-cadáver*. De que maneira? Por meio de uma rede, de uma trama, cuja expressão mais visível foi o processo de 47 volumes e 10.000 páginas, no qual atuaram, pelo menos, 37 juízes diferentes. Vamos admitir: nosso personagem obteve um êxito considerável. Levantou-se, inclusive, a hipótese: ele teria sido a causa da decisão do TST de proibir o exercício do *jus postulandi*.

Antecipo a conclusão de minha análise. Temos então o Sujeito, representado por *Jus postulandi pré-cadáver*, e o Outro, representado pelo nosso Judiciário. O reclamante paranoico, dessa maneira, reorganizou seu mundo. Há uma ordem, há uma lógica, há um rigor na psicose. Os que duvidam disso deveriam observar quantos artigos já foram escritos sobre o caso e o simples fato de que, ainda hoje, ele faz parte de nossas atenções.

Quanto ao nosso Judiciário, não vou dizer que está nessa história tal como Pôncio Pilatos no Credo. Pelo contrário: de maneira inadvertida, entrou de cheio no jogo paranoico. É claro que os insultos e as calúnias do reclamante não têm fundamento algum. Parafraseando meu velho *Dicionário de Psiquiatria*, direi que o único erro do Judiciário foi o de não haver reconhecido a gravidade do estado mental do reclamante.

DIREITO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE METAMORFOSE DA REGULAÇÃO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PLURAL DA JUSTIÇA?

Camila Nicácio*

RESUMO

Os últimos trinta anos testemunharam um desenvolvimento exponencial da mediação de conflitos. Diversas iniciativas, governamentais ou não, apontam para essa prática como uma maneira renovada de tratar tanto a questão do acesso à justiça como da regulação social. Nesse cruzamento, a mediação parece capaz de demonstrar uma transformação flagrante do indivíduo, das sociedades e também dos poderes públicos no que toca à administração da justiça e ao acesso ao “justo” como conceito alargado, uma vez considerada a dimensão cultural em que a construção da noção de justiça se inscreve. Entre judicialização/judicialização e contratualização, tendências a princípio contraditórias, indivíduos e sociedades parecem buscar novas tecnologias ou sabedorias sociais capazes de, ao aliar justiça estatal e experiências civis, fazer face à violência.

Palavras-chave: Mediação. Regulação social. Justiça.

INTRODUÇÃO

Nos últimos trinta anos, os métodos ditos “alternativos de resolução de conflitos” têm alcançado um desenvolvimento impensável. A mediação, assim como a arbitragem e a conciliação fazem parte disso. Se tal desenvolvimento se faz notar em diferentes países, é, sobretudo, no conjunto das culturas ocidentais que ele parece inspirar (ou traduzir?) uma verdadeira mudança paradigmática no que concerne ao tratamento dos conflitos. Essa mudança diz respeito tanto à crise do modelo oficial de Estado para a gestão das controvérsias, hegemônico até então, como também à possibilidade de emergência de um novo modelo de regulação social, mais conforme às exigências e necessidades contemporâneas. Necessidades que serão identificadas, tal como tentarei demonstrar, em uma maior participação cidadã e no recurso a outros substratos normativos (além das leis) quando de processos de tomada de decisão.

A mediação, tal como é concebida hoje, ou seja, como um método que prioriza a intervenção de um terceiro neutro, imparcial, independente, visando a facilitar a comunicação entre indivíduos e grupos para a resolução de disputas¹, desenvolveu-se nos Estados Unidos no início do século XX, a partir de experiências cidadãos de

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre em Sociologia do Direito pela Université Paris III (Sorbonne-Nouvelle), doutoranda em Antropologia do Direito pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne).

¹ Sobre o registro norte-americano irá privilegiar essa dimensão da mediação, ancorada nos trabalhos sobre a negociação realizados pelo *Harvard Negotiation Project*. Cf. John W. Cooley, *A advocacia na mediação*, trad. René Loncan, Brasília: Editora UnB, 2001. p. 24 e s.; Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, San Francisco: Jossey-Bass, 2nd ed., 1998. p. 14 e Roger Fisher e William Ury, *Getting to yes: negotiating agreement without*

grupos minoritários de imigrantes, tais como chineses e judeus, que não encontravam na justiça do Estado respostas adequadas à administração de seus conflitos. Foi, no entanto, na década de 70, naquele mesmo país, na sequência da luta e defesa dos direitos civis e do advento dos primeiros indícios de crise estrutural dos tribunais, que o recurso à mediação e a outros métodos alternativos às instâncias judiciárias se vulgarizou, compondo o que se convencionou chamar *Alternatif Dispute Resolution* (ADR). Como tal, ela foi exportada primeiramente aos países de língua inglesa, mais tarde à Europa continental e posteriormente à América do Sul.

Dos anos 70 aos dias de hoje, a mediação já conheceu várias metamorfoses e, em sua breve história, pode-se verificar um interesse confirmado pelo método, seja da parte de atores precursores, como os movimentos sociais, as associações de bairro, as organizações privadas, como de outros que vieram a esses se somar, a exemplo de alguns tribunais, magistrados e advogados. No que toca ao contexto brasileiro, o investimento na mediação é maciço, sobretudo quando assegurado por planos de governo que, federais, estaduais ou municipais, fazem dela objeto de políticas públicas para aprimorar os meios de acesso à justiça. Assim, em sua terceira edição, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República sustenta, como nas edições anteriores, o fomento das iniciativas de mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização, além de recomendar aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios o incentivo a ações e técnicas de mediação popular de resolução de conflitos, tais como a mediação comunitária.² No âmbito estadual, o Governo de Minas Gerais adotou a metodologia inovadora dos Núcleos de Mediação e Cidadania desenvolvida pelo Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito

giving in, New York, N.Y.: Penguin Books, 1991. No Brasil, verificar A. Pellegrini Grinover e al. (dir.), *Mediação e gerenciamento do processo*, São Paulo: Atlas, 2007. p. 63 e s.; A. Oliveira (dir.), *Métodos de resolução de controvérsias: mediação e arbitragem*, n. 1, São Paulo: LTr, 1999. p. 113 e s.; L. Maia de Moraes Sales, *Justiça e mediação de conflitos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23 e s.; F. Horta Tavares, *Mediação e conciliação*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 63 e s.; M. Ester Muszkat (dir.), *Mediação de conflitos, pacificando e prevenindo a violência*, São Paulo: Summus, 2003. p. 49 e s. Na França, tal dimensão está longe de ser hegemônica, ainda que alguns registros pioneiros e fundamentais possam ser encontrados, a exemplo de H. Touzard, *La médiation et la résolution des conflits*, Paris: Presses Universitaires de France, 1977. p. 154 e s. De uma maneira geral e na sequência dos trabalhos de Jean-François Six, as definições levam igualmente em conta o caráter preventivo e criador de laços interpessoais e intergrupais assegurado pela mediação. Cf. J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Paris: Seuil, 1990. p. 164 e s.; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Que sais-je ?, Paris: PUF, 1995. p. 71 ; J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation, une autre justice*, Paris: Syros-Alternatives, 1992. p. 17 e s. e A. Pekar Lempereur, J. Salzer e A. Colson, *Méthode de Médiation, au cœur de la conciliation*, Paris: Dunod, 2008. p. 11. Até mesmo um “código”, orientado e comentado para a orientação da mediação, apresenta definição baseada nos trabalhos fundadores de Six, cf. A. Tavel e J.-L. Lascoux, *Code de la médiation*, Bordeaux: Médiateurs éditeurs, 2009. p. 19.

² Cf. Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, B823, Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - ed. rev. - Brasília: SEDH/PR, 2010.

da Universidade Federal de Minas Gerais, replicando-a em mais de 20 localidades mineiras e elegendo-a política pública de acesso à justiça no Estado.³ Se se trata de experiências institucionais, levadas a cabo pelos poderes públicos, práticas cidadãs de mediação, elaboradas e dirigidas pela sociedade civil, são igualmente identificadas em todos os estados brasileiros.

A análise da extensão do desenvolvimento da mediação é, todavia, ainda muito precária, com exceção dos Estados Unidos. No que concerne ao Brasil, os dados estatísticos são parcos e muito pouco sistematizados. Um primeiro diagnóstico nacional foi realizado em 2005 pelo Ministério da Justiça⁴ e trouxe a público apenas 67 experiências espalhadas em todo o país, número que parece não contemplar uma parte considerável das iniciativas em curso, como os próprios relatores do diagnóstico afirmam.

A dificuldade em tecer um estudo detalhado sobre a mediação se justifica por se tratar de uma prática relativamente recente, para a qual ainda não se compôs um quadro bem definido de leitura e análise, seja do ponto de vista conceitual ou deontológico. Tal dificuldade de sistematização pode se revelar em crescente ininteligibilidade tanto para o público de cidadãos, usuários eventuais da mediação, quanto para técnicos e homens políticos, que, como enunciado, instrumentalizam-na como objeto de políticas públicas diversas. Contribuindo à ininteligibilidade da mediação ressalta-se também a existência de uma miríade de conceitos e a erupção de numerosas categorias de mediação (que os conceitos tentam apreender), divididas em diferentes domínios de ação (familiar, civil, comercial, intercultural, escolar, cultural, concernente à habitação, ao gênero, à dívida, etc.⁵); de graus de institucionalização (espontânea, cidadã, institucional, judiciária, híbrida⁶); de objetivos propostos (resolução de conflitos, pacificação das relações, facilitação da comunicação, criação de laços sociais, etc.⁷); de públicos de usuários (coletivos ou comunitários e individuais⁸); de maneiras de operar (facilitadoras, avaliadoras,

³ Governo de Minas Gerais, *Programa Mediação de Conflitos*, Secretaria de Estado de Defesa Social, SEDS, 2009.

⁴ Cf. Brasil, *Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais. Sistemas alternativos de solução e administração de conflito*, Ministério da Justiça, 2005, disponível no site <www.planalto.gov.br>, consultado em 28 de setembro de 2010.

⁵ A classificação quanto ao domínio de ação é a mais recorrente e pode ser encontrada em vários registros diferentes, a exemplo de J.-F. Six, *op. cit.*; Michèle Guillaume-Hofnung, *op. cit.* e J.-P. Bonafé-Schmitt, *op. cit.*

⁶ Também com relação ao grau de institucionalização ou por vinculação a uma instituição, Vincent de Briant e Yves Palau distinguem as “mediações públicas” e as “mediações privadas”. Cf. V. de Briant e Y. Palau, *La médiation. Définition, pratiques et perspectives*, Paris: Nathan, 1999. p. 14 e s. Verificar, igualmente, J.-F. Six, *Dinâmica da mediação*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 28 e s.

⁷ Para a referência fundadora no que toca a essa classificação, cf. J.-F. Six, 1990. *op. cit.*, p. 164.

⁸ Registro menos explorado, as mediações comunitárias ou coletivas fazem parte do universo das mediações sociais, ou seja, que extrapolam os limites das relações interpessoais, envolvendo normalmente grupos ou comunidades. Cf. J.-P. Bonafé-Schmitt, *op. cit.*, p. 134 e s. Nessa linha de ideias, em Minas Gerais, o Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito da UFMG desenvolveu o conceito de “coletivização de demandas”, a partir da mobilização social em torno de temas que tocam o universo de moradores de uma mesma localidade.

exploradoras, combinadas, etc.⁹).

Se dificuldades existem, o interesse em identificar e repertoriar as experiências de mediação e aprimorá-las, tal como foi enunciado pelo Ministério da Justiça em 2005, justifica-se pela hipótese segundo a qual o desenvolvimento pelo qual passou a mediação nos últimos 30 anos alterou e continua a alterar substancialmente as cenas institucionais e comunitárias de resolução, prevenção e administração de conflitos, tornando-a uma ferramenta de excelência para aprimorar o acesso à justiça. Por outro lado, tal desenvolvimento faz com que uma série de questões sejam inexoravelmente levantadas. Como se chegou a tal contexto? Quais são os atores centrais dessa mudança? A quais lógicas a multiplicação das mediações responde? Quais necessidades a impulsionaram?¹⁰ Quais perspectivas ela abre e quais transformações a mediação medra nos contextos locais de acesso à justiça? Quais relações seu desenvolvimento pressupõe entre os diversos atores de direito? E entre mediação e regulação social?

Respostas parciais a essas questões podem ser identificadas a partir de duas abordagens aparentemente contraditórias, complementares, no entanto, consubstanciadas, de uma parte, no crescimento dos fenômenos da judicialização e da judiciarização (1), e de outra parte, do desenvolvimento da contratualização (2). Tais abordagens apontam para uma interação entre direito/justiça oficiais e mediação marcada pelo signo de uma mestiçagem incontestada (3), que seria, em definitivo, a marca mesmo de um momento de fratura paradigmática que, tocando indivíduo, sociedade e Estado na totalidade de suas relações, demandaria a invenção de novas sabedorias para integrar a vida social (4).

1 - A MEDIAÇÃO E OS FENÔMENOS DE JUDICIALIZAÇÃO E DE JUDICIARIZAÇÃO¹¹

Para compreender a evolução vivida pela mediação é imprescindível se perguntar a quais necessidades ela responde. Pois, se, por um lado, o desenvolvimento de

⁹ Quanto a essa classificação, verificar sobretudo J. Faget, *Médiation, les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse: Erès, Collection Trajets, 2010. p. 110 e s.

¹⁰ O mediador Jean-François Six alerta para o paradoxo: a contemporaneidade assiste à multiplicação de meios visando democratizar e incrementar a comunicação (a quantidade de arenas e interfaces de contato na *internet* como *Facebook*, *Twitter*, *Second Life*, etc. pode ratificar esse fato), enquanto, esta mesma época, vê pulular práticas de mediação, voltadas ao aperfeiçoamento e facilitação da comunicação. Assim, é o próprio Six que conclui melancólico: o aumento na quantidade de comunicação não teria contribuído para o aumento em sua qualidade, o que, de alguma maneira, implicaria o recurso pronunciado a intermediários-facilitadores.

¹¹ O termo “judicialização” faz referência à “[...] extensão do direito e de seus processos jurídicos a um número crescente de domínios da vida econômica e social [...]”, cf. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean Arnaud e al. (dir.), Paris: L.G.D.J., Bruxelles, Story-Scientia, 1988. p. 319 e s. Por sua vez, “judiciarização” quer designar “[...] a extensão do papel da Justiça como instituição no tratamento de ‘problemas de sociedade’, dos quais alguns implicam o campo político, para os quais a Justiça não era solicitada no passado ou sobre os quais ela não vislumbrava intervir.”, cf. Jacques Commaille, *La judiciarisation. Une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique?*, Note de bilan d’étape du groupe “*Judiciarisation de la société et du politique*”, CERAT, 17 février 2002, p. 1.

ideologias e métodos voltados à administração dita alternativa de conflitos se faz sentir (haja vista o aumento do número de experiências ligadas à mediação, às técnicas de comunicação não violenta, à cultura de paz, etc.¹²), o recurso também crescente ao direito oficial, em suas vias institucionalizadas, não deixa de ser igualmente surpreendente.

Enquanto a criação de centros de mediação e a evolução teórica e prática em torno dessa técnica fazem supor o desenvolvimento de uma ordem jurídica cada vez mais “negociada”¹³, alguns atores denunciam o contrário, ou seja, a confirmação da ordem imposta, a partir da expansão do direito oficial a domínios onde antes ele não se encontrava, com o intuito de assegurar a gestão de conflitos normalmente regulados por outras ordens normativas. Tal expansão se situa em uma dupla via, como a da “judicialização”, expressa pelo aumento do número de leis e, de outra parte, a da “judiciarização”, traduzida pelo aumento do volume do contencioso. À tendência de judicialização, a judiciarização se soma como uma sequência previsível: uma vez multiplicados os temas sobre os quais o direito oficial se estende, a judiciarização os trata na malha do aparelho judiciário, segundo seus ritos e formalidades. Este, por sua vez, continua a “enviar mensagens”¹⁴ ao público de cidadãos no que concerne à forma a partir da qual alguns temas e domínios são interpretados pelo direito oficial e suas autoridades constituídas. Essas “mensagens”, desveladas no seio da cena social, prestam-se a refundar a maneira segundo a qual os cidadãos, público da justiça, mas também atores de direito, continuarão a tratar os conflitos e influenciar suas decisões no que toca às estratégias a adotar para a gestão da vida em sociedade.

¹² O sucesso que terão conhecido os trabalhos de Marshall Rosenberg sobre a comunicação não violenta pode testemunhar sobre esse desenvolvimento, como também as formações universitárias baseadas nos estudos da paz, a exemplo da rede internacional UNIPAZ. Para as duas referências, conferir respectivamente: Marshall B. Rosenberg, *Les mots sont des fenêtres, ou des murs: introduction à la communication non-violente*, Bernex-Genève/Saint-Julien-en-Genevois, Jouvence, 1999 e <www.unipaz.org>, consultado 28 de setembro de 2010.

¹³ Essa referência pode ser encontrada em J.-A. Arnaud e F. Dulce, *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid: Universidad Carlos III, 1996. p. 292; M. Alliot, “*Anthropologie et juridique. Sur les fondements de l’élaboration d’une science du droit*”, in *Le droit et le service public au miroir de l’anthropologie*, Textes choisis et édités par C. Kuyu, Paris: Karthala, 2003. p. 283-305 e E. Le Roy, *Le jeu des lois, une anthropologie ‘dynamique’ du droit*, Paris: Maison des Sciences de l’Homme, L.G.D.J., Droit et Société, volume 28, 1999. p. 152 et “*L’ordre négocié. A propos d’un concept en émergence*”, in *Droit négocié, Droit imposé?*, P. Gérard, F. Ost e M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles: Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996. p. 341-351. Em seu conjunto, essa obra oferece um largo panorama da transição do direito imposto ao direito negociado, segundo a perspectiva triplíce da teoria geral do direito, das ciências sociais e da doutrina jurídica.

¹⁴ Marc Galanter informa que os tribunais não apenas pronunciam decisões, mas também expedem mensagens. Essas mensagens serão úteis tanto para que os cidadãos possam tomar consciência de seus direitos; possam formular demandas; iniciar negociações; fazer valer suas pretensões ou mesmo se abster de impetrar uma ação ou resistir e rejeitar a pretensão do adversário. De uma perspectiva utilitarista, os cidadãos poderiam assim ter um julgamento sobre a oportunidade de um processo judicial e, com conhecimento de causa, optar por um outro meio de resolução de conflitos. Cf. M. Galanter, “*La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux*”, in *Accès à la justice et État-Providence*, M. Cappelletti (dir.), Publications de l’Institut Universitaire Européen, Paris: Economica, 1984. p. 163.

O Ministério da Justiça é o primeiro a indicar, na exposição de motivos que acompanha o diagnóstico dos meios alternativos de resolução de disputas no Brasil, a relação estreita e turbulenta entre a crise do Poder Judiciário e o aumento progressivo das demandas que lhe são submetidas, devido à judicialização de conflitos e, por conseguinte, à criação acelerada de novos direitos.¹⁵ Em relatório similar, embora em contexto social diverso, a Comissão Europeia aponta os laços evidentes entre as dificuldades de acesso à justiça e a multiplicação dos conflitos levados aos tribunais, o que acarreta o desenvolvimento incontestado de alternativas à estrutura judiciária.¹⁶ Por outro lado, a “judicialização dos conflitos políticos” é igualmente traduzida como a “politização do sistema judiciário”, levando ao centro de sua estrutura uma gama de temas a princípio não tratados pelo direito.¹⁷

Como afirmado, alguns autores evocam, todavia, o processo inverso, defendendo a ideia de uma crescente desjudicialização. Essa é a postura de Frédéric Rouvillois, para quem a inflação normativa vivida por alguns domínios da vida social se faz acompanhar por uma retirada não menos importante do Estado de outros setores, apontando para o que ele chama de “desregulação”. Para o autor a reflexão relativa à insegurança jurídica e à inflação legislativa seria na verdade dominada pelo projeto de contratualização da norma jurídica, que, partindo da constatação do excesso legislativo e regulamentar, e para contê-lo, propõe recuar a lei aos limites de sua função enunciadora de princípios fundamentais e de confiar às partes interessadas o cuidado de operar tais princípios a partir da negociação.¹⁸

Um contraste aparente parece então se instalar entre contratualização de um lado e judicialização/judicialização por outro lado: o número de leis e processos

¹⁵ Cf. Brasil, *Mapeamento nacional... op. cit.*, p. 13.

¹⁶ Cf. Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Bruxelles, 2002. p. 7, disponível on line: <www.eur-lex.europa.eu>, consultado no dia 28 de setembro de 2010. Nessa mesma ordem de ideias, outras referências podem ser encontradas, tais como em A. P. Grinover et al. (dir.), *Mediação e gerenciamento do processo, revolução na prestação jurisdicional - Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*, São Paulo: Atlas, 2007. p. 2 e M. Wierviorka (dir.), *La médiation, une comparaison européenne*, Saint Denis La Plaine: Les éditions de la DIV, Délégation interministérielle de la ville, 2002. p. 104. Esse autor lembrará a importância da multiplicação dos conflitos da vida cotidiana para o desenvolvimento, especificamente da política baseada nas *Maisons de justice et du droit* na França, instituições de Estado e todavia descentralizadas, voltadas à prestação de serviços jurídicos, dos quais a mediação tem um papel preponderante.

¹⁷ A propósito do protagonismo dos juízes nas sociedades contemporâneas e a consequente judicialização/judicialização dos conflitos políticos, cf. B. de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid: Trotá/llsa, 2009. p. 83 e s. Para uma leitura mais abrangente do deslocamento dos conflitos da arena política à arena jurídico-judiciária, consultar as “*leçons scientifiques*” organizadas por Jacques Commaille e al., dans *La juridicisation du politique*, Paris: L.G.D.J., *Droit et Société* n. 7, 2000.

¹⁸ Cf. F. Rouvillois (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Colloques et débats, LexisNexis, Litec, 2008. *Actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, novembre 2006/avril 2007*, p. 18.

aumentou de maneira expressiva nos últimos quarenta anos¹⁹ (na seara penal mais visivelmente), enquanto o crescimento do número de associações de mediação e de outros modos de regulação alternativos à ação governamental se fez igualmente notar, a maioria das iniciativas sendo financiadas pelo próprio Estado.²⁰

Segundo indicações da literatura especializada, não haveria, todavia, maneiras judiciosas de demonstrar qual das diferentes evoluções, entre judicialização/judicialização e contratualização, seria a mais expressiva.²¹ Clarividente, Jean Carbonnier, já em 1977, chamava atenção à existência dessas duas tendências e de uma complementaridade aparente entre elas, a partir do que ele chamou de *ballet de normes*. Segundo esse autor, se a judicialização/judicialização galopante, contemplada na hipótese de um “pan-jurismo” associado ao desenvolvimento do capitalismo e da burocratização previstos por Max Weber, era uma realidade palpável, não seria menos evidente que o fenômeno simétrico, a contratualização, iria, sob “os estandartes da liberdade” reduzir a incidência do direito.²² Carbonnier afirmaria que:

¹⁹ Nesse sentido, Celso Fernandes Campilongo insiste sobre o duplo risco de aumento quantitativo das leis (traduzido pela “hipertrofia legislativa”) e qualitativo (expresso pela “variabilidade das normas”) para a coerência e inteligibilidade do sistema jurídico. C. F. Campilongo, “O judiciário e a democracia no Brasil”, *Revista USP*, v. 21, março/abril/maio, São Paulo, 1994. 116-125, p. 122.

²⁰ Jean-Pierre Bonafé-Schmitt ratificará esse contraste ao afirmar que a judicialização expressa no aumento do contencioso vivida nos anos 70 e 80 não saberia dissimular o desenvolvimento crescente da desjudicialização, assegurada sobretudo pela evolução das mediações, sejam judiciárias ou comunitárias. Segundo o autor, esse processo seria uma resposta à crise do modelo racional de regulação jurídica e tenderia a reconhecer um “pluralismo judiciário” ou uma “justiça plural”, inspirados pela diversidade das experiências dos modos alternativos de resolução de conflitos, levados a cabo seja pelo Estado, ao favorecer mediações “diretas” (financiadas pelos poderes públicos com a participação dos cidadãos), seja pela sociedade civil, a partir dos movimentos associativos. O desenvolvimento dessas experiências implicaria um processo flagrante de desjudicialização, em razão da contratualização das relações sociais feita além dos limites do aparelho judiciário, indicando uma modificação profunda nos sistemas de regulação social. Perspectiva central à nossa argumentação, tal perspectiva será retomada nas linhas que seguem.

²¹ Em pesquisa recente sobre as transformações do direito e da justiça em Portugal, os pesquisadores do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa concluíram que tais modificações indicam tanto a emergência da judicialização que da contratualização, sendo os dois levados tanto pela sociedade quanto pelo Estado. Nesse belo estudo, os pesquisadores demonstram que os tribunais não são mais o único recurso de uma política pública de acesso à justiça, mas que eles compõem uma nova relação (seja de alternativa, de complementaridade ou de substituição) entre o judicial e o não judicial. Cf. J. Pedroso, C. Trincão e J.-P. Dias, *Percurso da informalização e da desjudicialização, por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais (CES), Coimbra, 2001. p. 413. A integralidade desse relatório pode ser encontrada no site do CES, <www.ces.uc.pt/observatorios>, consultado em 29 de setembro de 2010.

²² Cf. J. Carbonnier, “*Les phénomènes d'internormativité*”, B. M. Blegvad e al. (dir.), *European Yearbook in Law and Sociology*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1977. p. 43-53.

Se fosse necessário decidir, a conclusão poderia ser de que as duas suposições têm sua parte de verdade. Onde a vida privada, íntima, está em jogo, o vento dominante é pela renúncia do direito; em outros domínios, o intervencionismo estatal abunda o direito (e talvez exagere também a ofensa). Esta dualidade é notadamente perceptível nos altos e baixos da repressão criminal. Descriminalizar, que corresponde normalmente a desjudicializar, está em fase com o nosso tempo, no que concerne aos delitos contra os bons costumes e a moral, uma vez que estes se protegem por eles mesmos. Na ordem econômica e social, pelo contrário - a regulamentação dos preços, a legislação do trabalho, etc. - inúmeros comportamentos do empresariado, que eram antes regulados apenas pela lei do lucro e da oferta e da procura, são hoje submetidos ao controle do direito, sobretudo do direito repressivo.²³

Se a tensão entre judicialização/judicialização e contratualização continua atual, transformações importantes aconteceram nos últimos trinta anos de modo a contrariar o eminente jurista francês. Efetivamente, o autor não poderia, nos anos 70, imaginar a onda atual de criminalização do social e a ausência de medidas jurídicas para controlar a cupidez dos mercados financeiros.²⁴

Por todas essas evidências, parece judicioso partir da hipótese de que as duas realidades não se excluem e fazem parte de um mesmo momento, tendente a redefinir a relação de indivíduos e de grupos à juridicidade, compreendida como a esfera normativa da vida em sociedade, da qual o direito oficial é apenas um elemento, dentre tantos outros, como a moral, a religião, os costumes, os hábitos, os *topoi*, etc.²⁵ Para essa redefinição, lógicas que foram até aqui concorrentes

²³ *Ibidem*, p. 48. Tradução livre do francês.

²⁴ Em Quebec, a criminalização dos habitantes de rua é demonstrada pelos trabalhos de Marie-Ève Sylvestre, *La criminalisation et la judiciarisation des personnes itinérantes au Québec: une pratique coûteuse, inefficace et contre-productive dans la prévention de l'itinérance et la réinsertion des itinérants*, Dissertação depositada à *Commission des affaires sociales du Québec* no contexto dos trabalhos da *Commission sur l'itinérance au Québec*, disponível no endereço <www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2008/11/984072.pdf>, consultado em 28 de setembro de 2010. Sobre a criminalização da pobreza na Venezuela, verificar o estudo da ONG venezuelana *Red de Apoyo pour la Justicia y la Paz* intitulado *El crimen de la pobreza. Escritos sobre la criminalización de los pobres*, Caracas, 2003, cuja integralidade pode ser consultada no site da *Red Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de la Salud contra la Tortura, la Impunidad y otras Violaciones a los Derechos Humanos*, <www.redsalud-ddhh.org>, consultado em 28 de setembro 2010. Na Europa, uma tendência semelhante parece se instalar quando da adoção de medidas visando evitar a entrada e permanência ilegal de imigrantes, ainda que sejam europeus, o que se choca particularmente contra o princípio da livre circulação de membros da União Europeia. Desse modo, um projeto de lei italiano de 2009 prevê que toda entrada ou estada ilegal na Itália torna-se um delito passível de multa (até 10.000 euros). Cf. Jornal *Le monde*, do dia 13 de maio de 2009, consultado em 26 de setembro de 2010 no endereço <www.lemonde.fr>. Por outro lado, a criminalização dos movimentos sociais no Brasil, notadamente o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), suscita um debate cada vez mais duro entre os defensores e detratores da reforma agrária.

²⁵ Cf. Michel Alliot, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textos selecionados e editados por Camille Kuyu, Paris: Karthala, 2003. e E. Le Roy, *Le jeu des lois, une anthropologie "dynamique" du droit*, Paris: Maison des Sciences de l'Homme, L.G.D.J., Droit et Société, volume 28, 1999.

tenderiam, pois, a se harmonizar. As inúmeras experiências de mediação judicial realizadas no Brasil (São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, etc.), segundo as quais todos os cidadãos podem ter acesso aos direitos pelo intermédio de um procedimento institucional baseado, todavia, em um acréscimo de comunicação e de participação, corresponderiam a esse esforço, tal como analisado nas linhas que seguem. Essa harmonização coloca, no entanto, uma dificuldade de base, segundo a qual as duas tendências corresponderiam a necessidades frontalmente diferentes para se inscreverem em um mesmo contexto de análise. Assim, o que encorajaria “o aumento da demanda social pelo direito”²⁶ (direito oficial) seria, sobretudo, a confirmação da falência de sistemas tradicionais e não governamentais de regulação social (como a família, a escola, os sindicatos, etc.), ligada igualmente à multiplicação dos campos passíveis de serem regulados pelo Estado.²⁷ Por sua vez, o incremento do recurso à contratualização encontraria justificativa, tal como será evocado abaixo, na busca de indivíduos e grupos por autonomia ou em resposta à ação de Estados fortes, sejam eles autoritários ou de bem-estar social, que, pelo excesso, tenderiam a sufocar as iniciativas cívicas.

2 - A CONTRATUALIZAÇÃO E A EMERGÊNCIA DO SUJEITO²⁸

Se o desenvolvimento da judicialização e da judiciarização que lhe é correspondente se verifica justamente onde os modos primários de controle e cuidado dos laços sociais estão enfraquecidos, a contratualização, por sua vez, agindo nesses

²⁶ A expressão é de J. Faget e pode ser encontrada na obra *La médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne: Éditions Erès, 1997. p. 57. Do mesmo autor, sobre o impacto da judicialização dos conflitos sociais sobre o sistema penal, cf. “*Les fantômes français de la restorative justice: l’institutionnalisation conflictuelle de la médiation*”, consultado no endereço eletrônico <www.justicereparatrice.org>, em 24 de setembro de 2010. Em outro campo, Antoine Garapon e Denis Salas lembram a crise de identidade da justiça de menores em face da dúvida entre um funcionamento mais arbitral ou, ao contrário, mais intervencionista - dúvida esta aumentada pela tendência à judicialização das políticas sociais. Cf. A. Garapon e D. Salas (dir.), *La justice des mineurs, Évolution d'un modèle*, Paris: L.G.D.J., 1995, p. 1 e s. Na mesma linha de ideias, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt demonstra a relação entre a degradação do potencial de socialização e de regulação dos estabelecimentos escolares devido ao crescimento do sentimento de violência e de insegurança entre os alunos. Cf. J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation scolaire par les élèves*, Issy-les-Moulineaux: ESF Éditeur, 2000. p. 11-24.

²⁷ Essa multiplicação teria atingido, para alguns autores, os limites de um exagero não justificado, permitindo a intromissão do Estado, pelo intermédio de seu poder regulamentador, em esferas por excelência privadas, mesmo íntimas. Para uma crítica da “judicialização dos costumes”, cf. Marcela Iacub, *Qu’avez-vous fait de la liberté sexuelle?*, Conte sociologique, Paris: Flammarion, 2002. p. 7 e s.

²⁸ A expressão “emergência do sujeito” é inspirada de Carole Younes, a partir de seu artigo “*La médiation et l’émergence du sujet*”, in *Médiation et action publique: la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005. p. 48-61. Nesse documento, a autora traça belas linhas sobre a possibilidade aberta pela mediação de associar a autonomia do indivíduo, imerso em uma cultura ocidental que preconiza a liberdade de escolha e seu pertencimento a universos normativos construídos coletivamente. Com relação à “contratualização”, uma advertência cabe ser feita. Se a negociação (e sua dimensão assistida, a mediação) se apresenta como uma escolha de

mesmos territórios, irá responder a uma outra necessidade. A necessidade de autonomia de grupos e de indivíduos na administração de sua vida social. Tal autonomia seria uma resposta natural às “usurpações que o Estado-providência fez sobre a iniciativa cívica”, segundo Michèle Guillaume-Hofnung²⁹, para quem a mediação consistiria, então, em uma nova forma de “civismo e liberdade pública”. A autora insere sua análise no contexto das sociedades europeias, marcadas nas últimas décadas pelo paternalismo de um Estado de bem-estar social forte. Sua observação pode, no entanto, ser transposta ao contexto das comunidades latino-americanas do período ditatorial, em que as liberdades civis foram sistematicamente achincalhadas; assim como à época populista em que o Estado Novo tutelava, das cozinhas às fábricas, a vida dos cidadãos brasileiros.

Assim, o desenvolvimento das experiências de mediação, como um “questionamento dos reflexos de um Estado hipertrofiado”, é igualmente evocado por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, que irá nesse sentido definir a mediação como uma “contracultura” com relação ao modo adversarial e à tendência de judiciarização das sociedades atuais.³⁰ Nessa mesma ordem de ideias, outros registros podem ser encontrados que defendam uma mediação que, em busca de um compromisso político equilibrado, seja capaz de tanto corrigir os excessos de um Estado paternalista quanto os déficits de um Estado mínimo, a favor, enfim, de um modelo de justiça que encoraje ao mesmo tempo os cidadãos em sua autonomização e emancipação social e, por outro lado, repare as condições sociais iníquas por meio de um direito mais efetivo.³¹

excelência para a gestão da vida social, ela não saberia desconsiderar a existência de outras maneiras para gerir/produzir o viver comum. Então, se a presente análise se concentra no contrato, por meio do qual tanto o direito oficial quanto a mediação fabricam novas normas, ela o faz consciente de que o contrato é apenas uma forma de acordo dentre tantas outras formas. A contratualização, pertencente ao contexto das culturas ocidentais, estaria hoje marcada por um positivismo evanescente, que busca uma nova identidade em um “entre-deux”, segundo os termos de Antoine Garapon e Denis Salas (dir.), *La justice des mineurs, Évolution d'un modèle*, Paris: L.G.D.J, 1995. Para uma crítica do suposto primado do contrato, cf. G. Nicolau, G. Pignarre e R. Lafargue, *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, Paris: Dalloz, 2007. p. 126 e s.; E. Le Roy, “Formes et raisons de la place marginale du contrat dans les accords juridiquement validés en Afrique noire au tournant du XX^e siècle”, in *Approche critique de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), Paris: L.G.D.J, Droit et société número 16, 2007. p. 49-68 e do mesmo autor, *Les africains et l'institution de la Justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris: Dalloz, 2004. p. 49 e s.

²⁹ M. Guillaume-Hofnung, “L'émergence de l'exigence déontologique ou la preuve par la déontologie: témoignage d'une pionnière. La déontologie garante de la qualité et de l'identité de la médiation”, in *Penser la médiation*, sous la direction de Fathi Ben Mrad, Hervé Marchal et Jean-Marc Stébé, Le travail social, Paris: L'Harmattan, 2008. p. 79.

³⁰ J.-P. Bonafé-Schmitt, “La médiation: une nouvelle forme d'action”, in *Médiation et action publique, la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005. p. 77.

³¹ Cf. C. Silva Nicácio, *La médiation sociale, une expérience brésilienne*, dissertação de mestrado em Sociologia Jurídica, Université Paris III, Sorbonne Nouvelle, s.n., 2005 e C. Silva Nicácio e R. Camilo Oliveira, “A mediação como exercício de autonomia: entre promessa e efetividade”, in *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Maria Tereza Fonseca Dias e Flavio Hunes Pereira* (dir.), Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111-119.

Conforme outros autores, existiria hoje, para os cidadãos, uma vontade crescente de controlar suas próprias vidas, o que faria com que eles tendessem cada vez menos a aceitar “que um terceiro, exterior, decida em seu lugar os conflitos e lhes imponha uma solução.”³² Isso estaria nas origens do desenvolvimento da contratualização. Os cidadãos, depois de terem sido desapropriados de suas narrativas particulares de vida pelos mecanismos homogeneizantes que a modernidade se incumbiu de repercutir, teriam, nos dias de hoje, não simplesmente a vontade, mas a necessidade de contar sua própria história, segundo suas contingências e categorias. Os indivíduos, como também os grupos e as comunidades, estariam em busca de outras sabedorias sociais capazes de arbitrar seu viver comum, segundo uma lógica mais participativa e emancipadora. O crescimento da contratualização, a partir do recurso recorrente aos acordos e arranjos feitos por atores livres e legítimos, traduziria a necessidade de uma sociedade que busca “uma nova forma de governar a cidade e fabricar a coesão social, através de novos referenciais de ação.”³³ A mediação seria, segundo essa perspectiva, o sucedâneo possível de um grande contrato social, que não saberia mais encontrar apenas no mito de um Estado fragmentado sua força fundadora, de onde tirar sua legitimidade para a produção e reprodução social. No entanto, uma perspectiva contratualista nesses termos, baseada então na autonomia da vontade, não poderia preconizar simplesmente o descomprometimento do Estado, a exemplo do que parece sugerir o modelo contratualista apresentado por Jean de Munck, apontando para a troca livre e voluntária de indivíduos “calculando racionalmente”³⁴, mas deslocaria o Estado a uma outra escala da cena política, de onde ele faria parte, como ator, dos novos arranjos sociais, ao lado de seus pares, uma miríade de outros atores.

³² Nesse sentido, cf. A. Pekar Lempereur, J. Salzer e A. Colson, *Méthode de Médiation, au cœur de la conciliation*, Paris: Dunod, 2008. p. 3. Por sua vez, Dora Schnitman e Stephen Littlejohn inscrevem a emergência e o desenvolvimento da mediação no contexto da fratura de um modelo de ciência que progressivamente apagou o indivíduo como autor e observador científico, submetido a lógicas unificadoras e regulares, segundo as quais o conhecimento do mundo o remeteria a uma realidade preexistente, sobre a qual ele não seria capaz de agir. Para esses autores, os modos alternativos de resolução de conflitos em geral e a mediação em particular teriam aparecido no contexto de uma virada epistemológica, que transformou a maneira de conceber a construção do conhecimento e recentrou o indivíduo nesse processo. Cf. D. F. Schnitman e S. Littlejohn, *Novos paradigmas em mediação*, Porto Alegre: Artmed Editora, 1999. p. 22 e s. Para uma leitura das mediações emancipadoras, “fecundas em juridicidade”, cf. G. Nicolau, “Enseigner et penser le droit avec des ‘non juristes’ et avec des juristes qui doutent”, *Jurisprudence Revue Critique*, Édition Université de Savoie, Distribution L’Extensio Éditions, 2010. p. 163-179.

³³ Cf. J. Faget, “*Médiation et action publique: la dynamique du fluide*”, in *Médiation et action publique: la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005. p. 11 e s.

³⁴ O autor apresenta três modelos de mediação, a saber, o modelo comunitarista, o modelo terapêutico e o modelo contratualista. Cf. J. de Munck, “*Le pluralisme des modèles de justice*”, in *La justice des mineurs, Évolution d’un modèle*, Denis Salas e Antoine Garapon (dir.), Paris: L.G.D.J, 1995, p. 93 e s. Para uma introdução a uma abordagem terapêutica da mediação e seus “micro-processos de aculturação educativa”, cf. igualmente Gilda Nicolau, “*Être parent aujourd’hui, entre fait et droit*”, in *Être parent aujourd’hui*, Philippe Jacques (dir.), Paris: Dalloz, 2010. p. 101-120.

Assim, parece que o dilema entre judicialização/judiciarização e contratualização remete-nos enfim a uma discussão recorrente sobre o papel do Estado na gestão social e sobre a reconfiguração de suas funções segundo um paradigma de Estado menos centralizado, no qual outras lógicas de participação e outros atores estão concorrencialmente em cena e para o qual a fluidez e a maleabilidade das políticas são fundamentais. Diferentes posições figuram no horizonte dessa nova configuração. Antoine Garapon e Denis Salas identificam tanto uma “chamada neojacobina” ao político, no intuito que ele hierarquize as prioridades e reafirme a autoridade do Estado, quanto à possibilidade de um aumento de transferência de responsabilidades às autoridades locais (municipalidades, regiões), relegando ao Estado o papel de gestor dos “grandes equilíbrios” entre as regiões e “desincumbido de tecer as solidariedades.”³⁵ Em terceiro lugar, os autores indicam uma posição intermediária, conciliadora, segundo a qual seria preciso apostar na “orientação de um Estado no sentido de um novo pragmatismo, como o da negociação e do contrato, a fim de recriar uma dinâmica de implicação dos atores”. Acontece que para esses magistrados uma perspectiva contratualista estaria ainda por ser reinventada uma vez que a “fragmentação social” é, em nossos dias, importante ao ponto de impedir a trama de um novo contrato social “estabilizado por referências fortes e comuns e por mecanismos unívocos de solidariedade”.

Segundo os autores, o esfacelamento de um Estado hipertrofiado e de suas referências centralizadoras agiu de maneira que:

[...] a concepção centralizada e codificada do direito como organizador do social, vindo de cima para baixo, pouco a pouco se apagou. Assiste-se à emergência de múltiplas regulações jurídicas policêntricas e disseminadas, em que cada um é, ao mesmo tempo, destinatário e emissor da norma [...] tanto se quer reafirmar a autoridade do Estado e se recorre ao político como organizador de prioridades; tanto se quer privilegiar, pelo contrário, a negociação, o contrato, a implicação dos atores.³⁶

Assim, entre recurso crescente à lei e à estrutura judiciária por um lado, e a necessidade de autonomia para a produção e reprodução social por outro, a confirmação do que Garapon e Salas chamam de “situação paradoxal”³⁷, segundo a qual seria possível encontrar em nossas sociedades democráticas indivíduos soberanos e em busca, no entanto, de cada vez mais proteção por parte das instituições do Estado. Esse paradoxo parece representar adequadamente um período marcado pela fratura, pela transição, em que velhas referências e lógicas foram destituídas sem que novos indicadores tenham sido ainda consolidados e inscritos em um universo de possibilidades comungado coletivamente. As transformações do papel e do lugar do Estado parecem contar fundamentalmente nessa transição. Assim é que Michel Alliot lembrará a importância das diferentes cosmogonias e cosmologias para a representação que se faz do Estado e de sua

³⁵ Antoine Garapon e Denis Salas (dir.), *La Justice des mineurs, Évolution d'un modèle*, Paris: L.G.D.J., 1995. p. 2 e s.

³⁶ *Ibidem*, p. 6. Tradução livre do francês.

³⁷ *Ibidem*, p. 8. Tradução livre do francês.

justiça, bem como de suas relações com o indivíduo. As sociedades judaico-cristãs, por exemplo, para as quais o universo é criado por um deus exterior e superior a ele, tenderiam a ver no Estado - o substituto laico desse deus - o recurso primeiro para seus problemas e dificuldades, segundo uma lógica tendendo a desresponsabilizar o sujeito. Tal responsabilidade recairia, no contexto das culturas orientais, inteiramente sobre o indivíduo, responsável por manter o equilíbrio de um universo infinito e eterno, pelo qual nenhum deus exterior pode responder. Essa visão irá incidir naturalmente na maneira segundo a qual tais culturas concebem o Estado, seu direito e sua justiça - recursos últimos à gestão da vida em sociedade. A aversão das culturas orientais ao contencioso e, simetricamente, o apego das culturas ocidentais ao mesmo encontrariam guarida nessa demonstração. Sustenta-se aqui que, na contemporaneidade, o indivíduo esteja na fratura destes diferentes arquétipos e que, a exemplo do “visconde partido ao meio” de Italo Calvino, siga titubeante entre lógicas não necessariamente antagônicas, mas complementares, rumo a uma redefinição de sua postura com relação não somente ao Estado, mas também ao direito e à justiça dos quais ele é vetor.³⁸

Por outro lado, pergunta-se, se o papel e lugar do Estado são fundamentais, o que dizer dos outros atores? Esse paradoxo ou “ambivalência”³⁹, segundo a expressão dos pesquisadores da Universidade de Coimbra, corresponderia à natureza de um fenômeno de transformação não somente na maneira de tratar os conflitos e os direitos que os revestem, mas concerneria também aos atores de direito propriamente ditos. Assim, Jacques Chevallier afirma que:

No centro de um direito pós-moderno, desfila novamente a figura do “sujeito de direito”, que parecia haver se esfumado pelo jogo de um processo de objetivação, levando a despersonalizar a relação jurídica ao benefício da aplicação de normas jurídicas pré-estabelecidas e dispositivos ancorados na ideia de solidariedade coletiva. Porém, assiste-se hoje, no terreno jurídico, o “retorno do indivíduo”, a partir da afirmação dos direitos subjetivos e das faltas pessoais.⁴⁰

Esse retorno do sujeito de direito⁴¹ geraria consequentemente um movimento

³⁸ Para um estudo detalhado desses arquétipos de justiça, cf. M. Alliot, “*Anthropologie et juridique. Sur les fondements de l’élaboration d’une science du droit*”, in *Le droit et le service public au miroir de l’anthropologie*, Textes choisis et édités par C. Kuyu, Paris: Karthala, 2003. p. 283-305.

³⁹ J. Pedroso, *Percurso da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial*, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais (CES), 2001, p. 30. Esse documento é uma versão abreviada do relatório mencionado supra, e pode ser encontrado no site <www.ces.uc.pt>, consultado no dia 22 de setembro de 2010.

⁴⁰ J. Chevallier, *L’État postmoderne*, Paris: LGDJ, 2004. 2^{ème} édition, p. 100.

⁴¹ Longe de reeditar a discussão entre direito objetivo e subjetivo, o tema do retorno do “sujeito de direito” impõe uma precisão conceitual, uma vez que o “sujeito de direito” ao qual Younes faz referência não se deixa confundir com o “sujeito de direito” preconizado pelas teorias gerais positivistas do direito. Este, entendido como sinônimo de “titular de direito” (tanto quanto dos deveres que lhe são conexos), prevê apenas o gozo e exercício

de “subjetivização da norma”, tal como apresentado por Carole Younes, consistindo a considerá-la na perspectiva de seu destinatário, considerado também emissor. Segundo a autora, a mediação, tal como desenvolvida no Ocidente, preocupada, pois, sobretudo em satisfazer as necessidades e os interesses individuais das pessoas, seria o vetor desse processo de subjetivização, evidenciando assim a pluralidade de ordens normativas.⁴²

Essa evidência ou “irradiação normativa” tornaria possível ao indivíduo, então ator-criador de normas, compreender a impossibilidade de impor à sua alteridade um código único de interpretação do mundo em geral e dos conflitos em particular, obrigando-o, então, a encontrar no reconhecimento do outro o único espaço possível para compartilhar.⁴³ Devido a este compartilhamento, consequências na relação do indivíduo com seu ambiente social são identificadas. Se a lei assegura a manutenção dos laços sociais a partir da imposição de um quadro de referência comum, levar-se em conta a existência de diferentes lugares normativos ou *topoi* afirma a possibilidade de construir e manter esses mesmos laços pelo intermédio de relações não mais verticalizadas, mas horizontalizadas, que reinscrevem os indivíduos em uma rede de compartilhamento recíproco e lhes proponham um retorno à responsabilidade com relação à sua alteridade. Estariam, então, lançados os princípios de uma nova contratualização, no intuito de permitir a re-emergência do sujeito, em outras bases. É então o conceito mesmo de autonomia que parece dever ser ressignificado.

Assim, se a contratualização continua associada aos princípios jurídicos da liberdade contratual e da autonomia da vontade, ela tenderia nos dias de hoje, pelo intermédio da mediação, a equilibrar interesse individual e interesse social, tornando possível a emergência de novas normatividades criadas por indivíduos, mas indivíduos inscritos socialmente em contextos específicos, conscientes da importância do

dos direitos já previstos pela ordem jurídica oficial, enquanto o primeiro indica a apropriação do direito pelo cidadão emancipado, seja pela reinterpretação do direito do Estado, seja pela produção de normatividades fora do contexto da justiça oficial. Por outro lado, se todas as normas são objetivas por princípio, no sentido de criar objetivamente uma relação jurídica entre indivíduos, sendo seu contexto de produção oficial ou não, a “subjetivização da norma”, traduzida pela possibilidade de que ela seja apreciada e interpretada pelos diferentes atores de direito diretamente concernidos pela norma em questão, encontraria na arena da mediação um terreno mais fecundo do que o da adjudicação. Um certo discurso opondo mediação e direito, em detrimento do último, como códigos antagônicos e irreconciliáveis na gestão da vida social, tenderia a desqualificar tanto o discurso jurídico quanto a ficção do sujeito de direito. Em consequência disso, assistiríamos hoje a uma “deslegitimação do sujeito de direito” (como titular de direitos) em benefício de um “eu-reforçado (*empowered self*)”. Cf. A. Garapon e D. Salas (dir.), *op. cit.*, p. 7.

⁴² C. Younes, “*Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet*”, in *Médiation et diversité culturelle, pour quelle société?*, Carole Younes e Etienne Le Roy (dir.), Paris: Karthala, 2002. p. 58. Da mesma autora, “*La médiation et l’émergence du sujet*”, in *Médiation et action publique : la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005, p. 48 e s.

⁴³ Por “reconhecimento”, C. Younes traduz “o distanciamento do sujeito com relação a seu universo pela identificação dos *topoi* a partir dos quais ele atua”. Cf. C. Younes, “*Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet*”, in *Médiation et diversité culturelle, pour quelle société?*, Carole Younes e Etienne Le Roy (dir.), Paris: Karthala, 2002. p. 59.

cuidado e da manutenção dos laços entre eles (familiares, comunitários, profissionais, etc.). Apenas um olhar voltado ao caráter antropológico do direito parece, no entanto, permitir avalizar a suposição segundo a qual a mediação atualizaria a noção de autonomia, reinterpretando-a e alargando seu conteúdo para além da satisfação de interesses e necessidades individuais, para alcançar a criação, a preservação e a reparação das relações sociais. Alguns empréstimos feitos às sociedades holísticas estão na origem dessa maneira de vislumbrar relação social e laço social⁴⁴, retraduzindo a autonomia não mais como a liberdade de um superindivíduo desenraizado de seu contexto de compartilhamento, mas como um princípio de responsabilidade perante sua alteridade.

3 - JUSTIÇA/DIREITO E MEDIAÇÃO SOB O SIGNO DA MISTIÇAGEM

As tensões existentes entre judicialização/judiciarização e contratualização parecem indicar a necessidade de se interrogar sobre outra relação, qual seja aquela existente entre justiça/direito oficiais e mediação de conflitos, pois é certo que, se a mediação desjudicializa os conflitos, tratando-os em outras arenas, ela igualmente os judicializa, haja vista o tratamento, pelo direito oficial, de temas antes tratados por outros sistemas de regulação. Interrogar-se sobre tal relação pressupõe, no entanto, sondar também as relações que a mediação cultiva com o binômio justiça/Estado - binômio do qual o direito oficial é, ao mesmo tempo, instrumento e vetor de legitimidade. Se direito/justiça oficial e Estado não se confundem, é igualmente judicioso afirmar que, em trinômio, eles figuram no imaginário ocidental como fazendo parte de uma mesma lógica: a lógica do poder, da autoridade, da ordem, das leis que se aplicam.

As relações entre mediação e tal trinômio são normalmente apresentadas em termos de antagonismo. Para Jean-François Six, por exemplo, a mediação opera segundo um código “ternário”, enquanto o direito oficial responde a um “código binário.”⁴⁵ Se Michèle Guillaume-Hofnung insiste fortemente na importância das “diferenças operacionais”⁴⁶ entre um e outro, Jacques Faget⁴⁷ e Etienne Le Roy⁴⁸ lembram os inúmeros “princípios de oposição” aos quais eles estariam submetidos.

Nascida sob o signo societal, a mediação tiraria sua vitalidade e legitimidade da sociedade, onde continuaria a estar ancorada. O desenvolvimento incontestado da

⁴⁴ Esse registro é encontrado nos trabalhos de C. Younes, nos seguintes termos: “Na concepção ocidental, o laço social é concebido diferentemente: os indivíduos reconhecem pertencer a uma mesma sociedade não em função das relações que eles mantêm uns com os outros, mas a partir de sua submissão a uma lei comum. A partir daí, o laço social não é concebido de forma horizontal, como nas sociedades não ocidentais, mas como resultando da verticalidade da lei. Assim, poder-se-ia falar em disjunção entre laço social e relação social, de modo que o laço pode sobreviver à ruptura da relação.” Cf. C. Younes, *“La médiation et l’émergence du sujet”*, in *Médiation et action publique: la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005. p. 57.

⁴⁵ J.F. Six, *Le temps des médiateurs*, Paris: Seuil, 1990.

⁴⁶ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Paris: Qui sais-je? Puf, 3^e édition, 2005.

⁴⁷ J. Faget. *La médiation, essai de politique pénale*. Ramonville Saint-Agne, Editions Erès, 1997.

⁴⁸ E. Le Roy, “*La médiation, mode d’emploi*”, dans *Droit et Société*, numéro 29, Paris: LGDJ, 1995.

mediação nos últimos anos avaliza a tese avançada acima, acerca de uma ordem jurídica de mais a mais negociada.⁴⁹ No entanto, se o Estado não detém o monopólio da resolução de conflitos (e a antropologia do direito o demonstra abundantemente⁵⁰), a sociedade civil, por outro lado, não detém tampouco o monopólio da mediação (o que, sendo menos evidente, estudos futuros tenderão a demonstrar).

Na França, já em 1987, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt indicaria a emergência da participação do Estado (e conseqüentemente de seus tribunais), como promotores de procedimentos extrajudiciais visando “uma maior flexibilidade do aparelho judiciário”.⁵¹ Vinte anos mais tarde, essa participação não cessa de aumentar. A mediação parece ter entrado indubitavelmente na agenda política da justiça oficial, e o Estado aparece como um dos principais parceiros das iniciativas cidadãs de mediação, tal como demonstrou o diagnóstico realizado em 2005 pelo Ministério da Justiça supramencionado.

No Brasil, após uma forte onda de implantação de políticas neoliberais, que, nos anos 90, sob os auspícios do Banco Mundial⁵², relegou o Estado ao simples papel de regulador socioeconômico, uma tendência recente parece se afirmar no sentido de uma retomada de suas funções de regulamentação e administração, motivo pelo qual se percebe uma intervenção maior, mesmo maciça, nas políticas de acesso à justiça. Tal retomada apresenta características, tanto de um modelo de Estado forte quanto de um Estado mínimo, apontando finalmente para um modelo político intermediário, híbrido. No que concerne ao acesso à justiça especificamente, é possível notar que, ao lado de uma estrutura judiciária poderosa e assaz centralizadora, a despeito da forma federativa, o Estado encoraja o desenvolvimento de uma larga rede de acesso ao direito, notadamente baseada nos modos não autoritários de resolução de conflitos. Além de fomentá-la, ele participa, de mais a mais, como um ator central. Essa participação suscita, inclusive, a interrogação sobre a que ponto as iniciativas do Estado, sobretudo as do Poder Judiciário, não causariam a esterilização das iniciativas sociais historicamente instaladas nesse campo de atividades, ao invés de reforçar a emancipação social.⁵³

⁴⁹ A-J. Arnaud e M. J. Fariñas, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid: Universidad Carlos III, 1996.

⁵⁰ Na França, cf. sobretudo os trabalhos de Etienne Le Roy, a exemplo de *Jeu des lois, une anthropologie “dynamique” du droit*, Paris: Maison des Sciences de l’Homme, L.G.D.J., Droit et Société, volume 28, 1999 e, do mesmo autor, o belo livro *Les Africains et l’institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris: Dalloz, 2004.

⁵¹ J.P. Bonafé-Schmitt, “La part et le rôle joués par les modes informels de règlement de conflits dans le développement d’un pluralisme judiciaire (Étude comparatif France-USA)”, L.G.D.J., *Droit et société*, n. 6, 1987.

⁵² O eufemismo pode parecer sem razão de ser, uma vez que as recomendações do Banco Mundial são normalmente percebidas nos países do Sul como intervenções incontestáveis nas políticas locais, ferindo as soberanias nacionais em troca de empréstimos monetários.

⁵³ Sobre o equilíbrio precário entre as iniciativas sociais e governamentais de administração da justiça, cf. A. Veronese, “Projetos Judiciários de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais”, *Revista Direito Getúlio Vargas*, v. 3, n. 1, 13, jan.-junho 2007. p. 14; J. Falcão, “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, *Revista USP*, São Paulo, 2007. v. 74, p. 29 e Catherine Slakmon e Philip Oxhorn, “O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil”, in *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, Catherine Slakmon e al. (dir.), Brasília-DF, Ministério da Justiça, 2006. p. 47 e s.

É também no domínio dos princípios e noções fundamentais que mediação e direito/justiça oficiais parecem encontrar um terreno de concórdia, para além da oposição que lhes é, *a priori*, atribuída. A observação de alguns casos concretos (encontrados, sobretudo na mediação familiar, seja judiciária ou cidadã) assinala uma aproximação entre essas diferentes lógicas pelo intermediário da equidade e da participação cidadã. Se a equidade é normalmente evocada nos processos de mediação, ela está longe de ser uma noção estranha ao direito oficial e à sua justiça. Alguns juizes e mediadores judiciais estariam de mais a mais sensíveis a seu recurso, quando da construção de uma solução, não somente legal (porque conforme as leis), mas sobretudo razoável e efetiva (porque adequada às necessidades dos cidadãos). A mediação judiciária preconizaria assim uma abertura importante e oportuna à participação cidadã nos processos de tomada de decisão. Por outro lado, a mediação cidadã, ao invocar igualmente a equidade e a participação, contribuiria à emergência de novas normatividades, ajustadas aos casos concretos e que, balizadas também (mas não unicamente) pela justiça e pelo direito oficial, seriam criadas pelas partes envolvidas. Se o direito oficial abre as portas à flexibilidade da mediação, esta, por sua vez, lembra, quando necessário, a dureza do direito, ao proclamar o interdito e estabelecer limites intransponíveis. Assim, uma grande mediação dentro da mediação parece poder ocorrer. Se é verdade que a justiça oficial se estabelece de cima, enquanto a mediação surge da base, a mediação judiciária aproximaria direito/justiça oficial dos cidadãos, enquanto a mediação cidadã, a partir dos serviços instituídos e financiados em parte pelo Estado, aproximaria cidadãos e direito/justiça oficiais, pelo intermédio de uma responsabilidade compartilhada, rumo a um projeto renovado de sociedade.

Trabalhar pela paz social, assegurar a vida em comum de forma ordenada e integrar a sociedade, eis alguns objetivos comuns entre direito/justiça oficial e mediação. Ainda que eles remetam, a princípio, a lógicas diferentes, o estabelecimento de uma relação de complementaridade entre eles é altamente vislumbrável. Sem desnaturá-los, a coordenação entre direito/justiça e mediação poderia levar a uma política pública abrangente e coerente de acesso aos direitos, que, tendendo a um sistema “multi-portas”⁵⁴ ou a um

⁵⁴ O *Multi-door Courthouse* foi desenvolvido nos Estados Unidos em 1976 por Frank E. A. Sander, professor de Direito da *Harvard Law School*. Segundo esse modelo, o Estado se encarregaria de gerir algo como um “centro de justiça”, que tornasse possível aos cidadãos escolher o método processual mais adequado à resolução de conflitos, após uma avaliação das características principais dos casos concretos. A via judiciária deixaria de ser assim a única saída concebível, o que explica o nome *Multi-door Courthouse*, concebido inicialmente como *comprehensive justice center*. Instalados em diversos estados norte-americanos desde os anos 70, estes tribunais possibilitaram uma transformação importante tanto no tratamento dos conflitos pelos cidadãos quanto na formação dos operadores do direito, obrigados a se acostumarem aos métodos que, desde então, acompanham a adjudicação, como a mediação, a arbitragem, o mini-trial, etc. Cf. “*A Dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-door Courthouse*”, <www.pon.harvard.edu>, consultado no dia 23 de agosto de 2010 e André Gomma de Azevedo, “O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na

“pluralismo judiciário radical”⁵⁵ adaptados à realidade brasileira, fosse capaz de levar em conta a diversidade das demandas e das possibilidades de respondê-las o mais adequadamente. Um julgamento de oportunidade contribuiria para que as competências de uns e de outros fossem organizadas a fim de não “desperdiçar a experiência social”⁵⁶ e refundar os laços de confiança entre justiça oficial e sociedade civil. Sob o signo então de uma mestiçagem evidente, um direito pós-moderno parece se tramar, em que a mediação busca reconhecimento e o direito/justiça oficiais buscam legitimidade.

4 - ENTRE METAMORFOSE DA REGULAÇÃO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PLURAL DA JUSTIÇA?

Pergunta-se, no entanto: se por mestiçagem devemos entender que direito oficial e mediação se deixarão interpenetrar por suas características recíprocas e dividirão o grande “bolo” dos conflitos, tratando juntos, e cada um à sua maneira, a gestão da vida social, o Estado estaria pronto a ceder parte do seu vasto território de atuação e influência, a partir de uma repartição de tarefas realizada à luz de critérios tais como a adequação, a oportunidade, a efetividade? Tal aceitação pressuporia o reconhecimento de uma “rede não orgânica e quase-informal”⁵⁷ de serviços jurídicos às margens do Estado, aos quais o Estado mesmo viria se somar para uma “administração plural da justiça” ou ainda para uma “governança da justiça”. Assim, como um parceiro, ainda que bastante privilegiado, ele teria como compromisso reconhecer tanto a pluralidade de arenas legítimas para o tratamento de conflitos quanto a pluralidade de atores de direito e de normatividades por eles criadas.

autocomposição penal” in A. G. de Azevedo (dir.), *Estudos em arbitragem, mediação e negociação* - v. 4, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. Esse sistema, ainda que muito repercutido nos Estados Unidos, não é, no entanto, objeto de unanimidade. Assim, uma crítica atual releva do fato de que a justiça norte-americana seria de mais a mais entregue à iniciativa privada e que, das grandes empresas aos pequenos consumidores, reclamar-se-ia uma reestatização da justiça. A Corte Suprema, a seu turno, pergunta-se sobre o papel do Estado na supervisão das resoluções privadas de disputas, em um país onde apenas 2% dos litígios são levados aos tribunais. Cf. Patti Waldmeir, “A reestatização da justiça norte-americana”, Tradução de Deborah Weinberg, *Financial Times* de 14 de julho de 2007, consultado em 20 de agosto de 2010 no endereço <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>>.

⁵⁵ A expressão é encontrada nos trabalhos de Etienne Le Roy, sobretudo em *Les Africains et l'institution de la Justice...*, citado supra. Lançando as bases do que ele chama de “refundação global dos modos de resolução de conflitos” na África, o autor preconiza um sistema que leve em conta e que, sobretudo, harmonize tanto os modos infraestatais quanto os modos estatais, a partir de uma mestiçagem das formas endógenas e exógenas de resolução de diferendos. Reconhecer a pluralidade dessas formas implica, primeiramente, reconhecer a pluralidade de atores e de fontes de produção do direito. Cf. E. Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris: Dalloz, 2004, sobretudo o capítulo 5, p. 177 e s.

⁵⁶ B. de Sousa Santos, *A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência*, São Paulo: Cortez, 2000.

⁵⁷ João Pedroso (dir.), Catarina Trincão e João Paulo Dias, *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2002. p. 387 e 388.

A expressão “administração plural da justiça” é encontrada nos trabalhos de Joaquim Falcão, que, interrogando-se sobre o futuro da justiça no Brasil, afirma que a definição das novas políticas de administração deve responder imperativamente aos termos segundo os quais as instâncias judiciárias e não judiciárias vão interagir entre elas.⁵⁸ Conforme o autor, existem ao menos três grandes sistemas de resolução de conflitos: a administração judiciária do Estado, a administração para-judiciária⁵⁹ a partir de várias cenas comunitárias e, por último, o tratamento ilegal, assegurado pela violência física e econômica. O futuro da administração da justiça seria, então, forçosamente plural, obrigado a equilibrar essas forças diversas e fazer dialogar o sistema judiciário e para-judiciário para que a violência e o arbítrio, seja do mercado, seja das armas, não saiam vencedores. O autor assevera que esse diálogo implica encontrar uma nova fórmula doutrinária que substitua o monopólio do formalismo legalista do Estado, assegurando tanto a previsibilidade quanto a inclusão para a administração plural da justiça. Lapidar, ele conclui que:

[...] o legalismo formalizador do Estado encontrou na ineficácia e na lentidão judiciária seus melhores críticos. A demanda social por uma justiça ágil e eficaz tornará a administração da justiça necessariamente plural. A pressão por um acesso à justiça abrangente é concomitante ao aumento da violência.⁶⁰

Por sua vez, a expressão “governança da justiça” evoca a importância de assegurar o desenvolvimento de processos inspirados de uma “justiça participativa”, ancorados na participação cidadã e que pressuponham uma interlocução permanente entre diferentes atores sociais, segundo as considerações precipitadas pela Comissão de Direito do Canadá, em seu relatório anual 2003/2004.⁶¹ A expressão é igualmente encontrada nos trabalhos de Catherine Slakmon e Philip Oxhorn sobre as experiências de “microjustiça” para a governança da justiça e o fortalecimento da segurança no Brasil. Essas experiências seriam baseadas em uma rede vasta de cooperação e de parcerias entre comunidades locais, atores governamentais e não governamentais (ONG, organismos internacionais, etc.) a favor de uma administração da justiça feita a partir de competências e saberes locais.⁶²

⁵⁸ J. Falcão, “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, *Revista USP*, 2007. t. 74, p. 30 e s.

⁵⁹ O termo para-judiciário evoca as experiências realizadas fora do sistema oficial de justiça.

⁶⁰ J. Falcão, “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, *op.cit.*, p. 34.

⁶¹ A integralidade desse relatório pode ser encontrada no *site* <www.cdc.gc.ca>, consultado em 06 de setembro de 2010.

⁶² Para esse estudo, cf. Catherine Slakmon e Philip Oxhorn, “O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil”, in *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, Catherine Slakmon e al. (dir.), Brasília-DF, Ministério da Justiça, 2006. p. 31-58. Para uma crítica sobre os riscos de uma “boa governança” e da participação como “despolitização do social” e “dessocialização do político”, cf. Christoph Eberhard, *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Paris: L.G.D.J, *Droit et Société*, n. 13, 2006. p. 143 e s.

Nessa mesma ordem de ideias, os pesquisadores da Universidade de Coimbra mencionados supra advertem que:

Os Estados e as sociedades estão construindo um novo sistema de resolução de litígios, no qual as funções do Estado e da sociedade civil se reconfiguram; parcerias se concretizam entre o setor público, a comunidade e, eventualmente, o mercado, segundo um novo modelo de justiça, ou seja, um modelo integrado de resoluções de conflitos, em que a pluralidade dos MARC⁶³ pode constituir tanto uma alternativa aos tribunais (na solução dos litígios que eles resolvem também), quanto um complemento (para os litígios que não chegam aos tribunais) ou um substituto (a partir da transferência de competências da resolução de alguns conflitos dos tribunais aos MARC).⁶⁴

Essa constatação do relatório português autoriza a sequência da metáfora das “ondas” de acesso à justiça, identificadas pelo primoroso trabalho de Mauro Cappelletti e sua equipe na década de 70.⁶⁵ Uma “quarta onda” de acesso à justiça, mas também de administração da justiça, seria assim observada como a possibilidade de escolher a justiça mais adequada em relação a uma situação concreta. Superada e reconfigurada a preocupação em se assegurar a consciência e o conhecimento dos direitos (primeira onda) e de poder reclamá-los diante dos tribunais (segunda onda) e de outras instâncias (terceira onda), uma melhor administração da justiça implicaria a ação coordenada de diversos atores sociais, o Estado inclusive, para garantir que os cidadãos, em conhecimento de causa, possam julgar sobre a maneira mais conveniente e adequada para gerir, prevenir e resolver seus conflitos. E isso para escolher, enfim, o acesso à justiça que lhes pareça mais adequado e legítimo. O recurso à mediação seria uma possibilidade dentre outras, como, de resto, a própria justiça oficial.

Como demonstrado por Falcão, a necessidade de encontrar um modelo de acesso e administração da justiça mais condizente às necessidades e expectativas contemporâneas (do qual a mediação é uma peça fundamental) traz à baila a crítica ao formalismo e ao monismo estatal. No entanto, um outro questionamento se insinua por detrás de tal crítica, qual seja, a interrogação sobre os fundamentos mesmos do Estado republicano e dos valores que ele preconiza, erigido em ator único responsável por definir, em nome do “interesse geral” e da democracia representativa, as políticas de regulação da vida social. Contra esse Estado e o direito que ele veicula, baseado em uma metafísica individualista que marcou todos os sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, erguem-se as mediações e o discurso sobre um novo modelo de reprodução e gestão do social e, sobretudo, de participação política. A reprodução e gestão da vida social - de que a mediação se ocupa também - são voltadas à criação, manutenção e reparação dos laços sociais

⁶³ MARC é a tradução portuguesa de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), modos alternativos de resolução de conflitos.

⁶⁴ Pedroso (dir.), Catarina Trincão e João Paulo Dias, *O acesso ao direito e à justiça... op. cit.*, p. 12.

⁶⁵ M. Cappelletti (dir.), *Accès à la justice et État-Providence*, Paris: Economica, 1984.

em detrimento de uma supremacia acordada ao indivíduo solitário, apartado de seus pertencimentos sociais, ao mesmo tempo em que comunicam um novo modelo de representação política, baseado nos princípios de uma democracia participativa, em que todos e cada um tomam parte das discussões e decisões.

Ao distanciamento dos processos políticos orientados em arenas tradicionais de mediação, tais como os parlamentos e os partidos políticos, em nome de uma “vontade geral” de mais a mais abstrata e impalpável⁶⁶, as novas mediações propõem a intervenção direta dos atores em várias e diferentes esferas de ação, como as cenas das associações de bairro, de grupos profissionais, de organizações não governamentais, etc.⁶⁷ Ao mesmo passo em que, ao egoísmo traduzido por um individualismo “sem fronteiras”, de matriz liberal, que pretende assegurar a unidade pelo intermédio do artifício da igualdade de direitos, as novas mediações convidariam ao retorno a um passado comunitário, baseado na solidariedade de membros vindos de grupos, sim, diversos, comungando do direito de exprimir suas diferenças.

A discussão entre universalistas e particularistas, entre republicanos e comunitaristas, entre partidários da democracia representativa e direta, não saberia, em todo caso, encaixar-se no quadro ternário que compõe a natureza mesma da mediação. A questão que se coloca é talvez a de saber se, e em quais condições, uma terceira opção, misturando lógicas até aqui antagônicas, poderia acontecer, segundo a qual um individualismo relacional⁶⁸ substitua o individualismo individual sem que isso signifique a retirada do Estado, como ator social que, representando e assegurando as igualdades, seja também vetor da expressão das diferenças.⁶⁹ Nesse sentido, Gilda Nicolau constata e se interroga igualmente:

⁶⁶ P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Paris: Gallimard, 1998.

⁶⁷ Nesse sentido, Vincent de Briant e Yves Palau afirmam que, a partir do “questionamento do monopólio da representação política encarnada pelos aparelhos do Estado, a mediação e seu corolário, a chamada à participação, torna-se um projeto social que transforma a organização constitucional das democracias representativas”, cf. V. de Briant e Y. Palau, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁸ Ao lembrar Paul Ricoeur e seu *Soi-même comme un autre* (Paris: Seuil, 1990), também Jacques Faget reconhecerá à mediação a possibilidade de contribuir com os indivíduos na passagem de um “individualismo narcisista a um individualismo relacional, permitindo a convivência de uns com os outros e não de uns ao lado dos outros”. Cf. J. Faget, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁹ O que este artigo considera como “individualismo individual” se conforta no modelo da obrigação jurídica, da qual o Estado e o direito oficial são mensageiros. A esse modelo, Gilda Nicolau apresenta a observação seguinte: “[...] sendo indicativos (os modelos), eles liberam o indivíduo da alienação suposta de seus grupos de pertencimento, sem lhes propiciar gramáticas para a relação de alteridade; estas estando inscritas no domínio da educação. O multiculturalismo familiar entra então em concorrência com a escola da República, ou se prolonga na escola privada. E quando a educação não funciona, o setor educativo (sozinho ou em relação com a justiça de menores) pode ser o testemunho de conflitos de cultura”. Cf. G. Nicolau, G. Pignarre e R. Lafargue, *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, Paris: Dalloz, 2007. p. 118.

Nós apoiamos nossa liberdade à ascendência do Estado, esquecendo-nos de que a proteção, obtida em contrapartida, teria um preço alto. Este preço é o da perda da diversidade, da riqueza cultural, da inventividade que fazem os enriquecimentos mútuos. É também o efeito perverso de um etnocídio que, rompendo com o sentido da alteridade, privou-nos de pensarmos as diferenças em termos de complementaridade uns com os outros. Estes lugares sociais, característicos das sociedades tradicionais, em que cada um é nomeado e reconhecido, e que não são nem imóveis nem sufocantes, poderíamos reencontrá-los nas sociedades modernas, sem ao mesmo tempo perder as vantagens que o direito nos garante?⁷⁰

Ainda segundo um código ternário, o desenvolvimento da mediação, ao contrário de afastar as responsabilidades do Estado, propõe que ele as assuma de modo renovado, segundo um arranjo diverso. Daí alguns críticos especularem sobre uma suposta maquiagem nas formas tradicionais de ação dos governos, da qual a abertura à mediação faria parte, com o intuito de, sem alterar profundamente suas estruturas, reapropriar-se de um terreno deixado à deriva de sua influência, onde as organizações e associações da sociedade encontram terra fértil. Ou seja, através do apoio ao desenvolvimento da mediação, o poder público tenderia a confirmar sua supremacia de normalizador e regulador social, em detrimento de todo um corpo associativo, que, sem apoio financeiro e simbólico suficientes para garantir sua autonomia de intervenção, seria feito refém do Estado que, em troca de financiamento e reconhecimento, imporá a seus “parceiros” sua agenda de interesses e prioridades. Dessa perspectiva, ao invés da possibilidade de uma administração plural da justiça, feita por parceiros legítimos, assistiríamos apenas a uma metamorfose da regulação social, em que o ator principal continuaria a ser o Estado, dispondo, no entanto, de um novo figurino: a indumentária da legitimidade, atribuída por um trabalho social realizado, de fato, pelo setor associativo. Neste sentido, Vincent de Briant e Yves Palau falarão em “necessidade de reconhecimento recíproco”⁷¹, uma vez que o setor associativo busca subvenções e reconhecimento dos poderes públicos e estes almejam encontrar na ação social dos atores associativos da mediação uma apreensão mais fina das realidades sociais, visando a uma ação institucional mais eficaz.

Tal “troca” de favores entre esses diferentes setores não esconderia, no entanto, uma oposição ideológica e de diferentes projetos políticos, tais como a democracia participativa e representativa. Ela não poderia tampouco fazer crer em uma substituição do direito pela mediação, hipótese não só pouco factível como também pouco desejável. A ideia de um recurso único à mediação como gestora do social repetiria o equívoco do direito oficial que, a partir da pretensão de ocupar todos os “vazios sociais” com uma normação geral e abstrata, paga o preço de um suposto universalismo que não responde às particularidades das relações sociais contemporâneas. Os limites de um e de outro na tarefa complexa de assegurar a integração social insinuam que as duas lógicas devem se adaptar a contextos diversos para se oferecerem como alternativas possíveis, segundo uma divisão do trabalho na qual apenas um julgamento de oportunidade será capaz de arbitrar. O

⁷⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁷¹ V. de Briant e Y. Palau, *op. cit.*, p. 94 e 95.

monismo ideológico que pode justificar o direito e o Estado ao qual ele servia não é mais capaz de assegurar legitimidade nem a um nem a outro. Seria, então, anacrônico, mesmo melancólico, recuperá-lo para justificar uma suposta supremacia da mediação para a gestão do social. A possibilidade mesmo de evocar a substituição do direito pela mediação denuncia a que ponto a cultura jurídica ocidental, com seus dogmas de segurança e unidade, pode contaminar o imaginário contemporâneo com todos os mitos ancorados no binário. Então, é judicioso considerar que o perigo de tudo atribuir ao direito encontra seu correspondente em tudo atribuir à mediação, como uma rede de inumeráveis intervenções que, impondo-se aos cidadãos em todos os domínios da vida, enfraqueceria a importância da presença do poder público, sobretudo em setores onde essa ausência causa tantos desequilíbrios e assimetrias. Assim, o excesso de mediações parece tanto desaconselhável ou indesejável que o excesso de direito, pois que, se a mediação não regula como o direito, ela regula diversamente, mas certamente. Por fim, não seria inútil ressaltar que a regulação excessiva da vida, para além de estrangular tanto a criatividade quanto a espontaneidade na criação e reprodução social, apresenta o inconveniente de não deixar repousar, no silêncio e nos interstícios das relações humanas, o não-direito.⁷²

CONCLUSÃO

A mediação opera de acordo com um código ternário, segundo o qual a presença de um terceiro, o mediador, é um facilitador da comunicação. Além de simplesmente representar seu *modus operandi*, esse código pertence à essência mesmo da mediação, o que justifica sua resiliência a toda sorte de dualismo. Com o número “três” como estandarte, a mediação não se deixa apreender por lógicas redutoras da complexidade das ações humanas. Assim, ao responder a necessidades difusas, é no “entre-deux” dos fenômenos da contratualização e da judicialização/judiciarização que ela se situa. Nem um nem outro, isolados, não seriam aptos a justificar o desenvolvimento da mediação nas últimas décadas, enquanto na combinação dos dois, num lugar então intermediário, ela se acomoda e encontra sentido. Se a mediação abre outras arenas para a gestão social a partir da contratualização, ela permite, de outro modo, a judicialização de conflitos que, no passado, eram resolvidos de maneira diversa. Igualmente, ela avaliza o recurso a essas duas lógicas ao mesmo tempo, tornando propícia a emergência de soluções híbridas, em que vários substratos normativos se superpõem. Se, de um lado, ela concede a infiltração de normas oficiais na gestão social, de outro, ela torna possível o retorno do sujeito emancipado.

O código ternário se faz também notar quando, em resposta à falta de organização e à ininteligibilidade das práticas de mediação, esforços acontecem para valorizá-la no âmbito de inúmeras políticas públicas marcadas pela mestiçagem, reconhecendo tanto ao Estado quanto à sociedade diferentes lugares na gestão da vida comum. Reconhecer essa mestiçagem, de modo a que cada

⁷² J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris: L.G.D.J., 10^e édition, 2001. p. 25 e s.

ator assuma sua responsabilidade, poderá contribuir à elucidação dos dilemas de uma justiça titubeante entre a democratização das instituições oficiais e a fabricação de práticas “baratas” e pouco qualificadas, as quais não cabem substituir o direito constitucional de acesso à justiça, ferindo a igualdade e a proteção de garantias fundamentais.

Assim, se o Estado não pode se abster da promoção da mediação como forma de acesso à justiça, cabe-lhe igualmente zelar para que o desenvolvimento dessas práticas seja conforme as exigências de respeito e proteção de direitos dos cidadãos. Se mediações vai haver, que lhes sejam asseguradas qualidade, a partir da formação e aprimoramento de profissionais, e sobretudo da mudança gradual da mentalidade dos operadores do direito, dentro e fora dos tribunais. À sociedade, a partir, sobretudo, dos movimentos associativos, incumbe indispensavelmente uma vigília permanente na consecução desses objetivos e um diálogo profícuo com o Estado, para que este não restrinja o seu apoio ao desenvolvimento da mediação à metamorfose precária de uma ação governamental carente de legitimidade, mas que possa questionar profundamente as bases da regulação social que lhe é ainda atribuída em tempos de fratura paradigmática, em que direito, justiça e indivíduo buscam, todos, novos referenciais.

Pois é certo que, se em pane de legitimidade social, o Estado estende seus braços normalizadores e normatizadores para além de seus campos tradicionais de ação, ao promover uma avalanche de mediações descomprometidas com princípios deontológicos, métodos e garantias, ele não poderá fazê-lo em detrimento das classes sociais desfavorecidas, que são, justamente, as que mais sofrem os efeitos perversos de uma má distribuição da justiça oficial.⁷³ A vigília da sociedade civil irá atuar, nesse sentido, de forma definitiva. Por outro lado, as inúmeras mediações realizadas fora ou à sombra do Estado não podem simplesmente, e em função dessa filiação dita “bastarda”, ser relegadas a um cantão de subjustiça ou de justiça de segunda classe. Às soluções encontradas pelas partes, quando de processos de mediações, será necessário reconhecer o signo de uma justiça pontual, quotidiana, contextual, que, respeitosa dos princípios do direito oficial, não lhes reconheçam em exclusividade a gestão da vida social. Nesse sentido, uma abertura da justiça de Estado e de seus profissionais a uma abordagem antropológica do direito e da justiça é que vai atuar de forma definitiva.

À guisa de conclusão, é oportuno lembrar o ponto de partida dessa reflexão. A necessidade de aperfeiçoamento do acesso à justiça é normalmente associada a um duplo problema: de um lado, o aumento das questões tratadas pelo direito (judicialização) e, por outro, a explosão das questões submetidas ao tratamento

⁷³ Dessa forma, a debilidade econômica das classes desfavorecidas tem que ser levada em consideração quando do desenvolvimento de políticas públicas de acesso à justiça, evitando o equívoco de lógicas liberais que, preconizando uma igualdade formal irrealizável, institucionalizam o egoísmo e o individualismo. Por outro lado, supervalorizar a insuficiência econômica desses atores implica o retorno de rotinas paternalistas e autoritárias que tendem a sufocar a iniciativa cidadã rumo à emancipação e à autonomia. Entre liberalismo e paternalismo exacerbados, uma via intermediária parece se desenhar, reclamando uma vigília permanente da qual fariam parte tanto Estado quanto sociedade civil para a proteção de direitos.

judiciário (judicialização). O desenvolvimento da mediação foi e continua a ser reivindicado pela sociedade civil, em nome de uma maior autonomização de cidadãos de mais a mais participativos e comprometidos na produção e reprodução de sua vida comum, a partir do repúdio de um direito simplesmente imposto e a favor da passagem a um direito negociado, que privilegie as partes como atores de direitos. A essa tendência, identificada sob o nome de contratualização, corresponde o desenvolvimento da mediação, que se impõe nos nossos dias como uma possibilidade no que concerne ao tratamento dos conflitos, ao ser erigida, em vários contextos nacionais, em objeto de política pública de acesso à justiça.

É judicioso, no entanto, afirmar que esse desenvolvimento não ignora o apelo feito ao direito imposto e sua confirmação como elemento crucial para a regulação social. Dessa ambivalência nasce a tensão permanente entre judicialização/judicialização e contratualização, no vai-e-vem de uma sociedade que busca se situar a partir de balizas até aqui irreconciliáveis, como o individualismo e o princípio da comunidade; a autonomia e a tutela; a objetivização e a subjetivização; a liberdade e a autoridade; a lei geral e o contrato; a democracia participativa e a representativa.⁷⁴ Refletir sobre essas questões nos conduz à necessidade de procurar esquemas de interpretação ternários, que, a exemplo da mediação, integrem ao invés de excluir. Os conceitos de governança ou de administração plural da justiça parecem indicar no sentido de uma mestiçagem necessária tanto da parte das estruturas judiciárias (tendendo a uma maior maleabilidade e abertura à internormatividade) quanto dos programas de mediação (tendendo a uma maior rigidez no que toca ao respeito de garantias e princípios fundamentais), em direção a uma reestruturação que, aliados, métodos endógenos e exógenos de tratamento de conflitos se imponham à violência.

ABSTRACT

The last thirty years witnessed an exponential development within the field of conflicts mediation. Several kinds of initiatives - including others than governmental ones - indicate this practice as a new way of addressing justice access and social regulation issues. In this intersection, mediation seems to be able to show conspicuous changes of the individual and also of society and state institutions, regarding to justice administration and access to "fairness" viewed as an expanded concept, once we consider the cultural dimension in which the construction of the notion of justice is inserted. Between judicialization/prosecution and contractualization - contradictory trends in principle - individuals and societies seem to seek new technologies or social wisdoms that are able to face up to violence, once combined civil experience and state justice.

Keywords: *Mediation. Social regulation. Justice.*

⁷⁴ Diante desses duos de oposição, Jacques Faget apontará a mediação como "muletas" de que necessitaria o indivíduo, que, tendo enfim sua liberdade, não saberia como utilizá-la. Cf. Faget, *Médiation, les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Erès, Collection Trajets, 2010.

REFERÊNCIAS

- ALLIOT, M. “*Anthropologie et juridique. Sur les fondements de l’élaboration d’une science du droit*”, dans *Le droit et le service public au miroir de l’anthropologie, Textes choisis et édités par C. Kuyu*, Paris : Karthala, 2003. p. 283-305.
- ARNAUD, A.-J. e al. (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris: L.G.D.J, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.
- ARNAUD, A.-J. E DULCE, F. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid: Universidad Carlos III, 1996.
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. *La médiation, une autre justice*, Paris : Syros-Alternatives, 1992.
- _____. *La médiation scolaire par les élèves*, Issy-les-Moulineaux : ESF Éditeur, 2000. p. 11-24.
- _____. J.-P. Bonafé-Schmitt, “*La médiation : une nouvelle forme d’action*”, in *Médiation et action publique, la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.
- _____. “*La part et le rôle joués par les modes informels de règlement de conflits dans le développement d’un pluralisme judiciaire (Étude comparatif France-USA)*”, L.G.D.J, *Droit et société*, numéro 6, 1987.
- BRASIL, 2010. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, B823, Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - ed. rev. - Brasília: SEDH/PR.
- BRASIL, 2005. *Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais. Sistemas Alternativos de Solução e Administração de Conflitos*, Ministério da Justiça.
- CAMPILONGO, C. F. “O judiciário e a democracia no Brasil”, *Revista USP*, v. 21, março/abril/maio, São Paulo, 1994. p. 116-125.
- CARBONNIER, J. “*Les phénomènes d’internormativité*”, in B. M. Blegvad et al. (dir.), *European Yearbook in Law and Sociology*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1997. p. 43-53.
- _____. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris: L.G.D.J, 10^e édition, 2001.
- CAPPELLETTI, M. (dir.). *Accès à la justice et État-Providence*, Paris: Economica, 1984.
- CHEVALLIER, J. *L’État postmoderne*, Paris: LGDJ, 2^{ème} édition, 2004.
- COMMAILLE, J. *La judiciarisation. Une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique?*, Note de bilan d’étape du groupe “*Judiciarisation de la société et du politique*”, CERAT, 2002.
- COMMAILLE, J. e al. *La juridicisation du politique*, Paris: L.G.D.J, Droit et Société numéro 7, 2000.
- COMISSÃO DE DIREITO DO CANADÁ, *Relatório anual 2003/2004*, consultado no endereço eletrônico <www.cdc.gc.ca>, no dia 6 de setembro de 2010.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES, 2002. Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Bruxelles, disponível no endereço <www.eur-lex.europa.eu>, consultado no dia 28 de setembro de 2010.

- COOLEY, J. W. *A advocacia na mediação*, trad. René Loncan, Brasília: Editora UnB, 2001.
- DE BRIANT, V. e PALAU, Y. *La médiation. Définition, pratiques et perspectives*, Paris : Nathan, 1999.
- DE MORAES SALES, L. M. *Justiça e mediação de conflitos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DE MUNCK, J. "Le pluralisme des modèles de justice", in *La justice des mineurs, Évolution d'un modèle*, Denis Salas e Antoine Garapon (dir.), Paris: L.G.D.J., 1995.
- DE SOUSA SANTOS, B. *Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid: Trotá/Ilsa, 2009.
- _____. *A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência*, São Paulo: Cortez, 2000.
- EBERHARD, C. *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Paris : L.G.D.J, Droit et Société, n. 13, 2006.
- FAGET, J. *Médiation, les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse: Erès, 2010.
- _____. *La médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne: Éditions Erès, 1997.
- _____. *Les fantômes français de la restorative justice: l'institutionnalisation conflictuelle de la médiation*", consultado no endereço eletrônico <www.justicereparatrice.org>, em 24 de setembro de 2010.
- _____. "Médiation et action publique: la dynamique du fluide", in *Médiation et action publique : la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.
- _____. *Médiation et action publique: la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.
- FALCÃO, J. "O futuro é plural: administração de justiça no Brasil", *Revista USP*, São Paulo, v. 74, 2007.
- FISHER, R. e URY, W. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, New York, N.Y.: Penguin Books, 1991.
- GALANTER, M. "*La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux*", em *Accès à la justice et État-Providence*, M. Cappelletti (dir.), Publications de l'Institut Universitaire Européen, Paris: Economica, 1984.
- GARAPON, A. e SALAS, D. (dir.). *La justice des mineurs, Évolution d'un modèle*, Paris: L.G.D.J., 1995.
- GOMMA DE AZEVEDO, A. "O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na autocomposição penal" in A. G. de Azevedo (dir.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* - v. 4, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.
- GOVERNO DE MINAS GERAIS, *Programa Mediação de Conflitos*, Secretaria de Estado de Defesa Social, SEDS, 2009.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. *La médiation, Que sais-je ?*, Paris: PUF, 1995.
- _____. "*L'émergence de l'exigence déontologique ou la preuve par la déontologie: témoignage d'une pionnière. La déontologie garante de la qualité et de l'identité de la médiation*", in *Penser la médiation*, sous la direction de Fathi Ben Mrad, Hervé Marchal et Jean-Marc Stébé, Le travail social, Paris: L'Harmattan, 2008.

- GRINOVER, A. P. e al. (dir.). *Mediação e gerenciamento do processo, revolução na prestação jurisdicional - Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*, São Paulo: Atlas, 2007.
- HORTA TAVARES, F. *Mediação e conciliação*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- IACUB, M. *Qu'avez-vous fait de la liberté sexuelle?*, *Conte sociologique*, Paris: Flammarion, 2002.
- LE ROY, E. *Le jeu des lois, une anthropologie 'dynamique' du droit*, Paris: Maison des Sciences de l'Homme, L.G.D.J, Droit et Société, volume 28, 1999.
- _____. "L'ordre négocié. A propos d'un concept en émergence", in *Droit négocié, Droit imposé?*, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles: Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996. p. 341-351.
- _____. "Formes et raisons de la place marginale du contrat dans les accords juridiquement validés en Afrique noire au tournant du XX^e siècle", in *Approche critique de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), Paris: L.G.D.J, Droit et société numéro 16, 2007. p. 49-68.
- _____. *Les africains et l'institution de la Justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris: Dalloz, 2004.
- _____. "La médiation, mode d'emploi", dans *Droit et Société*, numéro 29, Paris: LGDJ, 1995.
- MOORE, C. W. *The Mediation Process*, San Francisco: Jossey-Bass, 2nd ed., 1998.
- MUSZKAT, M. E. (dir.). *Mediação de conflitos, pacificando e prevenindo a violência*, São Paulo: Summus, 2003.
- NICOLAU, G. e BARANGER, T. *L'enfant et son juge, la justice des mineurs au quotidien*, Paris: Hachette, 2008.
- NICACIO, C. S. *La médiation sociale, une expérience brésilienne*, dissertação de mestrado em Sociologia Jurídica, Université Paris III, Sorbonne Nouvelle, s.n., 2005.
- NICACIO, C. S. e CAMILO OLIVEIRA, R. "A mediação como exercício de autonomia: entre promessa e efetividade", in *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Maria Tereza Fonseca Dias e Flávio Hunes Pereira* (dir.), Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111-119.
- NICOLAU, G., PIGNARRE, G. e LAFARGUE, R. *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, Paris: Dalloz, 2007.
- NICOLAU, G. "Enseigner et penser le droit avec des 'non juristes' et avec des juristes qui doutent", *Jurisprudence Revue Critique*, Éditeur Université de Savoie, Distribution L'Extenso Éditions, 2010. p. 163-179.
- _____. "Être parent aujourd'hui, entre fait et droit", in *Être parent aujourd'hui*, Philippe Jacques (dir.), Paris: Dalloz, 2010. p. 101-120.
- OLIVEIRA, A. (dir.). *Métodos de resolução de controvérsias: mediação e arbitragem*, n. 1, São Paulo: LTr, 1999.
- PEDROSO, J., TRINCÃO e DIAS, J.-P. *Percursos da informalização e da desjudicialização, por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais (CES), Coimbra, 2001.
- _____. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2002.

- PEDROSO, J. *Percurso da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial*, Coimbra, Observatório permanente da justiça portuguesa, Centro de Estudos Sociais (CES), 2001, disponível no endereço <www.ces.uc.pt/observatorios>, consultado no dia 29 de setembro de 2010.
- PEKAR LEMPEREUR, A., SALZER, J. e COLSON, A. *Méthode de Médiation, au cœur de la conciliation*, Paris: Dunod, 2008.
- RED DE APOYO POUR LA JUSTICIA Y LA PAZ. *El crimen de la pobreza. Escritos sobre la criminalización de los pobres*, Caracas, 2003, disponível no endereço <www.redsalud-ddhh.org>, consultado em 28 de setembro 2010.
- ROSENBERG, M. B. *Les mots sont des fenêtres, ou des murs: introduction à la communication non-violente*, Bernex-Genève/Saint-Julien-en-Genevois, Jouvence, 1999.
- RICOEUR, P. *Soi-même comme un autre*, Paris: Seuil, 1990.
- ROSANVALLON, P. *Le peuple introuvable*, Paris: Gallimard, 1998.
- ROUVILLOIS, F. (dir.). *La société au risque de la judiciarisation*, Colloques et débats, LexisNexis, Litec, 2008, *Actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique*, 2006/2007.
- SCHNITMAN, D. F. e LITTLEJOHN, S. *Novos paradigmas em mediação*, Porto Alegre: Artmed Editora, 1999.
- SIX, J.-F. *Le temps des médiateurs*, Paris: Seuil, 1990.
- _____. *Dinâmica da mediação*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SLAKMON, C. e OXHORN, P. "O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil", in *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, Catherine Slakmon e al. (dir.), Brasília-DF, Ministério da Justiça, 2006.
- SYLVESTRE, M.-È. s.d. *La criminalisation et la judiciarisation des personnes itinérantes au Québec: une pratique coûteuse, inefficace et contre-productive dans la prévention de l'itinérance et la réinsertion des itinérants*, Dissertação depositada à *Commission des affaires sociales du Québec no contexto dos trabalhos da Commission sur l'itinérance au Québec*, disponível no endereço <www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2008/11/984072.pdf>, consultado em 28 de setembro de 2010.
- TAVEL, A. e LASCoux, J.-L. *Code de la médiation*, Bordeaux: Médiateurs éditeurs, 2009.
- TOUZARD, H. *La médiation et la résolution des conflits*, Paris: Presses Universitaires de France, 1977.
- VERONESE, A. "Projetos judiciários de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais", *Revista Direito Getúlio Vargas*, v. 3, n. 1, 13 - 34, jan.-jun. 2007.
- WALDMEIR, P. "A reestatização da justiça norte-americana", Tradução de Deborah Weinberg, *Financial Times* de 14 de julho de 2007, consultado no endereço <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>>, no dia 20 de agosto de 2010.
- WIERVORCKA, M. (dir.). *La médiation, une comparaison européenne*, Saint Denis La Plaine, Les éditions de la DIV, Délégation interministérielle de la ville, 2002.
- YOUNES, C. "La médiation et l'émergence du sujet", in *Médiation et action publique : la dynamique du fluide*, J. Faget (dir.), Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2005.

- _____, “*Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet*”, in *Médiation et diversité culturelle, pour quelle société?*, Carole Younes et Etienne Le Roy (dir.), Paris: Karthala, 2002.
- “*A Dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-door Courthouse*”, entrevista consultada no site <www.pon.harvard.edu>, no dia 23 de agosto de 2010.
- <www.lemonde.fr>, consultado em 26 de setembro de 2010.
- <www.ces.uc.pt>, consultado no dia 22 de setembro de 2010.
- <www.unipaz.org>, consultado em 28 de setembro de 2010.
- <www.planalto.gov.br>, consultado em 28 de setembro de 2010.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VISÃO GERAL E PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

Júlio Bernardo do Carmo*

SUMÁRIO

1. CONCEITO E FINALIDADE
2. DECISÕES JUDICIAIS EMBARGÁVEIS
3. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS
4. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E FAZENDA PÚBLICA
5. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL
6. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PEDIDOS IMPLÍCITOS
7. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E ERROS MATERIAIS
8. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PREQUESTIONAMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO

1. CONCEITO E FINALIDADE

Os embargos declaratórios constituem o meio jurídico de que pode valer-se a parte interessada para exigir seja a correta inteligibilidade do julgado ou a sua complementação.

No pertinente à correta inteligibilidade do julgado, dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil que cabem embargos declaratórios quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

O que seria uma sentença ou um acórdão obscuro?

Consultando o dicionário da língua portuguesa, temos que o termo obscuridade, do latim *obscuritate*, significa estado de escuro, falta de luz, escuridão, falta de clareza (no estilo), pouco claro, pouco brilhante, pouco inteligível, difícil de compreender.

Assim, se em determinada lide é debatida tese jurídica explícita, v.g., a respeito da estabilidade acidentária prevista no artigo 118 da Lei n. 8.213/91, e a sentença ou o acórdão, quer concedendo ou negando a pretensão de direito material, não articula tese jurídica compreensível acerca do tema debatido, deve a parte interessada avariar os aclaratórios para afastar a obscuridade e forçar o órgão sentenciante a emitir tese jurídica escorreita que fundamente o resultado da demanda.

No mesmo exemplo acima citado, estabilidade acidentária, a sentença ou o acórdão revela-se igualmente contraditório quando em sua fundamentação reconhece ser dúbia a ocorrência do acidente de trabalho, aliado ao fato de que o trabalhador só chegou a perceber o auxílio-doença comum, mas ainda assim reconhece a estabilidade provisória acidentária e emite ordem de reintegração do trabalhador no emprego.

* Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Necessária, pois, a interposição dos embargos declaratórios com o fito de escoimar do julgado a contradição apontada, suplicando-se tese jurídica escorreita e inteligível, a par de bem fundamentada, a respeito do acolhimento ou rejeição do pedido, para que a parte interessada tenha melhores meios jurídicos de, oportunamente, aviar o recurso pertinente para a instância adequada.

Já na omissão do julgado, o objetivo maior dos embargos declaratórios seria alcançar a inteireza da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, se ao proferir a sentença ou o acórdão, o órgão julgador deixa de apreciar determinado pedido, *e.g.*, horas extras ou prêmios e gratificações, os embargos declaratórios devem ser manejados para que o juiz aprecie toda a matéria posta na lide, sob pena de incorrer em julgado aquém do pedido (*infra petita*) a par de denegar em sua inteireza a aplicação do direito material à espécie.

A omissão torna possível imprimir aos embargos declaratórios efeito modificativo do julgado, sendo possível através deles, em determinados casos onde a reclamação trabalhista fora julgada parcialmente procedente, alcançar, inclusive, a cabal improcedência da ação trabalhista proposta, com inversão dos ônus sucumbenciais.

O efeito infringente do julgado torna possível, de igual modo, ser acolhida alguma preliminar ou prejudicial expressamente invocada na defesa que seja obstativa do exame do mérito da demanda, quando, por omissão, a sentença ou o acórdão deixa de apreciá-la.

Interpostos os embargos declaratórios e confirmada a omissão, o acolhimento da preliminar ou da prejudicial poderá redundar em extinção do feito, sem resolução do mérito, ou seja, sem que se analise a pretensão de direito material posta na demanda e que havia sido acolhida por descuido pelo órgão julgador.

Expliquemos com exemplos concretos as possibilidades supra-aventadas.

No primeiro exemplo mencionado acima pode ocorrer que a sentença tenha acatado um único pedido do autor, relativamente, *e.g.*, à condenação em vale-transporte.

Todavia, tendo julgado a pretensão formulada pelo reclamante com lastro na distribuição do ônus da prova (artigo 818 da CLT e incisos I e II do artigo 333 do CPC), o juiz pode ter adotado a tese jurídica de que é da reclamada o encargo probatório relativo aos requisitos legais que a desonerariam do pagamento do vale-transporte e que desse encargo probatório não teria se desincumbido nos autos.

A sentença mostra-se, todavia, omissa relativamente à tese jurídica exposta na defesa, no sentido de que, pela jurisprudência estratificada na Orientação Jurisprudencial n. 215 da SBDI-I do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o ônus da prova relativo aos requisitos legais indispensáveis à percepção do vale-transporte compete ao empregado.

No exemplo citado, acatada nos aclaratórios a tese jurídica suscitada pela reclamada (OJ n. 215-SBDI-I do TST), em face da omissão mencionada, será expungido do julgado igualmente o vale-transporte e conseqüentemente será julgada cabalmente improcedente a ação proposta, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Com relação a preliminares ou prejudiciais que teriam sido relegadas ao olívio pela instância julgadora, teríamos o caso, *e.g.*, da sentença ter julgado a ação trabalhista procedente, sendo que na fase dos embargos declaratórios a reclamada junta decisão de igual teor proferida em processo diverso, que teria

corrido perante outra Vara do Trabalho, razão pela qual, naquela oportunidade, arguia a prejudicial de coisa julgada.

Ora, versando matéria de ordem pública, a prejudicial de coisa julgada pode ser invocada, a qualquer tempo, na instância ordinária, ou até mesmo ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

Nessa hipótese, patente a configuração da coisa julgada, o magistrado, nos embargos declaratórios, a acolherá e, imprimindo efeito infringente ao julgado, extinguirá o processo sem resolução de mérito, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Questão interessante é saber se há contraste entre o artigo 535 do CPC e o artigo 897-A da CLT.

Explica-se: pelo artigo 535 do CPC, como visto, cabem os embargos declaratórios quando na decisão há obscuridade ou contradição ou quando o julgador incorre em omissão manifesta. Pela letra atual do artigo 897-A da CLT, temos que

Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Parágrafo único. Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Fazendo o cotejo entre os dois artigos marginados, determinado segmento da doutrina tem observado que, como a CLT tem norma explícita regendo as hipóteses de interposição dos embargos declaratórios, não se aplicaria à seara processual trabalhista, em subsidiariedade, o artigo 535 do CPC, pelo que estaria definitivamente afastada a hipótese de se intentar os aclaratórios para expungir do julgado eventual obscuridade.

Nada mais falso.

A Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que inseriu o artigo 897-A na CLT, não regulamentou de forma explícita todos os casos em que é possível o manejo dos embargos declaratórios, tendo antes se preocupado com o seu procedimento, razão pela qual continuaria sendo aplicável, por subsidiariedade, o artigo 535 do CPC, no pertinente à mácula de obscuridade que possa contaminar o julgado.

Prova maior disso é o fato de que o art. 897-A da CLT, ao mencionar a omissão e a contradição o fez apenas para deixar claro que, ocorrendo tais vícios no julgado, a decisão dos embargos declaratórios que vier a dirimi-los poderá revestir-se de natureza infringente, ou seja, poderá modificar substancialmente o que antes fora decidido, alterando-se completamente o rumo da demanda.

Mas isso não quer dizer que, ocorrendo o vício de obscuridade no julgado, não seriam cabíveis embargos declaratórios, dada a supletividade contida no artigo 769 da CLT.

O que se pode inteligir do referido dispositivo consolidado é que, havendo no julgado eventual obscuridade, a mesma desafia embargos declaratórios, mas estes últimos, nesse caso, jamais poderão alcançar efeitos infringentes.

A inovação legal trazida com a redação da parte final do artigo 897-A da CLT tem pertinência com os chamados requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos, ou de forma mais simplificada, com os requisitos genéricos de sua admissibilidade.

A doutrina mais abalizada classifica os requisitos de admissibilidade dos recursos em intrínsecos e extrínsecos.

Assim, seriam requisitos intrínsecos de admissibilidade as chamadas condições recursais, como o seu cabimento (possibilidade recursal) e o interesse e a legitimidade para recorrer. Requisitos extrínsecos de admissibilidade seriam o preparo, a tempestividade e a regularidade formal.

Ovídio Baptista da Silva preleciona que os pressupostos genéricos de admissibilidade dos recursos podem ainda ser classificados em objetivos e subjetivos. Dentro dessa perspectiva, seriam pressupostos genéricos subjetivos os seguintes: a) capacidade processual do recorrente; b) legitimação, que teria como pressupostos a sucumbência e o interesse; c) ausência de pressupostos subjetivos negativos, como, *e.g.*, a desistência, a renúncia do recurso, ou a aceitação tácita da decisão recorrida.

Os pressupostos genéricos objetivos de admissibilidade dos recursos seriam: a) existência de previsão legal; b) adequação; c) tempestividade; d) regularidade formal; e) preparo.

O artigo 897-A da CLT, sob comento, merece severas críticas ao possibilitar a interposição de embargos declaratórios somente na hipótese de inobservância dos requisitos genéricos extrínsecos, quer dizer, os requisitos objetivos dos recursos.

Trata-se, na espécie, de mero descuido do legislador, podendo seu cochilo homérico ser suprido pelos métodos clássicos de interpretação de normas jurídicas.

A interpretação aqui há de necessariamente ser a extensiva, pois se deve partir do pressuposto de que, por omissão, o legislador disse menos do que deveria dizer (*dixit minus quam voluit*), sabido que os embargos declaratórios são adequados igualmente quando estão em jogo os chamados pressupostos genéricos intrínsecos de admissibilidade, ou seja, os requisitos de ordem subjetiva.

Desde que a sentença ou o acórdão não haja adotado tese jurídica explícita a respeito dos requisitos intrínsecos (ou subjetivos) de admissibilidade dos recursos, ou seja, a legitimidade, o interesse, a capacidade e a representação, seriam cabíveis os embargos declaratórios com efeitos infringentes para forcejar a admissibilidade do recurso interposto.

2. DECISÕES JUDICIAIS EMBARGÁVEIS

Outro ponto que merece adequada reflexão consiste na indagação de quais seriam as decisões judiciais embargáveis.

Se nos ativermos à letra fria e literal do artigo 535 do CPC, somente a sentença, decisão afeta ao juízo monocrático trabalhista de primeiro grau, e o acórdão, decisão colegiada, própria dos tribunais, é que seriam suscetíveis de questionamentos através do manejo de embargos declaratórios. No mesmo diapasão dispõe o artigo 897-A da CLT que embargáveis são a sentença e o acórdão.

A interpretação dos dispositivos processuais supramencionados (art. 535 do CPC e art. 897-A da CLT) deve ser feita com prudência e razoabilidade, pois

soaria estranho ser desejo do legislador que toda e qualquer decisão judicial que não consubstancie quer uma sentença ou um acórdão possa ser emitida atabalhoadamente, eivadas que seriam de obscuridade e contradição, tornando, se não impossível, pelos menos tarefa difícil captar-lhes a real inteligibilidade.

Tanto o princípio da razoabilidade como o da segurança jurídica exigem que toda e qualquer decisão judicial seja emitida com clareza e total inteligibilidade, para que o jurisdicionado possa melhor defender em juízo seus direitos e pretensões.

Com razão, portanto, o ilustre processualista Manoel Antonio Teixeira Filho, quando enfatiza que, muito embora não seja desejável que meras decisões interlocutórias e meros despachos de expediente sejam impugnáveis através de embargos declaratórios, porque essa possibilidade acabaria atentando contra a celeridade processual, a par de tumultuar o procedimento, cujas consequências seriam particularmente mais graves no processo do trabalho, em que, acima de qualquer outro, a rapidez na entrega da prestação jurisdicional figura como imperativo supremo. (*Curso de Direito Processual do Trabalho*, v. II, Processo de Conhecimento 2, LTr, 2009. p. 1.702/1.705)

E acrescenta, com propriedade, o notável jurista citado que

[...] com isso, não queríamos dizer que as decisões interlocutórias e os despachos pudessem ser obscuros, contraditórios ou provocar dúvida no intérprete, sem que se pudesse obter a necessária sanação. Afinal, também esses atos do juiz estariam submetidos às regras de clareza, inteligibilidade, coerência e plenitude, aplicáveis à sentença e ao acórdão. (*op.cit, idem*)

A prudência recomenda, todavia, que nem todas as decisões judiciais sejam embargáveis, sob pena de possibilitar-se ao litigante desairoso tumultuar a seu talante e gosto a marcha processual, possível que seria ao mesmo suscitar incidentes processuais não só desnecessários como reprováveis.

A conclusão que se tira de tudo isso é a de que meros despachos de expediente ou simples decisões interlocutórias não seriam embargáveis. A ressalva é feita apenas para os despachos e decisões interlocutórias de cunho decisório, máxime quando monocraticamente põem fim ao processo sem resolução do mérito ou quando denegam o regular processamento de um recurso.

Dentro dessa ótica, temos a dicção do artigo 557 do CPC, no sentido de que

O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Completa o § 1º letra A do artigo 557 do CPC que

Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Essa decisão monocrática do relator que ou denega seguimento a recurso ou lhe dá provimento liminar, quando atendido o figurino legal, desde que emitida com obscuridade, contradição, absoluta falta de clareza, ou vícios outros que impeçam a sua pronta inteligibilidade, pode tranquilamente ser objeto de embargos declaratórios que, interpostos, interrompem o prazo de cinco dias para a interposição do agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC.

Símile modo, são embargáveis as decisões monocráticas do relator que denegar liminarmente o processamento do mandado de segurança, que extinguir a ação rescisória sem resolução de mérito, que denegar em tais ações especiais a liminar requerida, bem como a decisão do Presidente ou Vice-Presidente da Corte Regional trabalhista que trancar a veiculação do recurso de revista para o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sendo que em todos esses casos ficará interrompido o prazo regimentalmente previsto para interposição de agravo.

A embargabilidade das decisões monocráticas do juiz ou do relator é mais consentânea com o princípio constitucional da ampla defesa e do livre acesso ao Poder Judiciário, até porque se atacada a mácula da obscuridade ou da falta de clareza por simples petição do interessado, o prazo recursal previsto legalmente para impugnar a decisão monocrática fluiria inexoravelmente, podendo acontecer que, após a apreciação do incidente, já não mais disponha a parte do prazo recursal reservado ao ataque do mérito ou da questão de fundo da decisão hostilizada.

O Tribunal Superior do Trabalho placita o entendimento de que nem somente sentenças e acórdãos são embargáveis e sim também outros despachos de cunho decisório, conforme se pode colher de sua Súmula de n. 421, *verbis*:

[...]

I - Tendo a decisão monocrática de provimento ou denegação de recurso, prevista no artigo 577 do CPC, conteúdo decisório definitivo e conclusivo da lide, comporta ser esclarecida pela via dos embargos de declaração, em decisão aclaratória, também monocrática, quando se pretende tão-somente suprir omissão e não modificação do julgado;

II - Postulando o embargante efeito modificativo, os embargos declaratórios deverão ser submetidos ao pronunciamento do Colegiado, convertidos em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual.

Dentro dessa hermenêutica que prestigia a ampla possibilidade de manejo de embargos declaratórios, cumpre observar que a doutrina e a jurisprudência acabaram placitando o entendimento de que quando houver contradição entre a ementa do acórdão e a sua fundamentação ou seu dispositivo, principalmente este último, porque é a parte da decisão que transita em julgado, cabem tranquilamente embargos declaratórios para sanar a irregularidade.

O uso dos embargos declaratórios nessa hipótese possibilitaria o uso correto da ementa objurgada em outros casos concretos que fossem julgados nos tribunais, a par de deixar esboçada a tese jurídica nele encampada com o fito de embasar eventual veiculação de recurso de revista, por dissenso pretoriano.

Por outro lado, como a coisa julgada faz do preto branco e do quadrado redondo, poderia ser que na ementa se consagrasse tese jurídica favorável ao recorrente e no dispositivo se desse pelo desprovimento do apelo, quando não

interpostos os embargos declaratórios, persistiria a tese jurídica do dispositivo, acarretadora de sérios gravames às partes.

A impugnação dessa anormalidade jurídica do acórdão através de simples petição nem sempre seria razoável, porque não sendo interruptiva do prazo recursal, poderia prejudicar a parte interessada, a não ser que, adotando postura liberal, o órgão prolator da decisão, visualizando o incidente como simples erro material, o sanasse de ofício, bondade ou benesse difícil de se ver no dia a dia dos pretórios trabalhistas.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Qual seria a natureza jurídica dos embargos declaratórios?

Quanto a essa indagação, grassa na doutrina séria controvérsia, porque alguns processualistas divisam os embargos declaratórios como meio processual, dissociado do recurso, que tem a finalidade, não de reformar a sentença ou o acórdão, mas sim de buscar a sua correta inteligibilidade, quando a mesma vem eivada dos vícios legalmente previstos que possam dificultar seu exato alcance jurídico.

Por outro lado, a prevalecer a localização que os embargos declaratórios mereceram no atual Código de Processo Civil, fácil seria admitir a sua natureza recursal.

É que os embargos declaratórios estão previstos no inciso IV do artigo 496 do CPC e ali, textualmente, se diz que (art. 496) são cabíveis os seguintes recursos: [...] IV - embargos de declaração.

Dentre os doutrinadores que defendem que os embargos declaratórios ostentam a natureza jurídica de recurso, cita-se o portentoso Pontes de Miranda que enfatiza que o Código de Processo Civil de 1973 quis

[...] pôr à frente a qualidade do recurso de embargos de declaração por serem de cognição de quem proferiu a sentença ou o acórdão: ser de competência de quem julgou, sem órgão *ad quem* superior. (citado por Manoel Antônio Teixeira Filho, *op. cit.*)

Somos do entendimento de que o erro topográfico cometido pelo legislador de 1973, ao inserir os embargos declaratórios no Título X que abarca precisamente os recursos cabíveis na seara processual civil, nem por isso tem o dom miraculoso de transmutar em recurso o remédio jurídico que ontologicamente é despido dessa característica.

Trago à baila, novamente, o auspicioso ensinamento de Manoel Antonio Teixeira Filho ao dispor com proficiência que

O traço essencial, capaz de distinguir com eficácia os embargos de declaração dos recursos, é a finalidade. Enquanto estes visam à reforma, à cassação da decisão impugnada, aqueles se destinam, meramente, a obter, do mesmo órgão jurisdicional, uma declaração de qual seja o verdadeiro conteúdo da sentença (ou do acórdão), para integrá-la ou para liberá-la de qualquer eiva de expressão. É de grande utilidade prática a separação doutrinária que se fez entre o conceito da sentença e sua fórmula:

o primeiro tem caráter ideológico, pois encerra as razões que levaram o juiz a formar a sua convicção jurídica acerca dos fatos; já a segunda representa apenas a forma pela qual o conteúdo é manifestado. Os embargos declaratórios têm como destinatária exclusiva a forma, a expressão material do julgado, ao passo que os recursos se arremetem, em regra, contra o conteúdo. (*op. cit.*)

Mesmo quando aos embargos declaratórios são imprimidos efeitos infringentes do julgado, não existe a sua transmutação em recurso, eis que continua intocável sua natureza jurídica integrativa, ou seja, de buscar a correta integração do julgado, suprimindo-se omissão ou contradição que o mesmo albergue.

Os embargos declaratórios perseguem assim, mesmo quando o desiderato é a busca de efeito modificativo da decisão embargada, a correta e completa outorga da prestação jurisdicional, sendo que somente depois de esclarecidos os pontos controvertidos da demanda, é que as partes interessadas farão uso do recurso adequado, aí sim, com o manifesto propósito de reformar a sentença ou o acórdão hostilizado, tarefa que é transferida à instância *ad quem*.

Acrescente-se mais que se os embargos declaratórios ostentassem a natureza jurídica de recurso deveriam ter também o prazo unificado de 8 (oito) dias para sua interposição, como acontece com todos os recursos trabalhistas, e não o prazo especial de 5 (cinco) dias previsto na legislação processual.

Ostentasse *simile modo* a natureza jurídica de recurso não poderiam, em tese, ser interpostos das decisões de primeira instância que dirimem os chamados processos de alçada, previstos na Lei n. 5.584/70, eis que, ressalvada matéria estritamente constitucional, tais decisões trazem ínsito o selo da irrecorribilidade.

Falacioso igualmente é o argumento de que os embargos declaratórios não poderiam ser visualizados como recurso porque são direcionados ao mesmo órgão judicial prolator da decisão embargada e não pelo órgão colegiado integrante de instância superior.

Podem excepcionalmente existir casos em que o recurso propriamente dito tem que ser interposto perante a mesma autoridade judicial que emitiu a decisão e por ela decidido, como acontece, *e.g.*, com os embargos infringentes da Lei n. 6.825/80 (art. 4º, § 1º) cabíveis no âmbito da Justiça Federal e ainda, no próprio processo do trabalho, os chamados embargos de nulidade, que eram julgados pela Junta de Conciliação e Julgamento, igualmente extintos.

Existem ainda determinados recursos que, pelo juízo de retratação, podem ser tornados sem objeto mediante decisão favorável do próprio juiz ou relator prolator do r. despacho hostilizado, como acontece com o agravo de instrumento e com o agravo regimental. Trancado o seguimento do recurso ordinário, nada impede que a parte interessada no bojo do próprio agravo de instrumento teça considerações que convença o juízo da erronia perpetrada quanto ao juízo de admissibilidade, levando-o a reconsiderar sua decisão e admitir o processamento do apelo interposto.

Assim também acontece, *e.g.*, com a decisão monocrática do relator que indefere liminar em mandado de segurança ou em ação rescisória ou que extingue tais feitos liminarmente sem solução do mérito, podendo, aduzidos aclaratórios, valer-se o autor da decisão hostilizada do juízo de retratação e admitir o regular processamento seja do *mandamus* ou da ação desconstitutiva.

O sucesso alcançado pela parte no âmbito do juízo de retratabilidade torna sem objeto o recurso interposto, sem precisar trasladá-lo para a instância hierarquicamente superior, porque o desiderato buscado no apelo é deferido pelo próprio juiz da decisão objurgada.

Outros casos podem ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, de que o recurso tenha como destinatário o próprio órgão judicial prolator da decisão embargada, e não uma instância hierarquicamente superior, e nem por isso, a guardar em mente a especial teleologia dos embargos declaratórios, seriam estes últimos revestidos, por assimilação, de conteúdo estritamente recursal, haja vista que o escopo deles, como visto, é buscar a correta integração da decisão ou do acórdão, fazendo com que o órgão jurisdicional aprecie todos os pontos controvertidos da demanda, para que, aperfeiçoada a entrega da prestação da tutela jurisdicional, possa a parte que se sentir lesionada, aí sim, interpor o recurso adequado para a instância hierarquicamente superior, com o objetivo manifesto de reformar no todo ou em parte a decisão objurgada.

Referenda o ponto de vista até aqui sustentado, qual seja, o de que os embargos declaratórios não têm natureza jurídica recursal o fato de que quando os mesmos são manejados com essa precípua finalidade, com o desiderato manifesto de reformar a sentença ou o acórdão, são os mesmos tachados de protelatórios ou procrastinatórios, deslealdade que granjeia para a parte insurgente a responsabilidade de pagar multa em prol da parte contrária, como está na dicção do parágrafo único do artigo 538 do CPC: se os embargos de declaração forem manifestamente protelatórios, o juiz ou o tribunal, declarando que os são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 1%, que será elevada a até 10% no caso de reiteração, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor correspondente.

E realmente são protelatórios os embargos declaratórios que assumirem veste estritamente recursal, eis que sua teleologia não estará voltada para a correta integração do julgado, com o fito de escoimá-lo de eventuais eivas que comprometam a sua adequada inteligibilidade ou que objetivem ultimar a prestação da tutela jurisdicional, e, sim, para reformar propriamente a sentença ou o acórdão, mesmo inexistindo neles qualquer defeito de inteligibilidade.

Dentro dessa ótica, manejo abusivo dos embargos declaratórios como meio recursal, sob as vestes de suposto prequestionamento, temos a lição doutrinária do festejado professor Antônio Álvares da Silva, que assim se pronunciou no agravo de petição n. TRT-00960-2000-114-03-00-2, de que foi relator:

[...]

2.2.2. Prequestionamento.

As partes devem atentar para o disposto nos artigos 17, 18 e 538, parágrafo único do CPC, c/c o art. 769, da CLT, porque não cabem embargos de declaração para reexame de fatos e provas (Súmula 126 do Colendo TST c/c as Súmulas 07/STJ e 279/STF), sob pena de manifestarem inconformismos incompatíveis com a técnica processual, em franca indiferença aos argumentos da autoridade judiciária.

Foi dada interpretação razoável de lei para o caso concreto (matéria de direito), sem violar direta e literalmente quaisquer normas do ordenamento jurídico nacional (Súmula 221, II/TST c/c o art. 131/CPC e Súmula 400/STF).

Adotou-se tese explícita sobre as matérias, de modo que a referência a dispositivos legais e constitucionais é desnecessária. Inteligência da OJ n. 118/SBDI-I do TST. Caso entenda que a violação nasceu na própria decisão proferida, inexigível se torna o prequestionamento. Inteligência da OJ n. 119 da SBDI-I/TST.

O juiz não está obrigado a rebater especificamente as alegações da parte: a dialética do ato decisório não consiste apenas no revide dos argumentos da parte pelo juiz, mas no caminho próprio e independente que este pode tomar, que se restringe naturalmente aos limites da lide, mas nunca apenas à alegação da parte.

Se a parte não aceita o conteúdo normativo da decisão, deve aviar o recurso próprio.

Ora, como os embargos declaratórios não revestem a qualidade de recurso, o seu uso como tal desvirtua sua finalidade, procrastina o andamento da lide, sobrecarrega a pauta do Judiciário, razão pela qual se afigura justa a multa idealizada pelo legislador para o litigante desairoso.

O postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei, albergado no *caput* do artigo 5º da Magna Carta de 1988, impõe a conclusão de que a multa aplicável ao litigante desairoso que avia embargos declaratórios meramente procrastinatórios deve ser utilizada indistintamente contra o empregador e o empregado, caso contrário haveria séria ruptura do princípio da igualdade que as partes, em tese, ostentam no processo trabalhista.

Melhor reflexão merece o caso do trabalhador que vem a juízo valendo-se do *jus postulandi*, peculiaridade na qual poderá o magistrado, sopesando com equidade a situação concreta dos autos, deixar de aplicar a multa por embargos declaratórios procrastinatórios, máxime quando mostra-se visível que o questionamento feito ao juízo deriva da absoluta falta de conhecimento técnico processual por parte do litigante hipossuficiente.

Nada obsta que a parte interponha embargos declaratórios para obter a inteireza da prestação jurisdicional ou a escoimação do julgado de vícios de inteligibilidade, os quais, a persistirem a recalcitrância judicial de proceder à correta integração do julgado, demandarão tantos embargos declaratórios quantos necessários.

Na prática isso seria não só cansativo como também poderia despertar séria animosidade do julgador, sendo melhor que, utilizada sem sucesso, mesmo em caráter reiterado, a via dos aclaratórios, pode a parte interessada, ao interpor o recurso adequado, suscitar preliminar de denegação de prestação de tutela jurisdicional, ocasião em que o tribunal *ad quem*, convencendo-se de que o órgão judicial *a quo* não entregou escoimada prestação jurisdicional, poderá acolher a preliminar de nulidade e determinar o retorno dos autos para que outra decisão de embargos declaratórios seja emitida, de molde a abarcar todas as questões cruciais neles suscitadas.

Como é curial, não terão efeito procrastinatório os embargos declaratórios aviados com o propósito manifesto de prequestionamento, ou seja, provocar o órgão judicial a emitir tese jurídica explícita sobre determinado ponto do litígio, geralmente a suposta ofensa à Constituição Federal ou a dispositivo de lei federal, para que a parte interessada, afastada a preclusão, tenha acesso ao manejo de eventual apelo de caráter excepcional, matéria que será examinada com maior delonga na parte específica deste trabalho.

Outro detalhe importante é que a parte deve estar sempre solerte quanto a eventuais imperfeições do julgado, devendo no prazo legal interpor os embargos declaratórios para escoimar os vícios que inibem a correta inteligibilidade ou alcance jurídico da decisão, especificamente quando o órgão judicial incorre em omissão, deixando de apreciar na sentença ou no acórdão determinados pedidos formulados pelas partes.

Havendo imperfeições no julgado, seja a título de obscuridade ou de contradição, a ausência de interposição dos embargos declaratórios poderá comprometer a marcha célere do processo, porque essas questões, mesmo devolvidas à segunda instância em eventual recurso, poderão ainda assim permanecer obscuras e pouco inteligíveis, mácula que será transferida à execução do título judicial, até porque, quando da liquidação dos pedidos, já não mais será possível modificar, ou inovar a sentença liquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal.

O prejuízo assim poderá ser manifesto porque, mesmo vitoriosa, pode ser que a parte beneficiada com o julgado veja na execução afequenado o seu direito, ou mesmo que não desfrute da inteireza do bem de vida conquistado na sentença, porque não aviados embargos declaratórios no momento oportuno para escoimar pontos obscuros ou contraditórios do título judicial ora passível de liquidação, devendo prevalecer a interpretação literal da decisão trânsita em julgado, ainda que a mesma pudesse acenar com uma maior extensão da carga de exequibilidade.

No tocante aos pontos omissos da sentença ou do acórdão revela-se mais grave a ausência de interposição dos embargos declaratórios porque, mesmo em face do amplo princípio da devolutividade recursal, tem-se entendido que tópicos não prequestionados na instância de origem relativos a determinados pedidos que, estampados na exordial, deixaram de ser apreciados na sentença já não mais poderiam ser suscitados no recurso ordinário em face de inexorável preclusão.

Nesse sentido temos a dicção da Orientação Jurisprudencial n. 340 da SBDI-I do Colendo TST:

Efeito devolutivo. Profundidade. Recurso Ordinário. Artigo 515, § 1º, do CPC. Aplicação. O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do artigo 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contra-razões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença.

Escorreita, portanto, nesse aspecto, a lição doutrinária expendida pelo Ministro do TST João Oreste Dalazen, ao dispor que

[...] a atividade cognitiva do Tribunal estará demarcada pelo âmbito da impugnação; assim, o Tribunal, no máximo, rejulga os pedidos já dirimidos pelo juízo *a quo*; não julga os pedidos que este não julgou; portanto, não completa o Tribunal o julgamento dos pedidos sobre os quais se omite a sentença *citra petita*. Do mesmo modo pontos omissos no recurso de revista ou de embargos não sanados pela interposição dos aclaratórios são acobertados pelo manto da preclusão, na esteira da Súmula n. 184 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

4. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E FAZENDA PÚBLICA

A Fazenda Pública tem prazo em dobro para aviar embargos declaratórios?

Ora, a visualizarmos os embargos declaratórios como recurso, eis que nessa qualidade encontra-se inserido no CPC de 1973, deveria de imediato incidir o artigo 188 do mesmo digesto processual, que taxativamente dispõe que “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

Como ressaltado alhures, nosso ponto de vista foi no sentido de que os embargos declaratórios não ostentam natureza recursal e sim meramente integrativa, razão pela qual o prazo para a Fazenda Pública embargar deveria ser de 5 (cinco) dias, como os demais mortais.

O entendimento do colendo Tribunal Superior do Trabalho, porém, é diverso, conforme se colhe da Orientação Jurisprudencial n. 192 da SBDI-I, onde dispõe, *verbis*: “Embargos declaratórios. Prazo em dobro. Pessoa jurídica de direito público. Decreto-lei n. 779/69. É em dobro o prazo para interposição de embargos declaratórios por pessoa jurídica de direito público.”

Nessa toada, não só a Fazenda Pública, como também as autarquias e fundações públicas terão símile modo o prazo dobrado de 10 (dez) dias para interposição de embargos declaratórios, eis que todas essas entidades perseguem fins eminentemente públicos.

5. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL

Os embargos declaratórios como já ressaltado alhures têm o condão de interromper a fluência do prazo recursal, ou seja, uma vez interpostos os aclaratórios, o prazo já decorrido desaparece do mundo jurídico e outro passa a fluir, por inteiro, depois que o embargante é intimado da decisão dirimidora dos embargos.

No passado as coisas não eram bem assim. Antes de 1994 o CPC dava tratamento jurídico diferente aos embargos declaratórios porque o artigo 465, parágrafo único, dispunha que os embargos declaratórios suspendiam o prazo para a interposição de recurso para ambas as partes, sendo que no mesmo diapasão dispunha o *caput* do art. 538 do CPC.

Com a regra da suspensão recursal, o prazo do recurso que já fluíra até a data da interposição dos embargos declaratórios era mantido e o prazo sobejante era contado depois que o embargante era intimado da decisão que dirimia os aclaratórios. No caso dos recursos trabalhistas, cujo prazo comum é de 8 (oito) dias, conforme comando insculpido no artigo 6º da Lei n. 5.584/70, se já decorridos 5 (cinco) dias quando da interposição dos embargos declaratórios, só sobejariam mais 3 (três) dias para o embargante recorrer, depois que fosse intimado da decisão dos embargos declaratórios.

A Lei n. 8.950/94 inovou, porém, as regras anteriores insertas no CPC de 1973, sendo que, revogados os artigos 464 e 465 do CPC, passaram os embargos declaratórios a ter sua previsão legal nos artigos 535 a 538 do mesmo digesto processual, sendo que a outra inovação foi introduzir a interrupção do prazo recursal para ambos os litigantes, extinguindo-se a regra da mera suspensão processual.

Outra curiosidade histórica é de que no direito anterior os embargos declaratórios meramente protelatórios não tinham o dom de interromper o prazo recursal, situação que não mais persiste hoje em dia, eis que somente os embargos declaratórios inadmitidos, por ausência de pressupostos legais, como, *e.g.*, a tempestividade, é que não terão o condão de acarretar a interrupção do lapso recursal.

Quando os embargos declaratórios têm objetivo infringente ou modificativo do julgado e são aviados quando já interposto o recurso ordinário pelo *ex adverso*, para se cortejar o princípio da ampla defesa e do contraditório, se o órgão judicial os acolhe e muda substancialmente parte do julgado ou se a ele agrega condenação antes imprevisita, deve ser dada oportunidade ao recorrente de complementar seu recurso ordinário, de molde a abarcar igualmente a matéria abordada e provida nos embargos declaratórios infringentes.

6. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PEDIDOS IMPLÍCITOS

Analisemos agora a teleologia dos embargos declaratórios em face dos chamados pedidos implícitos.

Na seara processual trabalhista, tendo em vista a plena regência do princípio da consubstanciação, a regra geral é a de que o juízo só tem a obrigação de apreciar os pedidos explicitamente lançados na inicial, não sendo de sua incumbência judicante inferir pedidos outros que, em tese, pudessem ser postulados naquela peça processual, daí por que costumeiramente (*quod plerumque accidit*) julga conforme o alegado e provado pelas partes.

Essa regra insofismável é captada da própria natureza técnica e dialética do processo que pressupõe domínio pelas partes, legalmente representadas em juízo por profissionais em direito, do chamado conteúdo estritamente técnico do processo.

Neste diapasão podemos citar o artigo 282 do CPC que, relativamente à petição inicial, exige ali seja aposto o pedido específico formulado pelo autor e defluente de adequada causa de pedir, o qual, após encerrada a instrução processual, será decidido de forma explícita na sentença, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo.

Observa-se, todavia, que, em que pese a regra geral e corriqueira seja o pedido explícito, o próprio legislador de 1973 permitiu fosse abrandado o império rigoroso desse princípio, ao estatuir de forma taxativa no artigo 293 do mesmo digesto processual que “Os pedidos são interpretados restritivamente compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.”

Cuida-se aqui dos chamados pedidos implícitos.

Os pedidos implícitos, sempre com previsão expressa na legislação processual civil, ou decorrem do princípio civilista corriqueiro de que o principal abrange o acessório (*principalis accessorium sequitur*), quando por uma questão inclusive de lógica não poderiam deixar de ser considerados como apreciados na sentença, ou têm origem em um comando imperativo formulado pelo legislador processual, cuja inobservância não impeça seja o pedido inapreciado considerado implicitamente constante da parte dispositiva do julgado e que, bem por isso, deverá integrar a condenação e ser apurável no momento propício da liquidação da sentença ou do acórdão.

A conclusão que se tira do exposto é a de que, no chamado pedido implícito, inclui-se na condenação, ao menos de regra, o acessório pertinente ao pedido principal, como sói acontecer com os juros legais de mora, a correção monetária, nas prestações de trato sucessivo as vencidas no curso da demanda, as custas processuais, os encargos previdenciários e tributários e, por expresso imperativo legal, igualmente, a verba honorária ou sucumbencial.

Em todos esses casos o silêncio da petição inicial não estorva o direito da parte vencedora de ver incluídos na condenação e correspectiva liquidação os pedidos omitidos, mostrando-se, inclusive, desnecessário, embora sempre aconselhável, o manejo dos embargos declaratórios, pois, de qualquer sorte, por simples petição, o interessado poderá requerer no curso da execução, inclusive, que os pedidos implícitos sejam acoplados à condenação, sem se poder falar aí em qualquer ofensa aos comandos da coisa julgada.

Duas observações, no entanto, merecem ser expostas. No pertinente aos juros de mora e à correção monetária, grassando dúvida na doutrina e na jurisprudência a respeito da forma escoreita de sua incidência, como sói acontecer, e.g., na indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, o ideal é que, no silêncio da sentença ou do acórdão, sejam manejados os embargos declaratórios que terão dupla finalidade. Primeiro, garantir que os juros legais e a correção monetária integrem explicitamente o julgado e, segundo, assegurar que a forma de cálculo dos juros de mora e da correção monetária siga a jurisprudência uniforme do Regional ou do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, para que, escoimada toda e qualquer interpretação equivocada que o assunto pudesse suscitar, a execução trabalhista nesse aspecto venha ser efetivada de forma célere e eficaz.

Resta a análise dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

No âmbito do direito processual civil, onde sempre reinou soberano o princípio da sucumbência, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 grassava dúvida se os honorários advocatícios omitidos na sentença poderiam ser considerados implicitamente exigíveis ou se desafiavam sempre pedido expresso e inequívoco do demandante, sob pena de indeferimento.

Para corrigir o dissenso pretoriano, o excelso Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 256, com o seguinte teor: “É dispensável pedido expresso para a condenação do réu em honorários [...]”. Com a superveniência e vigência do Código de Processo Civil de 1973 a dúvida foi expressamente espancada, porque o seu artigo 20 impõe de forma imperativa que “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

Resta a indagação: na seara processual do trabalho, atentando-se para o princípio da sucumbência inserido no artigo 20 do CPC de 1973, de aplicação subsidiária (artigo 769 da CLT), poderia igualmente ser considerado que, independentemente de pedido expresso do reclamante, os honorários advocatícios integrariam sempre a condenação, sob a modalidade de pedido implícito?

A resposta é negativa.

Como é consabido, no direito processual do trabalho, diferentemente do que ocorre na seara processual civilista, não reina soberano o princípio da sucumbência consubstanciado no artigo 20 do CPC.

No processo do trabalho a condenação do reclamado em honorários advocatícios, antes da superveniência da Emenda Constitucional n. 45/04, só era possível se atendidos os requisitos gizados na Lei n. 5.584/70, ou seja, sendo vencido o empregador na demanda e desde que o trabalhador esteja sob o pálio constitucional da assistência judiciária gratuita prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República, regulada no plano infraconstitucional pelo artigo 14 e seguintes da Lei n. 5.584/70.

Essa interpretação continuou inabalável mesmo em face da superveniência da Constituição Federal de 1988, que no artigo 133 considerou o advogado como indispensável à administração da justiça, levando parte da doutrina e da jurisprudência a crer que, extinto o *jus postulandi*, toda e qualquer ação trabalhista deveria ser ajuizada por profissional de direito, sendo que deveria como corolário lógico incidir o comando emanado do artigo 20 do CPC de 1973. Não prevaleceu, todavia, a tese jurídica da extinção do *jus postulandi*, sendo que os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho continuaram atrelados aos dispositivos da Lei n. 5.584/70. Nesse sentido veio a lume a Súmula n. 219 do Colendo TST, assim vazada:

Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70.

No mesmo sentido é vazada a Súmula n. 329 do TST, que deixa explícito que, “Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

A Emenda Constitucional n. 45/04 inovou a questão relativa a honorários advocatícios na seara processual trabalhista porque atribui competência à Justiça do Trabalho para apreciar e julgar todo e qualquer litígio decorrente de uma relação de trabalho, desde que figure em um dos polos da relação jurídica uma pessoa física, afastando, assim, a regra clássica e anterior de competência que se estribava no trabalho humano subordinado, tirante pequenas exceções legais.

Surgiu então na doutrina a dúvida de que, se, para as demandas envolvendo relações de trabalho e não relação de emprego, imperaria soberano o princípio da sucumbência previsto no artigo 20 do CPC de 1973, até porque essa gama de trabalhadores independentes não são filiados a sindicatos, pelo que não estariam sob o amparo da Lei n. 5.584/70.

Para resolver o impasse surgiu a Instrução Normativa n. 27/2005 do Colendo TST, que em seu artigo 5º dispôs que, salvo nas lides decorrentes de relação de emprego, será aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas processuais, bem como os honorários advocatícios que serão devidos pela mera sucumbência.

Da regra em apreço, insculpida no artigo 5º da Instrução Normativa n. 27/2005, poderia ser inferido que no processo do trabalho a verba honorária estaria jungida a dois marcos regulatórios, sendo que na relação de emprego só seria devida na hipótese de assistência sindical, sendo inviável o pedido implícito, e que na relação de trabalho preponderaria o princípio da sucumbência previsto no artigo 20 do CPC de 1973, sendo viável a ilação de que, na omissão de pedido, este seria implicitamente considerado integrante da condenação?

A resposta é negativa, porque inexistente duplicidade de marco regulatório para honorários advocatícios na seara processual trabalhista que implique sustentar que, para as causas trabalhistas advindas de relação de trabalho, viável seria considerar implícito o pedido de condenação em verba honorária.

Isso acontece porque a regulação da incidência de verba honorária nas reclamações que envolvam relação de trabalho não decorreu diretamente da lei e sim de mero ato administrativo do TST, que sabidamente não pode equiparar-se ou substituir a competência privativa do legislador positivo, pois é do Congresso Nacional a competência privativa para legislar sobre direito processual do trabalho.

Sendo ato administrativo, a Instrução Normativa n. 27/2005 não tem a cogência e a eficácia da lei processual, sendo antes mero ato administrativo regulamentador dos casos em que podem ser cobrados honorários advocatícios do vencido nas lides trabalhistas.

Não havendo comando legislativo cogente nesta área, a regulamentação da matéria pelo colendo TST não elide o rigor dos requisitos estampados no artigo 282 do CPC, no sentido de que a petição inicial trabalhista deverá conter especificadamente os pedidos do reclamante, sendo que na sua falta não poderá atuar a função integradora do magistrado, sendo-lhe vedado de ofício conceder a verba honorária nos litígios envolvendo relações de trabalho, sob a escusa de tratar-se de pedido meramente implícito.

O pedido implícito, como visto alhures, tem assento na legislação processual, seja pela regra da acessoriedade ou pelo comando imperativo traçado pelo legislador, e, inexistindo norma processual cogente regulando a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho nas causas que versem relações de trabalho, a conclusão inarredável é a de que nessa seara não incide supletivamente o famigerado pedido implícito.

Em suma: verse a lide relação de emprego ou relação de trabalho, o pedido de honorários advocatícios nas causas trabalhistas há de estar explícito na inicial, não podendo ser deferido de ofício pelo magistrado com aplicação da tese jurídica do pedido implícito, sob pena de malversação dos artigos 128 e 460 do CPC.

Nesse compasso deve ser enfatizado que a jurisprudência de alguns Regionais trabalhistas do país vem evoluindo no sentido de admitir na seara processual trabalhista os chamados honorários advocatícios obrigacionais.

A fonte da verba honorária sob comento estaria nos artigos 389 e 404 do Código Civil de 2002, de aplicação subsidiária em face do permissivo contido no parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, dispõe o artigo 389 do Código Civil, *verbis*:

Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Secunda o artigo 404 do mesmo Código que:

As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

O fundamento jurídico da incidência dos honorários advocatícios obrigacionais no processo trabalhista partiria da premissa de que o descumprimento corriqueiro por parte do empregador do pagamento de verbas trabalhistas devidas ao empregado, seja no curso do pacto laborativo, seja por ocasião de sua ruptura sem justa causa, obriga o assalariado que não se vale do *jus postulandi* a contratar advogado trabalhista para defender seus interesses em juízo.

Mesmo sendo vitorioso na causa, não sendo o caso de assistência sindical, deverá retirar de seu crédito trabalhista o valor ajustado a título de verba honorária com seu patrono, sendo que na prática o gravame oscila em torno de 20% (vinte por cento) incidentes sobre o alcance jurídico conquistado pelo reclamante na sentença ou no acórdão.

Em se tratando de verbas trabalhistas, de ínsita natureza alimentar, não atenderia às regras de equidade desfalcar-se o crédito do trabalhador para dele retirar o valor sempre expressivo da verba honorária e isso em uma situação onde o empregador relapso é que deu causa ao ajuizamento da ação trabalhista, mostrando-se razoável que o empregado receba seus haveres trabalhistas de forma integral, repassando-se para o reclamado a obrigação de suportar os honorários advocatícios obrigacionais, no percentual que o órgão julgador fixar.

Trata-se, em suma, da aplicação do princípio de que quem tem razão em suas pretensões de direito material e é forçado a contratar advogado para acionar a máquina judiciária para recebê-las, em face da recalcitrância abusiva e maliciosa do empresário, não deve a rigor suportar qualquer prejuízo, sob pena de consagrar-se a iniquidade e ser ferida a lógica do razoável.

Como ressaltado alhures uma jurisprudência trabalhista mais progressista tem placitado esse entendimento, conforme colhe-se dos seguintes arestos:

Honorários advocatícios. Devidos. Inadimplemento de obrigação trabalhista. Lide de relação de emprego ou de trabalho. I - Hodiernamente, na Justiça do Trabalho, também, são devidos honorários advocatícios pelo inadimplemento de obrigação trabalhista, por aplicação subsidiária dos arts. 389 e 404 do novo Código Civil de 2002, cuja inovação deve ser prestigiada, como forma de reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, que, para receber o crédito trabalhista, necessitou contratar advogado às suas expensas, causando-lhe perdas. II - Reforça esse entendimento o fato de que, com o advento da EC n. 45/04, a competência da Justiça do Trabalho alcança as ações de mera relação de trabalho, donde, além dos honorários advocatícios por inadimplemento obrigacional (material), cabem também os honorários advocatícios sucumbenciais (processual), a teor da IN-27/2005 do C. TST. III - A concessão de honorários advocatícios por descumprimento de obrigação trabalhista vem ao encontro do novo paradigma da Justiça do Trabalho que abriu a sua Casa para atender a todos os trabalhadores, empregados ou não,

independentemente de se tratar de uma lide de relação de emprego ou de mera relação de trabalho. IV - De sorte que, a reclamada deve responder pelos honorários advocatícios, a fim de que a reparação do inadimplemento da obrigação trabalhista seja completa, isto é, a reparação deve incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios, cujo ideal está em perfeita sintonia com o princípio fundamental da proteção ao trabalhador. [...]

(TRT-15ª Região - RO n. 00924-2004-028-15-00-1 - 6ª Turma - Juiz Relator Edison dos Santos Pelegrini - DOESP de 04.11.2005)

Honorários advocatícios - Justiça do Trabalho - Relação de emprego - Cabimento. O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios trata-se de posicionamento que fere preceitos constitucionais e não se sustenta diante dos preceitos jurídicos que lhe dizem respeito, ainda mais diante das alterações legislativas impostas pelas Leis n. 10.288/01 e 10.537/02 e pelo novo Código Civil, além de contrariar os mais rudimentares princípios da lógica e os ideais do movimento de acesso à justiça.

(TRT-15ª Região - ROPS n. 0537-1999-049-15-00-8 - 6ª Turma - Relator Juiz Jorge Luiz Souto Maior - DOESP de 24.06.2005)

Na 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, onde tenho a honra de atuar como presidente, sou voto vencido em matéria de honorários advocatícios obrigacionais, a uma, porque, como o processo trabalhista tem lei específica (Lei n. 5.584/70) que regula os casos de condenação do empregador em honorários advocatícios, onde o pressuposto processual inarredável é a assistência sindical, não vemos como aplicar subsidiariamente o Código Civil em confronto com o Código de Processo Civil (arts. 389 e 404 do CC e art. 20 do CPC) para respaldar a incidência sem limites do princípio da sucumbência. A duas, porque a inovação proposta dependeria de lei específica de competência exclusiva do Congresso Nacional, no sentido de aplicar irrestritamente no processo do trabalho o princípio da sucumbência.

Ora, havendo vácuo legislativo não compete à jurisprudência invocar sua índole progressista e inovadora para invadir o espaço constitucional reservado ao legislador positivo.

Oportuna, igualmente, a observação de que grassa dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de honorários advocatícios obrigacionais postulados pelo empregado em face do empregador, haja vista que, como ressaltado alhures, a única forma assegurada no direito positivo brasileiro para se conferir ao trabalhador a percepção de honorários advocatícios com lastro no princípio da sucumbência reporta-se àquelas situações em que não existe prestação de labor com tónus subordinativo, mas mera relação de trabalho, nos moldes da ampliação da competência trabalhista gizada na Emenda Constitucional n. 45/2004 e que foi objeto de regulamentação na Instrução Normativa n. 27/2005 do TST, donde se conclui que a competência para apreciar litígio dessa natureza seria da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho.

Dentro dessa ótica temos precedentes jurisprudenciais, no âmbito da Justiça Comum, ora concedendo ora denegando o pedido de honorários advocatícios obrigacionais, conforme se colhe dos seguintes arestos:

Em sentido favorável.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre idênticas situações fáticas. 3. A quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente. 4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT. 6. Recurso especial ao qual se nega provimento.

(RECURSO ESPECIAL - N. 1.027.797-MG, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI - STJ - 3ª TURMA)

Em sentido desfavorável.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PERDAS E DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESPESAS COM O AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL. A contratação de advogado particular, mediante remuneração, para o ajuizamento de ação trabalhista, não induz a responsabilidade civil da ex-empregadora, uma vez que esta não participou da relação contratual, não praticou qualquer ilícito relacionado à contratação de advogado e nem interferiu no valor dos honorários advocatícios contratados.

(TJ-MG-PROC.1.0223.08.267.285-6/001, DE 22.03.2010. RELATOR DESEMBARGADOR ALVIMAR DE ÁVILA)

Com relação aos dois arestos supracolacionados, o insigne advogado Sérgio Santos Rodrigues observa que não pode concordar com a vertente jurisprudencial permissiva da indenização civil pelo valor dos honorários advocatícios contratados pelo trabalhador com o causídico de sua preferência, isso, “[...] primeiramente, pelo fato de não haver obrigação para que um postulante em juízo contrate um advogado particular”.

Ou seja,

[...] para um acesso à Justiça com qualidade, não é necessária a contratação de um advogado particular, já que, caso a parte não tenha recursos, pode usar os serviços da competente Defensoria Pública, órgão para o qual o concurso de ingresso exige muito de seus postulantes. Quanto ao aspecto confiança, de suma importância, há

de se relevar que não pode ser o único critério para justificar a contratação de um profissional, ainda mais quando não se têm recursos. Se esse raciocínio prevalecer, basta, então, procurar os advogados mais caros do país sob a alegação de que só se confia neles. E nesse aspecto, entramos em outro debate de suma relevância: e se os honorários cobrados pelo advogado forem muito altos? Quem sabe o preço do trabalho é só seu próprio prestador. Nesse caso, se um empregado contrata um advogado de renome nacional que lhe cobra metade do que conseguir ganhar na Justiça, poderia o Poder Judiciário, na ação que tramita na Justiça Comum que pede o ressarcimento desse valor, discutir se o valor cobrado foi justo ou injusto? Tal situação seria temerária.

(RODRIGUES, Sérgio Santos. Despesa com advogado em ação trabalhista: pode o empregado cobrar da empresa? *In* O direito passado a limpo, caderno Direito e Justiça do Jornal Estado de Minas, 14.03.2011, p. 7)

E feita abstração de todas essas discussões, diríamos mais que a aplicação irrestrita do princípio da sucumbência no processo trabalhista traria gravame irreparável para o trabalhador, sempre economicamente débil, nas causas trabalhistas julgadas improcedentes, sabido que o princípio da igualdade das partes que deve reinar na teoria processual impediria que só o empregador fosse apenado, regra flagrantemente inconstitucional pelo seu caráter visivelmente discriminatório.

De qualquer sorte, com respaldo meramente pretoriano e não legal, mostra-se inaplicável para os honorários advocatícios obrigacionais a tese jurídica do chamado pedido implícito, sendo que tal verba para constar da condenação deve ser adremente inserida na petição inicial, em obséquio ao princípio da consubstanciação.

Formulado o pedido em epígrafe na peça vestibular, os embargos declaratórios poderão ser ajuizados, após a emissão da sentença ou do acórdão, nos casos clássicos legalmente previstos no artigo 535 do CPC, ou seja, com o desiderato de escoimar do julgado obscuridade, contradição e ou omissão que pudessem comprometer nesse aspecto sua imediata inteligibilidade.

7. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E ERROS MATERIAIS

Finalizando a noção geral sobre os embargos declaratórios no processo trabalhista, devemos enfatizar que, quando a sentença ou o acórdão não padecer dos vícios clássicos que viabilizam sua interposição (obscuridade, contradição e omissão) e sim de meros erros de escrita ou de cálculo traduzidos em inexatidões materiais, pode o juiz, de ofício, ou a pedido da parte, através de simples petição, saná-los para restar alcançada a perfeita e escoreita inteligibilidade do julgado.

Nesse sentido temos a redação do artigo 833 da CLT, que concede ao juiz a faculdade de, a seu talante, determinar seja corrigida a sentença, sendo que a Procuradoria da Justiça do Trabalho também ostenta legitimidade para tal. Essa, aliás, também é a regra imperante no Código de Processo Civil, pois, do inciso I do artigo 463 do CPC, se colhe que o juiz pode, por sua iniciativa ou a requerimento da parte, alterar a sentença para corrigir inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo.

Em que pese o artigo 833 da CLT estabeleça que a correção de erros de escrita ou de cálculo pode ser efetuada mesmo após o trânsito em julgado da sentença, traça em seguida um limite indevido ao excepcionar a possibilidade de correção quando a execução trabalhista tiver iniciada.

O dispositivo consolidado em comento foi infeliz ao impor veto à correção de erros materiais simplesmente verificáveis da sentença ou do acórdão se e quando iniciada a execução, haja vista que o erro material não importa alteração nem substancial nem mínima do julgado, de molde a fazer incidir a literalidade do § 1º do artigo 879 da CLT, no sentido de que na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar a sentença liquidanda, já que a coisa julgada permanece intacta, porém, corrigida em meros erros de grafia ou de cálculo.

8. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PREQUESTIONAMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO

Resta abordar, por último, o papel dos embargos declaratórios como remédio jurídico colocado à disposição das partes para prequestionar a suposta ofensa ao texto constitucional ou federal, perpetrada no julgado, com o fito de tornar possível, ulteriormente, o manejo dos chamados recursos extraordinários ou de índole excepcional.

Principiemos pelo esboço histórico do instituto jurídico do prequestionamento.

Conforme preleciona Alfredo Buzaid, o prequestionamento tem a sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Referida lei criou o recurso de *writ of error*, pelo qual a parte pode recorrer das decisões das Justiças Estaduais à Corte Suprema quando se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou quando se questiona sobre a validade de uma lei, ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamados segundo a Constituição, tratado ou lei federal, sendo o ato de autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade.

Assim, para a doutrina e jurisprudência prevalente nos Estados Unidos, o *writ of error* só é admitido caso a questão federal suscitada haja sido apreciada com clareza pelo tribunal estadual. (Extrato do voto proferido nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 96802, publicado no RTJ n. 109/299).

Ou seja, no direito norte-americano, foi exigido explicitamente o requisito do prequestionamento prévio em face do tribunal local que vai apreciar o recurso interposto contra a decisão de um juiz singular, sendo imprescindível a prévia discussão da validade da lei ou do tratado questionado, sem o que ficaria vedado o acesso das partes à Corte Suprema.

No Brasil temos que o Decreto n. 848 de 1890 foi o primeiro diploma legal a prever o prequestionamento, tendo sido posteriormente incorporado na Constituição Republicana de 1891 como requisito imprescindível ao manejo de recurso perante o excelso Supremo Tribunal Federal.

A Magna Carta de 1934 repetiu a exigência do prequestionamento em seu artigo 76, ali qualificado como “questionamento”, conforme se colhe do artigo 76, 2, III, a, sendo que a sua exigibilidade era feita quando a decisão fosse contrária a literal disposição de tratado ou de lei federal, cuja aplicação se haja questionado.

A Constituição Federal de 1937 manteve a exigência do questionamento.

A Constituição outorgada de 1967 não fez qualquer menção ao prequestionamento como pressuposto indispensável à veiculação do recurso extraordinário para a excelsa Corte, grassando dúvida na doutrina da época se esse pré-requisito ainda era exigível. Pacificando a questão, o excelso Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas n. 282 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada) e 356 (O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento).

A Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal estava abarrotado com o exame de recursos extraordinários, cuja antiga admissibilidade pressupunha ofensa à Constituição ou à lei federal, acabou dissociando o referido recurso excepcional, ficando reservada para a Suprema Corte apenas a questão constitucional, através do uso do recurso extraordinário, criando-se então o Tribunal Superior de Justiça que teve a incumbência de, através do julgamento de recurso especial, apreciar as questões envolvendo a aplicação de lei federal.

A verdade é que a criação do recurso especial não resolveu o problema dos tribunais superiores no Brasil, eis que tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça ainda continuam sobrecarregados de processos, principalmente após a edição da Constituição Federal de 1988 que despertou em nosso país a noção de cidadania, em face da sensível ampliação dos direitos individuais e coletivos, inclusive os direitos sociais, tornando ainda o advogado indispensável à administração da justiça, tendo tudo isso contribuído para a sobrecarga de trabalho de nossos órgãos judiciais, tanto de primeira quanto de segunda instância, sendo que a situação mais crítica continua sendo a dos tribunais superiores, onde passa a existir um ponto de estrangulamento na apreciação célere dos litígios, máxime pela pleora de recursos excepcionais que são encaminhados para sua decisão, situação que justifica que a interpretação das normas concernentes à admissibilidade desses apelos de índole extraordinária seja empreendida de forma bastante restritiva. O requisito do prequestionamento e a edição de súmulas que dificultam a interposição desses recursos constituem medidas tendentes a minimizar a sobrecarga de recursos excepcionais que deságuam nos tribunais superiores.

Curioso observar que, na Magna Carta de 1988, o prequestionamento não é exigido de forma expressa e literal como o foi nas Constituições anteriores e sim de forma implícita porque ela pressupõe como condição de admissibilidade dos recursos constitucionais excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial) que a questão debatida (ofensa ao texto constitucional ou à literalidade da lei federal) tenha sido previamente decidida pelo órgão judicial de cuja decisão se recorre para os tribunais superiores.

Fazendo-se um cotejo entre o recurso extraordinário brasileiro e o chamado

writ of error norte-americano, onde aquele se abeberou, chegamos à seguinte singularidade: em que pese inspirado naquele modelo norte-americano, o recurso extraordinário brasileiro, criado em 1890, teve o manifesto desiderato de tornar possível uma uniformização da interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, tendo sido atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência privativa para processá-lo e julgá-lo.

Existem, contudo, pontos de dessemelhança sensíveis entre um e outro instituto jurídico, ou seja, entre o nosso modelo de preservação do direito constitucional e o modelo alienígena norte-americano.

Nos Estados Unidos da América a criação do *writ of error* teve uma importância incomensurável, principalmente porque suas unidades federativas possuíam uma competência legislativa própria ou privativa, tornando-se bem por isso imprescindível a existência de um remédio jurídico constitucional que assegurasse a supremacia do direito federal sobre o direito local, bem como a uniformização de sua interpretação, com o fito inescandível de se preservar a própria unidade da Federação.

No tocante ao juízo de admissibilidade desse apelo de índole excepcional é que se acentua a grande diferença existente entre o modelo norte-americano e o nosso congênere brasileiro.

Ou seja, a diferença primacial entre o processamento dos recursos extraordinários nos nossos tribunais superiores e o seu correspondente no direito norte-americano consiste exatamente no juízo de admissibilidade, como dito, isso porque no nosso ordenamento jurídico, os requisitos de admissibilidade constituem hipóteses rigidamente previstas no texto constitucional, às quais estão irremediavelmente adstritos os tribunais superiores, ao passo que no modelo americano, esse juízo de admissibilidade fica relegado à discricionariedade da Suprema Corte dos EUA, que realiza uma espécie de filtragem, pela qual só logram acesso à Corte Ápice os processos suficientemente relevantes ou significativos (*important or meritoris*) que efetivamente justifiquem uma revisão.

Assim, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico os requisitos de admissibilidade dos recursos de índole extraordinária constituem hipóteses rigidamente previstas no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional (recurso de revista trabalhista) e são analisados com extremo rigor, inserindo-se dentre eles o requisito do prequestionamento, urge então explicitar não somente o seu conceito, como também a sua natureza jurídica.

Consultando-se os léxicos não se encontra o termo prequestionamento, carente, portanto, de dicionarização, mas que nem por isso deixa ser do conhecimento corriqueiro dos profissionais que militam no foro e dos operadores do direito em geral, visto que, na terminologia processual, teria o significado de, previamente e de forma expressa e taxativa, aflorar, discutir, ventilar ou mais propriamente questionar perante o órgão julgador determinada matéria ou tema, principalmente, nos recursos excepcionais, a ofensa a dispositivo da Constituição Federal ou a dispositivo de lei federal, com o manifesto propósito de possibilitar aos tribunais superiores reexaminar o assunto em grau recursal.

Fácil inferir, todavia, que a finalidade primacial do prequestionamento é de que os tribunais superiores possam manifestar-se sobre a matéria controvertida posta e apreciada pela instância a *qua*, de modo que o tribunal superior, em grau

recursal, possa sem dificuldade proceder à respectiva *fattispecie*, ou seja, enquadrar a hipótese temática suscitada no apelo na moldura legal pertinente, com a consequente emissão de um juízo de valor, quer positivo (dando-se pela infringência ao texto constitucional ou legal prequestionado) ou negativo (não dividando-se ofensa ao texto constitucional ou legal prequestionado), sendo que neste último caso o apelo excepcional seria desprovido em seu mérito.

O prequestionamento tem estreita afinidade com o princípio da eventualidade, também conhecido como da defesa concentrada, que no procedimento contencioso exige que as partes, autor e réu, proponham todos os meios de defesa e de ataque de uma só vez, mesmo que guardem certa contraditoriedade entre eles, sob pena de, não o fazendo, ficar impedidas de aflorar a questão posteriormente, em virtude da ocorrência de preclusão consumativa.

A doutrina tem assim apontado as finalidades básicas do prequestionamento: a) evitar a supressão de instância, de modo que nenhum juiz ou tribunal deixe de analisar a questão, até o envio ao Tribunal Superior (Súmula n. 281 do excelso STF); b) manter a ordem constitucional das instâncias no sistema jurídico brasileiro, segundo a ordem dos juízes e tribunais prevista nos códigos e na Constituição Federal; c) evitar a surpresa da parte contrária, na medida em que ela poderia desconhecer a matéria analisada em grau de recurso excepcional, na hipótese de ausência da necessidade do prequestionamento.

O prequestionamento, como é curial, informa exclusivamente a índole dos recursos de natureza extraordinária ou excepcional, de competência dos tribunais superiores, que veiculam exclusivamente matéria de direito, eis que tem como função precípua uniformizar o entendimento do direito federal e assegurar proteção às normas constitucionais, não sendo, portanto, requisito de admissibilidade de recursos na instância ordinária, cuja finalidade é outra, ou seja, corrigir a injustiça eventualmente cometida pelos órgãos judiciais, através da ampla possibilidade do revolvimento de fatos e de provas.

Vejam, pois, como tem sido abordado o tema do prequestionamento no âmbito dos chamados recursos extraordinários ou excepcionais, ou seja, do recurso extraordinário (STF), do recurso especial (STJ), recurso de revista (turma do TST) e recurso de embargos para a SDI-TST. Essa abordagem prévia a respeito do prequestionamento, ou seja, uma visão jurídica geral sob a sua aplicação prática é interessante porque ele informa a índole, como dito, de todos os apelos excepcionais, sendo que na parte final deste trabalho é que será analisada a incidência do prequestionamento no âmbito dos recursos trabalhistas excepcionais propriamente ditos, quando serão ressaltadas as peculiaridades que lhes dizem respeito.

Na parte que nos interessa preceitua o artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição. E o artigo 105, inciso III, “a” da mesma Carta Magna enfatiza que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Como funciona, então, no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial o requisito do prequestionamento?

Existem duas posições jurídicas distintas quando se examina o prequestionamento no âmbito dos recursos extraordinário e especial.

O primeiro posicionamento afina-se com o significado morfológico do termo, ou seja, só existiria o prequestionamento quando a parte tivesse efetivamente suscitado previamente a questão relativa à ofensa a dispositivo da Constituição Federal ou de lei federal.

Sob esse prisma é necessário que exista previamente um ato da parte que suscite a matéria controvertida antes que sobrevenha a decisão que será objeto de recurso especial ou extraordinário.

A vantagem que advém para a parte desse primeiro posicionamento é a de que, mesmo se o tribunal não apreciar a questão suscitada, a parte teria assegurada a via do recurso especial ou extraordinário, que seria veiculado para alcançar o exame da questão não apreciada pelo tribunal de apelação, pois de qualquer sorte, como era de seu dever processual, a parte teve o cuidado de explicitamente prequestionar a matéria de ordem legal ou constitucional.

O segundo posicionamento é mais rígido e não beneficia de forma tácita a parte recorrente, porque o prequestionamento só seria configurado se, suscitado pela parte, a questão federal ou constitucional fosse efetivamente analisada pelo órgão julgador. Compete à parte, através de embargos declaratórios, provocar o órgão judicial recalcitrante para que o mesmo se pronuncie sobre a questão federal ou constitucional, porque o prequestionamento deriva de um ato do julgador e não de uma iniciativa da parte, em que pese corriqueiramente a atuação do julgador seja quase sempre decorrente, ressalvadas as questões de ordem pública, de um pedido explícito da parte.

A corrente jurídica que vem sendo prestigiada pelos tribunais superiores é a que exige que o órgão judicial tenha adotado tese jurídica explícita a respeito da questão federal ou constitucional.

Dentro dessa perspectiva, o que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, que estará assim devidamente prequestionada, pois isso, sim, deflui da natureza do próprio recurso extraordinário e especial, tal como posto e exigido na Carta Constitucional. Ou em termos simplistas: como o recurso extraordinário destina-se, como visto, a garantir a exata aplicação da Constituição, faltaria razão para a sua interposição, se da norma constitucional não tratou especificamente a decisão impugnada.

O mesmo se aplica ao recurso especial, pois não há como fazer o controle quanto à correta aplicação de tratado ou lei federal, se a decisão objurgada não enfrentou a matéria em discussão. Não poderia o julgado contrariar a norma constitucional ou federal, ou às mesmas ter negado vigência, se a questão federal não foi versada na decisão recorrida.

Ainda levando-se em conta a corrente jurídica prestigiada pelos tribunais superiores, a vantagem jurídica de sua prevalência consiste em que pouco importa se a parte tenha suscitado ou não a questão federal (muito embora o corriqueiro seja a parte interessada fazê-lo) porque se a decisão tiver apreciado uma questão federal que não foi previamente suscitada pela parte, seja porque motivo for, geralmente isso acontece no âmbito das questões processuais de ordem pública,

a questão federal originariamente suscitada e apreciada na decisão judicial recorrida poderá embasar sim o manejo do recurso extraordinário ou especial, se se reputar vilipendiado texto constitucional ou lei federal ou, se de igual modo, sustentar-se a sua negativa de vigência.

Em suma: a condição sem a qual não se adentra o mérito do recurso extraordinário ou especial é o exame da questão pela decisão recorrida, tenha sido ela suscitada pela parte interessada, e quedado omissa o julgado, tenha aviado embargos declaratórios ou de ofício pelo órgão judicial julgador, pois em ambas as hipóteses estará iniludivelmente caracterizado o prequestionamento. Essa é a escorreita inteligência da Súmula n. 211 do STJ. (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*).

Nesse sentido flui a abalizada opinião do Ministro Eduardo Ribeiro, do STJ, hoje aposentado, no sentido de que, compulsando-se os dispositivos constitucionais que regem os apelos excepcionais,

[...] nota-se que não se alude a ter sido ou não tratada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissa falta prequestionamento, haja ou não sido exposta a discussão, que está em perfeita consonância com o que vimos explanando, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria insustentável a afirmação de que existiria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houvesse decidido. Assim, para a caracterização do prequestionamento mostra-se imprescindível o exame da questão pela decisão recorrida.

Poder-se-ia argumentar contra a corrente jurídica majoritária supraexposta que o prequestionamento da matéria para propiciar o conhecimento dos recursos de índole excepcional, seja violação da Constituição ou da lei federal, não obstante oportunamente buscado, não constituiria exigência absoluta, bastando que a parte, mediante a interposição de embargos declaratórios, postule prestação jurisdicional suplementar, visando a sanar omissões de que padeceria o acórdão recorrido.

O próprio conteúdo dos embargos declaratórios já revelaria de forma exuberante o prequestionamento necessário no tópico em que o tribunal de origem, recalcitrante, omite-se injustificadamente em lançar tese jurídica escorreita a respeito da questão federal, não podendo bem por isso empecer o conhecimento do recurso excepcional.

Dentro dessa ótica, a rejeição dos embargos declaratórios, caracterizadora de recusa do órgão judicante em suprir a omissão apontada pela parte, não obstará a que a matéria omitida seja desde logo examinada pela Corte Superior, desde que sobre a questão federal tivesse o tribunal que emitir juízo de valor explícito, sob pena de restar inalcançado sempre o pronunciamento do órgão judicial *ad quem*, sob pena de conduzir-se ao paroxismo e à verdadeira denegação de Justiça, se e quando respaldada a inadmissibilidade do apelo excepcional pela Corte Superior mesmo quando o órgão judicial *a quo* renite em negar a outorga da completude da tutela jurisdicional, situação esdrúxula que equivaleria ao odioso *non liquet*.

Atento a tal peculiaridade, o STJ vinha considerando prequestionada a questão federal quando, provada por embargos declaratórios, o órgão judicial renitisse em apreciá-la, quando então era adentrado o mérito do recurso especial.

Mais recentemente, contudo, prevalece a tese jurídica do pronunciamento explícito na decisão recorrida da questão federal, sendo que, na hipótese de o órgão judicial a *quo* negar-se a abordá-la de forma explícita, mesmo diante da interposição de um ou mais embargos declaratórios, restaria à parte o dever processual de suscitar no recurso especial preliminar de nulidade por negativa de prestação de tutela jurisdicional, invocando os dispositivos legais e constitucionais violados, que, acolhida pelo tribunal superior, importaria na determinação por parte dessa Corte de que o órgão judicial aprecie os embargos declaratórios e conseqüentemente a questão federal suscitada, sendo que, somente a partir daí, inserção na decisão recorrida da questão federal, é que caberia, em tese, o recurso excepcional.

Nesse sentido existe precedente jurisprudencial, inclusive, do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe do julgamento do agravo regimental n. 135.378-9/SP, onde atuou como relator o Ministro Marco Aurélio, assim vazado:

RECURSO - NATUREZA EXTRAORDINÁRIA - PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INCOMPLETA. A razão de ser do prequestionamento como pressuposto de recorribilidade de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária - revista trabalhista (TST), especial (STJ), extraordinário *stricto sensu* (STF) -, está na necessidade de proceder-se o cotejo para dizer-se do atendimento ao permissivo meramente legal ou constitucional. A ordem jurídica agasalha remédio próprio ao afastamento da omissão - os embargos declaratórios - sendo que a integração do que decidido cabe ao próprio órgão prolator do acórdão. Persistindo o vício do procedimento e, portanto, não havendo surtido efeito os embargos declaratórios, de nada adianta veicular no recurso de natureza extraordinária a matéria de fundo, sobre a qual não emitiu juízo o órgão julgador. Cumpre articular o mau trato aos princípios constitucionais do acesso ao Judiciário e da ampla defesa, considerada a explicitação contida no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Então, a conclusão sobre a existência do vício desaguará não na apreciação da matéria sobre a qual silenciou a Corte de origem, mas na declaração de nulidade do acórdão tido por omissio.

Muito embora, como dito, o essencial é que a decisão recorrida tenha apreciado a questão federal, com ou sem provocação da parte interessada, a doutrina ainda assim discorre sobre as espécies de prequestionamento, em explícito, implícito, numérico e ficto.

Dá-se o prequestionamento explícito quando as questões do recurso excepcional foram debatidas e sobre elas o Tribunal vem a emitir juízo de valor ou tese explícita a respeito. Explícito, portanto, é o prequestionamento presente, latente, na r. sentença, no caso de única instância (como nos chamados processos de alçada na Justiça do Trabalho, previstos na Lei n. 5.584/70 e que ficam sujeitos a recurso extraordinário quando versem matéria constitucional), ou no acórdão, no caso de última instância.

Prequestionamento implícito é aquele cuja questão federal encontra-se implicitamente apreciada, e isso se dá quando houver abordagem expressa da parte interessada, sem que, contudo, o tribunal venha a pronunciar-se sobre a matéria, ou ainda porque a matéria está englobada ou conjuminada com outro tema diverso abordado no julgado.

Como visto acima, os tribunais superiores prestigiam a corrente jurídica que exige o prequestionamento explícito, sendo que, quando o mesmo é feito de forma meramente implícita, conforme hipótese alhures aventada, o recurso excepcional esbarra no juízo de admissibilidade, já que os requisitos de aceitação dessa forma extraordinária de apelo são examinados sob severo rigor.

Resta definir o que seria o chamado prequestionamento numérico. Dele podemos dizer que é aquele onde a parte individualiza os artigos, parágrafos, alíneas de lei federal ou norma constitucional, deixando bem claro onde estaria a residir o maltrato quer à Constituição ou à lei federal. De qualquer sorte, mesmo no prequestionamento numérico, o apelo excepcional só é conhecido se os dispositivos constitucionais e legais mencionados tiverem sido taxativamente apreciados na decisão recorrida. Não basta invocá-los, é preciso que a decisão recorrida os aprecie um a um.

O abrandamento que se imprime ao prequestionamento numérico tem relação com a necessidade ou não de se abordar no recurso necessariamente os dispositivos constitucionais e legais tidos por vilipendiados, ou se seria bastante a abordagem explícita de questões jurídicas que envolvam em si as normas reputadas violadas, prevalecendo na prática este último posicionamento, como se colhe do seguinte aresto:

Processo Civil - Recurso Especial - Prequestionamento implícito - Embargos acolhidos. O prequestionamento consiste na apreciação e não solução pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado.
(STJ-RESP. 162608/SP)

Prequestionamento ficto seria aquele em que a questão é efetivamente ventilada pelas partes, mas a decisão queda omissa relativamente a tais questões federais, valendo-se as partes de embargos declaratórios aos quais é negado provimento, continuando omissa a matéria suscitada. Mesmo assim, como visto alhures, compete à parte reprisar os embargos declaratórios ou arguir no recurso extraordinário ou especial preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Iniciando a abordagem do prequestionamento no âmbito do recurso de revista e de embargos interpostos para a SDI, a primeira observação a ser feita é a de que, como inexistente legislação federal expressa exigindo o prequestionamento no âmbito dos recursos excepcionais trabalhistas, a doutrina chegou a erigir a hipótese da inconstitucionalidade dessa exigência.

De fato, como visto alhures, ao traçarmos o histórico do prequestionamento, em que pese esse requisito não venha exigido de forma expressa no texto constitucional de 1988, como o foi relativamente a algumas Constituições anteriores, a verdade é que tanto o artigo 102, inciso III, alínea "a" e/ou artigo 105, inciso III,

alínea “a”, ao regularem respectivamente a admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, reportam-se expressamente a “causas decididas em única ou última instância”, dicção literal que traz implícita a exigência do prequestionamento, eis que a questão federal há de ter sido decidida em única ou última instância, não havendo, pois, como falar-se em ilegalidade do prequestionamento no âmbito desses apelos excepcionais porque o mesmo deflui da própria letra da Constituição da República.

Como dentre os pressupostos jurídicos de admissibilidade do recurso de revista previsto nos desdobramentos do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se fala em prequestionamento, seria o mesmo então inconstitucional?

A matéria foi levada ao crivo do excelso Supremo Tribunal Federal, mas o mérito da controvérsia não chegou a ser decidido porque, no entendimento daquela Corte Ápice,

[...] a discussão sobre a legitimidade da exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso de revista tem natureza infraconstitucional, implicando, assim, a violação indireta ou reflexa à Constituição Federal, que não dá margem a recurso extraordinário. Com base nesse entendimento, a Turma manteve decisão do TST que não conheceu de recurso de revista por ausência de prequestionamento da matéria só então suscitada, e que não fora apreciada, portanto, pela instância inferior.

(RE n. 126.237-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.06.2000)

No âmbito dos chamados recursos trabalhistas excepcionais o prequestionamento vem gizado na Súmula n. 297 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

Em que pese a dicção do item III da Súmula n. 297 do Colendo TST, na prática, quando o Regional se abstém de emitir tese jurídica explícita a respeito do tema debatido no recurso ordinário, compete à parte interpor embargos declaratórios prequestionadores, para que o órgão julgador aprecie adequadamente a matéria.

Persistindo a omissão, mesmo depois de provocado o tribunal, singular ou sucessivamente, pela via dos embargos declaratórios, deve a mácula de denegação da prestação de tutela jurisdicional ser denunciada em preliminar de nulidade e de cerceamento de defesa no recurso de revista, com invocação dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes, o qual, uma vez provido, importará na devolução dos autos à instância *a qua* para que seja emitida nova decisão de embargos declaratórios, onde se aborde de forma explícita a questão jurídica suscitada, de molde a possibilitar o exame de seu mérito pelo Tribunal Superior do Trabalho. Dentro dessa perspectiva temos que a OJ n. 115 da SBDI-I do TST, deixa explícito que:

Recurso de Revista ou de Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988.

E, como observado alhures, o manejo de um ou mais embargos declaratórios com o nítido propósito de prequestionar determinada matéria para viabilizar a veiculação do apelo trabalhista excepcional não tem cunho ou caráter protelatório, não podendo granjear para o embargante a aplicação de multa, sob pena de restar vilipendiado o irrestrito acesso ao Poder Judiciário para a reparação de ameaças ou lesões a direitos, que tem assento constitucional. Nesse sentido, aliás, vem redigida a Súmula n. 98 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Vale citar, à guisa de esclarecimento, as orientações jurisprudenciais da SBDI-I do Colendo TST que versam sobre o requisito do prequestionamento: OJ. n. 62: “Prequestionamento. Pressuposto de recorribilidade em apelo de natureza extraordinária. Necessidade, ainda que a matéria seja de incompetência absoluta.” A ilação que se tira desse precedente jurisprudencial é a de que a aplicação do artigo 113 do CPC, ou seja, a de que a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, só vinga no âmbito restrito da instância ordinária, uma vez que, acessada a via extraordinária do recurso de revista, a discussão de tal tese jurídica (incompetência absoluta do juízo) pressupõe tenha sido a mesma devidamente prequestionada no recurso ordinário, sob pena de inviabilizar-se sua veiculação.

OJ n. 118: “Prequestionamento. Tese explícita. Inteligência da Súmula n. 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.” Esse precedente jurisprudencial tem correlação com o chamado prequestionamento numérico já examinado alhures, mas abranda-lhe o rigor ao dispensar a menção dos dispositivos legais ou constitucionais violados, desde que a matéria apreciada permita inferir de plano qual seria o texto legal ou constitucional maltratado pela decisão recorrida. A boa técnica processual recomenda, todavia, que a parte aponte um a um quais seriam os dispositivos federais violados, possibilitando um exame mais acurado e detalhado de seu eventual maltrato.

OJ n. 119: “Prequestionamento inexigível. Violação nascida na própria decisão recorrida. Súmula n. 297. Inaplicável.” Se a violação ao texto constitucional ou à lei federal nasce na própria decisão objurgada, como, *e.g.*, quando a tese jurídica esposada pelo julgado viola o texto constitucional previsto no artigo 5º, inciso II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), ou quando a decisão recorrida obra em julgamento *extra petita*, com afronta aos artigos 128 e 460 do CPC, desnecessário, a toda evidência, o prequestionamento.

OJ n. 151: “Prequestionamento. Decisão regional que adota a sentença. Ausência de prequestionamento. Decisão regional que simplesmente adota os

fundamentos da decisão de primeiro grau não preenche a exigência do prequestionamento, tal como previsto na Súmula n. 297.” Os tribunais, para bem desenvolver-se de seu ofício julgante devem fundamentar de forma ampla as suas decisões, indicando os fatos e posicionamentos jurídicos que deságuam quer na confirmação, cassação ou reforma parcial do julgado recorrido, sendo que tal exigência erige-se a primado de ordem constitucional. O tribunal que se restringe a adotar a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos não se desincumbe, a rigor, do desiderato constitucional. O acolhimento irrestrito da sentença de primeiro grau importa na ausência de apreciação das teses jurídicas suscitadas no apelo que, em tese, poderiam levar a Corte Regional a reformá-la, deixando bem por isso, por uma questão lógica, de existir o prequestionamento. Mesmo no âmbito do procedimento sumaríssimo onde o tribunal pode, em face de permissivo legal (art. 895, IV, *in fine*, da CLT), confirmar a sentença pelos seus próprios fundamentos, deve a parte previamente aviar embargos declaratórios para obter pronunciamento explícito sobre as teses jurídicas que deseje veicular através de interposição do recurso excepcional de revista, observadas ainda as restrições legais que a lei consolidada impõe nesse tipo de procedimento.

OJ n. 256: “Pquestionamento. Configuração. Tese explícita. Súmula n. 297. Para fins do requisito do prequestionamento de que trata a Súmula n. 297, há necessidade de que haja, no acórdão, de maneira clara, elementos que levem à conclusão de que o Regional adotou uma tese contrária à lei ou à Súmula.” Trata-se de um desdobramento da OJ de n. 118, relacionada com o chamado prequestionamento numérico, cujo rigor é abrandado ao prescindir a citação dos dispositivos federais violados, desde que a matéria suscitada possa inferir-lhes o teor.

Como enfatizado alhures, os chamados recursos excepcionais ou extraordinários não admitem o revolvimento de fatos e provas pelo tribunal competente para apreciá-los, eis que somente questões de direito, ligadas à aplicação de uma norma federal, podem constituir seu objeto. No pertinente ao recurso de revista trabalhista essa vedação vem expressa na Súmula n. 126, onde taxativamente se diz que “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, ‘b’, da CLT) para reexame de fatos e provas”.

Oportuno trazer a lume, nesse passo, a judiciosa observação feita pelo processualista Ovídio A. Baptista da Silva, em seu *Curso de processo civil*, Volume 1, Processo de Conhecimento, 6. edição, Editora Revista dos Tribunais, que assim se pronuncia:

A discriminação, no entanto, do que seja uma “questão de fato” e o que se possa definir como uma *quaestio iuris*, capaz de alimentar o recurso extraordinário, nem sempre é fácil, ou possível, na prática. Casos há em que o Supremo Tribunal Federal, para apreciar uma “questão federal” (*quaestio juris*), terá, inevitavelmente, de pesquisar a prova dos autos. Isto ocorre sempre que se trate dos chamados “conceitos indeterminados”, como o são os de falta grave, injúria, bons costumes etc. Figure-se a hipótese de controverter-se na causa a aplicação de uma lei federal que proteja as obras de arte, alegando um dos litigantes que tal norma tutelar não se aplica ao caso litigioso porque a obra em questão não poderia ser qualificada como obra de arte, no sentido legal. Se a parte sucumbente levar esta questão ao exame do Supremo

Tribunal Federal, em recurso extraordinário, a Corte não terá outra alternativa senão avaliar novamente a prova, analisando, com muita probidade, as provas técnicas e periciais constantes dos autos, para determinar se a obra em questão é realmente uma obra de arte ou não. É que o conceito “obra de arte” é um conceito indeterminado. (HORST-EBERHARD HENKE, *La cuestión de hecho - El concepto indeterminado em el derecho civil y sua casacionabilidad*, p.170)

Trata-se, em todas essas hipóteses, de exame da prova com a finalidade de qualificar corretamente os fatos discutidos na causa (JUAN CARLO HITTERS, *Técnica de los recursos extraordinários y de casación*, n. 102), que a doutrina moderna considera erro de direito, e não uma mera *quaestio facti*, impossível de ser apreciada em grau de recurso extraordinário.

Para indicar que o recurso extraordinário não permite o exame das questões de fato controvertidas na causa e decididas pelas instâncias ordinárias, é frequente dizer-se que, em tal instância, é vedado o reexame da prova. Nesse sentido, aliás, existe até a Súmula n. 279 do STF, com o seguinte enunciado: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Nos Embargos em Recurso Extraordinário 58.714 (ROBERTO ROSAS, *Direito Sumular*, p. 111), de que foi relator o Min. MOACYR AMARAL SANTOS, decidiu o STF que

[...] não cabe recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de prova. (RTJ-46/821)

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeras decisões posteriores, no entanto, parece ter superado definitivamente essa limitação absoluta referente à vedação que se lhe pretende impor quanto ao “reexame da prova” em recurso extraordinário, distinguindo entre as situações em que uma operação desse gênero corresponderia realmente a uma decisão sobre “questão probatória” e os casos em que um tal “reexame” teria por fim avaliar simplesmente a prova, para a correta determinação do direito aplicável ao caso. Essa orientação é, aliás, antiga no seio de nossa Suprema Corte, tendo já se manifestado no voto proferido pelo Min. VILAS BOAS, no Recurso Extraordinário n. 57.420, onde este procurou, com perfeita correção e acuidade, distinguir entre apreciação de prova, vedada em recurso extraordinário, e valorização da prova, possível sempre, nesta instância, quando uma operação desse gênero seja necessária para a adequada decisão a respeito da questão referente à aplicação do direito federal (JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, *Comentários* [...], v. 4, p. 36).

No Recurso Extraordinário n. 65.721 (RTJ 59/439), apreciando uma ação de separação judicial em que se discutia a existência de injúria grave, capaz de dar lugar à separação, declarou o STF:

[...] o que o verbete 279 da Súmula proíbe é o conhecimento do recurso extraordinário para simples reexame da prova, mas o faz, como de logo se conclui, sem vedar cabimento do recurso para o efeito de o STF avaliar a prova dos fatos que entram na composição do direito, formando uns e outros acabada complexidade.

Nesse mesmo sentido, veja-se o importante clarividente voto do Min. ALIOMAR BALEEIRO proferido no ERE 77.539 (RTJ 74/144), onde se faz a distinção entre “nova qualificação jurídica do ato” a respeito do qual se controverte.

Buscando um critério que permite uma solução adequada para a distinção entre uma “questão de fato”, cujo exame seja vedado ao juízo da cassação ou, em nosso caso, em sede de recurso extraordinário, e uma “questão de direito”, que envolva valoração da prova e, como tal, admissível nessas instâncias, GUIDO CALOGERO (*La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione*, n. 52) mostra que o julgador, ao tratar de estabelecer a existência dos fatos no processo, age como o historiador que estivesse a investigar as fontes históricas para descrever os fatos que sua pesquisa irá indicar como tendo ocorrido. Depois disso - uma vez determinada a existência dos fatos -, caberá ao julgador interpretá-los, numa “fase terminal” da análise da prova, agora não mais para determinar a pura existência, mas para qualificar os fatos cuja existência ele dera com certa e enquadrá-los no esquema legal. Esta última operação não corresponde mais a uma simples “questão probatória”, mas equivale, ao contrário, a uma *quaestio iuris* capaz de ser apreciada e decidida em recurso extraordinário.

E no caso específico do Direito do Trabalho, prossegue o autor:

Tome-se, por exemplo, o conceito de insubordinação, empregado pelo direito do trabalho para caracterizar uma falta grave capaz de legitimar a rescisão do contrato laboral. Certamente a insubordinação não se encontra na natureza como fato, sendo antes uma elaboração categorial, produto da razão humana, a respeito de fatos. O processo, onde se investigue a ocorrência de uma falta grave deste tipo, irá reunir uma série de fatos, indicativos de um comportamento do empregado, com base nos quais elaborará o julgador o conceito de insubordinação. Ao juízo do recurso extraordinário será vedado reapreciar a prova da existência dos fatos, com base nos quais as instâncias ordinárias decidiram pela ocorrência de uma falta grave, sendo-lhe vedado, por exemplo, afirmar que o empregado não agrediu o patrão ou que não está provado nos autos haver o mesmo se recusado a executar as tarefas que lhe foram atribuídas pelo empregador. Isto seria apreciação de uma “questão probatória”, ou de fato, somente admissível nas instâncias ordinárias. O Supremo Tribunal Federal poderá, no entanto, a partir dos fatos cuja existência seja incontroversa nos autos, qualificá-los corretamente para negar que os mesmos configurem uma insubordinação e, pois, para recusar a existência de falta grave. (*apud* Ovídio A. Baptista da Silva, *op.cit.*p. 456/459)

A longa citação foi feita propositalmente para deixar evidenciado que também no recurso de revista será possível ao Tribunal Superior do Trabalho reanalisar os fatos incontroversos dos autos, para, qualificando-os corretamente, manter ou não uma determinada falta grave. Se e quando interposto o recurso de revista vier o Presidente do Tribunal ou quem de direito simplesmente denegar sua veiculação com lastro na Súmula n. 126 do TST, caberá à parte interessada opor embargos declaratórios para deixar evidente que o que se almeja com o recurso de revista não é o reexame puro e simples da prova carreada ao bojo dos autos, e sim a sua correta avaliação, para deixar patente que restou vulnerada a literalidade da lei federal.

Belo Horizonte, 16 de março de 2011.

ENTRE A RESIGNAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO: O SINDICALISMO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Eduardo Marques Vieira Araújo*

1 - INTRODUÇÃO

A realidade assentada no mundo do trabalho hodierno traz em seu âmago o resgate das discussões acerca do papel do movimento sindical na busca por melhores condições de pactuação da força de trabalho. Debates dessa natureza percorrem sempre caminhos cíclicos: frente a toda tentativa de solapamento dos direitos trabalhistas deve exsurgir a correspondente reação coletiva organizada, de modo a proteger e implementar o arcabouço tuitivo justralhista.

Foi por meio do amadurecimento e da intensificação das manifestações e organizações sociais que se promoveu, de forma gradual, a consolidação do Direito do Trabalho como um estuário de institutos, princípios e regras jurídicas primordiais para o equilíbrio das relações de emprego. Todavia, atualmente, os questionamentos sobre a aptidão do modelo justralhista para solucionar as mazelas do mundo do trabalho se proliferam, sobretudo com o advento da tormentosa tese de flexibilização do Direito do Trabalho.¹

Numa realidade em que se observa o recrudescimento do desemprego e do trabalho informal, assevera-se que o modelo atual já não atende aos anseios e às necessidades de grande parcela populacional, constituída pelos desocupados e pelos trabalhadores informais. A redução da oferta de empregos obriga o cidadão a submeter-se às mais degradantes formas de trabalho. Como sequeia dos novos tempos, “[...] o desemprego já não faz apenas pobres, mas excluídos”.²

Nesse contexto, em decorrência do pensamento ultraliberal, professa-se até mesmo o fim do trabalho, sob o argumento de que “[...] teria se tornado desimportante na estrutura e dinâmica do novo capitalismo, sendo que o emprego, a tradicional e dominante fórmula de trabalho neste sistema, teria decaído para inevitável anacronismo”.³ Esse discurso orquestra a sabatina de toda ação que possa, de algum modo, obstaculizar a reafirmação do liberalismo de mercado.⁴

* Professor de Direito do Trabalho. Analista Judiciário do TRE-MG. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestrando em Direito pela UFMG.

¹ Em síntese, a pretensão flexibilizatória objetiva desconstituir a predominância de uma racionalidade material que busca a concretização de certos valores, transformando esse ramo jurídico em um direito formalista, para garantir apenas a negociação de condições de trabalho pelos atores sociais. Cf.: GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 123.

² VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 37, p. 153-186, v. 63, julho/1999.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006. p. 32.

⁴ CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?* São Paulo: LTr, 2008. p. 142.

Nesse contexto, espraia-se a marginalização da legislação trabalhista decorrente da contratação de trabalho sem a observância das normas tutelares. Esse processo paradoxal de deslegitimação do Direito do Trabalho produz efeitos nefastos, promovendo o ocaso da proteção e do próprio valor trabalho, em sua perspectiva ideal: o trabalho digno.

A derruição do primado do trabalho se manifesta, ainda, por meio do incessante processo de desregulamentação das relações trabalhistas, exteriorizado pelos diversos diplomas legais retrocessores.⁵ Nessa linha, não apenas o retórico mote do negociado sobre o legislado, como também a produção legislativa estatal assumem, nitidamente, a missão de desconstrução do Direito do Trabalho.

Esse ramo jurídico é uma conquista cujo dismantelamento consubstancia um desrespeito frontal à História. Ignorar a luta e os esforços despendidos pela classe trabalhadora na busca pela tutela do hipossuficiente significa autorizar novamente a exploração desumana que outrora se empreendeu.

Com efeito, não se pode negar que o Direito deve instrumentalizar sua própria observância. Visto como uma expressão de dever-ser, assume feição de força social propulsora, quando visa proporcionar aos indivíduos e à sociedade o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade.⁶

A efetividade das normas justralhistas é questão esquadrihada também sob a égide da mobilização coletiva. O sindicato não pode ser reduzido a uma instituição puramente econômica, porque envolve o homem em seu todo, constituindo um sistema ético e social.⁷ Os princípios inatos do sindicalismo, quais sejam, segurança, justiça, liberdade e confiança, são valores nos quais o homem encontrou sua dignidade.⁸ O sindicato devolve ao sujeito-trabalhador sua sociedade, possibilitando-lhe a participação de um sistema de valores com o outro.⁹

O sindicato, portanto, não é mera engrenagem do processo produtivo capitalista. A ação sindical tem relevância ímpar na concretização e na expansão do Direito do Trabalho. Utiliza-se de métodos próprios de solução dos conflitos. Além disso, sua atuação fora dos contornos do processo judicial - e mesmo fora dos contornos das lides de natureza trabalhista - é imprescindível para a materialização da proteção propugnada pelo Direito do Trabalho.

⁵ Nesse sentido, citem-se, exemplificativamente, a Lei n. 9.601/1998, que elasteceu as hipóteses de contratação por prazo determinado e instituiu o banco de horas; a Medida Provisória n. 2.164-41, que estabeleceu o trabalho em regime de tempo parcial; a nova lei de falências (Lei n. 11.101/2005); a Portaria n. 42/2007 do Ministério do Trabalho, que autorizou a flexibilização, por meio de negociação coletiva de trabalho, do intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT. Cf.: COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009.

⁶ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 54-55.

⁷ TANNENBAUM, Frank. *O sindicato no mundo moderno*. Trad. Guido Coaracy. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1963. p.15.

⁸ TANNENBAUM, Frank. *O sindicato no mundo moderno*. Trad. Guido Coaracy. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1963. p.16.

⁹ TANNENBAUM, Frank. *O sindicato no mundo moderno*. Trad. Guido Coaracy. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1963. p.15.

A atuação dos sindicatos não deve servir apenas para solucionar conflitos, mas, principalmente, para preveni-los, proporcionando a observância dos direitos trabalhistas no curso das relações de emprego, antes que ocorra sua violação. Essa ação se dá, basicamente, por meio da negociação coletiva e do poder reivindicatório e fiscalizatório que detém o sindicato, dada a sua condição de legitimado constitucionalmente para defender os interesses da classe que representa.

A negociação coletiva, atualmente festejada pelo capitalismo como um instrumento de flexibilização, pode, nas mãos do sindicato forte, tornar-se importante ferramenta para a concretização da ordem jurídica trabalhista.

O poder reivindicatório e fiscalizatório dos sindicatos decorre da sua própria essência. Como movimento social, o sindicalismo carrega ontologicamente a busca pela transformação da realidade, obstinado a realizar, de forma plena, a valorização do trabalho e a justiça social.

2 - O PODER REIVINDICATÓRIO E FISCALIZATÓRIO DO MOVIMENTO SOCIAL SINDICAL

Os movimentos sociais sempre têm caráter político.¹⁰ Consubstanciam coletivos que, no curso da ação sociopolítica, desenvolvem uma identidade própria, decorrente de seus projetos. São expressões de poder da sociedade civil.¹¹ Sua existência, independentemente de seus objetivos, sempre se desenvolve em um contexto de correlação de força social, o que lhes confere o caráter de processos político-sociais.¹² Dentro dessa perspectiva, pode-se definir o movimento sindical como um movimento social.

Os movimentos sociais sindicais assistem atônitos às grandes transformações do mundo do trabalho provocadas pela introdução das novas formas de organização produtiva. As metamorfoses do labor obstaculizam que o sindicato apreenda a real dimensão das questões trabalhistas e da luta de classes na sociedade contemporânea.

A horizontalização da empresa, a multifuncionalidade, a competitividade global, postulados toyotistas de organização produtiva, assim como a terceirização, de serviços ou de atividades, outro forte pilar da empresa pós-moderna, produzem o esfacelamento da consciência da classe trabalhadora. A ausência de reconhecimento entre os trabalhadores faz minar não somente as reivindicações, como também a resistência contra os abusos cometidos pelo capital.

O trabalhador, à mercê do alvedrio capitalista e constantemente assombrado pela ameaça de demissão, submete-se a reduzir cada vez mais os seus direitos, com o escopo de obter a permanência no emprego. Essa captura da subjetividade do trabalhador impede que nele aflore um sentimento de pertença a um grupo

¹⁰ GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 252.

¹¹ GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 251-252.

¹² GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 251.

social ou a uma identidade de interesse.¹³ “A carência ocupacional, real e potencial, fez surgir, e alimenta, a quebra da solidariedade *interna corporis*, levando até o rompimento, nem sempre nítido, da unidade grupal obreira.”¹⁴

Como conseqüência lógica desse quadro, ocorre a fragmentação da identidade, a particularização da consciência trabalhadora. As ideias de emancipação, progresso e desenvolvimento do trabalho e de seus sujeitos, por sua vez, diante da fragilização da identidade e da consciência de classe, restam comprometidas, em virtude da desconexão entre os integrantes da classe trabalhadora. Consciência de classe, como alerta o sindicalista Adriano Sandri, “[...] não é simplesmente saber da situação, mas é saber e se organizar para enfrentar a situação”.¹⁵

Não é outra a razão pela qual se observa, na esteira desse raciocínio, que muitos movimentos sociais contemporâneos despem-se do caráter de movimento da classe trabalhadora, passando a identificar-se com problemas sociais que abrangem cor, raça, sexo, religião, meio ambiente, direitos humanos. Com o agravamento da questão social em virtude da desigualdade, da miserabilidade provocada pelo neoliberalismo e do retorno pouco eficaz das políticas focalizadas de inclusão, passa a ocorrer um resgate da noção de classe social, para resolver a referida questão.¹⁶ Esse conceito abrangente de classe social perpassa pela análise de múltiplos aspectos, como a verificação da renda econômica, a avaliação de recursos educacionais, culturais, vida, moradia, consumo, entre outros. Trata-se da luta pelo reconhecimento, desencadeada pelas necessidades materiais e simbólicas próprias da condição humana.¹⁷

A economia informal ganha proeminência sobre a economia formal, transfigurando inclusive as análises que ordinariamente se realizam acerca da informalidade.¹⁸ Alcança-se o exagero de se recomendar a informalidade, sendo proposta, nesse sentido, a sua institucionalização pelo Direito, por meio da regulação do trabalho prestado nesse setor.

As condições de trabalho são rebaixadas a uma posição de inferioridade no âmbito das mobilizações sindicais. A luta básica dos trabalhadores ostenta como finalidade a manutenção do emprego, afastando-se da aspiração por melhorias na condição social das categorias.¹⁹

¹³ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas: sistemas de combate e a tutela de representações coletivas de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2005. p. 79.

¹⁴ CHIARELLI, Carlos Alberto. O sindicato e alguns de seus desafios contemporâneos: no mundo e no Brasil. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique (Orgs.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 117.

¹⁵ SANDRI, Adriano. *Os trabalhadores e o movimento sindical no Brasil*. Belo Horizonte: GEFASI, 1990. p. 58.

¹⁶ GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias sociais contemporâneas sobre os movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 46.

¹⁷ GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias sociais contemporâneas sobre os movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 46.

¹⁸ GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 296.

¹⁹ GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 296.

Nesse contexto, reverbera a doutrina da perda da centralidade da categoria trabalho. Esse fenômeno pode, segundo tal corrente, confirmar-se pela observação da realidade concreta, marcada pela “[...] perda de empregos formais e geração de um oceano de trabalhos no campo da informalidade, ou de emprego sem direitos sociais, mas com outras formas de relações sociais, como nas cooperativas”.²⁰

Contudo, a centralidade do trabalho permanece com o *status* de valor fonte da sociedade moderna. O trabalho é o instrumento pelo qual o homem obtém o seu reconhecimento como ser humano, individual e socialmente. Segundo Battaglia,

No trabalho, ou melhor, na atividade, o homem sai de si próprio; a satisfação das necessidades o induz a invadir a solidão e a procurar, pois, as coisas, e, mais do que as coisas, os outros. Os outros ele reconhece na mesma dignidade de que se encontra investido, reconhece-os como sujeitos na ordem ética. Se reconhece os outros, exige ser reconhecido conforme a uma exigência de paridade e de reciprocidade. Sente, em conclusão, e reconhece a si e aos outros associados, dá sentido, numa relação que é a forma transcendental, ao mesmo tempo de convivência e de colaboração.²¹

Assim, ainda que as formas de trabalho da sociedade pós-moderna não se encontrem adequadamente protegidas pelo Direito do Trabalho, sua organização sistêmica ainda gira em torno do trabalho. Frente a essa constatação, cabe aos operadores do Direito e aos sindicatos agirem em atenção à consolidação dessa centralidade, que deve, inegavelmente, vir acompanhada da devida tutela dos direitos do trabalhador. Não é o trabalho em si que propicia a dignidade, a cidadania. Somente o trabalho digno pode materializar a premissa da centralidade. Somente dessa forma a exteriorização da personalidade do indivíduo e seu reconhecimento perante a sociedade mediante o trabalho estarão garantidos.

A edificação da identidade social do homem estará assegurada quando houver labor digno.²² Se o trabalho possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir a sua existência, caso não lhe sejam oportunizadas as condições mínimas para o seu exercício.²³

Em que pese a urgência de se realizar uma reforma na organização sindical brasileira, os sindicatos, nos moldes em que concebidos atualmente, não podem se resignar diante da disseminação dos ideários neoliberais capitalistas de mitigação do Direito do Trabalho.

O discurso contrário à ideologia neoliberal, embora deva de fato incorporar a reivindicação por uma reforma sindical profunda que proporcione a liberdade sindical em seu viés mais amplo, deve se concentrar nas formas de fortalecimento sindical dentro da atual estrutura do sindicalismo brasileiro determinada pela Constituição.

²⁰ GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias sociais contemporâneas sobre os movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 46.

²¹ BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. Trad. Luiz Washington Vita e Antônio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 297.

²² DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 237.

²³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 237.

É certo que a superação do corporativista modelo sindical brasileiro deve ser enfrentada como um desafio a ser sobrepujado no processo de construção de uma sólida e consistente experiência democrática no Brasil.²⁴ Todavia, enquanto não procedida a reforma advogada, deve-se perquirir qual é a postura sindical suficientemente adequada para fazer face às intempéries do momento, visto que a necessidade de sua atuação é inadiável, urgente. Não se admite que o trabalhador e os defensores do modelo protetivo deferido na relação de emprego restrinjam suas ações e seus discursos à busca de uma reforma sindical que depende, acima de tudo, da boa vontade do Poder Legislativo.

O sindicato deve agir com as armas que tem. Ainda que pouco representativo, em virtude do modelo estruturante sobre o qual se alicerça, o sindicato pós-moderno pode obter essa representatividade por meio das reivindicações e da sensibilização da categoria. Quando não se configurar interesse da cúpula realizar manifestações reivindicatórias, cabe à categoria, ainda que dotada de pouca ou nenhuma consciência coletiva, promover mobilização com vistas à redefinição da diretoria da entidade. A direção sindical deve estar afinada com os interesses e com as aspirações da categoria, sendo-lhe vedado adotar conduta passiva no desenrolar dos seus respectivos mandatos.

Chiarelli contribui para a definição da missão reservada ao sindicato diante das transformações do pós-moderno, pugnando por uma ação sindical que não perca seu espírito protetivo, que atue sempre com vistas ao horizonte coletivo e que seja capaz de conviver com a empresa, sem perder a sensibilidade humanista para avaliar a questão social, que é atávica à exploração da força de trabalho pelo sistema capitalista.²⁵

O movimento sindical deve então perceber que, assim como o capitalismo, insere-se num contexto concorrencial global, pelo que suas lutas também devem elastecer suas fronteiras. A fragilidade da adesão associativa, oriunda dos novos modelos produtivos da empresa “enxuta”, deve ser combatida por meio da articulação e do diálogo com as bases, com vistas a alcançar, por convencimento, a participação de trabalhadores contratados sob qualquer figura jurídica, evitando-se o isolamento em agrupamentos inorgânicos ou circunstanciais.²⁶ Sendo o sindicalismo uma necessidade de autodefesa da classe trabalhadora²⁷, a superação da perversa realidade do mundo do trabalho perpassa pela reunião de trabalhadores e excluídos, com vistas a uma contundente reação contra os ditames da agenda neoliberal que encerram como consecutório a precarização das relações de trabalho.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.368.

²⁵ CHIARELLI, Carlos Alberto. O sindicato e alguns de seus desafios contemporâneos: no mundo e no Brasil. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 120.

²⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto. O sindicato e alguns de seus desafios contemporâneos: no mundo e no Brasil. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 120-121.

²⁷ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009. p. 169.

Diante do novo mundo multifacetado do trabalho, configura-se também uma nova morfologia da classe trabalhadora, a classe-que-vive-do-trabalho, desamparada no universo de (des)sociabilidade contemporânea.²⁸ Se a heterogeneidade oriunda da fragmentação do trabalho pulveriza a ação coletiva, a condição de despossuídos da grande massa obreira confere-lhe uma capacidade potencial de insurgência, uma vez que esse segmento social pouco ou nada tem a perder.²⁹

A atuação sindical deve consubstanciar, destarte, uma posição ativa, constante e ininterrupta, evitando as violações aos direitos trabalhistas (poder fiscalizatório) e impulsionando a efetivação dos anseios da classe trabalhadora (poder reivindicatório). Essas ações, quando assentadas em postulados racionais e consentâneos com os princípios do Direito do Trabalho, correspondem a métodos de concretização das normas trabalhistas que dispensam a intervenção do Poder Judiciário. É possível comprovar tal ilação com o estudo acerca da negociação coletiva e da greve.

3 - A CRISE E A FORMULAÇÃO DA “DUPLA PERSONALIDADE” DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O capitalismo passa, na atualidade, por mais uma provação. A crise atual do sistema, provocada pela ausência de regulamentação do atuar do capital especulativo, não difere das demais que lhe antecederam no que respeita às soluções propostas para sua erradicação. Sugere-se, assim, de forma simples e natural, a flexibilização e a desregulamentação trabalhista.

Vale dizer, ainda que as mazelas econômicas da crise não tenham qualquer relação direta de causalidade com a proteção ao emprego conferida pelo Direito do Trabalho, o discurso falacioso - porém hegemônico - do capital aproveita-se desse contexto para, novamente, ratificar seu já não mais velado intento de desconstrução do Direito do Trabalho.

Tal constatação demonstra, de forma cristalina, que as teorias capitalistas de combate à crise não se preocupam em humanizar o capitalismo ou em disciplinar a ação do capital especulativo. Ao revés, transferem para o trabalho todo o ônus da crise, como se fosse ele a razão de seu desencadeamento.

Alegando dificuldades econômicas, as empresas, que já têm o poder de ditar o modo de prestação de serviços, passam a disciplinar, agora, também quais as normas trabalhistas devem aplicar. Colocam aos trabalhadores a cruel necessidade de opção pela manutenção do emprego em detrimento das melhorias das condições de trabalho e, por vezes, vinculam a preservação da ocupação à redução de benefícios e de salários, por meio da negociação coletiva. Sob o influxo

²⁸ ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e o desenho multifacetado das ações coletivas. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 220.

²⁹ ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e o desenho multifacetado das ações coletivas. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 220.

das orientações neoliberais, a agenda sindical reformula-se, para que as demandas salariais cedam lugar à questão do emprego.³⁰

Nesse momento, a autonomia privada coletiva define o seu matiz precípua, a sua “personalidade”. Poderá servir tanto aos interesses capitalistas como aos interesses dos trabalhadores.

Conforme afirma Silva, com espeque em Supiot, a negociação coletiva na sociedade contemporânea incorpora quatro novas funções, distintas da tradicional atribuição de melhoria das condições de trabalho. A saber, cumpre também as funções de flexibilização, de instrumento de gestão da empresa, de especificação da aplicação do imperativo legal e de legislação.³¹ A celebração de pactos derogatórios, com a introdução de normas supletivas e dispositivas, confere à negociação a capacidade de adaptar um comando legal ou de apresentar norma substitutiva a comando imperativo de ordem pública, quando houver expressa autorização para tanto.³²

Quando reproduz interesses manifestamente contrários às necessidades dos trabalhadores, a negociação coletiva resta desvirtuada. Somente se afigura legítima a pactuação coletiva que traduza uma transação nas condições de trabalho ou um recrudescimento no patamar de direitos da categoria.

Resta pacificada, de forma uníssona, a ideia de que os instrumentos coletivos de natureza normativa visam a incrementar as condições sociais e econômicas do trabalhador. A diminuição de garantias que já compõem o acervo de direitos do trabalhador não se permite.

O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, constitucionalmente assentado no art. 7º, XXVI, está indissociavelmente atrelado ao comando sediado no *caput* do mesmo dispositivo, ao determinar que sua aplicação deve sempre direcionar-se à melhoria da condição social dos trabalhadores. Ademais, como enunciado nesse dispositivo, a negociação coletiva consubstancia um direito dos trabalhadores. Nesses termos, não existe hermenêutica que possibilite compreender um direito como prejudicial a seu titular.

No mesmo sentido, todas as hipóteses de flexibilização autorizadas pela ordem constitucional, a saber, aquelas insertas nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º, também se apresentam atreladas ao mandamento insculpido em seu *caput*. Assim, qualquer intento negocial no que se refere a tais direitos deve se efetivar no sentido de propiciar uma melhoria na condição social dos trabalhadores. Nunca deve se prestar, portanto, a realizar interesses dos empregadores, visto que não é essa a sua finalidade.

³⁰ OLIVEIRA, Marco Antônio de. Tendências recentes das negociações coletivas no Brasil. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 271.

³¹ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 118.

³² SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 118.

³³ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009. p. 359.

Ao inserir, no plano trabalhista, o conceito de diálogo social³³, a negociação coletiva se afigura como o método mais destacado de solução de conflitos trabalhistas de natureza coletiva no bojo da sociedade contemporânea.³⁴ É fórmula compositiva essencialmente democrática, gerindo interesses socialmente relevantes do capital e do trabalho.³⁵ No Brasil, o Direito Coletivo do Trabalho tem arrimo no modelo de normatização privatística subordinada, segundo o qual a atuação criativa dos agentes coletivos está condicionada pelas limitações jurídicas impostas mediante as normas heterônomas estatais.³⁶

As possibilidades jurídicas da negociação coletiva estão, portanto, condicionadas à harmonização entre as normas oriundas do processo negocial e as normas jurídicas heterônomas estatais. Delgado assevera que essa harmonização deve ser verificada por meio da perquirição acerca do princípio da adequação setorial negociada, que rege a pactuação coletiva.³⁷

Segundo o referido princípio, as normas autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista quando implementam um padrão setorial de direitos superior ao determinado pela lei ou quando as normas autônomas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa. Direitos de indisponibilidade absoluta não podem ser transacionados.³⁸

Nesse raciocínio, o princípio da adequação setorial negociada, ainda que em momentos de recessão econômica, não pode sofrer mitigação. Não se admite, dessa forma, qualquer negociação coletiva que traduza tão-somente uma redução no patamar de direitos do trabalhador.

Isso não significa um necessário engessamento da autonomia privada coletiva, inviabilizador da adaptação do Direito do Trabalho às realidades de cada categoria. O apego a essa premissa, em verdade, reflete a premente imperiosidade de se postular a defesa da ordem jurídica trabalhista frente à moderna onda de precarização, capitaneada pelo discurso ultraliberal de derruição do primado do trabalho na sociedade.

Na crise, ainda que se admita a pactuação de redução salarial em troca da manutenção dos empregos, o princípio da adequação setorial negociada pode - e deve - ser observado. Nesse caso específico, tão comum na conjuntura econômica vigente, o que ocorre é uma sobrevalorização da garantia de emprego, visto que a ameaça de extinção de postos de trabalho e até mesmo das unidades empresariais torna mais importante a garantia do direito ao trabalho do que propriamente as condições de trabalho que podem ser negociadas.

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.370.

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.371.

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.374.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.321.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.322.

Todavia, os ajustes dessa espécie devem ser realizados às claras, democraticamente, de modo que a empresa deve apresentar e comprovar as razões econômicas que induzem a proposição daquelas cláusulas negociais. O direito de informação é também uma prerrogativa dos sindicatos, e a negação de seu exercício por parte da empresa inviabiliza a aceitação de uma pactuação que reduza direitos com fulcro no argumento da manutenção do direito ao trabalho.

Não se defere ao empregador a prerrogativa de exorbitar no processo transacional e reduzir desarrazadamente o nível salarial dos trabalhadores. A transação pressupõe concessões recíprocas e equivalentes, razão pela qual negociações não podem trazer prejuízo para o trabalhador. Não se admite, desse modo, qualquer negociação coletiva *in pejus*. A redução salarial, permitida por meio da autonomia privada coletiva, tem restrição no princípio da adequação setorial negociada. Ao arrocho salarial deve-se contrapor uma compensação proporcional, preservando-se assim o nível de direitos garantidos aos trabalhadores destinatários da norma autônoma.

Os sindicatos da modernidade encantoam-se diante da pressão capitalista. Têm que aceitar negociar temas antes não corriqueiros, como garantia periódica de empregos mediante redução salarial, contratação a prazo, suspensão temporária do contrato de trabalho, dispensas coletivas, banco de horas.³⁹ Nascimento, citando Vallebona, assevera que a autonomia coletiva passa a ser chamada, desse modo, a gerir as crises empresariais.⁴⁰ No comenos em que ultimadas negociações a respeito dessas temáticas, cabe ao sindicato dos trabalhadores resistir à empreitada restritiva de direitos e, ainda, procurar alternativas que viabilizem o incremento do acervo jurídico do obreiro destinatário do instrumento negocial vindouro.

A ação sindical, nesse comenos, ultrapassa a sua função negocial. Emerge aqui uma função de afirmação da ordem jurídica trabalhista, um mister de resistência à incisiva proposta neoliberal de se utilizar da negociação coletiva como instrumento de desconstrução dos direitos trabalhistas em afronta ao princípio da adequação setorial negociada.

Assim agindo, o sindicato conferirá à negociação o cariz que lhe deve ser natural, qual seja, a marca da defesa dos interesses da classe trabalhadora. Essa negociação tem personalidade construtiva, na medida em que contribui para o desenvolvimento do ramo justralhista sem perder de vista o desiderato fundamental do Direito do Trabalho que consiste na proteção do sujeito-trabalhador.

Lado outro, acaso o sindicato não se oponha à pretensão meramente desregulamentadora de direitos, a negociação terá personalidade desconstrutiva. Não se trata de uma negociação coletiva justralhista, porque refoge às possibilidades jurídicas admitidas pelo Direito do Trabalho. A negociação coletiva legitimada pelo Direito do Trabalho é aquela que atende ao princípio da adequação setorial negociada, promovendo a adaptação das normas trabalhistas à realidade específica de cada categoria e a melhoria nas condições de pactuação da força de trabalho.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 105.

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 105.

A reedificação do Direito do Trabalho como instrumento fomentador de justiça social depende da afirmação de sua essencialidade à materialização da dignidade da pessoa humana. Da perscrutação acerca dos axiomas substanciais da sociedade, reveladores da parametricidade constitucional intrínseca ao Estado Democrático de Direito, extrai-se a ilação de que a negociação coletiva e a valorização do trabalho são dois postulados fundamentais que não devem ser avaliados numa perspectiva de colisão, mas sob um viés de convergência.

A negociação coletiva que desvaloriza o trabalho não se legitima.

4 - A GREVE

Se a condição pós-moderna não favorece a ação sindical e, por consequência, a deflagração da greve, por outro lado, o movimento paredista deve ser exaltado como o mais eficaz método de defesa dos interesses da classe trabalhadora. A reconstrução da identidade sindical será também relevante na corporificação da greve como reveladora das angústias e anseios do trabalhador.

O instituto da greve, conquanto consubstancie um instrumento de resistência do trabalhador em face do capitalismo, reafirma a opressão empreendida por esse sistema. Ora, na medida em que se revela necessário dotar o ser coletivo obreiro de mecanismos que lhe possibilitem atuar em defesa dos interesses de seus representados, descortina-se também a submissão do trabalho frente ao capital. Acaso não existisse tal opressão, certamente não seria necessário ao trabalhador agir em resistência. Segundo Viana,

Em toda greve, qualquer que seja o seu objeto imediato, cada trabalhador reafirma - real e simbolicamente - a condição contrária à de sua própria existência: por algum tempo, liberta-se, in-subordina-se, à semelhança daqueles ex-escravos que praticavam o ócio para afirmar a sua dignidade.⁴¹

Mas o desiderato da greve não pode ser limitado à resistência. Deve adquirir feição modernizante, progressista, que viabilize a expansão do patamar de direitos das categorias. A greve com cariz exclusivamente reivindicativo encerra em si um resíduo de sonho, que se realiza, “[...] ainda que homeopaticamente, se não depois, pelo menos durante seu curso”.⁴²

Infelizmente, na sociedade pós-moderna, as greves procuram tão-somente evitar a perda de direitos, em virtude principalmente das transformações por que passa o mundo do trabalho hodierno, concertadas dentro das partituras neoliberais. Em fases de crise econômica, como a vivenciada atualmente, “[...] também a greve

⁴¹ VIANA, Márcio Túlio. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 95.

⁴² VIANA, Márcio Túlio. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 96-97.

entra em crise, pois a prioridade de cada trabalhador passa a ser a de manter o emprego, a qualquer custo, e sem riscos”.⁴³ Porém, acreditando na possibilidade de incremento do acervo jurídico do trabalhador, o movimento paredista pode cumprir o mais nobre de seus objetivos, consubstanciado no poder reivindicatório.

Com vistas à consecução desse objetivo, a greve precisa transmutar seus contornos, assim como se transforma a realidade do movimento sindical. Calha uma aproximação maior entre sindicatos e outros setores da sociedade civil, associados pelo laço de solidariedade que une pela precarização.

Os interesses a serem defendidos pela greve são definidos pelo sindicato. A Constituição legitimou, de forma aberta, a possibilidade ampla de exercício desse direito.⁴⁴ A oportunidade de deflagração da greve e os seus objetivos são decisões pertencentes aos trabalhadores.⁴⁵

Se não se pode criar um sindicato que inclua terceirizados, é possível conceber a criação de uma associação entre sindicatos de prestadores de serviços e sindicatos de outras categorias. Se a empresa enxuta afasta o reconhecimento entre os trabalhadores, criando e segmentando castas de empregados, cabe ao sindicato, por meio da greve, de boicotes e de manifestações não institucionalizadas, envidar todo esforço no sentido de reaproximar os trabalhadores. Imiscuindo-se em outros grupos sociais, talvez também por meio da greve, pode o sindicato descobrir ali novas similitudes de condições de vida, propiciando também um reconhecimento fora do trabalho.

A greve, como direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas é, além de uma forma de pressão social, um instrumento socializante e democrático de inclusão, na medida em que a oportunidade de seu exercício e os interesses a serem defendidos por meio dela são decididos por quem a praticar.

Seu aprimoramento e seu legítimo exercício constituem não apenas métodos de garantia de cumprimento das normas trabalhistas assentadas heteronomamente. Assumem, mais, a função de propiciar o incremento da ordem jurídica trabalhista, instrumentalizando a melhoria da condição social do trabalhador.

5 - CONCLUSÃO

O sindicalismo, como movimento social, não pode perder de vista seu projeto de transformação da realidade. Embora as práticas capitalistas decorrentes da hegemonia neoliberal promovam nefastos efeitos à agregação dos trabalhadores, a afirmação da centralidade do trabalho deve arrimar o soerguimento do sindicato como lugar de diálogo social e de construção da identidade dos trabalhadores.

Ainda que combatido e carecedor de reformas, o sindicato dota-se de instrumentos para conquistar seus ideais éticos de realização de uma vida feliz para os trabalhadores, sem que seja necessária a intervenção do Poder Judiciário.

⁴³ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo, LTr, 1996. p. 321.

⁴⁴ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.418.

Destacam-se, com proeminência, dentre esses mecanismos de atuação sindical extrajudicial, a negociação coletiva e a greve. É de se notar que o próprio discurso de derruição do primado do trabalho na sociedade atual já incorporou formas de utilizar alguns deles como meios fraudulentos de descumprimento das normas trabalhistas.

Todavia, a afirmação do papel dos sindicatos como movimento social conforta, no sentido de que a ele incumbe o desafio de reeditar um projeto de transformação da realidade trabalhista que se instaurou por meio da implementação do ideário ultraliberal.

Como movimento social inquietante, ainda que conjunturalmente abalado, o sindicalismo carrega consigo valores, postulados ônticos vinculados atavicamente à felicidade do trabalhador, e não apenas a questões salariais. O projeto do sindicalismo, dessa forma, é um projeto de realização ética, um projeto de (re)construção da dignidade do trabalhador.

Assim sendo, seja por meio de reforma legislativa, seja por meio de reforma cultural, o sindicalismo, dialogando com as bases e com outros movimentos preocupados com a questão social, sedimenta os novos contornos de sua identidade. A afirmação dessa identidade ocorre paralelamente ao seu robustecimento como instituição de defesa dos interesses da classe trabalhadora, sua finalidade primeira. Esse almejado sindicato forte deve calcar suas premissas na cooperação com outros atores sociais despossuídos como o trabalhador. Precisa se afirmar como instituição protagonista da promoção do desenvolvimento econômico e social e conscientizar-se de sua responsabilidade política.⁴⁶

Não deve o sindicato aguardar uma reforma para buscar sua nova identidade. Fazendo frente aos propósitos exploratórios capitalistas, estará perseguindo o escopo de progresso social do trabalhador e consolidando seu projeto de transformação. Para tanto, tem nas mãos instrumentos legítimos e robustos, que, por outro lado, podem assumir nítido caráter desconstrutivo, quando desvirtuados.

É possível vislumbrar, nesse mundo do trabalho, absorto pelo individualismo e pelas efemeridades, um sindicato forte e consciente para agir, delineando sua nova identidade e usufruindo, com idoneidade, das ferramentas a ele conferidas para a concretização da ordem jurídica trabalhista.

6 - REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e o desenho multifacetado das ações coletivas. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 213-224.
- BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. Trad. Luiz Washington Vita e Antônio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?* São Paulo: LTr, 2008.
- CHIARELLI, Carlos Alberto. O sindicato e alguns de seus desafios contemporâneos: no mundo e no Brasil. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho

⁴⁶ MISAILIDIS, Mirta Lerena de. *Os desafios do sindicalismo diante das atuais tendências*. São Paulo: LTr, 2001. p. 190.

- Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009.
 - DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
 - _____. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
 - GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias sociais contemporâneas sobre os movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008.
 - _____. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
 - GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
 - KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Das práticas anti-sindicalistas às práticas anti-representativas: sistemas de combate e a tutela de representações coletivas de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2005.
 - MISAILIDIS, Mirta Lerena de. *Os desafios do sindicalismo diante das atuais tendências*. São Paulo: LTr, 2001.
 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.
 - OLIVEIRA, Marco Antônio de. Tendências recentes das negociações coletivas no Brasil. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 271-298.
 - RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
 - ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009.
 - SANDRI, Adriano. *Os trabalhadores e o movimento sindical no Brasil*. Belo Horizonte: GEFASI, 1990.
 - SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
 - TANNENBAUM, Frank. *O sindicato no mundo moderno*. Trad. Guido Coaracy. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1963.
 - VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 37, p. 153-186, v. 63, julho/1999.
 - _____. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 88-105.
 - _____. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

ENXERGANDO O FUTURO PELA LENTE DO PASSADO: É POSSÍVEL APLICAR A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO RISCO DA ATIVIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO?*

Ney Stany Morais Maranhão**

1. INTRODUÇÃO

Sejamos diretos: afinal de contas, o que nos autorizaria aplicar a responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade (CC, artigo 927, parágrafo único¹), no âmbito dos acidentes laborais, mesmo sendo sabedores que a Constituição Federal, expressamente, fixa a responsabilidade civil subjéctiva do empregador para tais situações (artigo 7º, inciso XXVIII²)? Esses preceitos são verdadeiramente inconciliáveis? Tais são questionamentos que trazem à baila uma das mais polêmicas discussões jurídicas da contemporaneidade.

Nesta breve reflexão, gostaria de frisar, em meio a essa acirrada polêmica, apenas um enfoque da coisa, uma ótica específica, que, de algum modo, propicia que se enxergue aquilo que, a meu ver, representa o genuíno sentido do referido preceito constitucional, demonstrando, ainda, por via de consequência, que essa é uma das disposições normativas mais mal compreendidas do ordenamento jurídico pátrio.

Meu propósito será o de pontuar um viés hermenêutico que tem o condão de retirar qualquer obstáculo para a atual aplicação, no âmbito da realidade acidentária laboral, daquela vanguardeira cláusula de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, isso sem qualquer afronta àquele comando constitucional.

* O presente texto materializa o conteúdo de palestra proferida pelo autor junto ao 7º Simpósio do TRT da 12ª Região (SC): *Meio Ambiente do Trabalho - Ações e Responsabilidades*, realizado nos dias 18 e 19 de outubro de 2010, na bela cidade de Florianópolis/SC.

** Juiz Federal do Trabalho Substituto do TRT da 8ª Região (PA/AP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor Colaborador da Escola Judicial do TRT da 8ª Região. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Junior” (IBDSCJ) e do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Autor do livro: *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade - uma perspectiva civil-constitucional* (Editora Método, 2010). Coordenador da obra coletiva: *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais - Estudos em homenagem aos 30 Anos da AMATRA 8* (Editora LTr, 2011). Articulista em diversos periódicos especializados.

¹ CC, artigo 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (grifei)

² CF, artigo 7º, XXVIII: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (grifei).

Muito pelo contrário, a conclusão que propugno até provará que, em assim praticando, o operador do Direito do Trabalho estará mesmo dando concretude aos mais elevados anseios constitucionais, inclusive dando continuidade a um quase imperceptível fluxo protetivo que a história evidencia e a própria Constituição Federal, captando-o, longe de desejar rompê-lo, em verdade fomentou a sua contínua propagação. Vejamos.

2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: RÁPIDAS PINCELADAS SOBRE A CONTUNDENTE TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS HOJE VIVENCIADA

Hodiernamente, não há como tratar de responsabilidade civil sem ter uma mínima noção acerca da iniludível mudança de paradigmas que tem vigorado nesse fantástico campo do conhecimento. Verdadeiramente, as transformações, por aqui, têm sido mesmo viscerais.

Quando centramos nosso foco no paradigma clássico da responsabilidade civil, a primeira coisa que vem à mente é a relevante circunstância de que sua base normativa precípua era o Código Civil. O ponto de vista, portanto, era infraconstitucional, com ênfase no valor liberdade. De fato, como expressão do ideário liberal, a preocupação maior do ordenamento jurídico de então estava em conferir livre trânsito aos particulares imersos na sociedade, reprimindo tão-somente aqueles que, por algum motivo, viessem a abusar dessa portentosa liberdade legalmente fomentada. Logo, à época, o pressuposto de qualquer indenização era o dano ilícito. Corolário de uma ótica estritamente patrimonial, acentuava-se, nesse contexto, a tutela jurídica da propriedade, exurgindo como critério legitimador do dever de reparar a culpa - materialização jurídica daquele abuso de liberdade. Percebe-se, portanto, que, no fundo, toda essa engrenagem jurídica de reparabilidade existia justamente para prestar clara devoção à figura do ofensor, mais precisamente quanto à possível reprovabilidade de sua conduta.

Atualmente, no âmbito do paradigma contemporâneo da responsabilidade civil, o cenário da reparação de danos se transmuda sobremaneira. A começar por sua base normativa, que passa a ser a Constituição. Excelente transição, já que o ponto de vista, agora, parte dos nobres ares constitucionais. O valor preponderante, nessa atual formatação, é a solidariedade. Naturalmente, a ótica passa a ser eminentemente existencial, porquanto seu alvo é a tutela jurídica da dignidade da pessoa humana, despontando como critério legitimador o risco. Prescinde-se do dano ilícito. Nestes novos tempos, o que importa é refrear a existência do chamado dano injusto, evitando que pessoas inocentes suportem os efeitos drásticos de lesões para cuja existência em nada contribuíram, mas cuja ocorrência é propiciada pelos riscos naturalmente suscitados pelo exercício de uma atividade lícita. Infere-se que o sistema, à luz desse novel paradigma, está todo ele se inclinando em direção à vítima, mais precisamente quanto à efetiva reparabilidade de seu dano.

Eis, então, nesse quadro, algumas rápidas pinceladas sobre a moldura que tem sido construída nos últimos tempos, no que respeita à teoria da reparação de danos. E, de minha parte, reputo que a compreensão desse novo tempo é fator primordial para a escorreita assimilação daquilo que pretendemos gizar mais à frente.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A REALIDADE JUSLABORAL: SINTONIZANDO-SE COM A TENDÊNCIA NORMATIVA DE CADA VEZ MAIS AMPLA PROTEÇÃO DA VÍTIMA

Quando se estuda o raio de alcance normativo do inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal, regra geral o ponto de concentração se cerra na própria literalidade desse dispositivo, em si mesmo considerado. Fechando outras possibilidades, grande parte dos intérpretes pretende extrair dele - e somente dele - a grande razão de sua existência. E quando optamos por nos valer dessa ótica estreita, a consequência natural é que assimilamos, da mesma forma, uma visão míope da realidade.

Não tenho qualquer dúvida em afirmar que tal dispositivo constitucional, quando analisado à luz de uma interpretação meramente gramatical, certamente nos conduzirá à tese da inaplicabilidade de qualquer outro preceito que, contrariando sua dicção, firme responsabilidade objetiva do empregador pelos danos causados a empregado, por força de acidentes de trabalho.

Daí o porquê de, aqui, tentar lançar algum estímulo a que se estenda o raio de alcance de nossa visão, vindo para bem além da aparência das coisas. Proponho, com isso, que nossos limites de compreensão sejam dilatados, para que, através de um rápido mergulho na história, passemos a usufruir de um ponto de vista, quem sabe, bem mais apurado e consentâneo com a verdade dos fatos que circundam o objeto de nossa reflexão.

Nesse afã, o pressuposto do meu raciocínio está no reconhecimento de um fato, quase sempre desprezado nesse relevante debate. Refiro-me à histórica tendência normativa de cada vez mais ampla proteção da vítima, seja no que refere à teoria da reparação de danos, como um todo, seja no que concerne à responsabilidade civil do empregador, em particular.

Perceba-se que, no início de tudo, o Decreto n. 24.637/1934, em seu artigo 12, expressamente isentava o empregador de qualquer responsabilidade civil no tocante a danos ocorridos a seus empregados, no ensejo de acidentes de trabalho. Ou seja: o primeiro regramento legal atinente ao tema, surgido na longínqua década de 30 do século passado, pontuava a incrível regra de que o empregador estava inteiramente abonado de qualquer dever de reparação no âmbito da esfera cível. Bastava aquela módica indenização acidentária de então. Não havia qualquer preocupação na busca de uma reparação plena, integral, da vítima. Imperava, assim, na esfera cível, a irresponsabilidade do empregador.

Um pouco mais de tempo e adveio nova disposição jurídica cuidando de tão delicada questão. Trata-se do Decreto-lei n. 7.036/1944, cujo texto de seu artigo 31 inaugurou a responsabilidade do empregador, porém apenas quando existente a estreita hipótese do dolo. De qualquer forma, ocorreu um avanço, mesmo que tímido. Afinal, saímos do plano da total irresponsabilidade para a responsabilidade mitigada, ainda que assaz reduzida àqueles casos pontuais, marcados pela escancarada e flagrante intenção patronal de prejudicar o obreiro.

Não durou muito e os aplicadores do Direito, em face da crueldade vivenciada nas relações trabalhistas - cuja marca era o total desrespeito à dignidade humana do trabalhador -, hastearam a importante bandeira da humanização do elo capital-trabalho. Um dos reflexos dessa linha de pensamento foi justamente a defesa de

um abrandamento dos rigores da lei, passando a admitir a tese da responsabilidade civil patronal quando da ocorrência da chamada culpa grave, instituto um tanto quanto aproximado à figura do dolo. Nessas situações, no franco desiderato de tutelar a vítima de danos injustos, doutrinadores e magistrados passaram a produzir artigos e peças jurídicas afrontando, de forma acintosos, a letra da lei, trazendo à baila, através de uma artimanha jurídica - a sutil equiparação entre dolo e culpa grave -, incômodas reflexões sobre a necessidade de se avançar um pouco mais na matéria, a ponto de se admitir que também no caso de culpa horrenda, recaísse sobre o empregador o dever de reparar civilmente o trabalhador.

Como certa feita consignou o notável Professor Caio Mário da Silva Pereira, a necessidade de socorrer a vítima, no campo da responsabilidade civil, fez com que doutrina e jurisprudência sempre estivessem marchando adiante dos Códigos... Não à toa a próxima etapa desse quase imperceptível fluir protetivo é exatamente um fruto dessa inteligente assertiva. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal, de forma flagrantemente pró-ativa, após intenso debate científico e grandiosa maturação intelectual, ousou publicar sua Súmula n. 229, que reza: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador” (grifei). Uma corajosa deliberação *contra legem*, porém marcadamente *intra jus*. Entre a lei e a justiça, abraçou-se a última. Antes, a irresponsabilidade; depois, a responsabilidade em caso de dolo; agora, inclui-se como fator legitimador do dever de reparar, em afronta à clara disposição legal então vigente, a culpa. Mas não qualquer modalidade de culpa: apenas a culpa grave - pontue-se bem.

Mais de duas décadas se passaram e uma nova ordem constitucional surgiu. Chegamos, enfim, a 1988. Ano da Constituição Cidadã. Chega o momento de imprimir mais um passo nessa crescente trajetória consistente na paulatina maximização do grau de responsabilidade afeto ao patronato, no que respeita aos danos suscitados a seus empregados, nos casos de acidentes de trabalho. A rigor, por eleger a dignidade da pessoa humana como seu epicentro axiológico (artigo 1º, III), lastreando-se na solidariedade como um de seus vetores de comportamento (artigo 3º, I), outro rumo não poderia se esperar da Carta Constitucional de 1988 senão que, no mínimo, viesse a conferir mais um avanço nesse espectro de contínua proteção da vítima, aqui, mais precisamente, quando travestida da faceta de trabalhador. Era a mais básica expectativa que se poderia nutrir em face de sua elevada carga de preocupação com a dignidade humana e, por consequência, com as vítimas de danos injustos, pessoas que, durante longo e tenebroso inverno, sempre se viram forçadas a assumir, sozinhas, prejuízos para os quais sequer tinham contribuído.

E esse passo avante se materializou com o inciso XXVIII do artigo 7º da CF/88, quando dispôs serem direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (grifei). Embora, à primeira vista, não pareça, a verdade é que esse texto constitucional representou mais um importantíssimo avanço na teoria da reparação de danos juslaboral.

Note-se, por primeiro, a circunstância de que esse proveitoso regramento jaz no bojo da mais altaneira das esferas de normatização jurídica, a saber, a Constituição Federal, a demonstrar, com isso, o distinto relevo que o assunto tem nutrido para com a sociedade brasileira.

Ademais, o citado dispositivo manteve a boa linha de garantir ao trabalhador, para além da clássica indenização acidentária, prestada pelo órgão previdenciário, também uma indenização civil, arcada pelo ente patronal, mantendo, assim, a construção inaugurada pelo Decreto-lei n. 7.036/1944. Entretanto, foi bem além, ao prever, de modo expresso, que essa responsabilidade se impõe não apenas nos casos de dolo, mas também nos de culpa, no que se aproximou do estágio até então fixado pela Suprema Corte brasileira. Todavia, o preceito constitucional, também aqui, ousou ir bem mais longe, quando, sobrelevando o modelo jurisprudencialmente implantado pelo STF - através de sua Súmula n. 229 -, estabeleceu que tal dever de reparação estaria legitimado quando da ocorrência de simples culpa, dessa feita sem qualquer qualificativo restritivo. Ou seja: culpa, tout court, pouco importando seu grau. Quer dizer: a Constituição Cidadã, na esteira de seus pilares existenciais, de pleno resguardo da dignidade humana, promoveu um representativo impulso nesse prodigioso fluxo protetivo de crescente tutela dos interesses da vítima, afirmando que, para que a reparação patronal pudesse ser exigida, bastava que houvesse culpa, ainda que leve ou mínima. Eis, então, o avanço, cujo núcleo é preciso captar.

Pergunto: a Constituição Federal, a norma ápice de nosso sistema jurídico, densificadora das mais valiosas aspirações do povo brasileiro, teria verdadeiramente limitado a responsabilidade civil do empregador aos casos em que este incorre em dolo/culpa? Afinal de contas, teria nossa Carta Constitucional sido rigorosa ou prodigiosa na regência de tão delicado tema? Não haveria mesmo qualquer espaço ou brecha, mínima que fosse, no tocante ao assunto, para permitir a assimilação do fator risco, ainda que em caráter meramente excetivo? Infelizmente, grande parte dos arrazoados doutrinários e sentencias trilharam o caminho da Constituição ranzinza, cinzenta, taxativa, partindo da tese que sustenta o intuito indiscutivelmente restritivo da Carta Cidadã.

Mas é aí que está o erro. Creio, piamente, que é exatamente aqui, neste ponto, o âmago do debate, o ponto nodal da discussão. Isso porque tal discurso está assentado em um escancarado equívoco. Qual? Parte-se do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso XXVIII, teria restringido o âmbito de responsabilidade do empregador, no que tange aos danos decorrentes de acidentes laborais, quando, na verdade, como vimos há pouco, a Carta Magna ampliou consideravelmente o espectro dessa responsabilidade. Não há como negar: conforme tenho relatado, quanto à dita responsabilidade civil do empregador, a Constituição Federal, no fundo, nunca pretendeu estretar, mas, sim, alargar seus contornos. Longe de buscar fechar, pretendeu abrir as portas da crescente reparabilidade, em prol da máxima tutela da vítima. Permitam-me o recurso linguístico: na hora de cuidar dessa questão, nossa Constituição não franziu a testa; ela, ao revés, liberou um largo sorriso...

Por isso, para mim, só é possível uma correta interpretação do inciso XXVIII do artigo 7º da CF se, necessariamente, assimilarmos essa espécie de consideração.

Porém, ainda existe algo mais a considerar. E não se trata de um elemento meramente secundário. Cuida-se, na verdade, de outro fator que reputo como essencial para nossas considerações.

Todos conhecemos a consagrada orientação hermenêutica que assevera que os incisos devem ser lidos à luz da cabeça do dispositivo. Pois bem. O artigo 7º da Constituição Federal - onde está alojado o já referido inciso XXVIII - possui um *caput* que é formado por duas regras jurídicas. A primeira anuncia que está

estabelecendo um rol de direitos; a segunda, que esse rol deve ser ampliado. A primeira é proclamada em vista do presente; a segunda, em vista do futuro. É patente, portanto, que a enumeração de direitos elencados no artigo 7º da Magna Carta é exemplificativa, afigurando-se flagrantemente *numerus apertus*. Eis seu texto: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (1ª regra), além de outros que visem à melhoria de sua condição social (2ª regra).”

A 2ª regra se erige como um postulado de fomento à crescente construção de posições jurídicas tendentes a otimizar o padrão de vida do trabalhador. O destinatário desse preceito é todo aquele que possa, de alguma forma, contribuir para a elevação da condição social do obreiro. Logo, os instrumentos para efetivação desse comando são múltiplos, passando pelas mãos do legislador, do juiz ou de qualquer outro ente, privado ou público, pessoa física ou jurídica, que, de alguma forma, detenha o condão de participar ou mesmo influenciar, direta ou indiretamente, no contexto empregatício.

Aqui, convenço-me de que o Código Civil de 2002, ao estatuir uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade (artigo 927, parágrafo único), trouxe ao cenário jurídico uma disposição altamente útil para esse desiderato de aprimorar a condição social do trabalhador, já que no mundo hodierno há diversas atividades empresariais cuja execução implica natural indução do obreiro a riscos mais acentuados que aqueles suportados pelos demais membros da sociedade. Noutras palavras: ao garantir a plena reparabilidade dos danos ocasionados aos obreiros, decorrentes do risco que sua dinâmica laborativa lhes impõe, por certo esse dispositivo cível se encaixa como uma luva no anseio constitucional de contínuo fomento à melhoria da condição social do trabalhador. Há, portanto, uma íntima conexão técnico-axiológica entre o caput do artigo 7º da Carta da República e o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, claramente lavrada na ambiência do paradigma contemporâneo da responsabilidade civil.

Ao contemplar essa ligação jurídica, exsurge a oportunidade de se ofertar mais um avanço naquele fluxo protetivo do trabalhador, que, como vimos, foi ampliado pelo texto constitucional. O que quero dizer é que nossas disposições constitucionais, quando consideradas com mais vagar, revelam-nos não apenas o objetivo de ampliar o espectro de responsabilidade cível do empregador, diante dos prejuízos ocasionados a seus empregados em acidentes laborais, mas também nos comunicam, expressamente, um estupendo estímulo a produções jurídicas outras que propaguem ainda mais esse fluxo protetivo, em atenção ao comando de se elevar, cada vez mais, ao longo do tempo, a condição social do cidadão trabalhador, enquanto expressão de tutela da sua dignidade humana (CF, artigo 1º, III) e dos valores sociais do trabalho (CF, artigo 1º, IV, artigo 5º, caput, artigo 6º, caput, artigo 170, caput e artigo 193).

Não poderia deixar de aqui mencionar que o artigo 7º, *caput, in fine*, da Carta da República, representa tão-somente a expressão específica de um comando muito maior, também visualizado no bojo da tessitura constitucional. É algo como uma cláusula específica de fomento ao contínuo processo de avanço das condições sociais de vida. E onde estaria a cláusula geral? Está situada no § 2º do artigo 5º da *Lex Legum*, assim vazado: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifei).

Portanto, ambas incorporam notáveis cláusulas jurídicas que impelem a continuidade desse interessante fluxo normativo tendente à contínua proteção do trabalhador, de modo a legitimar, na atual quadra da história, a assimilação dessa nova proposta legislativa, lastreada, agora, tão-só na ideia de risco, encarado enquanto fator de elevação da condição social obreira.

4. CONCLUSÃO

Infere-se, portanto, desse quadro, que a Constituição Federal, no tocante ao tema da melhoria das condições de vida das pessoas, nunca esteve fechada, nunca contingenciou, nunca se retraiu, senão que, ao revés, estimulou o contínuo processo de criação de novas situações jurídicas ou mesmo novas disposições legais, desde que sua essência esteja voltada para a elevação do patamar social do homem trabalhador.

Ora, quando partimos desse plano e fitamos a questão debaixo dessa luz, rompe-se, por completo, aquele tormentoso empecilho dogmático tão comumente ventilado para negar aplicação, ainda que em caráter excetivo, a qualquer outra disposição legal que imponha responsabilidade civil objetiva ao patronato, como aquela constante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil vigente. Verdadeiramente, se, no específico desse tema, propalarmos essa visão algo que ampliativa das motivações constitucionais, em detrimento da aparente feição restritiva de sua expressão gramatical, então teremos descortinada, diante de nossos olhos científicos, uma bela e larga estrada cuja direção conduz para a crescente preocupação com a vítima e a gradual potencialização da integral reparabilidade de seus danos. Chegou o momento de despertar, pois é nesse sentido que os ventos há muito andam soprando...

Aplicar no âmbito juslaboral a responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, tal qual constante do parágrafo único do artigo 927 do CC, não importa em afronta ao texto constitucional. Muito pelo contrário, representa o cumprimento de suas metas, o atendimento de seus anseios. Não vai de encontro, mas ao encontro do inciso XXVIII do artigo 7º da Carta da República. Aliás, não só desse dispositivo, mas também do *caput* do artigo 7º, do artigo 5º, § 2º, e quantos mais outros tantos se queira pinçar e que, ontologicamente, destinam-se a melhorar a condição humana, razão de ser do Direito, do Estado e da própria sociedade. Enfim, se levamos a Constituição Federal e sua força normativa a sério, essa aplicabilidade nem mesmo constitui uma opção; é uma verdadeira obrigação.

O que defendi não é inédito. Grandes doutrinadores já o destacaram. Incomoda-me, porém, a falta de eco científico desse argumento. Daí o porquê de sublinhá-lo, neste específico arrazoado.

Pondero, por fim, que quando centramos nossa vista na literalidade do inciso XXVIII do artigo 7º da Magna Carta, ficamos em um vale, bloqueados, sem ter para aonde ir. Mas, quando nos alçamos a um campo de visão mais amplo, fitando a história naquilo que ela nos tem oferecido, nosso horizonte se amplia e entrevemos melhor os enormes desafios que o futuro nos impõe e os valiosos instrumentos que o Direito nos fornece.

Dizem que recordar é viver.

Aqui, no nosso caso, recordar também é interpretar.

INDENIZAÇÃO POR DOENÇA PSÍQUICA NO AMBIENTE DE TRABALHO - O DIREITO (E O JUÍZ) NO FOGO CRUZADO DO NEXO CAUSAL

Marcelo Furtado Vidal*

Viver é muito perigoso... Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar.
Guimarães Rosa

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. A CONTROVÉRSIA ENTRE OS REFERENCIAIS TEÓRICOS
 - 2.1 A psicopatologia
 - 2.2 A psiquiatria e a psicanálise
3. AS RESPOSTAS DO DIREITO DO TRABALHO
 - 3.1 As pesquisas sobre o sofrimento e o processo
 - 3.2 A representação dramática
 - 3.3 Causalidade e contingência
 - 3.4 A responsabilidade do sujeito
 - 3.5 O juiz convocado a sofrer
4. CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS

RESUMO

O presente artigo possui dois objetivos principais. O primeiro consiste em utilizar as contribuições que a psicopatologia do trabalho, a psicanálise e a psiquiatria tem oferecido na discussão sobre o adoecimento psíquico e o seu nexos causal com o ambiente de trabalho, para construir um referencial teórico próprio do Direito do Trabalho. O segundo é debater a compatibilidade da busca por ambientes de trabalho saudáveis e seguros com o questionamento da responsabilidade do trabalhador pelas queixas de sofrimento psíquico.

Palavras-chave: Doença psíquica. Nexos causal. Psicopatologia do trabalho. Psicanálise. Psiquiatria. Direito do trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Vêm-se tornando cada vez mais frequentes as reclamações trabalhistas que veiculam o sofrimento psíquico e doenças mentais às condições de trabalho, com subsequente pedido de indenização por dano moral.

* Juiz Titular da 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Mestre em Filosofia do Direito (UFMG). Mestre em Direito Social (Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha).

Essa expansão veio acompanhada de recepção normativa. O Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999 (Regimento da Previdência Social), alterado pelo Decreto n. 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, no anexo II, que trata dos Transtornos Mentais e do Comportamento relacionados ao trabalho, enumera diversas patologias psíquicas, como o *stress* grave, transtornos de adaptação, *stress* pós-traumático, neurose profissional, transtorno do ciclo vigília-sono, síndrome de *burn out* (sensação de estar acabado) e síndrome do esgotamento profissional, todas possuindo como agentes etiológicos determinadas condições de trabalho, como reação após acidente do trabalho grave, problemas relacionados com o emprego e desemprego, ameaça de perda de emprego, ritmo de trabalho penoso, desacordo com o patrão e colegas de trabalho, outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho, má adaptação à organização do trabalho e ritmo de trabalho penoso.

O anexo II foi incorporado pela Portaria n. 1.339/99, do Ministério da Saúde, que tratou, entre outros tópicos, dos “transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho”.

Quanto à depressão, apesar da ausência de previsão expressa, a doutrina não deixa dúvidas de que poderá ser considerada como doença do trabalho a partir do reconhecimento do nexa causal entre a doença e o trabalho, na forma do § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.213/91.

Aliás, por força do mesmo dispositivo legal, além da depressão, a lista de possíveis doenças mentais ou estados de sofrimentos psíquicos relacionados ao trabalho permanece um tipo aberto que pode ser configurado, ainda que não conste da relação do anexo II do Decreto n. 3.048/99, dado o seu caráter exemplificativo. Para que a doença mental seja enquadrada como acidente do trabalho basta que exista perícia médica que ateste o nexa causal.

Ainda no apontado quadro de expansão normativa, merece destaque a Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego n. 3.751/90, que alterou a Portaria n. 3.214/78 da NR-17.

Entre as medidas estabelecidas para a proteção da saúde do trabalhador, inclusive mental, a Portaria consigna que a organização do trabalho deve ser adequada às características psicofisiológicas dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado, devendo levar em consideração, no mínimo, as normas de produção, o modo operatório, a exigência de tempo, a determinação do conteúdo de tempo, o ritmo de trabalho e o conteúdo das tarefas.

O entendimento de que a saúde mental deve ser protegida emana da própria Constituição Federal, que fixa, como direito do trabalhador, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII).

A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, de outro lado, protege expressamente a saúde mental, quando pontifica no parágrafo único do seu artigo 3º que: “Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

No plano internacional, a Convenção 155, artigo 3º, alínea “e” da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabeleceu que “o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os

elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a “higiene no trabalho.”¹

Por fim, conforme ressalta Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt, a lista de Doenças Ocupacionais de que trata a Recomendação 194 da OIT foi recentemente atualizada pelo seu Conselho de Administração, que aprovou, em 25 de março de 2010, a nova relação de doenças ocupacionais, com a inclusão, pela primeira vez, de distúrbios mentais e comportamentais, por exemplo, o transtorno de estresse pós-traumático. (SCHMIDT, 2010, v. 51, n. 81, p. 498).

Não pode restar qualquer dúvida de que a saúde mental é bem juridicamente protegido, enfeixando o quadro normativo atual elementos mais que suficientes à conclusão de que o sofrimento mental possui ou pode possuir conexão com o contrato de trabalho, bastando o seu reconhecimento pela perícia médica previdenciária.

Com base nessa conclusão, pergunta-se: um empregado, que recebe benefício acidentário por sofrer de transtorno psíquico (neurose profissional, F48.8) em decorrência de desentendimentos com o patrão e os colegas de trabalho (Z56.6), tem assegurado o recebimento de indenização por danos morais e materiais em reclamação trabalhista ajuizada com esse fim?

A recepção normativa que possibilita o enquadramento legal do sofrimento mental, no quadro de diversos distúrbios psíquicos, tem engendrado dois entendimentos principais.

O primeiro parte do pressuposto que o nexo causal da doença mental, no âmbito da normatividade que lhe deu origem, tem repercussão exclusiva na esfera da infortunística, ou seja, significa que o legislador optou em vincular determinados quadros de sofrimento psíquico às condições de trabalho, dando ensejo ao trabalhador receber auxílio-doença acidentário, ou mesmo se aposentar por invalidez.

A responsabilidade, aqui, é objetiva, porque o trabalhador também contribui para a Previdência Social e a empresa paga um percentual a mais para financiar os benefícios previdenciários, não se confundindo com a responsabilidade civil, restando íntegro o direito de o empregador comprovar em juízo a não-configuração do nexo causal, bem como a ausência de culpa do empregador, neste último caso, com base na teoria subjetiva da culpa (inciso XXVIII do art. 7º da CF).

Realmente, na esfera administrativa, o enquadramento da patologia mental como de natureza ocupacional advém de um nexo presumido, o nexo técnico epidemiológico, instituído pelo artigo 21-A da Lei n. 11.430, de 26 de dezembro de 2006, enquanto, em Juízo, a patologia recebe investigação mais detalhada, estando a perícia médica obrigada a cumprir todo um itinerário na investigação do nexo, tal como previsto no artigo 2º da Resolução n. 1.488 do Conselho Federal de Medicina.

Sobre essa distinção, leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

De todo modo, o reconhecimento pela Previdência Social de um benefício de natureza acidentária não assegura, necessariamente, a existência do nexo causal para fins de responsabilidade civil. Por se tratar de presunção *juris tantum*, poderá o empregador

¹ Convenção aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17 março de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994.

apresentar provas em sentido contrário, demonstrando que aquele acidente ou adoecimento não teve vínculo causal com a execução do contrato de trabalho. A decisão administrativa do INSS, apesar de todos os atributos do ato administrativo, não vincula o Poder Judiciário. Entretanto, se o empregador não apresentar provas convincentes para afastar a presunção, tem-se como atendido o pressuposto do nexo causal para fins de reparação civil. (OLIVEIRA, 2009, p.142)

Para efeito do seguro acidentário, a lei conferiu uma amplitude maior ao nexo causal, incluindo situações não relacionadas diretamente com o trabalho, a causalidade indireta, ocorrendo que

[...] algumas hipóteses de eventos cobertos pelo seguro acidentário, no âmbito da responsabilidade civil, são enquadradas como excludentes do nexo causal ou da indenização como são os acidentes ocorridos por motivo de força maior, caso fortuito, bem como aqueles provocados pela própria vítima ou por terceiros. (OLIVEIRA, 2009, p. 135-136)

Prossegue o mesmo doutrinador estabelecendo outras diferenças:

Essa diversidade de tratamento de nexo causal decorre da diferença do bem jurídico protegido ou do interesse tutelado: de um lado os benefícios da infortunistica e de outra parte as reparações da responsabilidade civil. O seguro acidentário tem caráter marcadamente social com apoio na teoria da responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral. Se a sociedade como um todo é beneficiária do progresso e do trabalho dos empregados, também deve ampará-los por ocasião dos infortúnios, socializando os riscos. [...] Por outro lado, no âmbito da responsabilidade civil, só haverá obrigação de indenizar se houver nexo causal ou concausal ligando o acidente ou a doença com o exercício do trabalho a serviço da empresa. [...] Na esfera da responsabilidade civil o interesse protegido é individual. Pelo seguro acidentário a sociedade, por intermédio da autarquia previdenciária, ampara a vítima ou seus dependentes, concedendo-lhes prestações alimentares para garantir a sobrevivência digna; na responsabilidade civil o lesante deve reparar o prejuízo total, apoiado no princípio *restitutio in integrum*. (OLIVEIRA, 2009, p. 137-139)

Assim, segundo essa primeira interpretação, o nexo causal sofreria evidente restrição na esfera da responsabilidade civil, como, por exemplo, nas hipóteses das excludentes do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior e fato de terceiro). E, ainda que ultrapassadas as etapas da configuração do dano e do nexo causal, haveria a possibilidade de o empregador provar que não agiu com culpa, respaldado na teoria subjetiva, consoante interpretação emanada do inciso XXVIII do artigo 7º da CF.²

² Neste último caso, Teresinha Lorena Saad, citada por Sebastião Geraldo de Oliveira, diz o seguinte: “[...] a reparação infortunistica decorre da teoria do risco, amparada pelo seguro social a cargo da Previdência Social, enquanto a responsabilidade civil comum tem como supedâneo a culpa do patrão ou seu preposto”. (OLIVEIRA, 2009, p. 79)

Não obstante esse primeiro posicionamento, corrente doutrinária e jurisprudencial tem dado maior alcance ao nexa causal estabelecido pela infortunística, além de não entender cabível a aplicação da teoria subjetiva da culpa.

José Affonso Dallegrave Neto, por exemplo, apesar de reconhecer que a prova do nexa estabelecido pela infortunística seja apenas *juris tantum*, atribui um efeito transcendente ao nexa técnico epidemiológico, afirmando:

Geralmente a caracterização de acidente do trabalho por parte do médico perito do INSS para fins de liberação de benefícios previdenciários é suficiente para também caracterizar o nexa causal entre o trabalho executado pelo reclamante e a doença desenvolvida em sede de ação trabalhista indenizatória. (DALLEGRAVE NETO, 2007, v. 46, n. 76, p.146)

Afora esse viés exegético, é de conhecimento geral que a indenização baseada na culpa está cada vez mais cedendo espaço para a teoria objetiva, sendo a sua prevalência uma questão de tempo.

Nas hipóteses de doenças mentais ou sofrimentos psíquicos, portanto, com o enfraquecimento da teoria da culpa, a tendência é que a matéria controvertida fique reduzida ou restringida à discussão do nexa causal, cabendo ao empregador produzir prova robusta da não-configuração do nexa, ou da configuração das excludentes do nexa (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior).³

O assunto adquire a dimensão que lhe é própria quando se constata que, de acordo com dados e previsões da Organização Mundial de Saúde (OMS), no ano de 2020 a depressão, uma das doenças causadoras de sofrimento psíquico, será a primeira causa de incapacitação para o trabalho.

Daí a importância de uma melhor compreensão sobre o nexa causal nas hipóteses de doenças mentais e sofrimentos psíquicos relacionados com o trabalho.

A matéria não apresenta grande dificuldade quando os transtornos ditos mentais estão relacionados a agentes etiológicos físicos, químicos ou biológicos.

A polêmica emerge quando o alegado sofrimento se diz relacionado aos chamados riscos psicossociais e outros de tipos abertos, como “condições gerais de trabalho”, “problemas relacionados com o emprego e o desemprego”, “desacordo

³ Sobre isso, preleciona José Affonso Dallegrave Neto: “Não há dúvida de que a presença de NTEP entre o ramo da atividade econômica (CNAE) e a entidade mórbida motivadora da incapacidade relacionada na CID constitui-se em um critério eficaz para fins de enquadramento na hipótese do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Trata-se de método objetivo, científico e com guarida legal (art. 21-A da Lei n. 8.213/1991). Logo, pode-se dizer que em todos os casos em que se presumir que a doença seja ocupacional pela adoção do NTEP, estar-se-á diante de atividade normal de risco, aplicando-se a responsabilidade civil do empregador independentemente de investigação de culpa patronal. Nada mais razoável se considerarmos que esse critério se fundamenta em estatísticas epidemiológicas. Nessas circunstâncias, o empregador somente se desobrigará da indenização se comprovar de forma robusta que aquela doença ocupacional, a despeito de estar relacionada com o trabalho, foi adquirida por culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou força maior.” (DALLEGRAVE NETO, 2007, v. 46, n. 76, p.146)

com o patrão e colegas”, “ritmo de trabalho”, “divisão de tarefas” e toda uma gama de questões subjetivas e objetivas envolvendo a convivência diária das pessoas no ambiente de trabalho, sendo essas as causas mais presentes que vêm determinando o aumento do número de pedidos de indenizações por dano moral e material em reclamações trabalhistas, ficando o desenlace dos pedidos, em grande parte, dependente das conclusões da perícia médica.

Entretanto, a conclusão cartesiana da infortunística no sentido de que “sofro, logo meu empregador é o responsável” não vem recebendo a chancela pericial em grande parte dos laudos médicos que são apresentados em Juízo.

Da mesma forma que, no Direito, há jurisprudência conflitante sobre um mesmo assunto, no âmbito dos domínios científicos vizinhos ao Direito, e que se ocupam historicamente do estudo do sofrimento psíquico, como a psicopatologia, a psiquiatria e a psicanálise, existem grandes divergências entre os marcos teóricos.

Muitos dão importância maior à subjetividade e à personalidade prévia do empregado, a ponto de excluir o nexo causal e a responsabilidade do empregador.

Outros entendem que o intrapsíquico é fator de somenos importância, existindo determinantes sociais do sofrimento.

O ápice dessa polêmica, agora transportada para o Direito, teve início com as seguintes afirmações de Cristophe Dejours:

Contrariamente ao que se poderia imaginar, a exploração do sofrimento pela organização do trabalho não cria doenças mentais específicas. Não existem psicoses do trabalho, nem neuroses do trabalho. Até os maiores e mais ferrenhos críticos da nosologia psiquiátrica não conseguiram provar a existência de uma patologia mental decorrente do trabalho [...] As descompensações psicóticas e neuróticas dependem em última instância da estrutura das personalidades, adquirida muito antes do engajamento na produção. (DEJOURS,1992, p. 122)

A divergência, originalmente estabelecida entre médicos, psicólogos, psicanalistas e psiquiatras, foi integralmente transferida para o campo do Direito, convocando o jurista a tomar uma posição.

2. A CONTROVÉRSIA ENTRE OS REFERENCIAIS TEÓRICOS

Ao longo do século XIX, o Judiciário apelou para o discurso médico para que esse se pronunciasse sobre a responsabilidade do sujeito, ou se ele era ou não imputável.

Agora, o fenômeno, de certa forma, inverteu-se, porquanto é a área da “psi” que constantemente procura convencer o Direito sobre a maior ou menor responsabilidade do sujeito.

Atualmente, as chamadas interfaces entre Direito e psicanálise, Direito e psicologia, Direito e psiquiatria e Direito e perícia médica consubstanciam iniciativas tanto de institutos ou associações de psicanalistas como de médicos, psicólogos, psiquiatras, advogados, juízes e outros profissionais do direito.

A demanda é mútua, não cabendo mais aquela tradicional indagação impressionante que o psicanalista formulava antes de uma palestra ou conferência: “por que o convite?” ou “fiquei pensando por que um analista nessa esfera?”

Psicólogos, com ou sem formação psicanalítica, fazem concurso e ingressam nos Tribunais de todo o país, fazem pesquisa, executam projetos e realizam encontros nas suas respectivas áreas discutindo a prática jurídica.

Não cabe mais dizer que estão ali por acaso, ou porque simplesmente foram convidados. A demanda é mútua e os domínios estão coimplicados.

Esse enredamento acabou por transferir para o campo do Direito do Trabalho uma disputa obstinada em torno das causas do adoecimento mental, que o militante desse ramo do direito, no mais das vezes, nem mesmo sabia existir.

2.1. A psicopatologia

A psicologia apresentou ao Direito do Trabalho a psicopatologia do trabalho. A professora Maria Elizabeth Antunes Lima resume a polêmica sobre o nexo causal em dois grupos teóricos principais. De um lado, estão aqueles que acreditam que a doença mental advém de fatores orgânicos ou psíquicos, sendo os primeiros organicistas e os segundos, adeptos de uma concepção dita psicogênica. Os organicistas, segundo a professora, explicam os problemas apresentados pelos trabalhadores como decorrentes de causas biologizantes, endógenas, não admitindo os fatores exógenos, como o trabalho, que teria influência secundária. De igual sorte, a psicogênese seria representada pela psicanálise, que atribui as queixas de sofrimentos psíquicos à estrutura da personalidade. E, finalmente, no lado oposto, haveria aqueles que admitem a existência de transtornos mentais decorrentes do trabalho, existindo formas de desgaste psíquico afetando um número importante de trabalhadores pertencentes às mesmas categorias profissionais, às mesmas empresas ou submetidos a condições semelhantes de trabalho. (LIMA, 2005, p. 74)

Esta última corrente, da qual a professora se diz adepta, sintetizaria as demais, acreditando que o transtorno mental seria resultado de um conjunto de fatores biopsicossociais, enfeixando um fenômeno multidimensional, sendo necessárias equipes interdisciplinares para efetuar os diagnósticos.

Apointa como precursor dessa perspectiva Le Guillant, da chamada psiquiatria social francesa, cujo referencial teórico, de inspiração marxista, manifestar-se-ia com as seguintes características, entre outras: captar os determinantes sociais da doença mental, mas sem perder a dimensão psicológica; propor um esboço de psicopatologia social, verificando o papel do meio no surgimento e desaparecimento dos distúrbios mentais; apesar de não negar a presença de fatores orgânicos e psíquicos no adoecimento, buscam-se os determinantes sociais da doença mental; se valer de dados estatísticos, entrevistas, dados obtidos junto a sindicatos e serviços médicos especializados e literatura em geral. (LIMA, 1988)

Segundo a mesma pesquisadora, Christophe Dejours propôs que a disciplina psicopatologia passasse a ser chamada de psicodinâmica, estabelecendo um dissenso, na medida em que introduziu postulados da psicanálise no estudo do adoecimento mental no trabalho, preocupando-se não somente com a doença no trabalho, mas também com a saúde, além de estudar as estratégias defensivas adotadas pelos trabalhadores com a finalidade de evitar a doença.

Maria das Graças O. Jacques, em palestra proferida sobre as implicações psíquicas das doenças ocupacionais, critica a perspectiva do médico brasileiro de culpar o próprio trabalhador pelos acidentes sofridos, em perícias elaboradas na Justiça do Trabalho, onde as doenças ocupacionais são “[...] decorrentes de uma personalidade anormal, com neurose de responsabilização dos patrões pelo acidente, sentimento rotulado de sinistrose, neurose de renda e indenizofilia”. (JACQUES, 2006, p. 151)

A pesquisadora dá as boas-vindas ao nexo técnico epidemiológico que, segundo ela, possui valor simbólico contrário à tendência de individualização e culpabilização do trabalhador, externando a sua discordância quanto ao enfoque da psicanálise:

A hegemonia do pensamento psicanalítico no campo da “psi” é uma das justificativas para a pouca importância conferida aos vínculos entre trabalho e saúde/doença mental que, embora presentes na obra freudiana, foram relegadas a um segundo plano no campo conceitual. (JACQUES, 2006, p. 157)

Maria Elizabeth Antunes Lima aduz que os manuais de psiquiatria, em suas classificações nosológicas, não contemplam diversos quadros de patologias mentais decorrentes do trabalho, como “[...] quadros depressivos e de fadiga nervosa, síndrome do pânico, estados de estresse pós-traumático, transtornos orgânicos de personalidade, dentre outros”. (LIMA, 2005, p. 77)

Diz que Dejours se contradiz ao admitir a síndrome subjetiva pós-traumática como decorrente do trabalho, aduzindo sobre a psicanálise que:

Nossa crítica dirige-se, sobretudo, contra a importação de um arcabouço teórico que foi construído para um determinado fim - a clínica individual - para um campo que deve necessariamente ultrapassar o indivíduo, alcançando o campo social e, sobretudo, colocar o trabalho no seu centro.

E conclui:

Uma proposta que temos feito com frequência consiste na inclusão de psicólogos do trabalho nas perícias realizadas com trabalhadores que apresentem queixas de transtornos mentais. (LIMA, 2005, p. 79)

Uma rápida passagem pelos trabalhos especializados da psicopatologia evidencia que se multiplicam as críticas feitas pelos psicólogos não só aos pontos de vista de médicos, psiquiatras, ou profissionais da área médica com formação psicanalítica, como também aos próprios trabalhos periciais realizados em reclamações trabalhistas.

Artigo publicado na *Revista brasileira de saúde ocupacional* revela que um vigilante teve pedido de indenização por dano moral decorrente de assédio e um assalto julgado improcedente, com fundamento em laudo oficial, que concluiu que as alegadas desordens psíquicas não tinham relação com o trabalho. O articulista, professor e coordenador de pesquisas financiadas por sindicato de classe, esclarece que a reclamação trabalhista correu perante o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª

Região e, após o trânsito em julgado, entrou em contato com o vigilante, por intermédio de seu sindicato profissional, produzindo estudo sobre o caso, com base em dissertação de mestrado. Sobre o trabalho da perícia médica e psiquiátrica realizada nos autos, diz que “[...] as afirmações da perita são meramente especulativas, respeitam mais a sua suposição teórica do que as evidências provenientes da realidade”.⁴ (VIEIRA, 2009)

Todavia, o Direito do Trabalho não ouviu somente a psicopatologia. A psiquiatria e psicanálise também se manifestaram.

2.2. A psiquiatria e a psicanálise

Antonio Quinet afirma que, enquanto os critérios de diagnósticos têm variado e se amplificado na psiquiatria contemporânea, a psicanálise vem lidando com praticamente as mesmas referências diagnósticas empregadas por Freud. Se as formas dos sintomas mudam de acordo com o discurso prevalecente da civilização, as estruturas clínicas permanecem as mesmas e se declinam em neurose, perversão e psicose para a psicanálise, ou seja, conforme a maneira como o sujeito lida com a falta inscrita na subjetividade, falta que condiciona a forma de cada um se haver com o sexo, o desejo, a lei, a angústia e a morte.

O autor traça alguns contornos entre esses dois domínios, *verbis*:

O “invólucro formal do sintoma” varia segundo a época: a histeria muda de cara, a psicose de vestes, a obsessão de ideias. Essa evolução acompanha o desenvolvimento da ciência: novos males, novos remédios. Ou será que é o avesso - a novos remédios, pseudo novos males? A nosografia psiquiátrica em constante mutação com sua série de DSM (Manual de Diagnóstico e Estatística da Associação Norte-Americana de Psiquiatria) se diferencia da nosografia psicanalítica das estruturas clínicas (neurose, psicose e perversão) - diante da qual o analista não deve recuar - nosografia conforme a posição do sujeito no Édipo em relação ao

⁴ O autor do artigo afirma que o empregado tinha desejo de reparar os danos sofridos e liquidar uma dívida subjetiva: “Inconformado e revoltado por ter se sentido humilhado pelos colegas de trabalho, Ricardo manifestava, recorrentemente, o desejo de ‘reparar’ os danos sofridos por meio de uma ação concreta, efetiva, uma ação judicial. Do nosso ponto de vista, tratava-se da necessidade de ver reconhecido e reparado o dano sofrido e, finalmente, liquidar a ‘dívida subjetiva’ que se originou no conflito entre as escolhas que fez, com base em seus valores, e as acusações dos gerentes que ainda lhe pesam.” Esclarece, ainda, que a perícia médica, com auxílio de um laudo psiquiátrico, concluiu que o reclamante era portador de ideia fixa persecutória, com componente psicótico, transtorno delirante e paranoico. Prossegue afirmando que não concorda com o diagnóstico. Crítica a atuação do advogado do reclamante, que não teria recorrido. Poupa o juiz de críticas diretas, afirmando que o magistrado tinha que julgar de acordo com a prova dos autos. E termina reproduzindo, como endosso, as seguintes palavras do reclamante sobre a perícia que lhe foi desfavorável: “Foram uns quinze minutos que ela ficou comigo [...] Ela nem me perguntou nada sobre o assalto [...] me fez pergunta, acho até que me ironizando mesmo, de deboche, entendeu... perguntou se eu estava vendendo título de capitalização quando o assaltante chegou. Perguntou, porque eu falei antes pra ela que eu vendia título de capitalização”. (VIEIRA, 2009, p. 150-162)

gozo. [...] Para que o diagnóstico não seja uma etiqueta ou um simples procedimento classificatório digno de um 'jardim das espécies' apropriado para a botânica ou para o zoológico é necessário que ele cumpra a função de remeter à estrutura que o condiciona. Como não temos na psiquiatria a autópsia que venha confirmar a doença da qual o sintoma seria o sinal, é na construção do caso clínico - a partir de um saber sobre a subjetividade particular de cada paciente que a psicanálise permite elaborar - que um diagnóstico aparecerá como conclusão do processo de investigação. [...] Freud construiu as entidades clínicas da psicanálise com base na nosografia da psiquiatria clássica, o que foi continuado pelas diversas correntes da psicanálise, inclusive por aquela em que nosso projeto se inscreve que é a de Jacques Lacan. As categorias que utilizamos hoje provêm da psiquiatria clássica: neurose, perversão e psicose, esta última repartida em dois grandes tipos, esquizofrenia e paranoia. A cada uma dessas categorias fazemos corresponder um nome na história pré-psicanalítica. Para a paranoia, Kraepelin, para a esquizofrenia, Bleuler, para a perversão Krafft-Ebing e para a neurose, Charcot. Podemos acrescentar à nosografia analítica também os dois grandes tipos clínicos da neurose - histeria e neurose obsessiva - e à psicose um terceiro tipo clínico que é a melancolia, base da psicose maníaco-depressiva, que Freud adota principalmente a partir de Emil Kraepelin. (QUINET, 2006, p. 10-11)

A psiquiatria, portanto, à luz da psicanálise, e no dizer de Philip Julien (2002, p. 102), faz uma espécie de recenseamento, semiologia, classificações descritivas de sintomas, evitando fazer avançar a ciência das causas.

E essa descrição infinita de sintomas, historicamente utilizada para responder aos Juizes sobre a responsabilidade do sujeito, sofreu um influxo ainda maior com o advento do manual de diagnósticos a partir da década de 1950, servindo, agora, não somente para responder às perícias classificatórias, como também para vender os psicofármacos. A cada sintoma um nome e um remédio correspondentes.

A incompatibilidade entre a psicopatologia e a psicanálise, nesse ponto, revela-se ainda maior. Se a psicanálise diverge da psiquiatria pelo enfoque superficial do sofrimento psíquico, com a criação de inúmeros rótulos para os sintomas, o que diria da psicopatologia, que, ainda não satisfeita com a nosografia psiquiátrica, propõe ainda mais novos nomes de doenças mentais que entende, agora, originárias do trabalho, como quadros depressivos e de fadiga, transtornos orgânicos de personalidade, entre outros. Todavia, a divergência entre psiquiatria e psicanálise sofre diversas modulações, de acordo com o enfoque e o quadro cultural de cada país.

Segundo Antonio Quinet, Freud dizia que a psiquiatria não se opõe à psicanálise. A psicanálise está para a psiquiatria assim como a histologia para a anatomia, ou seja, "[...] a estrutura é apreendida pela psicanálise e os fenômenos pela psiquiatria". (QUINET, 2006, p. 13)

Jacques-Alain Miller, em conferência realizada no Brasil em 1980, ao discorrer sobre as diferenças entre a psiquiatria e a psicanálise, afirmou:

Disseram-me que no Brasil há uma certa barreira entre psiquiatras e psicanalistas. Não é o que ocorre na França; pelo menos de nosso lado há interesse permanente pela psiquiatria. (MILLER, 1977, p. 130)

Na psicanálise, como terapêutica, o paciente está implicado com seu sintoma, sendo por ele responsável, independentemente da sua posição subjetiva, como neurótico, psicótico ou perverso. Freud utilizava a expressão “escolha da neurose” para designar a implicação do sujeito com seus atos, inclusive os atos falhos, que são sempre bem-sucedidos em dizer o desejo inconsciente. (QUINET, 2006, p. 162)

O sintoma freudiano só existe a partir do discurso do paciente, dentro do dispositivo analítico. (MILLER, 1977, p. 123)

O paciente, em sua demanda, e por meio da livre associação, transfere ao analista a posição daquele que possui um suposto saber (sujeito suposto saber). A sua fala navega em atos falhos, embaraços, contradições, entrelinhas, em que a verdade e a responsabilidade por sua queixa acabam por se manifestar, podendo advir, daí, a cura.

Como diz Luiz Alfredo Garcia-Rosa, “O sintoma, como presença, assinala a ausência da palavra. Será portanto, pela palavra, que sua cura poderá ocorrer.” Ou, em outros termos, “[...] interpretar o sintoma é preencher o vazio”. (GARCIA-ROSA, 1998, p. 227). E esse preenchimento atribuído à interpretação no *setting* analítico não é novidade para o profissional do Direito. Fazemos isso toda hora, não com a finalidade de cura, mas com o propósito de atender à demanda que se nos apresenta, seja como advogados, juízes, promotores, etc.

O juiz responde à demanda de interpretação com a sentença. E, o analista, na sua clínica, responde com o silêncio: “[...] quando o médico cala e, ocupando o lugar de objeto causa de desejo em transferência, faz o paciente segredar aquilo que ele mesmo nem sabia que sabia, vemos a emergência do discurso do analista”. (QUINET, 2006, p. 19)

Nessa terapêutica, o que desponta, segundo Miller, é uma autoclínica e não uma heteroclínica psiquiátrica. (MILLER, 1977, p. 123)

À primeira vista, isso pode parecer desumano, inclemente, mas, para a psicanálise, a heteroclínica do remédio, ou do amparo emocional e da compreensão, tampona, remedia o sofrimento, produzindo efeito contrário: “[...] o humanismo que consistiria pura e simplesmente dizer ‘tu és meu irmão’ é a via mais opressiva, a via da dominação”.⁵ (MILLER, 1977, p. 128)

Essa compreensão da clínica psicanalítica, ou seja, de que a psicanálise, ao responsabilizar o sujeito, estaria agindo de forma cruel, emerge a todo instante na psicologia e pode ser detectada nas obras de Marie-France Hirigoyen.

Ao estudar as desavenças, as brigas e potenciais situações de assédio moral entre casais, desaconselha as mulheres a procurarem um psicanalista ao fundamento de que, para Freud, o ser humano, na vida adulta, é sempre responsável. E isso faria mal às mulheres porque elas se sentiriam corresponsáveis pelas situações de assédio que denunciavam, perdendo a condição de vítimas. O mesmo raciocínio foi transposto ao discorrer sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. (HIRIGOYEN, 2010, p. 165; 2008, p. 21, 203, 206, 215, 216)⁶

⁵ Diz, ainda, o mesmo autor, à p. 129: “Precisamos saber quando estamos dando apoio a alguém, no caso o psicótico, pois, se nos dispusermos a ajudar uma histérica, afundá-la-emos, não deixando chance alguma para que se safe.”

⁶ Esse parágrafo resume o que está escrito em duas obras da autora Marie-France Hirigoyen, citadas nas referências.

Nessa vertente, a psicopatologia convida o Direito do Trabalho a privar o trabalhador da sua condição de sujeito responsável, de autor da sua própria vida, de sua própria história, para, logo após, introduzir a psicologia e o Direito como braços acolhedores de carinho e compreensão, o que se concretizaria mediante a devida reparação pecuniária em ação indenizatória, subsidiada por perícias psicopatológicas, cujo substrato teórico seria o de que o trabalhador não pensa, mas é pensado.

Na visão psicanalítica, isso não é querer o bem, mas desejar o mal.

Essa pretensão reparatória, cada vez mais presente nas sociedades atuais, levou o psicanalista Charles Melman a falar de uma nova “economia psíquica”. Se o sujeito não é mais responsável por sua determinação subjetiva, pelas escolhas que faz ao longo da vida, parece-lhe ser inteiramente legítimo pensar que seu percurso e seu destino ocorrem em decorrência de circunstâncias exteriores ou coletivas. Assim, a coletividade lhe deve uma reparação por tudo que lhe falta já que é assim, por ela, que foi concebido. O relato de um caso pelo psicanalista ilustra:

Recentemente recebi uma mulher, de certa idade, cujo percurso não havia sido muito feliz. Ela se dirigia a mim à espera de uma reparação. E se mostrava agressiva ao constatar que eu não me aplicava em ‘reparar’ seu infortúnio: o fato de que seu marido lhe tenha deixado dívidas, de que ela não encontre trabalho, de que sua filha se mostre ingrata, de que o empregador que ela havia encontrado lhe tenha pagado um baixo salário, de que ela sofre de cefaleias, de insônias. Tudo estava no campo da reivindicação. (MELMAN, 2003, p. 66-67)

Num trabalho sobre o adoecimento psíquico, Eduardo Reche Bertolini, Michele Hidemi Ueno Guimarães, Renato Chivassa e Tereza Genesini fazem as seguintes indagações:

Termos como bipolaridade, depressão, anorexia, entre outros, estão cada vez mais na boca do povo. Temos diagnósticos à vontade, para todos os gêneros e gostos. Basta fazer um teste disponível em uma revista de grande circulação para saber se você sofre de depressão, de transtornos de humor, ou se possui um distúrbio alimentar e qual a sua intensidade. Não nos surpreenderemos se as pessoas começarem em breve a se apresentarem desse modo: “Bom dia, meu nome é Márcia. Tenho 25 anos e sou bipolar há seis.” No site de relacionamentos *orkut*, por exemplo, vemos isso acontecer. Encontramos em diversas comunidades temas relacionados a diagnósticos psiquiátricos: “Depressão” (15950 membros), “Eu tenho transtorno bipolar” (6052 membros), “Transtorno de Ansiedade Social” (1042 membros), “Timidez e depressão” (18234 membros), “Anorexia/Bulimia” (4744 membros), “Eu tenho déficit de atenção” (1848 membros), “TOC” (4003 membros), “Eu sou maniaco depressivo” (1653 membros), “Síndrome do pânico” (3860 membros), “Comer é um vício, liberte-se” (2184 membros) ou “Deprimidos com a vida” (2730 membros). Esses dados foram colhidos em setembro de 2007, quando iniciamos este trabalho. Ao final, um mês depois, constatamos um aumento nesses índices, sendo que a comunidade “Depressão” já contava com quase 18 mil membros. O que une essas pessoas em tais comunidades? O que as faz se autodenominarem “depressivas”, “bipolares”,

“bulímicas” e, desse modo, relacionarem-se com o mundo e outras pessoas, a partir desse significante que pretensamente as nomeia? O que, nesse caso, faz laço social?⁷

Apesar de ressaltar que a psicanálise pode contribuir no campo jurídico com uma lógica do particular, Terezinha de J. Dias Souza, no mais, afirma sem rodeios: “Concluo com a convicção de que o saber psicanalítico não pode operar na Justiça do Trabalho com seus dispositivos clínicos essenciais.” (SOUZA, 2010, v. 51, n. 81, p. 410)

A essa altura, já se pode perceber que um psicanalista não se sentiria muito confortável ao ser chamado para opinar numa perícia trabalhista, em que o trabalhador culpasse exclusivamente o seu empregador por seu sofrimento, almejando uma reparação.

Não obstante, observadas as diferenças do referencial teórico da psicopatologia, mas com o mesmo intuito de dialogar com o Direito do Trabalho, algumas iniciativas da área psicanalítica têm opinado sobre casos submetidos a julgamento na Justiça do Trabalho, envolvendo pedido de indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho, ou mesmo assuntos que, direta ou indiretamente, digam respeito ao adoecimento mental.

Assim como ocorre com a psicopatologia, emergem críticas aos trabalhos periciais elaborados nos processos: “[...] daí, a meu ver, a inadequação do primeiro parecer pericial que, ao invés de afirmar o desenvolvimento de uma esquizofrenia, poderia melhor ter se referido a um desencadeamento de uma patologia que esteve lá desde sempre com aquele sujeito” ou mesmo críticas ao perito do juízo com observações “[...] sobre o desconhecimento do perito médico acerca do mundo da saúde mental”.⁸

Por fim, entremeia-se na disputa dos referenciais teóricos, muitas vezes, a inserção da pessoa do juiz no debate, à primeira vista destinado apenas ao cidadão que recorre ao Judiciário, com assertivas de que o juiz também sofre no exercício da jurisdição e padece de angústia.

Transpostos os quadros da polêmica, resta saber sobre as possíveis respostas do Direito do Trabalho.

3. AS RESPOSTAS DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho não pode se esquecer de que a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise, juntamente com suas diversas aproximações ao tema do sofrimento psíquico, constituem o seu objeto de pesquisa, e não o contrário.

Como ilustra Agostinho Ramalho Marques Neto, o objeto principal da ciência do direito é o fenômeno jurídico que, embora específico, jamais se encontra em estado puro, visto que existe mesclado com fenômenos de outra natureza, sendo n-dimensional.

⁷ Disponível em: <<http://www.psicanaliselacanianiana.com/estudos/depressao.html>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

⁸ ALBUQUERQUE, Judith Euchares Ricardo de. Considerações sobre a saúde mental do trabalhador. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=821#>. Acesso em: 9 abr. 2011.

Assim, qualquer fenômeno social, inclusive a doença mental, naquilo em que nos interessa, é, em princípio, passível de se constituir em objeto de conhecimento da ciência do Direito: para tanto, basta que ela o torne seu. (MARQUES NETO, 1982, p. 146-147)

Cada disciplina, ao focar interdisciplinarmente ramos do conhecimento diversos do seu, ou quando estabelece interfaces junto a outros domínios, não deve renunciar o lugar de onde fala, sob pena de perder sua especificidade.

E o propósito, agora, é desenhar algumas respostas do Direito do Trabalho ao problema do nexa causal, mesclando algumas aproximações e distanciamentos em relação às ciências conexas.

3.1. As pesquisas sobre o sofrimento e o processo

No que tange à psicopatologia, a perspectiva que procura estudar as condições de trabalho enquanto geradoras ou não de sofrimento no trabalho, utilizando-se, inclusive, de questionários, não é desconhecida dos Juizes do Trabalho da 3ª Região. As nossas condições de trabalho já foram objeto de pesquisa conduzida pela Drª Ada Ávila Assunção, respeitável pesquisadora e médica do trabalho, cujas conclusões foram expostas no primeiro EMAT (Encontro dos Magistrados Trabalhistas da 3ª Região), por meio da palestra "O desgaste gerado pelo trabalho intelectual", proferida em 7 de maio de 1999. Aliás, na mesma linha ocorre o atual estudo a cargo da ANAMATRA sobre a saúde dos juizes do Trabalho, que está em curso, sob a responsabilidade da mesma profissional.

A psicopatologia, efetivamente, fornece elementos importantes para o Direito do Trabalho e para os trabalhadores, quando procura estabelecer um paralelo entre as condições de trabalho e a saúde mental. A Portaria n. 3.751/1990, ao consignar que as condições de trabalho devem se adequar às características psicofisiológicas dos trabalhadores, à natureza do trabalho, ao tempo e ritmo de trabalho, além do conteúdo das tarefas, é um exemplo dessas conquistas e da proximidade do Direito com a psicopatologia do trabalho.

O que acontece, entretanto, é que, em nossas audiências diárias, em nossas perícias médicas, e quando escutamos partes e testemunhas, as estatísticas produzidas pelos estudos psicopatológicos nem sempre se confirmam.

Marie-France Hirigoyen, ao pesquisar o sofrimento psíquico decorrente do assédio moral, já advertia sobre as deficiências do seu método, que consistia em obter repostas a questionários. Por mais cuidadosa que fosse a elaboração das perguntas, as contradições das repostas, não era possível saber a versão da parte contrária. (HIRIGOYEN, 2010, p. 93)

Falava-se, assim, de projeções ou tendências.

O Direito, entretanto, cuida do caso singular e, aqui, o que a parte diz não faz prova em seu próprio benefício.

Para a psicopatologia, o que a parte responde nas pesquisas faz prova contra a parte contrária. Não existe contraditório.

Mesmo as entrevistas presenciais, em suas diversas modalidades, com a oitiva de pessoas próximas ao trabalhador, não se comparam com o contraditório, o depoimento sob juramento, a escuta que o Judiciário faz de ambas as versões e a prova levada a cabo nos autos.

Com todos os defeitos, esse é o método que, até agora, tem permitido a pacificação dos conflitos, impedindo a barbárie, ou a sua disseminação.

O sistema jurídico não condena ou absolve com base em estatísticas.

Na Espanha, Mikel Urrubikoetxea Barrutia recomenda cautela ao jurista em relação a alguns institutos que procuram, por meio de questionários, recensear o sofrimento psíquico, como o barómetros Cisneros, fazendo referência à crítica feroz, mas não injusta, que discute a base científica desses indicadores, como o estudo de Fernandes Enguita: “*Vivir de la alarma social*”. (BARRUTIA, 2007, p. 84)

Jacques-Alain Miller, a despeito de afirmar que na psicanálise nada que você disser pode ser utilizado contra você, ressalta que na regra da associação livre você está, continuamente, obrigado a testemunhar contra si. (MILLER, 1977, p. 257)

O Direito, nessa escuta, afasta-se da psicopatologia e se aproxima da psicanálise.

Numa primeira mirada, poder-se-ia dizer que, para o Direito, as coisas só existem se tiverem nome, o mesmo ocorrendo com a psiquiatria, com suas diversas nomenclaturas e conceitos, não estando o Judiciário apto para enxergar o invisível.

Diz uma abordagem psicanalítica: “Para o juiz, a verdade é sempre factual e pode ser toda dita, ou melhor, confessada.” (SOUZA, 2010, v. 51, n. 81, p. 408)

Não é verdade. A convivência, ainda que casual, do iniciante do Direito com as audiências permite ver, no desenrolar dos depoimentos, os atos falhos, as contradições, as encenações, as entrelinhas, os olhares, enfim, o invisível. Apesar de o ritual da audiência não ser o da associação livre, o inconsciente, aqui, não raro, aflora, pega os depoentes de surpresa, e é registrado na ata de audiência pelo Juiz.

Anota Geneviève Koubi:

De qualquer forma, em direito, “não definir não faz existir” - o que não é equivalente de “não dizer, portanto, não querer ver” -, mas os juízes, juristas e administradores são obrigados concomitantemente a suas tarefas, a ler as entrelinhas para extrair a substância dos textos, descobrir as regras nos silêncios, avaliar a flexibilidade das margens para nelas inserir ou não o caso estudado no campo da aplicação das leis. (KOUBI, 2006, p. 21)

3.2. A representação dramática

O Direito se aproxima da psiquiatria quando, paulatinamente, vai enquadrando em sua doutrina o que, antes, era invisível.

A jurista argentina Matilde Savale de Gonzáles, ao analisar as queixas de lesão psíquica, vai passar a falar de lesões simuladas (que não existem, mas se aparentam de forma maliciosa), as supersimuladas (quando a sintomatologia subjetivamente manifestada pela vítima é mais grave a que racionalmente pode ser-lhe atribuída, concorrendo o fator exageração), as imaginárias (as que são fruto de fantasia do sujeito, que de boa-fé entende sofrer a perturbação, sendo que esse dano imaginário pode obedecer a uma verdadeira enfermidade psíquica) e as dissimuladas (que existem, mas se ocultam ou disfarçam deliberadamente). (SAVALE DE GONZÁLES *apud* SIMM, 2008, p. 168)

O Direito, nesse aspecto, vai recolher os subsídios tradicionais da psiquiatria e seus estudos sobre a simulação, com as diversas nomenclaturas e classificações. Cita-se, a esse respeito, o simulador puro, que inventa a patologia de forma consciente, e o relativo, que aumenta e potencia um problema preexistente, para obter benefício financeiro. A psiquiatria vai também discorrer sobre a neurose de renda e a sinistrose, como formas diferenciais de pedidos de ressarcimentos, onde ocorrem “delírios de reivindicação”, com o convencimento de que o que se pede é lícito. Igualmente, o transtorno factício, com a sua forma particular da síndrome de *Münchausem*, onde aparecem sintomas físicos autoinfligidos, até o transtorno de *Ganser*, onde o sujeito, de tanto fingir e exagerar, perde o controle, convertendo-se a teatralidade inicial em autêntica patologia psiquiátrica. O paciente não sabe mais o que é fingido e o que é verdadeiro em seus sintomas. (GARCIA SIVA; RIVERA Y REVUELTA, 2003, p. 1.699-1.705)

Esse encontro entre o Direito e a psiquiatria, ensejando, muitas vezes, a improcedência de diversos pedidos de indenização em decorrência de sofrimento psíquico, não é casual e não decorre de uma formação médica equivocada do perito. Alguns quadros de simulação são, inclusive, empiricamente observáveis no dia a dia das audiências.

A simulação é um dado da natureza (existe no reino animal) e da cultura (está disseminada na vida, nas artes, na literatura), e sobre ela falou longamente Eduardo Giannetti como “Auto-engano”.

A relação entre autor, ator e espectador nas artes cênicas foi analisada por Diterot: “O ator está cansado e vós tristes; é que ele se agitou sem nada sentir, e vós sentistes sem vos agitar.” (FONSECA, 1997, p. 239)

O poeta fingidor finge, é verdade, mas “[...] finge tão completamente que chega a fingir que é dor a dor que deveras sente”. Mas o leitor hipócrita é a alma gêmea do fingidor. Um não existe sem o outro. O que finge necessita do outro que sinta compaixão. Se o ator dramático age e chora sem sentir, o espectador sente e chora sem agir. Um é negativo fotográfico do outro. (FONSECA, 1997, p. 131) Como diria Fernando Pessoa: “Sentir? Sinta quem lê!”. (PESSOA, 1976, p. 164-165)

O Direito, ao acolher, doutrinariamente, a descrição de alguns sintomas simulatórios feitos pela psiquiatria, distancia-se da psicopatologia, dada a perspectiva desta última de que o trabalho é produtor de doença mental.

E também vai-se distanciar da psicanálise, porquanto a sua nosografia (neurose, psicose, perversão) é mais restrita. Aliás, a quase todos esses nomes atribuídos aos diagnósticos de simulação, a psicanálise responderia com as novas vestimentas da antiga histeria, nome esse que foi banido da nosografia psiquiátrica, não sendo mais encontrada nos manuais de diagnósticos.

A desavença, entretanto, não é do Direito do Trabalho, porquanto o seu enfoque principal é o exame das condições de trabalho mesmas, se estão ou não de acordo como as normas de saúde e segurança.

Se as condições de trabalho são psicologicamente hostis, se existem agressões aos direitos da personalidade, conforme a prova que fizer em cada caso concreto, já se delineiam os elementos para o Direito intervir, em face de um possível dano moral, cuja configuração não está vinculada à discussão teórica da existência ou não de um sofrimento psíquico com essa ou aquela nomenclatura.

Como defende Antônio Gomes de Vasconcelos, “[...] a questão primordial a ser examinada pelo magistrado desloca-se da doença para a garantia de um ambiente sadio e seguro”. (VASCONCELOS, 2010, v. 51, n. 81, p. 434)

3.3. Causalidade e contingência

O Direito, ao pretender concretizar o ideal de um ambiente de trabalho saudável, não deve olvidar de que, mesmo ambientes de trabalho que estão de acordo com as normas de proteção e saúde, podem ensejar a eclosão de quadros psíquicos de sofrimento mental. Ou seja, a doença mental pode vir a se manifestar no trabalho ainda que o empregador observe o dever de cautela, cumpra as normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares e técnicas.

Cristophe Dejours relata o caso de um chefe de armazém. Contramestre, além de organizar uma equipe de meia dúzia de operários, punha a “mão na massa”, pegava no batente e jogava suas partidas de futebol. Por pressão da esposa e amigos, passou a trabalhar em uma companhia de seguros, onde lia autos policiais de seguros e verificava sua conformidade. Algum tempo depois, dá entrada em um hospital psiquiátrico com diálogos incoerentes, alucinações e movimentos de agressividade. Uma investigação detalhada revelou que a causa do padecimento psíquico foi o novo emprego, onde houve “melhoria das condições de trabalho”, com a diminuição da carga física. Esclarece Dejours que a inadequação entre o conteúdo ergonômico do trabalho e a estrutura da personalidade pode levar a síndromes psicopatológicas. O empregado não teve mais qualquer padecimento ao retornar ao antigo emprego na fábrica. (DEJOURS, 1992, p. 57-58)

Não havia nada de errado com as condições de trabalho do segundo emprego que eram, em tese, até melhores que aquelas do primeiro emprego. No entanto, não estavam de acordo com a “economia psicossomática do trabalhador”, donde adveio a reação psíquica do empregado para compensar o estreitamento de sua energia pulsional.

Essas conclusões de Dejours evidenciam a fragilidade da afirmação de que “[...] num ambiente humano com qualidade para o trabalho, os fatores desencadeantes da depressão não ocorrem, conforme consenso dos profissionais da área da saúde mental [...]”. (TEIXEIRA, 2007, v. 46, n. 76, p. 42)

O fato de um ambiente de trabalho causar determinado sofrimento psíquico não significa necessariamente que as condições de trabalho sejam ilícitas ou que o empregador tenha agido com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na eclosão da patologia, porquanto um mesmo conteúdo de trabalho pode causar prazer num empregado e desprazer em outro. E se as condições de trabalho obedeceram às normas de saúde e segurança, fica caracterizada a excludente do nexos causal por culpa exclusiva da vítima.

O problema é que a expressão “culpa exclusiva da vítima”, em se tratando de doença mental ou sofrimento psíquico, adquire um tom pejorativo, dando a entender que o empregado praticou ato reprovável. A terminologia é tecnicamente inadequada, porquanto a exclusão de responsabilidade está na esfera da causalidade e não da culpabilidade. Assim, quando o Direito diz que a vítima é culpada, não está produzindo juízo moral, ou religioso, mas técnico-jurídico. Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 64) sugere a expressão “fato da vítima” e não “culpa da

vítima”, apesar de a primeira ser aquela tradicionalmente utilizada pelo Código Civil, atual artigo 936. A sugestão, aliás, já se encontrava em Aguiar Dias (1983, p. 770) que defendia a expressão mais abrangente “ato ou fato da vítima”. No exemplo de Christophe Dejours, a circunstância de o empregado ter adoecido, porque escolheu novo emprego incompatível com suas características psicossomáticas, não implica que ele tenha agido com culpa. Significa, tão-somente, que o trabalhador possui atributo da personalidade ou fato psicossomático peculiar que lhe impedem de trabalhar em atividades que não exijam esforço físico, sem que seu empregador tenha que lhe pagar qualquer indenização por isso.

Não se trata de culpa do empregado, mas um fato seu, ou seja, uma característica ou atributo da sua personalidade que o Direito juridiciza como excludente do nexa causal.

No Direito comparado, a Espanha tem oferecido algumas respostas particulares às alegações de sofrimento psíquico, tendo em vista a personalidade do trabalhador e a sua interferência no nexa causal.

Segundo Mikel Urrutikoetxea Barrutia, a doutrina e a jurisprudência espanhola têm entendido que a personalidade do trabalhador pode ser relevante na geração de algumas patologias, como o *stress*, e é considerada relevante em outras, como a síndrome do *burn out*. Esclarece que são correntes, por exemplo, decisões que não consideram a configuração do *stress* laboral quando é apurado no processo que o empregado possui personalidade de base instável, a ponto de perceber como agressões comportamentos inócuos de outras pessoas. No caso de acoso moral, a personalidade do empregado perde relevância, bastando a configuração do ilícito para ensejar a reparação. (BARRUTIA, 2007, p. 78)

Existe, ainda, na doutrina espanhola o entendimento de que, em se tratando de alegação de sofrimento psíquico decorrente de acoso moral, não é permitida a realização de perícia psiquiátrica no reclamante para se saber se está simulando ou não, ao fundamento de que a perícia vulneraria os direitos da personalidade, que são direitos humanos fundamentais (art. 11 da Lei Orgânica do Poder Judicial). (AROSHENA, 2007)

A influência da personalidade ou subjetividade da vítima em relação ao dano alegado não deixou de ser cogitada pela doutrina brasileira. Caio Mário da Silva Pereira fala das vítimas que possuem “uma receptividade excepcional para o dano”; vítimas que são portadoras de “síndromes desfavoráveis ou taras latentes” e aquelas nas quais existe um “estado patológico anterior à lesão”, como fatores que podem interferir na responsabilização. (PEREIRA, 1999, p. 80-81)

Em muitos casos, o trabalho, como no exemplo citado de Dejours, não atua como causa do adoecimento, mas como contingência.

A lógica modal aristotélica oferece alguns subsídios para que o Direito enriqueça sua perspectiva na análise da genealogia do sofrimento psíquico na medida em que, dentre as categorias do possível, do impossível e do necessário, acolhe o contingente como uma das possibilidades do ser.

Na linguagem de Aristóteles, o contingente opõe-se ao necessário. A expressão “É contingente que p”, onde “p” representa uma proposição, é considerada em lógica como uma das expressões modais, ou seja, a contingência é uma possibilidade de que algo seja e de que algo não seja. (MORA, 1982, p. 81) Sofrimento e trabalho são, portanto, fenômenos que podem ocorrer juntos, paralelamente, sem que um seja necessariamente causa do outro.

Na literatura lógica clássica, a contingência significa que existe algo além do verdadeiro e do falso, da causa e da consequência, e que “nem toda a verdade pode ser dita”. É a tese de São Tomás, segundo a qual o contingente é aquilo que pode ser e não ser, onde o “ser contingente opõe-se ao ser necessário”. (MORA, 1982, p. 81)

Naomar de Almeida Filho e Denise Coutinho, ao dissertarem sobre a contingência no âmbito da estrutura lógica de Aristóteles, esclarecem sobre a etimologia:

O latim imperial registra o uso de *contingens*, participio presente de *contingere*, que significa “tocar, atingir”. Daí resvalou para “acontecer por acaso”. O adjetivo surge com o sentido de “que acontece, mas não necessariamente”, desenvolvendo-se em filosofia como o “não-essencial”. (ALMEIDA FILHO; COUTINHO, 2007, p. 99)

Como, à luz de umnexo causal, ou concausal, condenar o empregador a indenizar o empregado por um sofrimento psíquico se as condições de trabalho estão de acordo com o Direito vigente, e o sofrimento poderia eclodir, como contingência, em qualquer lugar, em casa, na rua, no engarrafamento do trânsito e sob os mais diversos fatores, como as relações familiares, a segurança pública, o transporte, a prestação estatal de serviços essenciais, etc...?⁹

O Direito do Trabalho, se optar por esse caminho, não estará agindo pedagogicamente ou mesmo colaborando com a diminuição de patologias mentais, mas implementando a sua disseminação, transformando o sofrimento mental em objeto de mercancia e lucro.

Os manuais epidemiológicos, ao falarem de “multicausalidade”, não esclarecem sobre a complexidade da doença mental, mas sobre sua complicação.¹⁰

No Brasil, o manual de procedimentos para as doenças relacionadas ao trabalho, elaborado pelo Ministério da Saúde, indica três categorias de doenças relacionadas com o trabalho, conforme relação de Schilling. A doença mental faz parte do inciso III: “Trabalho como provocador de um distúrbio latente, ou agravador de doença já estabelecida.”

Sobre isso, Lincoln José Cueto de Almeida faz a seguinte observação:

Reitera-se que até o ano 2020, a depressão, enquanto diagnóstico sintomático, será a principal causa de afastamento do trabalho, ainda que não seja considerada uma

⁹ O TST, no AIRR-1162740-98.2005.5.09.0651, da relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, publicado em 10.08.2007, manteve decisão regional que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral de trabalhador que alegou depressão por ter sido dispensado. Entre os argumentos do Colendo TST, destaca-se que a dispensa foi lícita. Ou seja, significaria autêntica contradição condenar alguém por ter agido conforme o direito.

¹⁰ “Como tal, a expressão ‘multicausalidade’ não indica qualquer aumento substancial do nível de complexidade. Multiplicar causas e/ou efeitos em algum modelo explanatório não resolve as limitações fundamentais do causalismo, e nada nos diz em relação à natureza potencialmente rica e diversa das funções de risco (VINEIS, 1997). Tal abordagem, ainda no sentido preciso, porém restritivo dos manuais epidemiológicos, refere-se exclusivamente à complicação, e não à complexidade.” (ALMEIDA FILHO; COUTINHO, 2007, p. 110)

enfermidade diretamente consequente a ele, mas sim agravada e decorrente de uma situação prévia latente, preexistente. Abre-se uma interrogação com relação ao que de fato sustenta esta probabilidade estatística no sentido de que, não sendo o trabalho a razão mais direta da previsão, mas sim uma consequência, quais fatores de adoecimento prévio - como preconiza a classificação de Schilling - contribuirão para uma realidade tão contundente assim esperada?¹¹

De outro lado, se a depressão se tornar mesmo a principal causa de afastamento do trabalho em todos os ramos e profissões, as pesquisas psicopatológicas cairiam na seguinte aporia: se todos sofrem, ninguém sofre.

A complexidade da doença mental, portanto, demanda a inserção doutrinária de mais uma hipótese excludente de responsabilidade civil. Proponho chamá-la de nexo contingente.

Ainda que a doença mental decorra de causas latentes, e o Direito do Trabalho atue na preservação de condições de trabalho seguras e saudáveis, as reflexões de Dejours também convidam o Direito a refletir sobre as condições de possibilidade de um trabalho absolutamente sem risco para a saúde mental. Existiria um ambiente de trabalho com risco zero? Será que as ciências conexas sabem o que é um ambiente de trabalho 100% seguro, 100% saudável, de forma a legitimar o sistema jurídico a proferir condenações quando se alega que a doença mental decorreu das condições de trabalho? O que é um ambiente totalmente saudável? Ele existe?

O *caput* do artigo 3º da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, afirma que

a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

O inciso XXII do artigo 7º da CF/88, por outro lado, afirma que são direitos dos trabalhadores, entre outros, que visem à melhoria de sua condição social: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Sebastião Geraldo de Oliveira esclarece que a redução de riscos à saúde, inclusive à saúde mental, consubstancia um princípio constitucional que atua como “mandamento de otimização”. (OLIVEIRA, 2010, p. 125)

Ou seja, um ambiente de trabalho totalmente seguro e saudável é um objeto infinito de aproximação, que se aperfeiçoa na medida em que o Direito incorpora o desenvolvimento e descobertas das ciências, o que é sempre provisório.¹²

¹¹ ALMEIDA. Disponível em: <<http://www.comunicacaoesaude.unb.br>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

¹² Em outros termos: “A proteção à saúde como estratégia, por vários ângulos de análise, é logicamente impossível, apesar de historicamente ter sido construída como campo de prática plausível. Seu modelo é o controle e a intervenção requerida, o experimento. Tal modalidade - o impossível - deve ser tomada em sua estrutura lógica, não significando com isso que não exista. Apenas que controle e experimento não são realidades em si, mas realidades linguísticas não-encontráveis nas condições efetivas da pesquisa ou da

E partindo desse pressuposto, o Direito do Trabalho, nas respostas que oferecer, deve desconfiar das aproximações psicopatológicas que concentram a atenção em assessorar condenações, como se o complexo panorama da doença mental pudesse consubstanciar “dívidas subjetivas”, monetariamente saldáveis.¹³

3.4. A responsabilidade do sujeito

No quadro das divergências da “psi”, uma outra questão que desafia o Direito do Trabalho é se posicionar a respeito da responsabilidade do trabalhador nas queixas de doença mental.

A psicopatologia diz que psiquiatria social nasceu com um referencial marxista. Fala-se, assim, de “determinantes sociais” da doença mental, ou que “o sofrimento psíquico ou as expressões da personalidade são sociais, porque resultam da atividade histórica dos seres humanos, criadores e criaturas de determinada organização social [...]”. (MESSIAS, 2010, p. 143)

Antes de Le Guillant, a concepção já se encontrava em Georges Politzer, com o entendimento de que as condições sociais regulam a vida mental, sendo o pensamento um fenômeno social. (POLITZER, p. 145)

Essa é uma visão determinista do marxismo ortodoxo, da consciência determinada pela existência, da superestrutura determinada pela infraestrutura, que Boaventura Souza Santos chegou a chamar de “metáfora topográfica”. (SANTOS *apud* SOUZA JÚNIOR, 1985, p. 85)

Agostinho Ramalho Marques Netto afirma que tal interpretação que se faz de Marx não procede, resultando de um pinçar de trechos isolados da obra *Ideologia Alemã*. Em relação à afirmação fatalista da história, afirma que Marx disse exatamente o contrário, ou seja: “A História nada faz. É o homem, o homem real, o homem vivo, que faz, que possui, que combate.” (MARQUES NETTO, 1982, p. 31)

Roberto Lyra Filho chamou essa dialética de periférica, ou seja, a dialética não é somente um enlace de perspectivas (no caso o trabalhador condicionado pelo trabalho e vice-versa), encontrando-se em cada um dos polos. (LYRA FILHO, 1982, p. 24-25)

intervenção; tal como os eventos contingentes, são realizados e somente então reconhecidos por seus efeitos. Em termos lógicos, “o que não cessa de não se escrever” se impõe (não cessa) e, ao mesmo tempo, por escapar ao simbólico, não se escreve. Rigorosamente, um experimento nunca pode ser reproduzido, é único, podendo, sim, ao ser replicado, constituir série. Ademais, tal replicação nunca se dá conforme o planejado, posto que a situação do laboratório não tem com a vida outra relação senão de verossimilhança. É por esse motivo que Lacan define o Real, registro do impossível lógico, como “o que não cessa de não se escrever”; por mais que ensaiemos, jamais a realidade do experimento corresponderá ao real do evento.” (ALMEIDA FILHO; COUTINHO, 2007, p. 128-129)

¹³ Célio Garcia cita uma experiência extremada no caso de assédio sexual, que não deu certo. “A vítima acusava o parceiro declarando, diante da justiça, absoluta isenção. O livro de Frederick Crews, que reúne uma série de artigos sobre a matéria, inicialmente publicados no New York Review of Books, documenta processos de filhos, levando à barra dos tribunais pais e/ou adultos acusados de assédio sexual ou ultrajes na infância, tudo obtido à recuperação de lembranças, por ocasião de análise ou outro meio de investigação da memória.” (GARCIA; FERREIRA (Orgs.), 2002, p. 61)

É conhecida a terceira das teses sobre Feuerbach, segundo a qual as circunstâncias fazem os homens tanto quanto os homens fazem as circunstâncias. (MARX; ENGELS, 1998, p. 100). No entanto, segundo Leandro Konder, no final da tese Marx aduziu a autotransformação (*Selbstwerränderung*), que significa a capacidade de se questionar internamente a subjetividade, que foi esvaziada pelo stalinismo. Assim, a consciência foi delegada a “uma instância externa, objetiva”, no caso a direção do partido. E o comissário era “um sujeito que, em nome de ações necessárias a libertar outros sujeitos, atuava no sentido de reduzi-los à condição passiva de objetos”. (KONDER, 1988, p. 41)

Esse referencial, até hoje presente nas pesquisas psicopatológicas, corresponde a uma leitura estruturalista do marxismo que vigorou nas décadas de 60 e 70 do século passado (Althusser foi um dos principais representantes dessa tendência), no sentido de dissolver o sujeito histórico de sua autonomia, e conceituá-lo como suporte das relações de produção. (MARQUES NETTO, 1994, p. 88)

O enfoque de irresponsabilizar o trabalhador do sofrimento mental em razão de “determinantes” sociais, a pretexto de proteger, priva o trabalhador de sua subjetividade, tornando-o mero sujeito passivo de inexoráveis substantivações mentais.

Se a doença mental é reflexo de agentes externos, além do trabalho, teríamos outros fatores, como, por exemplo, o acesso a bens e serviços essenciais, a educação, o transporte, o saneamento básico, o lazer, a renda, cada um desses agentes determinando síndromes mentais dos mais variados nomes.

À evidência, existe alguma coisa errada nessa lógica reducionista.

Originalmente, coube à hermenêutica heideggeriana da existência, centrada no processo circular do conhecimento, o abandono do paradigma idealismo-realismo, sujeito-objeto, o que foi perflhado por toda a hermenêutica filosófica que se seguiu, de H. G. Gadamer a Paul Ricoeur, passando inclusive pelo eixo procedimentalista de J. Habermas e A. Garapon, sempre contrários “ao gozo passivo de direitos” e a “uma justiça da salvação”, com a “redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos clientes de um Estado providencial”. (VIANNA, 1999, p. 23-24)

A noção de círculo hermenêutico, do sujeito como parte do objeto, implica que o trabalhador, no mínimo, é corresponsável por suas queixas. No mesmo viés, a ideia da “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, de Peter Härberle, para quem o cidadão, na atualização da Constituição, não só cointerpreta a norma, como também atua como pré-intérprete, produzindo uma interpretação constitucional antecipada. (HÄRBELE, 1997, p.13-14) O cidadão, portanto, quando questiona a Constituição e sua materialização, questiona a si próprio. E fazendo um paralelo do trabalhador cidadão, com o trabalhador queixoso de sofrimento psíquico, cito Quinet: “[...] a retificação subjetiva de Freud consiste em perguntar ‘qual é sua participação na desordem da qual você se queixa?’” (QUINET, 1991) Observa-se, aqui, uma aproximação evidente entre a hermenêutica filosófica, a hermenêutica constitucional e a psicanálise.

Não se desconhece que tanto o sujeito da filosofia quanto o sujeito do direito consubstanciam o sujeito cartesiano, do “penso, logo existo” e que o sujeito da psicanálise é outro, o sujeito do desejo, assim enunciado por Lacan: “Penso onde não sou, portanto sou ali onde não penso.” (LACAN, 1988, p. 521) A descoberta do inconsciente promoveu um abalo nesse sujeito da consciência, que fala do sujeito cognoscente que controla a si e o mundo que o cerca. O que resta ao direito e à filosofia quando se descobre que o sujeito não é mais senhor de si? O cogito

torna-se um conceito ferido, humilhado.¹⁴ O debate, entretanto, não instiga uma visão unificadora das perspectivas, que não existe, mas aponta para um caminho paralelo, pois o sujeito de desejo inconsciente, o sujeito da psicanálise, só será sujeito, se estiver juridicamente marcado. Sem Lei, inclusive pela anterioridade simbólica do Nome-do-Pai, não há desejo. (SILVA, 2003, p. 23)

O enfoque que diz querer o bem, que tenciona proteger o semelhante, apontando o trabalhador com um ser vitimizado, psicologicamente frágil, com quadros psíquicos “determinados” por forças sócias externas, produz efeito contrário, sendo incompatível com o pensamento jurídico contemporâneo.

Geneviève Koubi, jurista francesa, ao analisar o sofrimento psíquico no âmbito do assédio moral no trabalho, posiciona-se da seguinte forma:

O pensamento crítico desconfia, portanto, do enfoque compassivo que consiste em retirar do indivíduo sua relação com o outro, reduzindo-o progressivamente a um ser fragilizado, fraco e vulnerável, levando-o a solicitar a assistência e o socorro de associações, e de juizes para lutar contra os fenômenos do assédio de que é objeto ou para escapar das situações de assédio que vivencia. (KOUBI, 2006, p. 18)

Michel Rosenfeld enxergou algumas afinidades entre o sujeito constitucional e o sujeito da teoria psicanalítica de Sigmund Freud e de Jacques Lacan. Menelick de Carvalho Netto, no prefácio do estudo, afirmou:

Para a maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais, sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores [...]. (CARVALHO NETTO. Prefácio. In: ROSENFELD, 2003, p. 14)

A crítica que parte da doutrina trabalhista faz a essas aproximações diz respeito ao fato de o Direito do Trabalho regular relações onde existe um desequilíbrio estrutural de forças. O empregado se encontra subordinado ao empregador numa equação de exploração da força de trabalho. O receio é que a psicanálise seja utilizada como instrumento do capital, ou como uma técnica de adaptação do trabalhador a condições desumanas de trabalho, que permaneceriam inalteráveis. Entretanto, essa observação reflète a dificuldade de o Direito do Trabalho compreender que a hipossuficiência econômica não é sinônimo de hipossuficiência mental, e que a opção pela responsabilidade do sujeito não é antagônica à defesa intransigente de condições de trabalho dignas.

¹⁴ Segundo Paul Ricoeur, esse momento de descentramento do sujeito é provisório e não impedirá um novo centramento. Segundo o filósofo, a psicanálise fere o cogito e ao mesmo tempo lhe preserva a vida, o que se concretiza pelo trabalho da interpretação, ou seja, é possível um reapossamento do sujeito pela via da interpretação. Interpretar é preencher um vazio. É deixar de ser terra do outro. (VIDAL, 2003, p. 125)

3.5. O juiz convocado a sofrer

Poucas intervenções que se apresentam em nome da psicanálise têm promovido um giro no debate do nexo causal, acrescentando o juiz como portador de um “sofrimento”.

Com o processo de redemocratização, não se estabeleceu no Brasil, nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 160), um juiz “asséptico”, “sobre-humano”, identificado acima dos conflitos sociais e pessoais. Assim, falar que o juiz sofre não tem nada de inusitado.

A questão é o tom dramático e o alarde feito por alguns operadores da “psi”, que, embaraçados com a incumbência de auxiliar a Justiça, acabam criando um pavoroso cenário de amargura e padecimento dos protagonistas da justiça.

Cyro Marcos da Silva, há mais de 10 anos, anteviu a tendência de alguns excessos da psicanálise na medida em que, ao se aventurar na difícil interlocução com o Direito, acaba por constituir novos sofrimentos no campo jurídico, “um excesso, um derrame, uma hemorragia” de sofrimentos, como que pretendendo “calçar o jurídico com botas psi apertadas”. (SILVA, 2003, p. 123)

Aqui, o exercício da função jurisdicional é retratado como um martírio, uma penúria, com dores morais insuportáveis das partes, das testemunhas e do juiz. Uma verdadeira tragédia:

[...] uma jovem mãe amamentando em audiência seu filho com um mês de vida e dizendo que precisa deixar o emprego porque não tem ninguém que fique com seus três filhos; marido desempregado [...] Sensibilizado, o juiz, que tem um filho pequeno em casa, me diz que uma situação como essa lhe angustia muito; [...] mãe desesperada porque perdeu seu jovem filho, quando este fazia o carregamento de um elevador da empresa que se desprende e o esmagou. Situação difícil para qualquer juiz que, mesmo fazendo com que o empregador assumira o que é de sua responsabilidade, sabe que é impossível haver uma resposta suficiente para o desespero de uma mãe que se vê diante da perda de seu verdadeiro objeto de amor; [...] empregador falido, mas que tentando apresentar uma masculinidade impotente, chora em audiência, absolutamente constrangido, ao ser informado de que terá quitar sua dívida trabalhista, mesmo sem condição para isso. Situação que deixa claro o sofrimento de um homem que se vê na posição feminina [...]; [...] audiências em que casos amorosos de difícil solução entre padrão empregado chegam ao Judiciário [...]; [...] pedófilo que traz horror a uma juíza ao descrever o que fazia, como empregado de uma igreja, às criancinhas [...]; casos submetidos à juíza “de inédito manejo”, iniciando-se um contato com as partes, que envolve muito sofrimento; [...] testemunha agarrada ao corrimão da escada, em pânico”; a subjetividade toca o juiz que continua acompanhando o processo mesmo após a sentença; se a sentença é mantida pelo tribunal talvez fique a eterna dúvida do porquê foi capaz de convencer tão bem a turma de desembargadores, já que nem ele mesmo estava tão confortável com sua decisão; o juiz tem seus pontos de vulnerabilidade [...] e muitas vezes ele se angustia; ele é solicitado a decidir mesmo com suas dificuldades; jovem mulher [...] que se suicida. (ALBUQUERQUE, 2010, v. 51, n. 81, p. 437-438)

Em outro estudo, o psicanalista Antonio Beneti diz que “Os juízes me relatam o sofrimento corporal, o cansaço, as dores, a exaustão, a depressão, corpos em sofrimento.” E que o juiz em certas audiências

[...] responde através de sua subjetividade, em ato, enquanto igual, humano, rompendo e desvestindo-se de seu semblante, de sua toga; fora do código jurídico. Temos aí então uma situação onde dois sujeitos emergem, o juiz e o trabalhador reclamante. Contudo, são ambos reclamantes, trabalhadores. (BENETI, 2010, v. 51, n. 81, p. 450-451)

No seminário de 69/70, Lacan introduz o conceito de discurso como promotor do laço social. Naquele que define como o da histeria, o que o sujeito histórico apresenta ao outro é a sua própria divisão subjetiva, o seu sintoma como enigma a ser decifrado. Dessa forma, o discurso histórico promove o outro à condição de mestre, incitando-o a produzir um saber sobre o seu sintoma. O Direito encerra uma dessas possibilidades de ser eleito como o operador do discurso do mestre. Todavia, o discurso histórico, em face de sua divisão subjetiva, encontra-se em dupla função, promover o saber científico e apontar a sua falha, ou a sua impossibilidade enquanto saber. E ao destituir o mestre de seu saber, o discurso histórico não pretende o seu lugar, mas como diz Lacan: “[...] ele quer um mestre sobre o qual possa reinar”. (TEIXEIRA, 1991, p. 24-25)

Esse Outro que a histórica/histórico pode vir a escolher é sempre um local do gozo de direitos insatisfeitos, ora é forte e supremo, ora é fraco e doente, sempre decepcionante em relação às expectativas.

O histórico procura - e sempre encontra - os pontos em que seu semelhante é forte e abusa dessa força para humilhá-lo, e os pontos em que seu semelhante é fraco e, por essa fraqueza, suscita a compaixão. O histórico identifica em outrem, com uma percepção muito aguçada, o sinal de um poder humilhante que o torna infeliz, ou de uma impotência comovente de que ele se apieda, mas é incapaz de remediar. [...] Dotado de aguda sensibilidade perceptiva, ele detecta no outro a menor falha, o menor sinal de fraqueza, o mais íntimo indício revelador de seu desejo. Mas, à semelhança de um olhar penetrante que não se contenta em varar e transpassar a aparência do outro para encontrar ali um ponto forte ou uma brecha, o histórico inventa e cria aquilo que percebe. [...] O mundo do histórico é um mundo infantil, composto de poderosos e impotentes, fortes e fracos, moços e velhos, atletas e deficientes. (NASIO, 1991, p. 16-17, 123)

Esse é também o mundo das audiências trabalhistas, sob o olhar do discurso histórico.

Segundo Quinet, Lacan elevou a histeria a uma forma de laço social, ou seja, para além do tipo clínico e seus sintomas, elegendo-a como uma forma de as pessoas se relacionarem. (QUINET, 2005, p. 185) Fala-se, assim, em histericização da vida social, ou seja, um *link* relacional, presente em todas as conversas, em todas as instâncias da vida comunitária.

O histórico, ou histórica, segundo Christopher Bollas, induz o outro a revelar seus pensamentos privados, propondo uma troca quase que mediúnica, sendo a

traição a regra do jogo: “O histérico conduz o outro à crença a fim de quebrá-la ante os olhos dele.” (BOLLAS, 2000, p. 86, 214)

Para capturar o outro, o discurso histérico é sempre ambíguo, possuindo dois ou mais sentidos. Não se sabe se está querendo edificar ou destruir, elogiar ou mal dizer, sempre instigando o outro a uma reação, à produção de algum saber. No dito popular, seria “cutucar a onça com vara curta”. Ou “Mostre-me se você é corajoso”. E quando vem a resposta, o discurso histérico geralmente contrapõe com um pedido de reparação: “Quem? Eu? Não foi isso que eu quis dizer.” É a fala da vitimativa, sempre fazendo o outro desejar, pois deseja o desejo do outro, inclusive o desejo de saber. Demanda, enaltece e desbanca o saber do mestre. Como uma bola de vôlei, levanta o saber para depois cortá-lo. (QUINET, 2005, p. 181-185) O discurso histérico, diz Lacan, “[...] é o inconsciente em exercício que põe o mestre contra a parede de produzir um saber”. (LACAN *apud* SOLER, 2005, p. 42) A psicanálise nasceu da histeria, do clássico caso Anna O. Mas a histeria não se contentou com a resposta freudiana, continuando a fornecer novos sintomas para os cientistas, provocando a produção de novos saberes na medicina, na neuropsiquiatria, na psicopatologia, pondo todo mundo para pensar, vindo daí as infundáveis síndromes. O que não se esperava é que a histeria lograsse transmitir suas vestes para certo viés da psicanálise, e esta, transvestida, viesse a provocar, agora no Direito, o desejo de produção de algum saber.

Como o Direito não atua nessa área, nem é analisado, seria o caso de o psicanalista voltar ao divã.

A psicanálise tem produzido algumas iniciativas de como se relacionar com o Direito. Menciona-se, historicamente, o texto de Freud, “A psicanálise e o estabelecimento de fatos em matéria judiciária.” (FREUD, 1959, p. 81-93) Contudo, estender a clínica para outras manifestações do fenômeno humano sempre foi algo difícil.

Charles Melman, ao ser questionado se, afinal de contas, era a favor do patriarcado e contra o matriarcado respondeu: “De jeito nenhum sou defensor do patriarcado! Simplesmente estou na posição de analista, logo, em posição de expor um certo número de fenômenos. É só. Não tenho nem que atacar nem que louvar essas evoluções que constato.”

Ou seja, não é a favor nem contra, nem aponta caminhos, ficando difícil sair da clausura.

Célio Garcia construiu uma ponte de aproximação entre os dois saberes. Aponta três direções para a psicanálise: como método de investigação, como terapêutica e como teoria geral do fenômeno humano. Neste último caso, afirma que a psicanálise pode estar implicada em outros discursos com os quais ela se confronta além da clínica propriamente dita. Se valendo da ficção que fundamenta a primeira constituição histórica em Kelsen, vai propor o Direito e a Psicanálise atuando como “operadores do simbólico”. Ressalta, na proposta, e no campo do Direito de Família, a importância da

[...] dimensão simbólica do Juiz, que deve ser percebida como um enunciado em nome da Lei para alguém cuja figura de pai - ausente e inexistente - deixou falhas na história do Sujeito, no estabelecimento da Lei. (GARCIA, 2004, p. 2-16).

Soa, portanto, paradoxal, que a psicanálise, justamente ela, agora no campo do Direito do Trabalho, apresente-se como desconstrutora do simbólico, voz da histeria, desenhando um campo jurídico caricatural, com juízes (pais simbólicos) incapazes de regular relações, caindo aos pedaços nas salas de audiência, sofrendo aos quatro cantos, medrosos em decidir, covardes, horrorizados, a ponto de, nas audiências, abdicarem da jurisdição na sua dimensão simbólica de reguladora das relações.

Um juiz que “desveste sua toga” nas audiências, atuando “fora do campo jurídico”, certamente não é juiz.

E é justamente isso que o discurso histórico almeja: colocar o mestre na parede, destituí-lo do seu saber. Se nas audiências o advogado não existe, as partes estão destroçadas, as testemunhas paralisadas, e o juiz angustiado, pensando nos filhos que ficaram em casa, como estariam os psicanalistas que observam tudo isso? Certamente, seriam os únicos no controle, como diz Lacan, “reinando” sobre o discurso jurídico, sobre o mestre.

Imaginem, nessa leitura, o psiquiatra/psicólogo/psicanalista diante do relato de seu paciente, o médico cirurgião recebendo o motorista acidentado, o pediatra na emergência do hospital, o comandante do voo enfrentando uma tempestade transitória, todos “horrorizados”, “angustiadados”, “sofrendo muito”, “desvestindo-se” da simbologia do ofício escolhido, “com dificuldades” de intervir. Certamente, teriam que procurar outra profissão.

Melhor seria que a psicanálise aqui estivesse, na imagem de Jean de Munck, como uma “passageira clandestina”, o que também não é o caso, porquanto entrou às claras, pela porta da frente, e acabou sabotando o seu discurso inato.

Prevalecendo a disputa entre os domínios conexos em busca do monopólio sobre todo e qualquer assunto relacionado com o sofrimento psíquico, a jurisdição trabalhista poderá assistir a um vale-tudo, em que cada especialista produzirá estudos desautorizando o perito nomeado pelo juiz que atuou em determinada reclamação trabalhista. A insurgência, ao final, destinar-se-á à jurisdição, ao processo, ou, em linguagem psicanalítica, à “metáfora paterna”, ao pai simbólico em sua dimensão significante, instância que os psicanalistas diziam tanto prezar. No legítimo exercício da liberdade de expressão, as ciências que o Direito do Trabalho tem solicitado auxílio passariam a constituir nas suas instituições, inclusive acadêmicas, ou nas suas associações de classe, espécies de “tribunais de exceção”. Os casos originalmente submetidos a julgamento pela Justiça seriam novamente “sentenciados” em decorrência de uma “indevida” intromissão, seja do Poder Judiciário, seja da corrente contrária, naquilo que cada enfoque entende ser sua reserva de mercado da doença mental ou seu monopólio. O fenômeno está aí, incipiente, em formação, e pode ser visto. Possui como substrato a crescente judicialização da vida social que, agora, alcançou o sofrimento psíquico. Quando se fala de processo judicial, segundo Chiovenda “[...] em caso algum a opinião do perito poderá substituir-se à do Juiz, vinculando-lhe juridicamente a convicção”. (CHIOVENDA *apud* SANTOS, 1982, p. 347) É a regra do artigo 436 do CPC, que marca a independência do juiz e o Estado Democrático de Direito. O postulado, aceito pelas disciplinas que historicamente colaboram com o Direito, vem sendo rejeitado por algumas correntes da área “psi”, cujos representantes, apesar de não terem atuado como peritos nas

reclamações trabalhistas, delas tomam conhecimento e não se conformam com a resposta dada pelo Judiciário. A norma fundamental kelsiana “deverás obedecer” [...] não se lhes aplica. É necessário que cada ponto de vista se sobreponha ao outro, inclusive à coisa julgada, nem que para isso seja necessário desacreditar o juiz e o processo judicial. Se a contenda por hegemonia continuar, a ponto de a psicanálise renunciar seu referencial teórico, poderemos testemunhar uma aproximação entre correntes do pensamento originalmente antagônicas. Cada enfoque, a seu modo, e por razões diversas, se uniriam no futuro, fomentando um processo do trabalho “desestabilizado” e um juiz fragilizado, cuja salvação estaria em pedir socorro ou se filiar aos pressupostos teóricos que sustentam seus defensores.

Num texto de 1912, intitulado “Conselho ao Médico para o tratamento psicanalítico”, Freud adverte que de nada adianta àquele que demanda análise ler toda uma biblioteca: “Por esse motivo preferimos também que os pacientes não leiam durante o tratamento nenhuma obra psicanalítica”. (FREUD, 1959, p. 548-549) Cyro Marcos da Silva também aconselha ao profissional do direito: devorar teoria seria como iludir a fome com a leitura de cardápios, sendo indispensável a experiência do inconsciente. (SILVA, 2003, p. 126) Portanto, se o juiz pensa que necessita de ajuda, ou de análise, deve procurar o profissional de sua confiança. É inócua, para seu bem-estar, permitir a exposição de suas confidências, a não ser que, de fato, não esteja experimentando sofrimento algum, teatralizando sua vida diária, ora como ator, ora como espectador de si mesmo, em publicações jurídicas, ajudando a destruir a simbolização da sua própria profissão.

4. CONCLUSÃO

O reconhecimento pela Previdência Social de doenças mentais ou quadros de sofrimentos psíquicos decorrentes do trabalho não se vincula ao Direito do Trabalho.

Poderá o empregador, ao se defender em reclamação trabalhista, produzir prova da não-configuração do nexa causal, demonstrando as hipóteses das excludentes do nexa, ou seja, culpa exclusiva da vítima (ou fato da vítima), caso fortuito ou de força maior e fato de terceiro.

Em decorrência da complexidade da doença mental, sugere-se a inserção doutrinária do nexo contingente como mais uma hipótese excludente de responsabilidade civil.

Os diversos referenciais teóricos que tratam da doença mental e suas relações com o trabalho colocam o Direito do Trabalho em posição privilegiada, pois possibilitam as aproximações e distanciamentos com os enfoques que melhor atendam à finalidade garantista de ambientes de trabalho sadios e seguros. A perseguição de ambientes sadios, no entanto, não exime o Direito do Trabalho de questionar, diante do caso concreto, até que ponto o empregado é ou não responsável por sua queixa, pois não existe sinonímia entre hipossuficiência econômica e hipossuficiência psíquica.

Da mesma forma que existe uma magistratura do trabalho, existe, conectada a ela, uma magistratura do sujeito, ambas jurídicas, inseparáveis.

ABSTRACT

The present article has two main objectives. The first one is to use the contributions that psychopathology, psychoanalysis and psychiatry have offered to the discussion about the causes of mental illness in work environment, to build an own theoretical framework to Labor Law. The second purpose is to discuss the compatibility of the search for healthy and safe workplaces with the questioning of the worker's responsibility for the complaints of mental suffering.

Keywords: *Mental illness. Causal link. Psychopathology of work. Psychoanalysis. Psychiatry. Labor law.*

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Judith Euchares Ricardo de. Considerações sobre a saúde mental do trabalhador. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=821#>. Acesso em: 9 abr. 2011.
- _____. Minha experiência como psicanalista do centro de direito e psicanálise da Escola Judicial do TRT de Minas Gerais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 437-441, jan./jun.2010.
- ALMEIDA, Lincoln José Cueto de. Afastamento por transtornos psiquiátricos em servidores públicos estaduais do Tocantins entre 2006 e 2008. (Dissertação de Mestrado). Disponível em: http://www.comunicacaoesaude.unb.br/fs/demo/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=71. Acesso em: 9 abr. 2011.
- ALMEIDA FILHO, Naomar; COUTINHO, Denise. Causalidade, contingência, complexidade: o futuro do conceito de risco. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1): 99, 2007.
- AROCHENA, José Fernando Louzada. *La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral*. *Evocati Revista*, n. 18, 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=123>. Acesso em: 1º maio 2011.
- BARRUTIA, Mikel Urrubikoetxea. *Reflexiones en torno a la prevención de los riesgos psicosociales*. *Revista de Derecho Social*. Ediciones Bomarzo, n. 39.
- BENETI, Antonio. Os juízes e o sofrimento no trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 449-452, jan./jun.2010.
- BERTOLINI, Eduardo Reche; GUIMARÃES, Michele Hidemi Ueno; CHIAVASSA, Renato; GENESINI, Tereza. Disponível em: <<http://www.psicanaliseselacanianana.com/estudos/depressao.html>>. Acesso em: 9 abr. 2011
- BOLLAS, Christopher. *Hysteria*. São Paulo: Escuta, 2000.
- BRESCIANI, Stella; SEIXAS, Jacy (Orgs.). *Assédio moral: desafios políticos, considerações sociais, incertezas jurídicas*. Uberlândia: EDUFU, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Nexo técnico epidemiológico e seus efeitos sobre a ação trabalhista indenizatória. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p.143-153, jul./dez.2007.

- DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Cortez - Oboré, 1992.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. II.
- FONSECA, Eduardo Giannetti. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- FREUD, Sigmund. *Conselho ao médico para tratamento psicanalítico*. Rio de Janeiro: Delta, 1959. v. VI. (Obras completas de Sigmund Freud).
- _____. *A psicanálise e o estabelecimento de fatos em matéria judiciária*. Rio de Janeiro: Delta, 1959. v. VII. (Obras completas de Sigmund Freud).
- GARCIA, Célio. *Psicologia jurídica: operadores do simbólico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GARCIA, Célio; FERREIRA, Maria do Carmo Duarte (Orgs.). *Psicanálise, psicologia, psiquiatria e saúde mental*. Interfaces. Belo Horizonte: Ophicina de Arte & Prosa, 2002.
- GARCIA-ROSA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- GARCIA SIVA, J. A. Lopez; RIVERA Y REVUELTA, J.L. Gonzales. *La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, p. 1.699-1.705, 2003.
- HÄRBELE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralística e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.
- _____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- JACQUES, Maria das Graças O. *Acidentes e doenças ocupacionais: implicações psíquicas*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Brasil, 2006.
- JULIEN, Philippe. *Psicose, perversão, neurose: a leitura de Jacques Lacan*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.
- KONDER, Leandro. *A derrota da dialética*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.
- LIMA, Maria Elizabeth Antunes. A psicopatologia do trabalho. *Psicol. Cienc. Prof.*, Brasília, v. 18, n. 2, 1998. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931998000200003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 9 abr. 2011.
- _____. Transtornos mentais e trabalho: o problema do nexos causal. *Revista de Administração da FEAD-Minas*, v. 2, n. 1, jun. 2005.
- LYRA FILHO, Roberto. *Carta aberta a um jovem criminólogo*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*. Conceito, objeto e método. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. Sujeitos coletivos de direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à psicanálise? *Revista de Direito Alternativo*, n. 3, 1994.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço; entrevistas por Jean-Pierre Lebrun*. Companhia de Freud, 2003.
- MILLER, Jacques-Alain. *Lacan elucidado: palestras no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 5. ed., Lisboa: Dom Quixote, 1982.
- NASIO, J. D. *A histeria: teoria e clínica psicanalítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PESSOA, Fernando. *O cancionero*. Obra poética. Rio de Janeiro, 1976.
- POLITZER, Georges. *Princípios fundamentais de filosofia*. São Paulo: Hemus, s/d.
- QUINET, Antonio. *As 4+1 Condições da Análise*. Rio de Janeiro: JZE, 1991.
- _____. Histerias. *Revista da Sociedade Psicanalítica do Rio de Janeiro*, v. IV, n. 1 e 2, 2005.
- _____. *Psicose e laço social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- ROSENFEL, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SAMPAIO, José Jackson Coelho; MESSIAS, Erick Leite Maia de. A epidemiologia em saúde mental e trabalho. In: JACQUES, Maria da Graça; CODO, Wanderley (Orgs.). *Saúde mental e trabalho: leituras*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. IV.
- SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Trabalho e saúde mental na visão da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 51, n. 81, p.489-526, jan./jun.2010.
- SIMM, Zeno. *Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008.
- SOLER, Colette. *O que Lacan dizia das mulheres*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Para uma crítica da eficácia do direito; anomia e outros aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- SOUZA, Terezinha de J. Dias. Contribuições da psicanálise para a perícia trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 51, n. 81, p. 405-410, jan./jun.2010.
- TEIXEIRA, Marcus do Rio. *A feminilidade na psicanálise e outros ensaios*. Salvador: Ágama, 1991.
- TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 46, n. 76, p. 27-44, jul./dez.2007.
- VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Jurisdição e sofrimento mental - O trabalho é simplesmente locus de manifestação ou um fator concorrente ou constitutivo dos transtornos mentais? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p.411-436, jan./jun.2010.

- VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível*. Estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003, 148 f. Dissertação. Faculdade de Direito da UFMG, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. O nexó causal entre transtorno de estresse pós-traumático e trabalho: controvérsias acerca do laudo de uma perícia judicial. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, 34 (120). p. 150-162. 2009. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/rbso/BancoAnexos/RBSO%20120%20O%20nexo%20causal.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES: NOTICIAS DE UNA EVOLUCIÓN EN MARCHA

Xavier Beaudonnet*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. TENDENCIAS RELEVANTES EN EL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

II.1 Ampliación del tipo de disposiciones internacionales utilizadas judicialmente

II.1.a) Del concepto de disposición autoejecutiva al de disposición operativa

II.1.b) El uso interpretativo del Derecho Internacional del Trabajo contribuye también a la ampliación de las disposiciones internacionales susceptibles de ser utilizadas judicialmente

II.2 Una referencia creciente a los pronunciamientos de los órganos de control internacionales

III. BALANCE Y PERSPECTIVAS RESPECTO DEL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO: UNA EVOLUCIÓN EN CONSTRUCCIÓN QUE NECESITA TODAVÍA MAYOR CONSOLIDACIÓN Y COHERENCIA

III.1 La necesidad de una mayor coherencia en la aplicación del derecho internacional del trabajo por parte de los tribunales nacionales

III.2 La ausencia de utilización judicial de ciertos aportes importantes del derecho internacional del trabajo

III.3 Se requiere el máximo rigor jurídico en el uso judicial del derecho internacional del trabajo

IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos 20 años, se está dando una importante evolución respecto de la utilización por los tribunales nacionales del derecho internacional de los derechos humanos en general y del derecho internacional del trabajo en particular.¹ Las investigaciones no exhaustivas llevadas a cabo recientemente por la

* Especialista en normas internacionales del trabajo y legislación laboral de la Oficina de la OIT para los países andinos. El presente artículo, preparado para el VIII Congreso americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevado a cabo en Cartagena de Indias en mayo de 2010 expresa las opiniones personales del autor.

¹ Más allá de que ciertos aspectos del derecho internacional del trabajo (DIT) sí integran la categoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, queremos principalmente resaltar que la dinámica de uso judicial del DIT ha sido impulsada y facilitada por una tendencia más amplia de referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) han permitido identificar casos de uso judicial del derecho internacional del trabajo en más de 60 países.² Unos dos decenios atrás, ejemplos jurisprudenciales de este tipo hubieran sido mucho más escasos, situación que se reflejaba en una atención doctrinal muy reducida.³ Estaba entonces ampliamente admitido que los instrumentos internacionales adoptados en materia laboral se dirigían de manera casi exclusiva a los poderes legislativo y ejecutivo para que desarrollasen su contenido en el derecho interno mientras que la aplicación judicial del derecho internacional del trabajo solo parecía poder darse en casos excepcionales.⁴ Hoy en día, esta percepción ha cambiado radicalmente en muchos sistemas jurídicos del mundo y, con especial vigor, en muchos países de América Latina.

De hecho, no son pocos los ejemplos en donde ha sido el poder judicial el que ha impulsado de manera decisiva la correcta aplicación de ciertos convenios internacionales del trabajo.⁵

Sin embargo, señalar que existe un uso judicial creciente del derecho internacional del trabajo no debe dar lugar a confusiones. Primero, la referencia a fuentes internacionales en la solución de los litigios laborales no deja de ser cuantitativamente marginal y, por la naturaleza del derecho internacional del trabajo (DIT), no dejará de serlo en el futuro. Efectivamente, por definición el DIT tiene un contenido menos detallado y específico que las legislaciones laborales nacionales y, sobretudo, no tiene la finalidad de sustituirse al derecho interno sino el de contribuir a su fortalecimiento. Al mencionar un uso más importante del DIT por parte de los tribunales de muchos países, se quiere sobretudo subrayar la existencia de un impacto creciente de las fuentes internacionales en la resolución judicial de los litigios laborales. De hecho, la referencia a las normas internacionales, aunque dista todavía mucho de ser sistemática, consistente y homogénea, está contribuyendo a evoluciones importantes en materia de derecho laboral tales como

² Para una reseña y un resumen de los casos más interesantes, véase CIF-OIT. *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*. Turín, 2007. Dicho documento es accesible por Internet: <http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Spanish/default.htm>.

³ A modo de ejemplo, en su obra de 1990 sobre la OIT, Geraldo Von Potobsky y Hector Bartolomei De la Cruz dedicaban tan sólo dos párrafos al uso judicial del derecho internacional del trabajo. Véase VON POTOBSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

⁴ A modo de ilustración, en su obra *International Labour Conventions and National Law*, publicada en 1982, Virginia Leary consideraba con poco optimismo la posibilidad de que los tribunales nacionales diesen aplicación a los convenios de la OIT, véase LEARY, Virginia. *International labour Conventions and National Law. The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

⁵ Véanse por ejemplo los casos de Alemania y Italia respecto de la aplicación del Convenio número 100 de la OIT en materia de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres o, en América Latina, la puesta en práctica del Convenio número 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sobre este último punto, véase, OIT. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales de América Latina*. Ginebra, 2009.

la prohibición del despido injustificado en varios países de common law⁶, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el sector público en Canadá⁷, una protección judicial más efectiva contra la discriminación sindical en varios países iberoamericanos⁸, la mayor compatibilidad entre derecho interno y derecho internacional en materia de relaciones colectivas de trabajo en Colombia⁹, o la armonización entre personería gremial y pluralismo sindical en Argentina.¹⁰

Respecto de América Latina, el mayor impacto del DIT a nivel judicial parece estar propiciado tanto por factores jurídicos como por tendencias de carácter más general.¹¹ Desde el punto de vista jurídico, se destaca la creciente apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales al derecho internacional a su vez facilitada por la constitucionalización de los sistemas jurídicos. En cuanto a evoluciones de carácter más general, el fenómeno de globalización económica parece constituir un contexto favorable a la utilización de fuentes internacionales.¹² Estos elementos contribuyen a la progresiva apropiación del monismo por parte de los operadores jurídicos nacionales ya que su efectiva puesta en práctica requiere un proceso largo de asimilación¹³ que supone en particular redimensionar la presunción de no operatividad de los tratados internacionales. Este último aspecto constituye de hecho uno de los importantes desarrollos que se están dando en la utilización judicial de las fuentes internacionales en materia laboral.

En el marco de este artículo, nos centraremos principalmente en analizar algunas tendencias innovadoras que caracterizan actualmente el uso judicial del DIT para poder luego sacar conclusiones y dibujar algunas perspectivas de esta evolución. Conviene notar que si bien en el marco de esta síntesis, mencionaremos

⁶ Véase BEAUDONNET, Xavier (dir.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno, Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Turín, CIF-OIT, 2009. p. 194.

⁷ Véase Corte Suprema de Canadá, *Health Services and Support. Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, 8 de junio de 2007.

⁸ Véanse por ejemplo Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, núm. 38/1981, 23 de noviembre de 1981; Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, resolución núm. 5000-93, expediente núm. 1214-S-93, 8 de octubre de 1993; Corte Suprema de Justicia de Chile, Víctor Améstida Stuardo y otro contra Santa Isabel S.A., 19 de octubre de 2000, expediente núm. 10.695; Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, Sala V, Parra Vera Maxima c. San Timoteo SA conc., junio 14 de 2006, Expte. 144/05 s.d. 68536.

⁹ Véase *infra*, el punto II.2 de este artículo.

¹⁰ Véase *infra*, el punto II.2 de este artículo.

¹¹ Véase BEAUDONNET, Xavier, *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*, op. cit. p. 3.

¹² Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que las relaciones económicas y, por consiguiente, ciertas relaciones de trabajo, se internacionalicen, no influye en la capacidad de los tribunales nacionales de referirse a los instrumentos internacionales analizados en este artículo para resolver los litigios laborales. Las diferentes normas de la OIT y de las Naciones Unidas así como los instrumentos regionales de derechos humanos tienen, en efecto, vocación de ser aplicadas al conjunto de las relaciones de trabajo, sea que éstas contengan o no un elemento de internacionalidad.

¹³ Al respecto, véase MOLINA, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 327.

principalmente casos de uso judicial procedentes de Latinoamérica, no dudaremos en citar sentencias de otros países cuando permitan ilustrar un fenómeno que supera los límites de este continente. Por otra parte, los ejemplos analizados se centrarán principal aunque no exclusivamente en la aplicación judicial de las normas de la OIT.

II. TENDENCIAS RELEVANTES EN EL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el análisis de la jurisprudencia nacional haciendo uso de las fuentes internacionales en la resolución de los litigios laborales, dos evoluciones nos parecen dignas de ser resaltadas por su contribución al fortalecimiento del uso judicial del DIT. Ambas tendencias tienen en común la ampliación de las fuentes internacionales utilizadas por las cortes y tribunales en la resolución de los litigios laborales. En primer lugar, muchos tribunales parecen entender de manera más flexible y pragmática los tipos de disposiciones internacionales que pueden dar lugar a una aplicación judicial. En este sentido, se está relativizando la vieja distinción entre disposiciones supuestamente autoejecutivas y aquellas supuestamente programáticas. Por otra parte, parece extenderse la práctica de tomar en cuenta los criterios pertinentes de los órganos de control internacionales a la hora de aplicar judicialmente las disposiciones de derecho internacional del trabajo.

II.1 Ampliación del tipo de disposiciones internacionales utilizadas judicialmente

A la hora de determinar los aspectos de los instrumentos internacionales susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales, la doctrina solía distinguir entre las disposiciones que tenían el efecto de crear derechos subjetivos directamente exigibles por los sujetos de derecho sin necesidad de un desarrollo legislativo o reglamentario (disposiciones consideradas como autoejecutivas) y aquellas otras disposiciones solicitando a los Estados la adopción de una legislación o de una política general (disposiciones consideradas como programáticas).¹⁴ Hoy en día, la jurisprudencia de muchos tribunales parece haberse vuelto más flexible a la hora de decidir si una fuente internacional puede ser tomada en cuenta en la resolución de los litigios.

En primer lugar, se difunde la idea de que la capacidad de una disposición para resolver directamente un litigio no puede ser determinada in abstracto una vez por todas sino que su operatividad depende también del objeto específico de cada controversia. Por otra parte, la aplicabilidad o no de una disposición internacional depende también del papel atribuido al DIT en la resolución judicial del litigio. En este sentido, la extensión del uso interpretativo del DIT igualmente contribuye a la consideración judicial de disposiciones que anteriormente no hubieran superado el examen de autoejecutividad.

¹⁴ Véase por ejemplo MOLINA, Carlos Ernesto, *op. cit.* p. 230 y p. 262.

II.1.a) Del concepto de disposición autoejecutiva al de disposición operativa

El análisis de la jurisprudencia de varios altos tribunales parece indicar una mayor flexibilidad a la hora de determinar si una disposición internacional puede permitir resolver directamente un litigio o no. Mientras que la determinación del carácter autoejecutivo o programático de un artículo parecería constituir una calificación absoluta aplicable a cualquier situación, el concepto de operatividad de las disposiciones podría permitir poner más el acento en la relatividad de esta calificación. De hecho, se desprende de varias sentencias que la operatividad no se puede definir in abstracto sino in concreto confrontando el contenido de la disposición con el objeto del litigio.¹⁵ En este sentido, una disposición puede ser operativa en el contexto de un litigio A y no serlo en el contexto de un litigio B. Este análisis contextualizado de la operatividad ilustra el progresivo retroceso del recelo judicial respecto de la aplicación judicial del DIT. Este enfoque corresponde también mejor a la realidad y a la complejidad de las disposiciones internacionales que pueden presentar al mismo tiempo aspectos directamente aplicables y otros que requieren de una acción del Estado para lograr su plena efectividad.

Desde un punto de vista práctico, el análisis contextualizado de la operatividad de las normas de derecho internacional supone la ampliación de los tipos de disposiciones susceptibles de ser utilizados judicialmente. En este sentido, se destacan primero sentencias en donde los tribunales aplican directamente disposiciones que reconocen derechos subjetivos pero cuyo contenido presenta un grado de indeterminación que supone que el Estado tenga que desarrollar, precisar o reglamentar su contenido para poder cumplir con la totalidad de sus obligaciones. Un primer ejemplo muy conocido de aplicación directa de una disposición “mixta” reconociendo un derecho subjetivo y requiriendo a la vez un desarrollo legislativo es la sentencia Ekmekdjian de la Corte Suprema de Argentina.¹⁶ Aunque no se trate de la resolución de un litigio laboral, el razonamiento utilizado por la Corte en esta decisión trascendental merece la pena ser brevemente recordado. La Corte debía determinar si el artículo 14.1 de la Convención americana de derechos humanos que reconoce a toda persona un derecho de rectificación o de respuesta “en las condiciones previstas por la ley” era exigible judicialmente en ausencia de una legislación interna que desarrollara su contenido. La jurisdicción nacional enunció primero el principio general según el cual la ratificación de un tratado internacional obliga a los órganos administrativos y judiciales del país a hacer uso de aquellas disposiciones del instrumento que sean suficientemente concretas para permitir su aplicación inmediata. Entrando a analizar el artículo 14.1 del Pacto de San José y apoyándose en una opinión consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos sobre la exigibilidad de esta disposición, el alto tribunal consideró que la referencia de dicho artículo a “las condiciones previstas

¹⁵ Véase BEAUDONNET, Xavier (dir.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. op.cit. p. 24.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, EKMEKDJIAN, Miguel A. c. SOFOVICH, Gerardo y otros, 7 julio de 1992.

por la ley” no quita el hecho de que la disposición reconoce clara y directamente un derecho subjetivo a la respuesta cuyo reconocimiento y aplicabilidad son independientes de la existencia o no de una legislación nacional que sólo tendrá la función de fijar detalles de carácter procedimental.¹⁷

Varios aspectos de la sentencia Ekmekdjian llaman la atención. En primer lugar, la Corte adopta de pleno una visión monista del uso judicial del derecho internacional al considerar que como regla general los tribunales tienen la obligación de dar aplicación a los tratados internacionales cuando sus disposiciones así lo permitan en la práctica. Por otra parte, la Corte no utiliza el término de autoejecutividad sino que se acoge al concepto de operatividad que a nuestro modo de ver expresa mejor la naturaleza relativa y no absoluta de esta característica que podrá variar en función del objeto del litigio y que no excluye que la misma disposición pueda requerir acciones de desarrollo por parte del Estado. Finalmente, la decisión expresa con claridad que la mención a una acción legislativa en el cuerpo de una disposición internacional no impide que se pueda dar aplicación judicial a dicha norma en el caso de que reconozca al mismo tiempo un derecho subjetivo.

En el ámbito laboral se puede señalar la sentencia 5000 de la Corte Suprema de Costa Rica del año 1993.¹⁸ Ante la ausencia de una legislación que instituyera un fuero sindical para los dirigentes sindicales y en un contexto legislativo de despido libre, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se basó directamente el artículo 1 del Convenio número 98 de la OIT para ordenar la reinstalación de varios delegados que habían sido despedidos a raíz de su actividad sindical. La disposición mencionada reconoce a los trabajadores el derecho a una protección adecuada contra la discriminación sindical sin definir expresamente en que debe consistir dicha tutela. Sin detenerse a calificar de manera absoluta si la disposición mencionada presenta un carácter autoejecutivo o programático, la Corte recordó que los convenios internacionales ratificados son de obligatorio cumplimiento y consideró que se desprende de la letra y espíritu de la disposición señalada la prohibición de los despidos basados explícita o implícitamente en la actividad sindical de los trabajadores.

¹⁷ En el marco de la sentencia analizada, la Corte Suprema de Argentina se pronunció de la siguiente manera: “Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando esta dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el congreso”; [...] “La interpretación textual según la cual toda persona - tiene derecho a... - despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad”.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, resolución núm. 5000 - 93, expediente núm. 1214-S-93, 8 de octubre de 1993. Para un resumen de esta sentencia, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op.cit.*

Esta sentencia es interesante ya que utiliza el artículo de un convenio que por una parte reconoce un derecho subjetivo pero que por otra requiere también del legislador la adopción de disposiciones para precisar su contenido y la puesta en práctica por parte del ejecutivo de una política para que el objetivo fijado por la norma pueda efectivamente cumplirse.¹⁹ En su decisión, la Corte Suprema rescata el aspecto directamente exigible de la disposición que le permite resolver el litigio que le era sometido al considerar que el derecho a la protección adecuada contra la discriminación sindical sólo puede traducirse en la reinstalación de los trabajadores despedidos por su actividad sindical. Para consolidar su posición, la Corte trae también a colación la disposición de un convenio conexo de la cual se desprende la necesidad de una toma en cuenta judicial de los convenios internacionales sobre libertad sindical. En efecto, la alta jurisdicción menciona el artículo 8.2 del Convenio número 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación que estipula que “la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe la garantías del presente convenio”. Esta referencia parece particularmente acertada ya que, más allá de recordar que la legislación nacional tiene que cumplir con el convenio internacional, el artículo 8.2, al referirse a la aplicación de la legislación nacional, señala que el cumplimiento del convenio no corresponde sólo al legislador sino también a los poderes del Estado que tienen la responsabilidad de poner en práctica dicha legislación. En este sentido, y visto la íntima relación entre los Convenios 87 y 98, la Corte Suprema deduce del artículo 8.2 su obligación de dar aplicación al artículo primero del Convenio número 98 aún en ausencia de una legislación específica que haya desarrollado el contenido de dicha disposición.

Los dos ejemplos que se acaban de mencionar tienen que ver con la aplicación directa de disposiciones que reconocen derechos subjetivos a las personas o a sus organizaciones. Sin embargo, el enfoque consistente en determinar la operatividad de una norma en función no sólo de sus características sino también del objeto del litigio permite ir más allá en la relativización de la distinción binaria tradicional entre disposiciones autoejecutivas y programáticas. Varias sentencias demuestran que cuando el litigio supone determinar la validez de una disposición interna o de una medida administrativa, incluso disposiciones de carácter principalmente programático que obligan a los Estados a poner en práctica una política general requiriendo la adopción de medidas legislativas y reglamentarias, son susceptibles de constituir un fundamento jurídico suficiente para resolver el litigio en caso de que la disposición interna o la medida administrativa sean directamente contrarias a las orientaciones de la política general requeridas por el instrumento internacional.

¹⁹ De hecho es importante notar la existencia de varias decisiones de cortes latinoamericanas que utilizan de manera decisiva el artículo 1 del Convenio número 98 de la OIT. Véase por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Chile, Víctor Améstida Stuardo y otro contra Santa Isabel S.A., 19 de octubre de 2000, expediente núm. 10.695; Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, Sala V, Parra Vera Maxima c. San Timoteo SA conc., junio 14 de 2006, Expte. 144/ 05 s.d. 68536. Para un resumen de estas sentencias, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op. cit.*

Al respecto, llaman la atención varias sentencias basadas en disposiciones aparentemente programáticas del Convenio número 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales o en el Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.²⁰

Es así como, apoyándose en en el artículo 4 del Convenio núm. 169 de la OIT en virtud del cual los Estados se comprometen a adoptar medidas especiales de protección en beneficio de los pueblos indígenas y tribales, la Corte Suprema de Costa Rica invalidó la decisión de disminuir del 85% el presupuesto de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas.²¹ Conviene resaltar aquí los siguientes argumentos de la Corte: “Desde el momento en que Costa Rica aprobó este instrumento internacional, el Estado costarricense se comprometió, según el citado Artículo 4, a establecer medidas especiales, lo que debe entenderse como un constante activismo para salvaguardar a estos grupos étnicos minoritarios, sus instituciones, sus bienes, su trabajo, su medio ambiente, entre otras cosas, de la influencia de nuestra población y cultura. Estas medidas especiales deben significar para el Estado una prohibición de abandonar o dejar a la deriva una institución pública que tiene por objeto establecerse como foro de discusión e iniciativas de los asuntos indígenas en el país”.

Respecto del Convenio número 111 de la OIT, generalmente descrito como un “convenio programático” por requerir de los Estados el desarrollo de una política general dirigida a eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación, se puede citar, entre muchos otros ejemplos, una decisión de 2003 del Tribunal Supremo de Madagascar. En esta sentencia, la alta Corte aplicó directamente el instrumento de la OIT para anular las cláusulas de un convenio colectivo de una compañía aérea que fijaba una edad de jubilación obligatoria más temprana para las mujeres, lo cual suponía una importante pérdida de ingresos para las asalariadas. El Tribunal indicó que el instrumento internacional era de “aplicación automática” y que visto que la empresa no había podido demostrar los motivos objetivos que justificarían una jubilación anticipada para las trabajadoras, las cláusulas incriminadas del convenio colectivo eran contrarias a la norma internacional y debían ser anuladas.

Estos dos últimos ejemplos ilustran como aún las disposiciones generales de los convenios que se “limitan” a pedir al Estado el desarrollo de una política general requieren ciertas acciones inmediatas, en particular la abrogación de las

²⁰ Para una mención a los numerosos casos de aplicación directa del Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), véase VON POTOBSKY, Geraldo. “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”. En: *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra: OIT, 2004. p. 287.

²¹ Véase Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, José Manuel Paniagua Vargas y otros funcionarios de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas c. el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas (CONAI), 16 de enero de 1998, resolución núm. 0241-98, expediente núm. 5325-V-97. Para un resumen de esta sentencia, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op.cit.*

disposiciones internas contrarias²² que pueden ser por lo tanto exigidas y obtenidas ante los tribunales. Tal como lo sostienen autores como Víctor Abramovitch y Christian Courtis²³ los ejemplos jurisprudenciales reseñados demuestran así que en el seno de una misma disposición internacional, se suelen encontrar aspectos directamente aplicables o exigibles, y otros de Carácter programático al requerirse al mismo tiempo desarrollos legislativos e institucionales para que la disposición logre su plena eficacia y que el Estado cumpla con la totalidad de sus obligaciones. La importancia respectiva de estos dos aspectos varía en función de las disposiciones pero las dos facetas suelen en realidad convivir en muchos artículos de disposiciones internacionales.

II.1.b) El uso interpretativo del Derecho Internacional del Trabajo contribuye también a la ampliación de las disposiciones internacionales susceptibles de ser utilizadas judicialmente²⁴

La aplicabilidad o no de una disposición internacional depende también del papel atribuido al DIT en la resolución judicial del litigio. En este sentido, la extensión del uso interpretativo del DIT contribuye también a la consideración judicial de disposiciones que anteriormente no hubieran superado el examen de autoejecutividad.

Los ejemplos mencionados en la subsección anterior se centraban en casos en donde la disposición internacional constituía la fuente principal de resolución del litigio. Nos referimos ahora a decisiones en donde los tribunales nacionales acuden al derecho internacional del trabajo, no para resolver directamente el litigio que les es sometido, sino con el fin de precisar el significado y el alcance de las disposiciones de origen nacional aplicables al mismo. Formalmente, la decisión judicial se dicta, entonces, sobre el fundamento del derecho interno mientras que el derecho internacional influye sólo indirectamente en la dirección de la decisión al aclarar el sentido que debe darse a las disposiciones de origen nacional. Mientras que la resolución directa de un litigio sobre el fundamento del derecho internacional requiere disposiciones suficientemente claras y precisas de instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante, la utilización interpretativa del DIT no parece sometida a semejantes limitaciones.

En primer lugar, la lógica misma de la utilización interpretativa permite que los tribunales nacionales, con el fin de aclarar el significado de su legislación nacional o consolidar la interpretación de la misma puedan utilizar, cuando resulte pertinente, disposiciones de carácter programático que fijan a los Estados la persecución de objetivos generales.

²² Al respecto, el Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), es especialmente explícito. Por un lado, su artículo 2 establece una obligación programática de puesta en marcha de una política general contra la discriminación. Por otro lado, su artículo 3 c), dicta la derogación inmediata de todos los textos y prácticas que resulten contrarias a los objetivos de esa política. Esta última disposición es entonces suficientemente clara para declarar la invalidez de disposiciones internas que entran en conflicto con principios generales incorporados en el Convenio núm. 111 de la OIT.

²³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

²⁴ Véase BEAUDONNET, Xavier (dir.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. *op.cit.* p. 25.

Esta constatación puede ser ilustrada por la Sentencia Hoffman del Tribunal Constitucional de Sudáfrica.²⁵ En el marco de un recurso de amparo, le correspondía al tribunal determinar cómo se debía sancionar la discriminación de la cual había sido víctima una persona seropositiva cuyo estado de salud había motivado su no contratación a pesar de haber sido considerado como el candidato más idóneo para el puesto de trabajo ofrecido. Al respecto, es interesante ver cómo el Tribunal Constitucional utilizó el artículo 2 del Convenio núm. 111 de la OIT que establece como obligación de los Estados parte, poner en práctica una política nacional encaminada a eliminar toda discriminación en materia de empleo y ocupación. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica utilizó esta disposición programática para consolidar su interpretación de la Constitución nacional y para considerar que la discriminación en la contratación sufrida por una persona seropositiva debía implicar la eliminación de la situación discriminatoria y, en consecuencia, la contratación de la persona.

En segundo lugar, en la medida en que la utilización interpretativa no implica la resolución directa del litigio sobre la base del derecho internacional, ciertos tribunales no dudan en remitirse a fuentes jurídicas internacionales sin valor vinculante en el derecho nacional, tales como tratados no ratificados o recomendaciones internacionales del trabajo. Esta observación es particularmente útil si se toma en cuenta la importancia tanto cuantitativa como cualitativa de las fuentes del derecho internacional del trabajo que no presentan un carácter jurídicamente vinculante en derecho interno.

Muy ilustrativa de esta posibilidad es la sentencia 38/1981 del Tribunal Constitucional de España en materia de discriminación sindical.²⁶ Apoyándose en el párrafo 6.2 e) de la Recomendación número 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa que formula una tal sugerencia, el Tribunal Constitucional consideró que la protección eficaz del derecho constitucional a la libertad sindical exigía invertir la carga de la prueba y atribuirla al empleador, en aquellos casos en los que se hubiera alegado una discriminación sindical. Al respecto es interesante notar cómo el tribunal relacionó su propia Constitución con la Recomendación mencionada. Recordando que la Constitución española prevé que los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados, el Tribunal indicó que las recomendaciones internacionales del trabajo constituyen una fuente válida, aunque no vinculante, para interpretar los convenios de la OIT ratificados y así indirectamente poder interpretar correctamente los alcances de las disposiciones correspondientes de su propia Constitución. Aplicando este método al artículo de su Constitución que reconoce y protege la libertad sindical, la jurisdicción constitucional resaltó que las indicaciones de la Recomendación número 143 debían ser tomadas en cuenta “en el marco de las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores la libertad sindical, a las que obligan los Convenios de la O.I.T. -87 (art. 11), 98 (art. 1) y 135 (art. 1)”.

²⁵ Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Jacques Charles Hoffman c. South African Airways, 28 de septiembre de 2000, núm. CCT 17/00.

²⁶ Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, núm. 38/1981, 23 de noviembre de 1981. Para un resumen de esta sentencia, véase *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*, CIF-OIT, *op.cit.*

Parecen ser todavía pocos los casos latinoamericanos de uso interpretativo de instrumentos internacionales no vinculantes a pesar de que varios códigos de trabajo de la región reconocen a los convenios no ratificados y a las recomendaciones de la OIT como fuentes supletorias de derecho²⁷ y a pesar de la gran relevancia de recomendaciones internacionales del trabajo recientes tales como la número 198 sobre la relación de trabajo.

A modo de conclusión sobre la tendencia señalada de ampliación del tipo de disposiciones internacionales utilizadas judicialmente, no se pretende afirmar que todas las disposiciones contenidas en las normas internacionales del trabajo tienen el mismo potencial de uso judicial. Se trata más bien de resaltar que se está relativizando notablemente la tradicional distinción entre normas supuestamente autoejecutivas y normas supuestamente programáticas, lo cual contribuye tanto a una práctica judicial más acorde con la naturaleza compleja de las disposiciones internacionales como con el monismo de las constituciones latinoamericanas.

II.2 Una referencia creciente a los pronunciamientos de los órganos de control internacionales²⁸

Tal como señalado en las páginas anteriores, una tendencia destacable en el uso judicial del derecho internacional del trabajo consiste en la ampliación de las referencias normativas utilizadas. Dicha evolución no sólo es constatable respecto del tipo de disposiciones aplicadas sino también por el hecho de que se vuelven más frecuentes los casos donde los tribunales acompañan la aplicación de los tratados y convenios internacionales con una mención a la labor de los tribunales y órganos de control internacionales que vigilan el cumplimiento de estos instrumentos. Dichos órganos pueden ser de distinta naturaleza, jurisdiccionales como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuasi-jurisdiccionales como en el caso del Comité de Libertad Sindical de la OIT (en adelante Comité de Libertad Sindical) o grupos de expertos encargados principalmente de analizar las memorias periódicas enviadas por los Estados como lo son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante Comisión de Expertos).

La toma en cuenta judicial de estas decisiones y comentarios constituye un aspecto clave para lograr una interpretación correcta de las normas internacionales

²⁷ Para una referencia al Convenio número 135 y a la Recomendación número 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa por la Corte Constitucional de Colombia, país que no ha ratificado dicho convenio, véase la sentencia T-249/08 del 7 de marzo de 2008. Para una utilización de la Recomendación número 193 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas. Véase Tribunal Regional del Trabajo de la 3ª Región, *Rogério Ferreira Goncalves (1) Infocoop Servicios - Cooperativa de Profissionais de Prestacao de Servicios Ltda (2) Caixa Economica Federal CEF (responsable Subsidiaria)*, 30 de septiembre de 2003.

²⁸ Para una presentación y un análisis de la labor de los órganos de control de la OIT, véase BEAUDONNET, Xavier, *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. op.cit.* p. 69; LEARY, Virginia. "Lessons from the Experience of the International Labour Organization". En: Philip Alston (coordinador), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 580.

del trabajo y para asegurar la adecuación del derecho interno con las obligaciones internacionales del Estado. Sin embargo, la aplicación por los tribunales de la labor de aquellos órganos que no presentan un carácter judicial puede plantear la cuestión del valor jurídico de sus pronunciamientos en derecho interno.²⁹ Definir jurisprudencialmente este valor jurídico, en particular su carácter vinculante o no, puede constituir una tarea particularmente difícil por el carácter sui generis de dichos órganos. Es más, el intento se puede volver imposible si los tribunales nacionales se apoyan principalmente en categorías de derecho interno a la hora de dar una calificación jurídica a estos pronunciamientos.

En cambio, es destacable la jurisprudencia reciente de varios altos tribunales, de Latinoamérica y de otros continentes, consistente en no detenerse en la discusión sobre el carácter vinculante o no de las decisiones y observaciones de los órganos de control pero donde sí se resalta su especial autoridad y trascendencia y donde se considera que sus criterios deben ser necesariamente tomados en cuenta a la hora de aplicar los instrumentos internacionales en materia laboral.

En el marco de esta línea jurisprudencial que pasamos ahora a ilustrar, la referencia a la labor de los órganos de control internacionales sirve principalmente para interpretar las disposiciones de los convenios internacionales ratificados y para evaluar la conformidad de disposiciones nacionales específicas con dichos instrumentos. En este contexto, los pronunciamientos utilizados parecen ser principalmente de dos tipos: primero, aquellos de carácter general en donde los órganos de control precisan el significado y el alcance de las disposiciones de los convenios y tratados, segundo, los pronunciamientos de carácter más específico en donde los órganos se pronuncian sobre el respeto de los convenios ratificados por parte de la legislación de un país en particular.

Ambos tipos de pronunciamientos tienen en común de tener un objeto eminentemente jurídico.³⁰

²⁹ Sobre este tema, véase BEAUDONNET, Xavier. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. op.cit.* p. 92; VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad". En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Ara Editores, 2009. p. 61.

³⁰ De manera distinta se presenta el tema de la toma en cuenta judicial de los pronunciamientos de órganos de control de la OIT o de las Naciones Unidas sobre casos individuales cuya resolución supone una valoración de elementos fácticos. Aquí cobra especial importancia el hecho de que estos órganos no sean tribunales y que su capacidad para tener acceso y examinar el material probatorio sea más limitada que la de una jurisdicción nacional o internacional. El respeto al debido proceso y el correcto análisis de la naturaleza exacta de dichos órganos debe conducir a evitar confundir sus decisiones o recomendaciones respecto de dichos casos concretos con las de un tribunal internacional. Al mismo tiempo, el imperativo de cumplir con el orden constitucional y de aplicar de buena fe los tratados internacionales ratificados significa que los tribunales nacionales, más allá de incorporar en sus decisiones las interpretaciones jurídicas generales de los órganos de control internacionales, deberían dar una especial atención a las conclusiones o recomendaciones que dichos órganos puedan emitir respecto de los litigios o casos concretos que les puedan ser sometidos.

Por lo menos tres decisiones recientes de la Corte Constitucional de Colombia³¹ ilustran muy bien el creciente uso judicial de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. En las primeras dos sentencias, se planteaba la constitucionalidad de disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que prevén que el Ministerio de la Protección Social debe registrar ciertas actas de las organizaciones sindicales³² para que éstas puedan producir sus efectos jurídicos. Las acciones de inconstitucionalidad alegaban la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio número 87 de la OIT (C87) que estipulan que trabajadores y empleadores podrán crear las organizaciones que estimen conveniente sin autorización previa y que protegen la autonomía colectiva de dichas organizaciones. En ambas decisiones, la Corte se refirió a la labor del Comité de Libertad Sindical, en particular a su recopilación de decisiones y principios para interpretar el artículo 2 del C87. Con base en los criterios de I Comité, la Corte determinó la constitucionalidad condicionada de las disposiciones impugnadas en el sentido de que el trámite de registro ante el Ministerio de Protección Social sólo podía cumplir una función de publicidad, el eventual control de legalidad de las actas de los sindicatos siendo de competencia de la justicia. En una tercera decisión en donde se planteaba la constitucionalidad de las huelgas de carácter político, la Corte acudió tanto a los criterios del Comité de Libertad Sindical como a los de la Comisión de Expertos para interpretar el significado del C87 y, por consiguiente, de la Constitución nacional. La Corte consideró que si bien la suspensión de las labores basada en motivaciones puramente políticas no estaba amparada por la Constitución y por las normas internacionales del trabajo, en cambio sí eran válidas las huelgas de protesta contra los aspectos económicos y sociales de la política del gobierno susceptibles de afectar los intereses de los trabajadores sindicalizados.

En las tres sentencias, la Corte motivó la utilización de la labor de los órganos de control de la OIT indicando que sus decisiones constituyen “principios orientadores de la interpretación de los convenios de la OIT” que “tienen gran importancia por la autoridad que han adquirido”. De esta manera, la jurisdicción constitucional no se plantea determinar si las decisiones de dichos órganos presentan un carácter vinculante o no. En cambio, los jueces sí afirman que los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical son fundamentales para poder interpretar y aplicar correctamente los convenios de la OIT ratificados. De hecho, en los tres casos señalados, la Corte Constitucional incorpora plenamente los criterios de los órganos de control a su razonamiento y, tal como lo reconoce la propia Comisión de Expertos en una observación de 2010³³ dirigida a Colombia las decisiones del alto tribunal en los casos mencionados contribuyen a la correcta aplicación de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia.

³¹ Se trata de las sentencias C-465/08 de 14 de mayo de 2008, C-695/08 de 9 de julio de 2008 y C-858/08 de 3 de septiembre de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia.

³² Se trataba de las modificaciones a los estatutos y de los cambios en las juntas directivas en el caso de la sentencia C-465/08 y del acta de constitución de la organización sindical en el caso de la sentencia C-695/08.

³³ Véase *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010, p. 118.

Muy expresiva de esta tendencia es también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y su utilización de las observaciones individuales de la Comisión de Expertos. En dos sentencias de noviembre de 2008 y de diciembre de 2009, la Corte se basó directamente en los pronunciamientos de la mencionada Comisión, así como, de manera más breve, en la posición del Comité de Libertad Sindical, para declarar la incompatibilidad de varios artículos de la legislación laboral nacional con el C87 en materia de libertad sindical y, por consiguiente, con la Constitución nacional. La primera decisión³⁴ tenía por objeto determinar si una asociación sindical que no gozaba de la personería gremial podía participar en las elecciones de delegados del personal a pesar de que un artículo de la ley 23551 no lo permitiera. Resolver el litigio suponía determinar la compatibilidad de la disposición interna con el C87. Para dilucidar esta cuestión, la Corte Suprema se refirió ampliamente a las sucesivas observaciones individuales de la Comisión de expertos respecto de la aplicación del C87 por parte de Argentina en donde el órgano de control de la OIT se ha ido pronunciando sobre la conformidad de la ley 23551 con el instrumento mencionado. Para justificar su referencia a los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y su breve mención a la posición del Comité de Libertad Sindical, la Corte, después de haber recordado las funciones de dichos órganos, indicó que su labor es de particular importancia para poder interpretar el C87 y que sus observaciones y recomendaciones constituyen una fuente utilizada tanto por la Corte interamericana de derechos humanos como por el Comité de derechos económicos y sociales de las Naciones Unidas. La Corte concluyó que “por consiguiente es importante puntualizar los criterios elaborados por dichos órganos”. Siguiendo esta lógica, la Corte decidió basarse en la posición de la Comisión de Expertos para determinar la validez de la disposición nacional objeto del litigio: “Que se sigue de cuanto ha sido expresado que la ley viola la Constitución y los convenios internacionales”.

En una segunda decisión de diciembre de 2009³⁵, relativa a un litigio cuya resolución suponía de nuevo determinar la compatibilidad de un artículo de la ley 23551 con el C87, la Corte Suprema de Argentina procedió de idéntica manera. El litigio radicaba en la pretensión de una representante sindical de una organización con “simple inscripción” de ser amparada por el fuero sindical, garantía que la ley mencionada reserva únicamente a los representantes de los sindicatos con personería gremial. Nuevamente, la Corte basó su sentencia en el análisis realizado por la Comisión de Expertos en sus observaciones individuales dirigidas a Argentina. La Corte resaltó que “desde la primera hora, 1989, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se pronunció en términos desfavorables a la compatibilidad de la ley 23.551, de 1988, con el Convenio n. 87 de la OIT”.

Estas dos decisiones confirman una práctica ya establecida de utilización de los criterios de los órganos de control internacionales por parte de la Corte

³⁴ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo, 11 de noviembre de 2008. Para un análisis doctrinal de esta sentencia, véase Goldin, Adrián. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino”. En: *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 128, numero 1-2, 2009, p. 179.

³⁵ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rossi, Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina, 9 de diciembre de 2009.

Suprema de Argentina.³⁶ Esta referencia se ve facilitada por el artículo 75 numeral 22 de la Constitución nacional que prevé que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se aplicarán “en las condiciones de su vigencia”. Sin embargo, más allá del contexto constitucional argentino, las sentencias Ate y Rossi presentan varios rasgos de relevancia general. En primer lugar, al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia anteriormente descrita, la Corte argentina no considera necesario pronunciarse expresamente sobre el carácter vinculante o no de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT pero sí afirma que los criterios del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos son indispensables para interpretar correctamente los convenios de la OIT, evaluar la conformidad de la legislación interna con dichos instrumentos y, al fin y al cabo, dar una cabal aplicación a los tratados internacionales ratificados y, de esta manera, en el caso del C87, a la propia Constitución del país. Un segundo aspecto notable de estas dos sentencias consiste en que la Corte no se refiere esta vez a criterios de carácter general de los órganos de control sobre el alcance del contenido de un convenio sino que se basa en pronunciamientos mucho más específicos relativos a la conformidad de determinadas disposiciones legislativas nacionales con un convenio ratificado. Otros ejemplos de uso judicial de este tipo de pronunciamientos existen en otros países pero siguen siendo poco frecuentes todavía. La Corte Suprema de Argentina demuestra así plena coherencia en la consideración del papel central de los órganos de control internacionales en la interpretación de los tratados internacionales y contribuye de esta manera a la correcta aplicación de los convenios internacionales ratificados por Argentina y, por consiguiente, del orden constitucional del país.

Hemos decidido resaltar en este documento las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Argentina por el hecho de que ya no constituyen decisiones aisladas sino que parecen formar parte de una jurisprudencia consolidada o por lo menos en vías de consolidación acerca de la toma en cuenta de los pronunciamientos de los órganos de control internacionales de carácter no judicial.³⁷ Adicionalmente, se han dado en los últimos años decisiones procedentes de muchos países que presentan características similares a los casos reseñados, aunque no se integren necesariamente todavía en una práctica jurisprudencial establecida. Al respecto, sentencias de las jurisdicciones constitucionales de Perú³⁸, Sudáfrica³⁹, de la

³⁶ Véase ABRAMOVICH, Victor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (compiladores). *La aplicación local de los tratados de derechos humanos; la experiencia de una década*. Madrid: Editores del Puerto, 2007.

³⁷ Al respecto, conviene mencionar también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. Para una reseña de la utilización de la labor de los órganos de control de la OIT por parte del Tribunal Constitucional de España, véase Saiz Arnaiz, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo general del poder judicial, 1998, p. 97.

³⁸ Véase por ejemplo Tribunal Constitucional del Perú, 17 de abril de 2006, expediente núm. 4635-2004-AA/TC.

³⁹ Véase por ejemplo Tribunal Constitucional de Sudáfrica, NUMSA c. Bader Pop, 13 de diciembre de 2002, núm. CCT 14/02.

Corte Suprema de Canadá⁴⁰ o del Tribunal Federal de Australia⁴¹ consideran también expresamente los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT como el rias de trascendental el riasa para poder aplicar e interpretar correctamente los el rias ratificados por sus respectivos países.

El reconocimiento judicial de la autoridad de los el rias de los órganos de control de la OIT y de el Naciones Unidas parece demostrar una mayor madurez de los tribunales en el manejo el DIT y una creciente familiaridad el sus especificidades. Constituye un paso muy importante para lograr una aplicación judicial rigurosa de el fuentes internacionales en el rias laboral y contribuye a la eliminación de el incompatibilidades que pueden seguir existiendo entre el derecho interno y los tratados internacionales ratificados. En este sentido, la toma en cuenta judicial de los pronunciamientos de los órganos de control contribuye al fortalecimiento el Estado de Derecho y permite una aplicación de buena e de los tratados internacionales ratificados en el sentido el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

III. BALANCE Y PERSPECTIVAS RESPECTO DEL USO JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Una evolución en construcción que necesita todavía mayor consolidación y coherencia

La creciente aplicación judicial del derecho internacional del trabajo que se ha brevemente descrito en este artículo constituye un fenómeno de sumo interés. El reconocimiento de que el poder judicial comparte también la responsabilidad de dar aplicación a los convenios ratificados contribuye al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y a la plena aplicación del orden constitucional, fortaleciendo así al Estado de Derecho. Como se ha mencionado, la referencia judicial a las fuentes internacionales permite también la incorporación de nuevos principios y conceptos en los derechos laborales nacionales. Sin embargo, es indispensable señalar que la toma en consideración del DIT por los tribunales internos constituye todavía una tendencia en construcción que necesita mayor consolidación, coherencia y, en ciertos casos, mayor rigor jurídico.

III.1 La necesidad de una mayor coherencia en la aplicación del derecho internacional del trabajo por parte de los tribunales nacionales

El grado de recepción judicial del derecho internacional del trabajo no es solo desigual entre países con sistemas jurídicos similares sino que la apertura a las fuentes internacionales es a veces poco pareja entre las distintas cortes de un mismo país sin que existan siempre motivos jurídicos sustanciales para explicar dichas diferencias. Al respecto, llama por ejemplo la atención los pocos casos señalados de uso judicial del DIT por parte de los tribunales contencioso-

⁴⁰ Véase por ejemplo Corte Suprema de Canadá, *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, 8 de junio de 2007.

⁴¹ Véase Tribunal Federal de Australia, *Konrad c. Victoria Police y otros*, 6 de agosto de 1999, [1999] FCA 988.

administrativos a pesar de su competencia en materia de derecho laboral administrativo. Por otra parte, hasta dentro de una misma rama jurisdiccional o una misma jurisdicción, no existe siempre una toma en consideración coherente y sistemática del DIT a pesar de que, una vez ratificados, los convenios y tratados internacionales forman parte, en Latinoamérica, del ordenamiento jurídico interno.

III.2 La ausencia de utilización judicial de ciertos aportes importantes del derecho internacional del trabajo

Consecuencia del punto anterior así como de la aún insuficiente utilización de la normas internacionales del trabajo por los abogados litigantes y los interlocutores sociales, existen aportes fundamentales del derecho internacional del trabajo que parecen todavía ausentes en las jurisprudencias latinoamericanas. A modo de ilustración no exhaustiva, citaremos aquí tres ejemplos de particular relevancia. En primer lugar, la prohibición de la discriminación indirecta tal como se desprende del Convenio número 111 de la OIT, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y de la interpretación constante de estos instrumentos por sus órganos de control, parece no haber recibido una consagración jurisprudencial en el continente, a raíz, entre otros motivos, de una confusión con el concepto de discriminación implícita o encubierta. Esta ausencia, que no se da en tribunales de otras latitudes⁴², obstaculiza la eliminación de aquellas diferencias de trato que no son el resultado de un comportamiento individual intencional sino de las discriminaciones estructurales y sistémicas que atraviesan la sociedad.⁴³ El manejo judicial del concepto de discriminación indirecta sería por ejemplo trascendental para evaluar adecuadamente la validez de las leyes que crean regímenes laborales especiales respecto de ciertos sectores de actividad u oficios.

En segundo lugar, el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, proclamado en el Convenio número 100 de la OIT respecto de la igualdad entre hombres y mujeres y, de manera general, por el artículo 7 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, no parece haber dado lugar en América Latina a una aplicación judicial completa. La correcta y exhaustiva aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor supone reconocer que el

⁴² Véase por ejemplo Tribunal Federal de Australia, Konrad c. Victoria Police y otros, 6 de agosto de 1999, [1999] FCA 988.

⁴³ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT define la discriminación indirecta de la siguiente manera: "Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo". Véase *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, Ginebra, 1996, párrafo 26.

principio abarca no sólo las situaciones donde las personas tienen empleos idénticos sino también los casos de trabajadores desempeñándose en puestos de trabajo distintos pero que sin embargo presentan un valor objetivo similar.⁴⁴ Lo anterior requiere a su vez una evaluación objetiva del contenido de los distintos empleos existentes en una misma empresa o administración pública. Ampliar la aplicación del principio de igualdad de remuneración a los casos donde las personas desempeñan funciones distintas es imprescindible para poder acabar con la tradicional y muy difundida infravaloración de los empleos mayoritariamente femeninos. Respecto de este tema, la ausencia de jurisprudencia latinoamericana en el sentido indicado parece tener como causa inmediata la inexistencia, hasta la fecha, de acciones judiciales exigiendo la aplicación del principio de igualdad de remuneración a los casos de empleos distintos presentando sin embargo un igual valor.

El último ejemplo tiene que ver con el Convenio número 102 de la OIT (C102), norma mínima de seguridad social. Si bien este instrumento contiene aspectos de carácter programático, el C102 fija también obligaciones muy precisas a los Estados así como reconoce ciertos derechos mínimos a las personas abarcadas por los sistemas de seguridad social. En varios países de Latinoamérica que tienen ratificado este convenio, las reformas de los sistemas de seguridad social llevadas a cabo en los años 90 supusieron el incumplimiento de una serie de disposiciones del convenio. A pesar de que dichas inconformidades hayan sido señaladas repetidas veces por la Comisión de Expertos, el C102 no ha dado lugar todavía en esos países a un uso judicial, aún en aquellos casos donde los tribunales tuvieron que pronunciarse sobre la constitucionalidad de las reformas. Esta ausencia llama particularmente la atención⁴⁵ si se considera que el derecho a la seguridad social suele ser reconocido constitucionalmente y que muchas constituciones de América Latina prevén que los derechos humanos reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados.

Como resultado de estos dos primeros puntos, se mantienen todavía incoherencias entre derecho interno y derecho internacional del trabajo que un uso judicial más sistemático de las fuentes internacionales contribuiría a resolver de manera decisiva.

⁴⁴ Para una correcta interpretación del principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, véase Igualdad de remuneración. *Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72ª reunión, Ginebra, 1986; Véase también la observación general sobre el Convenio número 100 de la OIT publicada por la Comisión de Expertos en su Informe Anual 2007. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, 2007, p. 291.

⁴⁵ Al respecto, véase una observación de la Comisión de Expertos de la OIT emitida en 2010. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010, p. 820.

III.3 Se requiere el máximo rigor jurídico en el uso judicial del derecho internacional del trabajo

Para muchos operadores jurídicos, el derecho internacional del trabajo constituye todavía una fuente “nueva” respecto de la cual se tiene poca familiaridad mientras que su naturaleza específica exige un estudio especialmente cuidadoso. Lamentablemente, no todas las sentencias demuestran todo el rigor necesario a la hora de referirse al DIT. Algunos ejemplos parecen indicar la existencia de lo que podríamos denominar un “self-service normativo” consistente en buscar un apoyo en el derecho internacional tan sólo después de haber decidido cómo resolver el litigio. Este uso a posteriori del DIT en donde el derecho internacional no contribuye realmente a la resolución del problema jurídico planteado no suele propiciar una aplicación correcta de las fuentes internacionales. Conduce en muchas ocasiones a un uso superficial de las normas internacionales del trabajo con el fin de que la fuente internacional identificada se amolde al objetivo de respaldar la decisión ya tomada.

Esta tendencia puede concretarse en una referencia incompleta a las fuentes internacionales, seleccionando sólo aquellas o los aspectos de aquellas que parecen apoyar la posición que el tribunal ha adoptado acerca del litigio. Al respecto, parece ilustrativo un caso en donde un alto tribunal tenía que pronunciarse sobre la validez de una ley que había creado un régimen laboral especial para el sector agrario, con la atribución de ciertos derechos y beneficios reducidos respecto del régimen laboral general.⁴⁶ Para confirmar su posición de que la ley impugnada no violaba el principio de igualdad por presentar el sector agrario características distintas que justificaban un tratamiento diferenciado, el Tribunal mencionó la existencia de varios convenios de la OIT dirigidos específicamente a los trabajadores en la agricultura, resaltando especialmente que el Convenio número 101 sobre vacaciones pagadas en la agricultura dejaba a los Estados la facultad de fijar el número mínimo de días de vacaciones anuales. La jurisdicción señaló también que si bien el derecho internacional de los derechos humanos prohibía cualquier tipo de discriminación, no toda diferencia de trato constituía, en virtud de estos instrumentos, una discriminación. Sin embargo, llama la atención que la sentencia no haya indicado también que el ámbito de aplicación de los convenios de la OIT dirigidos a la agricultura no era necesariamente similar al ámbito de aplicación de la ley impugnada relativa al sector agrario, aplicable también en parte a la agroindustria; Tampoco se mencionó que dos los tres convenios mencionados dirigidos a los trabajadores agrícolas ya no eran considerados actualizados por la OIT y que respecto de los temas abarcados por dichos instrumentos (salario mínimo y vacaciones pagadas), la OIT había adoptado posteriormente otros convenios aplicables esta vez al conjunto de los sectores de actividad; finalmente, no se tomó en consideración que los tratados y convenios internacionales en materia de igualdad y no discriminación prohíben también la discriminación indirecta consistente en reglas o situaciones aparentemente neutras por ser aplicables a todas las

⁴⁶ Véase Tribunal Constitucional del Perú, sentencia n. 00027-2006-PI/TC de 28 de enero de 2008.

personas pero que en la práctica producen efectos particularmente adversos para ciertos grupos humanos, sin que exista una justificación objetiva de la diferencia de trato así creada. Lo último suponía en el caso concreto sometido al tribunal determinar si el régimen laboral especial del sector agrario podía perjudicar de manera desproporcionada a las mujeres o a trabajadores de cierto origen étnico o social. Con estas observaciones, no se trata de tomar posición sobre cuál hubiera tenido que ser la decisión del tribunal sino subrayar la importancia de tomar en cuenta de manera exhaustiva todas las fuentes internacionales pertinentes y de someterlas a un análisis profundizado, todo eso antes de que la jurisdicción haya forjado su opinión sobre la manera de resolver el litigio.

En otro caso, mencionado por la Comisión de Expertos en su informe anual de 2010⁴⁷, una alta jurisdicción tenía que pronunciarse sobre la validez de una disposición legislativa que preveía la posibilidad de flexibilizar la jornada legal de trabajo mediante acuerdo individual entre el empleador y el trabajador, permitiendo, en el marco de una distribución irregular de las horas de trabajo dentro de la semana, la realización de hasta diez horas diarias sin pago de horas extraordinarias. En su análisis, dirigido a determinar si este aspecto de la legislación cumplía con los convenios internacionales del trabajo ratificados, en particular los Convenios número 1 y 30 de la OIT sobre las horas de trabajo en la industria y en el comercio y las oficinas, la Corte tomó primero en cuenta el artículo 2.c) del Convenio número 1 que permite superar las ocho horas diarias y las 48 horas semanales en la situación específica del trabajo por equipos. La jurisdicción también mencionó el artículo 4 del Convenio número 30 que hace posible, respecto del sector del comercio y de las oficinas, objeto de este convenio, llegar hasta diez horas diarias en caso de distribución desigual de las horas semanales de trabajo. La Corte se basó en los dos artículos mencionados para considerar que la disposición legislativa cuestionada cumplía con los tratados internacionales ratificados por el país. Sin embargo, tal como resaltado por la Comisión de Expertos de la OIT, la Corte no tomó en consideración que la excepción del artículo 2.c) del Convenio número 1 sólo se aplica al caso específico de los trabajos por equipos. La sentencia⁴⁸ tampoco consideró el artículo 2.b) del Convenio número 1 del cual se desprende que un acuerdo individual entre el empleador y el trabajador no constituye una base suficiente para excluir la aplicación de la regulación del tiempo de trabajo prevista por el convenio. Este último ejemplo jurisprudencial recuerda por lo tanto la necesidad de tomar en cuenta la totalidad de las disposiciones que componen los instrumentos internacionales para poder lograr su correcta aplicación.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo ha intentado describir de qué manera se van reduciendo las reticencias de los tribunales nacionales a la hora de tomar en cuenta las fuentes internacionales en materia laboral, lo cual contribuye a una mayor conformidad de

⁴⁷ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010, p. 728.

⁴⁸ Sentencia C-038/04 de 27 de enero de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

los ordenamientos jurídicos nacionales con los tratados internacionales ratificados, permitiendo a su vez el logro de un pleno respeto del orden constitucional. Sin embargo, se ha también señalado que estamos ante un movimiento que necesita más coherencia y sistematización, lo cual supone una mayor familiaridad de los operadores jurídicos con las fuentes del DIT⁴⁹, en particular con los pronunciamientos y criterios de los órganos de control internacionales. La manera más eficaz de lograr este mejor conocimiento consiste en incluir plena y sistemáticamente los elementos pertinentes del DIT en los cursos y programas de derecho laboral nacional. Al respecto, las iniciativas iniciadas actualmente en varios países de América Latina para institucionalizar la enseñanza de las normas internacionales del trabajo en las universidades y las escuelas judiciales constituyen decisiones muy acertadas que merecen ser generalizadas y profundizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (compiladores). *La aplicación local de los tratados de derechos humanos; la experiencia de una década*. Madrid: Editores del Puerto, 2007.
- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- BEAUDONNET, Xavier, *Derecho internacional del trabajo y derecho interno, Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho* (dir.). Turín: CIF-OIT, 2009.
- _____. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales”. En: *Revista Derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 2006.
- CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Programa Laboral de Desarrollo, 2007.
- CIF-OIT. *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales*. Turín, 2007.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”. En *Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR*. Buenos Aires: OIT, 2002. p. 11.
- GOLDIN, Adrián. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen sindical argentino”. En: *Revista internacional del trabajo*, volumen 128, número 1-2, 2009, p. 179.
- LEARY, Virginia. *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- _____. “Lessons from the Experience of the International Labour Organization”. En: Philip Alston (coordinador): *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 580.

⁴⁹ Em este sentido, véase también MOLINA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 327.

- MOLINA, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, 2010.
- _____. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales de América Latina*. Ginebra, 2009.
- _____. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, 2007.
- _____. *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006.
- _____. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*,
- _____. Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra, 2005.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo general del poder judicial, 1998.
- THOMAS, C.; OELZ, M; BEAUDONNET, X. "The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications", en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra, OIT, 2004, p. 249.
- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad." En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Ara Editores, 2009, p. 61.
- VERESHCHETIN, Vladlen. "New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law". *international law and national law*". En: *European Journal of International Law*, vol. 7, núm.1, 1996, p. 29.
- VON POTOBOSKY, Geraldo, "Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional". En *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra, OIT, 2004, p. 287.
- _____. "¿Los convenios de la OIT, una nueva dimensión en el orden jurídico interno?" En: *Revista Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1997.
- VON POTOBOSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

LE CHEVAL DE TROIE
L'idéologie managériale aujourd'hui,
est elle compatible avec le sujet comme travailleur?*

René Fiori**

PLAINTÉ, SOUFFRANCE, ET DEMANDE

Souffrances Au Travail est une association créée en Juillet 2000 par un collectif de psychanalystes qui, chacun, inscrivent étroitement leur travail dans l'orientation des travaux du Champ Freudien et de l'Association Mondiale de Psychanalyse. IL n'y a rien de commun entre le psychanalyste en fonction à Souffrances Au Travail, et la fonction du juge du tribunal du travail tel que celui qui est établi ici, à Behaga, comme dans les 24 autres états du Brésil. Pourtant, dans les deux cas, un certain registre de la parole y est convoqué, tout comme un certain type de discours y est exclu. Tous deux, le juge du Travail comme le praticien de SAT, accueillent et la plainte et la souffrance d'un sujet. Pour saisir la justice, le sujet formalise sa plainte, en s'aidant pour ce faire, d'un avocat. A SAT, si l'on veut faire une différence, ce sont plutôt les éléments liés à sa souffrance que le sujet va être enclin à formaliser, et son histoire, immédiate et passée, sera pour ainsi dire son meilleur avocat. En conséquence, les deux demandes diffèrent. Au Tribunal du Travail, le sujet se présente comme lésé et demande une restitution : de ses droits, d'un dédommagement etc. Si de ce fait elle prend la forme d'un manque-à-avoir interprété par le juge éventuellement en terme de dédommagement, elle n'en reste pas moins connectée à une demande de reconnaissance. A SAT, le sujet va être enclin à retrouver dans son histoire, ce qui, à son insu, est le ressort de la souffrance psychique qui l'immobilise, le tétanise, et cette recherche va convoquer son manque-à-être, va mobiliser son désir, c'est à dire non pas sur le versant de la victime, mais comme acteur de sa propre histoire.

Dans les deux cas, cela suppose que le sujet accepte de confier sa plainte et sa souffrance à ces dispositifs. Qu'est ce qui appelle sa confiance ? A *Souffrances Au Travail*, c'est l'intitulé de l'association lié à la psychanalyse, qui d'abord appelle cette confiance, laquelle se transfère ensuite au psychanalyste. Dans la requête auprès du tribunal du travail nous dirons c'est l'Idéal de justice qui constitue l'élément d'attraction de cette confiance. Dans les deux cas de figure, la parole met en jeu, de part et d'autre, l'Autre de la confiance, c'est à dire l'Autre de la bonne et de la mauvaise foi.

L'AUTRE DE LA CONFIANCE

Dans l'ouvrage de Freud, *le mot d'esprit et sa relation à l'inconscient*, parmi plusieurs histoires drôles, on peut lire celle-ci:

* Texte prononcé à l'invitation de l'Ecole Judiciaire du Tribunal du Travail de la 3ème région, pour son 2ème cycle de formation à Belo Horizonte (Brésil) le 3 juin 2011,

** Psychanalyste, membre de l'Euro fédération de psychanalyse, Président adjoint de Souffrances Au Travail.

“Dans une gare de Galicie, deux Juifs se rencontrent dans un train. “Où tu vas?” demande l’un “A Cracovie répond l’autre. “Regarde moi ce menteur!” s’écrie le premier furieux. “Si tu dis que tu vas à Cracovie, c’est bien que tu veux que je croie que tu vas à Lemberg. Seulement, moi je sais que tu vas vraiment à Cracovie. Alors pourquoi tu mens ?”¹

Le jeu de ces deux personnages met en jeu un lieu de référence commun, qui est celui de l’Autre de la bonne et de la mauvaise foi.

“Le signe, formule Jacques Lacan dans son *Séminaire Les Psychoses*², auquel se reconnaît la relation de sujet à sujet, et qui la distingue du rapport de sujet à objet, c’est la feinte³, envers de *fides*”. Ce tiers terme, la confiance, est celui où la fonction de vérité trouve son fondement, c’est est un Autre absolu, c’est un dire un lieu de référence qui vaut par lui même, sans démonstration. Fuisse pour le remettre en cause, ou encore le contourner. C’est même plus qu’un lieu, c’est donc une certaine fonction de la parole intersubjective.

Ce lieu fixe, absolu, peut donner lieu ainsi à diverses modulations. Dans le cadre d’une cure psychanalytique, une certaine méfiance, partielle, qu’on appelle, dans le langage de la théorie, “le transfert négatif”, peut ainsi entraver le cours d’une analyse, sans nécessairement pour autant l’interrompre.

Dans le cadre du Tribunal du travail, on peut venir exposer une plainte qui peut s’avérer d’une certaine manière mensongère. Nous avons pu l’année dernière assister à une séance d’audience de ce type. La question restée en suspens était alors celle de savoir, au delà de la fausseté des faits, quelle nécessité impérieuse avait poussé le sujet à cette plainte ? Pour se défendre contre quoi ? Remarquons-le, un discours est cependant exclu dans les deux dispositifs, celui qui a cours entre vendeur et client ou consommateur.

SPHÈRE ÉCONOMIQUE ET SPHÈRE DU LIEN SOCIAL

Aujourd’hui l’idéologisme économique financier qui est appliqué dans les grandes organisations de travail, et dont le dérivé opératoire est l’idéologisme managérial, a pour effet de pulvériser, de désintégrer l’Autre de la confiance. Il met en circulation dans la sphère publique un discours qui tend à être exclusivement déconnecté de l’Autre de la confiance. Il ruine l’Autre de la confiance. Il produit, ce que la philosophe Michela Marzano⁴ appelle, :”la dissolution progressive du lien social”. Comment? Qu’est ce qui dissout le lien social, c’est-à-dire le lien intersubjectif? Nous dirons que c’est le rapport prestataire-client ou usager, c’est-à-dire un rapport fonctionnel, utilitaire, et qui contient virtuellement un rapport manipulateur, différent de la feinte. La feinte est gratuite, défensive, ou ludique, la

¹ FREUD, S. *Le mot d’esprit et sa relation à l’inconscient*, Paris: Gallimard, 1988. p. 218.

² LACAN, J. *Le Séminaire, Livre III, Les psychoses*, Paris: Seuil, 1981. p. 47.

³ ROSAY, JM. *Dictionnaire étymologique*, Paris: Marabout, 1985. - Dans la langue française: Feindre: du latin fingere: façonner, pétrir. De là l’évolution du sens vers: “façonner une certaine image de soi, se montrer sous un faux jour”, simuler. Le substantif est Feinte -

⁴ MARZANO, M. *Extension du domaine de la manipulation - De l’entreprise à la vie privée*, Paris: Grasset, novembre 2010. p. 107.

manipulation de l'autre étant intéressée, offensive, agressive. Si l'Autre de confiance, tel que nous le posons ici en rapport à l'intersubjectivité, est présent dans la feinte, il est forços dans le discours utilitaire. Il ya en effet aujourd'hui extension d'une contrainte, celle d'une alternative qui est la suivante: le sujet, dans son travail, est mis, soit en position de prestataire, soit en position de client ou vis-à-vis de ses collaborateurs, qui sont eux-mêmes à son égard soit client, soit prestataire. Le collègue n'existe plus. C'est la conséquence de ce qui a cours dans tous les grands groupes économiques. C'est un type de rapport où tout devient négociable, variable, d'où sa dérive toujours possible vers la manipulation de l'autre. Car le rapport client/prestataire ne fonctionne que sur fond de rapport de force, qu'on appelle souvent la pression. C'est ce que nous verrons plus loin dans un exemple.

L'extension systématisé et donc accéléré du discours fonctionnel, rend comme obsolète l'Autre de la confiance. La parole intersubjective, non prise en compte dans ce type de discours, se vide alors de son sens. Le discours utilitariste, fonctionnel, instrumentalisant, a cette propriété de déprécier la parole intersubjective, qui, elle, est gratuite, par la déception qu'il installe chez l'autre, du fait de se retrouver instrumenté par ce discours.

La systématisation et l'extension de ce discours provient des organisations de travail qui infusent, injectent dans la société, tout comme dans les organismes publiques en Europe, ce type de rapport.

Nous voudrions faire apparaître plusieurs points concernant ces grands groupes économiques, dont l'idéologie managériale est similaire.

Premier point, la symbiose entre le registre de l'idéologie et celui de l'organisation de travail de l'entreprise.

Second point, l'éclatement de la notion de travailleur en deux instances: le sujet, et la fonction qu'il occupe. Si autrefois le travailleur se suicidait rarement, aujourd'hui ce n'est plus exceptionnel. Dans la notion de travailleur, se joue un rapport entre l'identification du sujet à un métier et son savoir-faire. Aujourd'hui, le sujet, est découplé de la fonction. Et on lui demande, et d'endosser absolument la fonction qu'on lui octroie à un moment T, et aussi d'être prêt à en changer rapidement au gré de l'impératif managérial. C'est ainsi que plus le sujet salarié est précipité à s'identifier absolument à chacune de ces fonctions variables, plus semble s'accroître son éloignement à ce qui fait son assise subjective, identificatoire. Lorsqu'il a en conséquence, le sentiment d'être devenu tout à fait étranger à lui même, il n'a plus d'autre choix que de passer à l'acte, de s'éjecter du monde. Ainsi en fut-il du dernier suicide en date dans la grande société de télécommunication France Télécom, celui d'un homme de 50 ans qui s'est immolé sur le parking de la société le 24 avril 2011, en laissant une lettre de 6 pages décrivant sa condition.

COMMENT INSTRUMENTER L'AUTRE, UN NOUVEAU TYPE DE LIEN SOCIAL?

L'extension, pour le moment sans frein de l'idéologie utilitariste couplée au débridement de la financiarisation du monde de l'entreprise a gagné les sphères publique, politique, et sociale en Europe, en y injectant l'idéologisme productiviste. Comment s'étonner de la destruction de l'Autre de la confiance, quand, en toute légalité, et selon cet idéologisme, il s'agit de rouler l'autre à tout prix. En voici un

exemple extrait du livre de Jean de Maillard, magistrat pénaliste et président adjoint du tribunal d'instance de la ville d'Orléans en France, au moment où il écrit cet ouvrage.⁵

“le salarié tire ses droits sociaux de son appartenance à l'entreprise et le critère du salariat est la subordination juridique à l'employeur. Quiconque est subordonné dans son travail aux ordres d'une autre personne relève donc du statut salarial, et l'employeur est lui-même tenu d'en respecter les contraintes (droits contractuels définis par la loi, les conventions collectives etc..). Il existe trois manières d'échapper à cette rigidité et aux coûts qu'elle engendre : rendre le travail purement clandestin, rendre le travail précaire par des contrats à durée déterminée, ou “louer” de la main d'œuvre à d'autres entreprises qui n'accordent pas à leurs salariés les mêmes avantages. Mais explique Jean de Maillard, d'autres procédés illégaux vont être créés par les entreprises pour tourner les réglementations qui réglementent ces trois cas de figure; En voici Un: “Le cas sera fréquent dans les transports par exemple, où l'entreprise vend son camion à son chauffeur habituel et réemploie ensuite celui-ci pour faire le même travail mais sous couvert de sa propre entreprise, soumise aux aléas des marchés et de la concurrence. De ce fait, l'employeur devenu donneur d'ordres, s'estime dégagé de toute obligation salariale et sociale envers son ex-salarié, qu'il peut faire aussi travailler sans faire respecter en particulier les règles de sécurité qui limitent la durée de conduite. Le chauffeur devient alors responsable des infractions commises au volant de son camion, à la place de son ancien employeur. Il devient aussi le propriétaire du capital productif (le camion), à charge pour lui d'en assurer l'amortissement et le renouvellement quand il devient obsolète. Et s'il n'y parvient pas, l'employeur s'adressera à une autre entreprise plus “performante”.

Dans la sphère publique et sociale, quelle sorte de sujet produira ce type de relation établie à son détriment dans la sphère économique, et qui a pour conséquence de précariser la situation de la personne? N'est ce pas ainsi la conception d'un sujet retors, perfide, qui est valorisée? N'est-ce pas aussi ces agissements qui, établis en toute légalité, vont venir alimenter et enrichir la panoplie des techniques managériales professées dans les écoles de commerce, les cycles de formation en marketing, les écoles de management?

QU'EST CE QU'UNE IDÉOLOGIE SCIENTIFIQUE?

Aujourd'hui, du point de vue du lien social, l'organisation de travail n'est plus collectivisante, car elle a en effet pris les habits d'une idéologie particulière, “l'idéologie scientifique”, qui est sans idéal, et qui de plus est connectée aux marchés financiers.

D'abord, elle est une idéologie parce qu'elle véhicule une vision du monde qui est celle des marchés financiers. D'autre part elle est d'ordre scientifique, parce qu'elle mime le discours de la science au travers de ses modèles économiques, mais aussi psychologiques.

⁵ DE MAILLARD, Jean. *L'arnaque, La finance au dessus des règles et des lois*, Paris: Gallimard, 2010. p. 226.

Un des éléments qui à ce titre l'intéresse dans la science, c'est le principe de la formule. Dans le cas de la science, son efficacité, dans la réalité annule tout principe contradictoire, d'une certaine manière elle réduit au silence tout commentaire.⁶ C'est ce même effet, qui est recherché dans la formule économétrique, ou le protocole d'évaluation psychotechnique, qui sont présentés comme comme combinant des paramètres à l'instar de la formule mathématique, là où ils n'en sont que des mauvaises copies. Ils semblent vraisemblables là où ils ne sont pas vrais.⁷

Georges Canguilhem, philosophe, médecin, épistémologue, élève de Gaston Bachelard, épistémologue lui aussi et grand lecteur d'Auguste Comte s'est attaché à préciser cette notion "d'idéologie scientifique.

Dans son article: "Qu'est ce qu'une idéologie scientifique?", il la définit ainsi: "Une idéologie scientifique n'est pas une fausse conscience comme l'est une idéologie politique de classe"⁸ écrit-il, "...dans une idéologie scientifique, il y a une ambition explicite d'être une science, à l'imitation de quelque modèle de science déjà constituée"... "L'existence d'idéologies scientifiques implique l'existence parallèle et préalable de discours scientifiques, et par suite le partage déjà opéré entre la science et la religion". L'épistémologue poursuit ainsi: "...l'idéologie (=scientifique) occupe une place, même si c'est par usurpation, dans l'espace de la connaissance et non dans l'espace de la croyance religieuse". Il donne pour exemple le psychologue américain Herbert Spencer qui a cherché la caution et la garantie dans la théorie de Darwin, d'un modèle de société et d'individu, pour lesquels il transpose ce qui n'est valable que dans le monde animal, où les espèces sont posées comme étant en compétition pour leur survie. Voici une citation qui donnera une idée du monde libéral qu'il propose ainsi:

"En effet, si l'on aide les moins méritants (il faut entendre par exemple cette aide comme intervention de l'état mais aussi comme toute assistance extérieure) à se propager en les affranchissant de la mortalité à laquelle les vouerait naturellement leur défaut de mérite, le mérite deviendra de plus en plus rare de génération en génération."⁹

En remplaçant mortalité, par "précarité", chemin possible vers la mort sociale, nous avons ainsi une bonne photographie de ce qui se passe dans certains pays européens.

⁶ MILLER, Jacques-Alain, *L'Autre qui n'existe pas et ses Comités d'éthique - 1996-1997* - cours du 12 mars 1997 - "La science, et je dis la science conformément à l'usage de Lacan, qui s'autorise de Koyré, pour nommer ainsi la science mathématique de la nature, telle qu'elle s'est imposée à partir de Galilée, et telle qu'elle s'est affirmée avec Newton, la science, c'est ainsi que je l'ai présentée la dernière fois, substituée au sens le savoir. Et cette substitution peut être écrite comme métaphore ainsi: savoir sur le sens: savoir/sens qui est à proprement parler la métaphore scientifique. la métaphore scientifique a pour effet, dans la signification, le silence."

⁷ LACAN, J. "L'acte psychanalytique" Leçon du 15 novembre 1967 - Dans cette leçon Jacques Lacan parle par exemple de "l'idéologie pavlovienne".

⁸ CANGUILHEM, G. *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences et de la vie*, Paris: Vrin, juin 2009, p. 46 et 47, et aussi le chapitre "Sur l'histoire des sciences de la vie depuis Darwin".

⁹ SPENCER, H. *Introduction à la science sociale*, 1903, Québec, <<http://bibliothèque.upac.quebec.ca/index.htm>>, collection développée par Jean Marie Tremblay, Cegep de Chicoutoumi.

UNE SYNERGIE À TOUTE ÉPREUVE

Dans la sphère économique, deux idéologies scientifiques se combinent aujourd'hui.

La première, est l'idéologie utilitariste qui est née dans le terreau de la philosophie anglaise et dont les protagonistes sont Jérémy Bentham et surtout son contemporain Adam Smith, avec sa théorie, dite de la "main invisible", qui est tout le contraire de la "main charitable", et qui a implanté une véritable mystique dans le paysage économique mais aussi politique.

La seconde est celle du darwinisme social d'Herbert Spencer, que nous venons de décrire.

A cela s'y ajoute une autre mystique mortifère elle aussi, et appliquée sur le versant opérationnel, par l'idéologie managériale, qui est celle de l'objectif du "zéro défaut", notion qui provient en droite ligne des organisations de travail dans l'industrie automobile. L'idéologie du zéro défaut est à l'origine de la création de l'ensemble des procédures de travail normées, et qui ont des conséquences déréalisantes pour le sujet, car dans ce contexte, la subjectivité devient un élément de freinage pour la course à la rentabilité. On exige en effet du sujet qu'il soit, à son détriment, entièrement et absolument fidèle à l'hétéronomie du fonctionnement organisationnel.

Nous dirons que ce fonctionnement a pour modèle celui de la machine. Il détermine pour un individu donné, à un moment donné, une fonction donnée, et leur interchangeabilité au gré des modifications du fonctionnement.¹⁰ Mais Le désir d'un sujet contient en son coeur un principe vital et créatif qui est celui de l'autonomie de l'initiative, de l'élan, une autonomie toujours singulière C'est cette singularité qui ne trouve plus place dans de telles organisations. L'hétéronomie, la loi extérieure organisationnelle, est aujourd'hui programmée et appliquée à l'ensemble du comportement du sujet : langage, comportement, conduite, etc. Ce sont là des "extériorités"¹¹ subjectives qui en principe sont à l'initiative de chacun pour leur intégration ou non au lien social. Cela va donc bien au delà du lien de subordination d'autrefois, qui ne contenait pas dans son principe la manipulation systématisée de ces "extériorités" du sujet.

DISSOLUTION DU DÉSIR

Mr R

Mr R a contacté l'association Souffrances Au Travail sur l'indication du psychanalyste et psychiatre de sa femme. Au cours de l'entretien je lui demanderai comment se manifeste son malaise? Lorsqu'il est chez lui, il lui revient des bribes de phrases de son travail, qu'il ne détaille pas. Mr R a 39 ans, et est employé par une grande société d'informatique après trois rachats successifs de la même société, où il avait été au départ embauché. Il est ingénieur informatique de formation. Son père était d'ailleurs aussi ingénieur mais dans le secteur du Bâtiment et Travaux

¹⁰ MILLER, JA, "Santé mentale et ordre public", *Mental N. 3, Les mesureurs, Revue de la New Lacanian School*, Janvier 1997.

¹¹ LACAN, J. "Radiophonie", *Autres écrits*, Paris, Seuil, où il est question de l'extériorité entièrement manipulable telle que la fait ressort.

Publics. Mr R a donc cheminé sur les traces de l'Idéal du père. Il est marié, père de trois enfants. Mr R pense qu'il n'a plus grand chose à espérer en terme de carrière, et que dans son poste actuel, on n'utilise plus à fond ses compétences "Mon travail est granulaire" ajoutant "Je n'ai plus de plaisir, et ça c'est vraiment un signe". Dans les précédentes fonctions Mr R menait des projets et voyageait. Aujourd'hui son travail consiste en de petites opérations, c'est ce qu'il appelle un travail "granulaire". De plus il doit remplir pour chaque opération quantités de formulaires comme autant de comptes-rendus, ceci pour expliciter dans le détail les opérations qu'il a faites et que d'autres doivent pouvoir continuer ou retracer en cas de défaillance d'un système, afin d'y remédier. Ce qui lui revient surtout à l'esprit lorsqu'il est chez lui, ce sont les paroles et la voix de sa responsable, qui à la moindre erreur lui (leur) en fait la remarque devant tout le monde. "C'est humiliant, dira t il". Mr R évoque les idées noires qui lui viennent à l'esprit. "J'ai fait appel à vous car je ne vois pas à qui en parler. Mes collègues? Je vois pas ce que cela apporterait. Ma femme? Je ne lui en ai que trop parler". De plus il travaille en open space et doit souvent répondre à plusieurs types de messages à la fois: sur ordinateur, en conférence call, et sur son téléphone portable.

Mr x nous montre que chez lui le principe désirant concernant sa trajectoire professionnelle est calé sur l'Idéal paternel, et que la fonction qu'on lui demande d'occuper désintègre ce principe.¹² C'est un métier qu'il avait appris, mais il n'occupe aujourd'hui qu'une fonction.

L'idéologie scientifique touche dans ce cas la sphère subjective intime . le sujet est contraint de passer pour ainsi dire à l'extérieur de soi. Il doit aussi ravalé le sentiment d'humiliation qu'il éprouve. S'il veut garder son poste, il doit se transposer entièrement dans le registre purement technique, mortifier en lui l'affectif, littéralement "désaffecter" son lien à l'autre. Ainsi se trouve t il sur la pente d'une certaine dépersonnalisation¹³, il se désobjective, en se délocalisant dans cet autre qui est cette fonction qu'il endosse, et qui est la résultante abstraite d'un comportement, et d'un lien à l'autre, dans lesquels il doit se mouler.

DE L'ANTICIPATION À LA PRÉVENTION ET DE LA PRÉVENTION À LA SUSPICION

L'idéologie managériale du zéro défaut, donne lieu dans les entreprises privées, à une énorme machinerie organisationnelle et communicationnelle, dans le but de modeler comportements, langage du salarié. Une des modalités sous laquelle s'est trouvée transposée cette idéologie dans la sphère publique est celle de la prévention, par exemple pour la délinquance. Ceci en transportant avec elle un élément dissolvant pour le lien social intersubjectif, qui est le soupçon, la suspicion.

¹² MILLER, JA. *Les divins détails*, 1988-189 inédit- cours du 31 mai 1989 - FREUD, S. "Psychologie des foules et analyse de moi", Essais, Paris: Payot, 1985; LACAN, J. *Le Séminaire, Liv XI, Les Quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse*, Paris: Seuil, 1974.

¹³ FAURE, Henri. *Bulletin de psychologie, introduction Daniel Lagache, Numéro spécial annuel 1967* - p. 40 - Nous nous référons à la définition élémentaire qui est citée du Manuel Alphabétique de Psychiatrie de A. POROT: "le sentiment éprouvé par certains sujets de n'être plus eux mêmes".

Leur principe commun et la question générique à laquelle ils répondent pourrait être formulé ainsi:

“Y a t il quelque part, dans quelque lieu que ce soit, ou y a-t-il ou y aura t il un élément, dans un temps futur, qui viendra freiner, objecter, contrecarrer, contester, enrayer, ce qui a été mise en place pour obtenir ou à défaut approcher le zéro défaut (ou, dans notre exemple, le zéro délinquant?”

L'anticipation, qui est le ressort de ces pro-programmes techniques est comme nécessairement doublé du soupçon, de la suspicion, qui en cas de défaillance finit par gagner la personne en charge de la fonction défaillante. Comme Le zéro défaut est impossible, inatteignable, ce soupçon, cette suspicion sont voués à subsister indéfiniment à l'instar de la jalousie du paranoïaque.

On ne manque pas d'ailleurs, à la moindre défaillance, de demander des comptes aux personnes elles mêmes. Ce fut le cas, au début de cette année 2011, en France, dans le domaine de la justice, avec l'affaire Laetitia, jeune femme assassinée et jetée dans un étang, où la suspicion jetée sur le sérieux des enquêtes par les autorités politiques a suscité la première grève de toute l'histoire de la magistrature.¹⁴ La suspicion peut aussi intervenir bien en amont de la chaîne des différents acteurs de la justice, car elle se propage à l'infini.

En Europe, nos managers politiques ont ainsi pu supposer qu'elle pourrait être appliquée bien avant que le sujet ne devienne délinquant. C'est ainsi qu'était né, il ya quelques années, en France, un projet de loi sur la prévention de la délinquance présentée par le ministre de l'Intérieur de l'époque, prévention qui aurait alors donné lieu à un dépistage systématique, des enfants en maternelle et tout le long de leur parcours de vie. Ceci à la suite de la publication en 2005, par l'organisme publique de recherche scientifique, l'Inserm, d'une expertise sur le “trouble des conduites chez l'enfant et l'adolescent”¹⁵. Ce rapport préconisait “le repérage des perturbations du comportement dès la crèche et l'école maternelle”! Voyez-vous ça!

LA SANTÉ MENTALE COMME IDÉOLOGIE SCIENTIFIQUE

Au travers de la subjectivité et du désir qui y sont en jeu, le lien social intersubjectif est susceptible d'intéresser le psychanalyste. Si l'idéologie scientifique appliquée dans l'entreprise, aux comportements, peut en effet avoir prise sur un individu, c'est du fait d'une structure qu'il connaît bien et qui est consubstantielle à la subjectivité: l'extimité. C'est une notion de Jacques Lacan que Jacques Alain Miller a conceptualisée, lors de son cours d'Orientalisation lacanienne de l'année 1985-1986, cours paru l'année dernière en langue hispanique à Buenos Aires.¹⁵ Disons pour aller vite, que l'extimité est une relation circulaire entre l'intime d'un sujet et son extérieur, relation qui reste généralement inconsciente. Elle peut se manifester au grand jour, par exemple lors d'un surgissement d'angoisse. C'est par cette

¹⁴ <<http://www.dna.fr/fr/infos-generales/france/info/4569212-Justice-Suites-de-l-affaire-Laetitia-La-colere-des-magistrats-gagne-du-terrain>>.

¹⁵ LACAN, J. *Le Séminaire Livre VII, L'éthique de la psychanalyse*, Paris: Seuil, et dont JA Miller a démontré en quoi elle était une structure dans son cours de 1985-1986 - Miller JA, *Extimidad, (Los cursos psicoanalíticos de J.A Miller)*, Buenos Aires: ED Paidós, 2010.

structure que le langage, les comportements, les idéaux, sont séductibles et manipulables. Ces “extériorités” renvoient à l’intime du sujet, et vice versa.

Aujourd’hui, nous voudrions montrer de plus, en quoi La santé mentale sous ses deux déclinaisons thérapeutiques que sont Les thérapies cognitivo-comportementales et la psychiatrie du *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, toutes deux nées aux Etats-Unis, viennent en prolongement de l’idéologie managériale.

Le médicament est en son essence, une théorie scientifique réifiée qu’on introduit dans le corps du sujet pour réguler son humeur, apaiser son angoisse. Certains patients psychotiques redoutent cette hétéronomie du médicament; ils sont réticents à cette médication qui constitue pour eux une intrusion physique insupportable. Son efficacité est cependant indéniable, mais elle a conduit à l’extrémisme de dénier toute subjectivité à la personne soignée. Cette psychiatrie du “mode d’emploi”, celle du DSM, a ainsi modifié son langage nosographique, qui auparavant s’appuyait sur les concepts de la psychanalyse.

Ainsi en est il par exemple de la phobie, dont Freud nous a donné un cas princeps avec le cas du petit Hans¹⁶ et sa phobie du cheval, en restituant la configuration des fonctions parentales qui en constituait l’origine. Le cas de ce petit garçon est aussi longuement commenté par Jacques Lacan dans son séminaire *La relation d’objet* où il nous montre la fonction de cette phobie: c’est une peur qui défend la sujet contre l’angoisse.

Dans le DSM IV¹⁷, la phobie devient trouble anxieux sous forme de phobie spécifique, c’est-à-dire se prêtant à la médication anxiolytique, et dans l’ensemble des phobies spécifiques on trouve: la peur persistante et intense à caractère irraisonné: prendre l’avion, vertige, les animaux, les orages, l’eau, la vue du sang etc. En fait, si on y regarde de près, on voit aussi que tout devient trouble. Nous y voyons là une autre modalité de la suspicion qui est ainsi produite, où par exemple la timidité devient “phobie sociale”?

Ce chapitre se termine avec les phobies dites spécifiques avec une dernière rubrique dite “Autre type”. On y dit que «ce sous-type doit être spécifié si la peur est induite par d’autres stimulus. Ces stimulus peuvent comprendre la peur ou l’évitement de situations qui pourraient conduire à un étouffement, au fait de vomir ou de contracter une maladie; la phobie de l’espace [...] et les peurs qu’ont les enfants concernant les bruits forts ou les personnages déguisés”.

La présence du terme de “stimulus” renvoie directement au discours des Techniques Cognitivo-comportementales, pour lesquels le comportement s’inscrit dans un schème mécanique comme “ensemble des réponses ajustées aux stimuli qui les déclenchent”¹⁸, et qui évacue toute prise en compte de la subjectivité, ce qui est tout à fait explicité dans ces théories.

¹⁶ FREUD, S. *Cinq psychanalyses*, Paris: Puf, 1984; LACAN, J. *Le Séminaire, Livre IV, La relation d’objet*, Paris: Seuil, 1994.

¹⁷ *Mini DSM IV, Critères diagnostiques*, Paris: Masson, version complétée des codes CIM-10; p. 199 à 205.

¹⁸ TILQUIN, André, *Le Behaviorisme, origine et développement de la psychologie de réaction en Amérique*, Paris: Vrin, 1942. p. 67.

TROIS IDÉOLOGIES HAUTEMENT COMPATIBLES ET UN COMMUN PRAGMATISME

Autre question, comment, selon nous, ces trois idéologies - managériales et thérapeutiques- se relayent elles l'une l'autre dans notre mode contemporain.? Car elles s'attirent incontestablement l'une l'autre.

Cela est du d'une part à leur congruence, d'autre part à leur compatibilité.

D'abord leur congruence est celle de converger vers l'établissement de cette sorte d'absolutisme de l'idéologisme économique auquel nous assistons aujourd'hui.

Quant à leur compatibilité, elle relève selon nous de deux facteurs.

Elles sont compatibles selon une première perspective, du fait de leur semblable mimétisme vis à vis de la science et par leur commune répulsion à la subjectivité, inflexion répulsive qu'elles injectent dans le lien social. C'est ce dont témoigne aujourd'hui selon nous en France le récent *Rapport sur la modernisation de la politique des ressources humaines dans les établissements publics de santé*¹⁹. Et qui est simplement le prolongement, dans l'organisation interne, du fait que le patient soit devenu un usager, un client, et que le soignant soit devenu un prestataire.

On pourrait les figurer sur des cercles concentriques qui vont du plus éloigné de la subjectivité, l'utilitarisme économique couplé au darwinisme social, jusqu'au plus proche, les Thérapies Cognitivo- comportementales²⁰ couplées à l'injection de médicaments selon la psychiatrie du Manuel DSM.

Elles sont aussi compatibles selon une 2ème perspective qui est leur mode opératoire. Celui qui travaille en entreprise, manie à longueur de journée les logiciels informatiques avec lesquels il va mettre les variables en tableau, et les croiser pour ses calculs. Comment dès lors, n'éprouverait il pas un sentiment de familiarité, lorsqu'il retrouvera ces mêmes méthodes techniques, dont il a pu mesurer l'efficacité, mais dans un cadre productiviste, au vu du questionnaire qu'on lui vantera, tel que celui de la mise au point du protocole par les Thérapies cognitivo-comportementales, et aussi tous les questionnaires psychotechniques; ou encore dans les manuels du DSM qui déploie l'arborescence des troubles, comme autant de variables, et dont la résultante va constituer le syndrome?

De façon plus pragmatique, l'idéologie managériale, est par exemple intéressée à l'adaptation des comportements quand elle doit changer rapidement de modèle organisationnel selon le *timing* des places boursières. Quoi de plus naturel alors que de faire appel aux Thérapies Cognitivo-Comportementales, pour traiter ledit "stress" que cette même idéologie engendre?

En retour, certains cabinets de consultants de psychologie TCC, sont structurés comme de véritables entreprises.

Quant à la psychiatrie du DSM que nous avons vue plus haut, elle est aujourd'hui étroitement asservi à la sphère économique, celle des grands laboratoires pharmaceutiques. Ce type de psychiatrie vient de faire l'objet d'une

¹⁹ <<http://www.sante.gouv.fr/rapport-sur-la-modernisation-de-la-politique-des-ressources-humaines-dans-les-etablissements-publics-de-sante.html>>.

²⁰ Pour la problématique des TCC, voir Laurent E., *Lost in cognition*, Paris: Ed.Cécile Defaut, 2008; DUPUY, J-P. *Aux origines des sciences cognitives*, Paris: La découverte, 1999.

remise en cause lors du dernier congrès mondial de la santé mentale qui s'est tenu à Buenos Aires au mois de mai.²¹

LA FONCTION CHEVAL DE TROIE

Le questionnaire psychométrique et l'évaluation comportementale qui s'ensuit, est la méthode qui a récemment été introduite pour le concours d'entrée à l'Ecole Nationale de la Magistrature en France. Le discours utilisé par le directeur de l'ENM dans un récent Interview qu'on peut lire dans le journal *Le monde*, est digne de celui qui a cours dans les entreprises privées.²²

Exporter ou importer un tel modèle de Ressources Humaines c'est exporter ou importer à terme l'idéologisme économique et managérial non seulement qui en est l'inspiration, mais qui en est la nécessaire doublure. Le citoyen devient usager, client, et les acteurs de la justice deviennent des prestataires. Dans un tel contexte, la démocratie a toute chance de se dissoudre dans le libéralisme économique, comme cela semble le cas en Europe.

L'affaire d'Outreau en 2005 a été une affaire de pédophilie, qui s'est soldée par l'acquiescement de 13 des 17 accusés, après être restés 3 ans en détention. Elle a été l'élément qui a servi de désinhibiteur aux autorités ministérielles pour restructurer le mode de recrutement des juges, selon les méthodes des entreprises privées. L'article du quotidien français *Le monde* que nous avons cité a d'ailleurs été publié au moment et comme en contrepoint d'un livre, celui de Chérif Delay, qui a pour titre "Je suis debout"²³, et qui est paru au mois de mai. Ce livre est le témoignage d'un des enfants qui avaient réellement été abusés par leur beaux-parents, qui eux ont été condamnés, et l'auteur y prend la défense du magistrat qui avait à cette époque mené l'instruction. Mais cet idéologisme, dont il est question tout au long de notre propos, vers quelle modernité nous entraîne-t-il? La réponse se trouve aux Etats unis et en Europe, où les conséquences sociales d'une telle politique sont aujourd'hui manifestes.

Mai 2011.

²¹ Voir le site <<http://stopdsm.blogspot.com/>> où circule une pétition et une motion qui ont donné lieu à un débat au dernier Congrès Mondial de la Santé Mentale qui s'est tenu au mois de mai à Buenos-Aires.

²² <http://www.lemonde.fr/societe/article/2011/02/19/outreau-dix-ans-apres-la-pedagogie-developpee-a-l-enm-a-ete-repensee_1482395_3224.html>.

²³ DELAY, C. *Je suis debout*, Paris: Ed du Cherche midi, 2011.

LEI N. 12.440/2011: CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Isabela Márcia de Alcântara Fabiano*
Luiz Otávio Linhares Renault**

1. LEI N. 12.440/2011: ALTERAÇÕES NA CLT

A Lei n. 12.440, de 07 de julho de 2011, acrescenta o Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)¹ e, paralelamente, altera a Lei n. 8.666/1993, que prevê normas para as licitações e os contratos da Administração Pública.

Não obstante esteja em *vacatio legis* - sua vigência iniciará 180 dias após a data da publicação - contém disposições relevantes que merecem comentários, uma vez que repercutem diretamente no mundo do trabalho e na satisfação das obrigações trabalhistas pelo devedor.

Com respaldo no *caput* do novo art. 642-A da CLT, depreende-se que a CNDT será um documento público, expedido gratuita e eletronicamente, destinado a comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

Não a obterá, porém, o interessado que descumprir obrigações estabelecidas em sentença trabalhista condenatória transitada em julgado, em acordos judiciais trabalhistas, ou que não realizar os recolhimentos previdenciários, de honorários², de custas processuais, de emolumentos ou os determinados em lei³ (inciso I do § 1º do novo art. 642-A da CLT).

* Mestre e Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, respectivamente pela PUC Minas e pelo Instituto de Educação Continuada PUC Minas. Graduada em Direito pela UFMG. Servidora do TRT/3ª Região. Professora de Direito Processual do Trabalho.

** Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da PUC Minas nos cursos de graduação e de pós-graduação. 2º Vice-Presidente do TRT/3ª Região. Aprovado em primeiro lugar no Concurso Público de Provas e Títulos para o cargo de Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.

¹ A certidão negativa de débitos trabalhistas já existe no âmbito da Justiça do Trabalho e é regulada por provimentos desta Especializada, que não se confundem com lei em sentido formal. Em Minas Gerais, a expedição de certidão negativa, positiva ou de andamento de ações trabalhistas é disciplinada pelos arts. 46 a 57 do Provimento n. 1/2008, de 03 de abril de 2008, que institui o Provimento Geral Consolidado da Justiça do Trabalho da 3ª Região. Para maiores detalhes, consultar o endereço eletrônico disponível em <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=73225&Consultar=Consultar&E1=provimento&infobase=provtrt03.nfo&querytemplate=QqPalavra&record={231}&recordswithhits=on&softpage=Document42>, acessado em 22 de julho de 2011. Visando à sistematização de normas procedimentais aplicáveis no âmbito das Varas do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, em 28 de outubro de 2008, foi editada a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cujo parágrafo único do art. 79 textualmente prevê: "Não será expedida certidão negativa em favor dos inscritos no cadastro de pessoas com execuções trabalhistas em curso." Para maiores detalhes, consultar o endereço eletrônico disponível em <http://www.tst.gov.br/corregedoria_2009/consolidacao/2010/CONS_PROVIMENTOS_Alt_Atos_001_09_de_2_4_09_004_09_de2.pdf>, acessado em 22 de julho de 2011.

Também não será expedida a certidão ao interessado, quando o inadimplemento de obrigações decorrer de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou a Comissão de Conciliação Prévia (inciso II do § 1º do novo dispositivo legal em comento). Essa previsão é coerente, pois, ao lado dos títulos executivos judiciais, há os títulos executivos extrajudiciais, conforme preconiza o *caput* do art. 876 da CLT, crescendo cada vez mais o estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos, seja com a participação direta do *parquet*, seja com a intermediação de entes representativos das categorias profissional e econômica, de composição paritária.

As informações constantes da CNDT atingirão a empresa, incluídos todos os seus estabelecimentos⁴, agências e filiais (§ 3º do novo artigo 642-A da CLT). Tal abrangência é justificável e necessária, porque empresa é uma “organização técnico-econômica que se propõe produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros [...]”⁵, que pode ser ampliada fisicamente, sem que isso implique a ruptura da unidade empresarial.

Vale dizer, empresa é o conjunto de bens materiais e imateriais, cujo objeto é a produção, a troca ou a circulação de bens e de serviços, que, à luz do Direito do Trabalho, quase que se personaliza (*caput* do art. 2º da CLT), quando organiza o trabalho alheio, podendo se desdobrar em vários estabelecimentos, consoante se infere do art. 74, § 2º, e do art. 469, § 2º, ambos da CLT.

Nos termos do § 4º do novo art. 642-A da CLT, o prazo de validade da CNDT será de 180 dias contados da data de sua emissão. A opção pela provisoriedade da certidão decorre do próprio dinamismo das práticas econômicas e sociais. Se, hoje, alguém é inadimplente, amanhã, pode não sê-lo e vice-versa. Essas alterações devem ser acompanhadas a tempo e modo para conferir segurança jurídica a todos os integrantes da sociedade.

A par disso, parece razoável sustentar que a transitoriedade da certidão também deriva da natureza jurídica do documento que, sendo uma modalidade de medida coercitiva indireta, pretende convencer o devedor inadimplente de que a sua conduta, além de ilícita, não lhe é proveitosa, dando-lhe a oportunidade de reverter seus atos. Caso a validade fosse por prazo indeterminado, o devedor não teria motivos nem incentivo para modificar o estado das coisas.

² Apesar de a Lei n. 12.440/2011 não explicitar quais honorários devem ser quitados, entende-se que a expressão é genérica, abrangendo tanto os periciais quanto os advocatícios, quando estes últimos forem fixados por comando jurisdicional. Lembre-se de que a Instrução Normativa n. 27/2005 do TST, em seu art. 5º, textualmente dispõe: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.” Para maiores detalhes, consultar o endereço eletrônico disponível em <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>>, acessado em 22 de julho de 2011.

³ Um exemplo é o recolhimento do imposto de renda.

⁴ Na dicção do art. 1.142 do CC/2002, estabelecimento é “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

⁵ MENDONÇA, J.X. Carvalho. Tratado de direito comercial brasileiro *apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. 1º v., p. 54.

Mas, se os débitos trabalhistas estiverem garantidos por penhora suficiente ou a exigibilidade do débito trabalhista for suspensa⁶, será expedida a Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas (CPDT) em nome do interessado, com os mesmos efeitos da CNDT (§ 2º do novo artigo consolidado em destaque).

A equivalência da CNDT e da CPDT quanto aos resultados se deve, no primeiro caso, à existência de constrição judicial incidente sobre bens de valor e em quantidade bastante para assegurar a integral satisfação do *quantum debeatur*. Portanto, transcorrendo a execução trabalhista dentro da normalidade, sem dilações probatórias indevidas, sem atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 600 e 601, ambos do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho), tudo leva a crer que o débito será quitado conforme os ditames da lei.

Quanto à suspensão da exigibilidade, enquanto perdurar o motivo que lhe deu causa (e este for relevante e justificado), não serão impostas as coações próprias da execução forçada. Será reconhecida a existência do débito trabalhista, contudo o devedor não será impedido de participar de procedimentos licitatórios - a sanção estipulada pela Lei n. 12.440/2011, que será analisada a seguir.

2. LEI N. 12.440/2011: ALTERAÇÕES NA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei n. 12.440/2011 deu nova redação ao inciso IV do art. 27 da Lei n. 8.666/1993. Assim, a partir de sua vigência, exigir-se-á dos interessados em

⁶ As hipóteses de suspensão do processo previstas nos incisos I, II e III do art. 265 do CPC são aplicáveis subsidiariamente às lides trabalhistas *ex vi* do art. 769 da CLT. São elas: morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou patrono; convenção das partes (nesse caso, o juiz declarará o prazo para a suspensão executória, considerando a alegação do credor quanto ao período que seria necessário para o pagamento espontâneo do executado). A oposição de exceções de incompetência relativa do juízo, suspeição ou impedimento suspendem a fase executiva. Os embargos de terceiro suspendem no todo ou em parte o curso do processo principal se versarem, respectivamente, sobre todos os bens apreendidos judicialmente ou apenas sobre um ou alguns deles. Quanto aos embargos do devedor, normalmente, quando recebidos, não suspendem o curso normal da execução trabalhista. Todavia, há corrente doutrinária defendendo a aplicação dos arts. 475-M e 739-A, ambos do CPC, na seara processual trabalhista. Assim, a suspensão de execução fundada em títulos executivos judicial ou extrajudicial dependeria de o juiz se convencer da relevância do fundamento deduzido pelo embargante. O *caput* do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, de integral aplicação ao processo do trabalho, determina que, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, o juiz suspenderá o curso da execução. Decorrido o prazo máximo de 01 ano e permanecendo inalterada a situação, o magistrado ordenará o arquivamento dos autos (§1º do citado artigo), que será provisório, porque, a qualquer tempo, se forem encontrados o devedor ou bens, a execução retomará o seu curso (§ 2º do mesmo artigo). Registre-se, todavia, que o TRT/MG expediu o Provimento n. 02/2004, que dispunha sobre o arquivamento definitivo da execução paralisada há mais de 01 ano nas Varas do Trabalho mineiras, caso em que seria expedida e remetida ao credor certidão da dívida de qualquer natureza. O aludido Provimento foi cancelado em 2011. Caberá à doutrina e à jurisprudência esclarecer quais hipóteses das acima mencionadas caracterizarão a suspensão da exigibilidade do débito trabalhista para fins de expedição de CPDT.

participar do “[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas [...]”⁷ documentação exclusivamente relativa a: habilitação jurídica (inciso I); qualificação técnica (inciso II); qualificação econômico-financeira (inciso III); regularidade fiscal e trabalhista (esta é a nova redação do inciso IV, sendo a original silente quanto à regularidade trabalhista) e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal⁸ (inciso V).

O *caput* do art. 29 da Lei de Licitações foi modificado e, no mesmo dispositivo, foi incluído o inciso V. Desse modo, quando a Lei n. 12.440/2011 entrar em vigor, a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista⁹, conforme o caso, consistirá em provas de: inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC) (inciso I); inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual (inciso II); regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei (inciso III); regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (inciso IV) e, a novidade, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 12.440/2011

A Lei n. 12.440/2011 é formalmente constitucional, uma vez que obedece ao disposto no art. 22, incisos I e XXVII, ambos da Constituição da República de 1988, tendo a União Federal legislado sobre a matéria, que é afeta tanto ao Direito do Trabalho quanto às normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A exclusão do devedor inadimplente de obrigações trabalhistas da fase de habilitação do procedimento licitatório é materialmente compatível com os postulados da Norma Fundamental brasileira, porquanto a administração pública é orientada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (*caput* do art. 37 da Lei Maior).

É ilegal, amoral, ineficiente, improbo e totalmente contraproducente declarar uma pessoa - física ou jurídica - que, notoriamente, não cumpre os seus compromissos trabalhistas vencedora em uma licitação. Desde logo, estaria caracterizada a responsabilização subsidiária da administração pública que, na

⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001. p. 188.

⁸ Art. 7º da Constituição da República de 1988: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; [...]”.

⁹ No texto original, o *caput* do art. 29 da Lei n. 8.666/1993 só se referia à regularidade fiscal.

qualidade de tomadora de serviços terceirizados, no mínimo, teria agido com culpa *in eligendo* ao escolher mal o proponente ganhador.¹⁰

Tampouco se vislumbra ofensa ao princípio isonômico com a preterição do mau pagador do procedimento administrativo regulado pela Lei n. 8.666/1993, já que deve ser conferido tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida em que se desiguam.

O devedor inadimplente de obrigações trabalhistas não se encontra no mesmo pé de igualdade que o empregador adimplente: além de desrespeitar fundamentos da Constituição da República de 1988 - dentre eles, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho e da livre iniciativa -, comete atos ilícitos e instaura concorrência desleal contra os demais empresários, porque, deixando de quitar débitos trabalhistas, pode usar o dinheiro que deveria ser destinado ao pagamento de seus empregados para o investimento em maquinário, em publicidade, em propaganda; pode vender seus produtos e/ou serviços por preço menor; pode adotar outras estratégias mercadológicas antiéticas ou, simplesmente, embolsar o valor.

Aliás, tempo já era de alterações legislativas simples e eficazes aptas a reverterem o contumaz desrespeito aos direitos trabalhistas. Na quadra atual da humanidade, em que desponta a luta pelo cumprimento e pela eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não se pode transferir para a tutela reparatória a observância estrita da legislação trabalhista, que se caracteriza por uma justa e equânime distribuição de riqueza, estabelecendo um equilíbrio importante entre o

¹⁰ Registre-se, por oportuno, que nem mesmo a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos autos da ADC 16/DF, é capaz de afastar a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva em face dos entes públicos que elegem mal a empresa com quem celebram o contrato administrativo e/ou deixam de fiscalizar o fiel cumprimento do pactuado, inclusive no pertinente à observância da legislação trabalhista. Como o ordinário é a empresa intermediadora de mão de obra não dispor de patrimônio suficiente para quitar o passivo trabalhista ou simplesmente “fechar as portas” ou “quebrar”, o (ex)empregado não pode ser prejudicado, nem privado de garantias suficientes e concretas que venham a ser dadas pelo devedor subsidiário para a efetiva satisfação do crédito alimentar devido. Para maior aprofundamento da questão, sugere-se a leitura do acórdão proferido recentemente pelo Professor e Ex.^{mo} Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado nos autos do AIRR-222440-75.2003.5.02.0048, data de publicação DEJT 01.07.2011, disponível no endereço eletrônico <[https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR-222440-5.2003.5.02.0048&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAC1hAAA&dataPublicacao=01/07/2011&query=responsabilidade e subsidiária e ADC e 16](https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR-222440-5.2003.5.02.0048&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAC1hAAA&dataPublicacao=01/07/2011&query=responsabilidade%20e%20subsidiaria%20e%20ADC%20e%2016)>, acessado em 22 de julho de 2011. Também merece menção a decisão proferida pela Professora Desembargadora Federal do Trabalho Alice Monteiro de Barros nos autos do RO 00362-2010-004-03-00-0, data de publicação 29.03.2011, disponível no endereço eletrônico <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>, acessado em 22 de julho de 2011. Os excelentes artigos jurídicos elaborados pelo Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta e pelo Procurador do Trabalho em Minas Gerais Helder Santos Amorim, publicados na Revista LTr, merecem, outrossim, especial atenção, uma vez que abordam o tema com profundidade e inteligência.

capital e o trabalho. O Prof. José Martins Catharino disse, em certa palestra, que, no Brasil, é mau administrador aquele que paga integralmente os direitos trabalhistas.

Portanto, além de evitar o *dumping econômico-social* acima referido, a alteração legislativa, por via transversa, poderá também reduzir as ações trabalhistas, que promovem o inchaço do Poder Judiciário, tão congestionado por litígios versando matérias simples e que, na maioria das vezes, tipificam-se pelo deliberado intuito empresarial de descumprimento legal.

Mais se fortalece esse entendimento, isto é, o acerto legislativo, quando se verifica o desenvolvimento da economia brasileira, atuando o Estado paralela e intensamente à iniciativa privada na execução de milhares e milhares de obras, como as do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), para cujas contratações/execuções tem de ser observada integralmente a Lei de Licitações.

4. CONCLUSÃO

Embora as certidões positiva e negativa de débitos trabalhistas já sejam expedidas no âmbito da Justiça do Trabalho antes mesmo da publicação da Lei n. 12.440/2011, as novidades trazidas pelo referido diploma são muito bem-vindas, porque facilitam e democratizam o exercício da garantia constitucional de requerimento de certidões às repartições públicas (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “b” da Constituição da República de 1988).

Doutro tanto, as limitações impostas ao inadimplente de débitos trabalhistas quanto à participação em procedimento licitatório constituem um importante mecanismo de coerção indireta para convencê-lo a pagar a dívida, quer pela publicidade do ato, quer pela interferência direta em suas relações jurídicas civis, empresariais, sociais etc.¹¹

Como é cediço, número considerável de empregadores e/ou de tomadores de serviços não se preocupa em quitar os débitos trabalhistas, beneficiando-se da chamada “síndrome da obrigação não cumprida”, pioneiramente tão bem analisada pelo Professor e Desembargador do Trabalho Antônio Álvares da Silva. De acordo com as suas palavras,

Se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico. [...]. Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal. Cria-se na sociedade a síndrome da obrigação não cumprida, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia

¹¹ A CNDT pode ser requerida por qualquer pessoa que tenha interesse jurídico na obtenção do documento. Basta lembrar, ilustrativamente, que ela é exigida nas hipóteses de alienação de bem imóvel e de concessão de financiamentos imobiliários para aquisição da casa própria, podendo a parte interessada solicitá-la à Justiça do Trabalho. Esse fato demonstra o alcance e a maior publicidade do documento.

das leis é quem as descumpre e não o titular do direito. Quem procura justiça, sofre injustiça, pois o lapsus temporis que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escusado na demora, não cumpre a obrigação jurídica.[...].¹² (grifo acrescentado)

O devedor também se vale das demoras fisiológica e patológica da prestação jurisdicional¹³ e da possibilidade de homologação de acordo trabalhista que, substancialmente, poderá reduzir o valor do crédito trabalhista devido.

É preciso reverter esse quadro e melhorar as estatísticas que demonstram a pendência de inúmeras reclamationes trabalhistas, conforme dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁴, pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁵ e pelo

¹² SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 256-257.

¹³ A demora fisiológica é aquela relacionada à duração normal do processo, que, para ser resolvido, depende de um procedimento, ou seja, de uma cadência ordenada de atos cujo cumprimento é diluído no tempo. A marcha procedimental é necessária para que as partes exerçam o contraditório e a ampla defesa e para que o julgador, antes de emitir o seu provimento jurisdicional, tenha elementos suficientes para formar o seu convencimento com segurança e certeza. Embora o tempo seja um fator intrínseco ao processo, a simples espera pela resposta estatal, que é formada depois de uma cognição judicial plena e exauriente, já causa dano à parte que tem razão. Quando essa duração fisiológica ou normal do processo é excedida, surge a chamada demora patológica do feito. A respeito do tema, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece: “Ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório. [...]”. O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como o dano marginal, causado ou agravado pela duração do processo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 21-22)

¹⁴ No portal do Conselho Nacional de Justiça, pesquisa intitulada “Justiça em Números 2009 - Indicadores do Poder Judiciário - Justiça do Trabalho” demonstra que, nesse período, havia 1.972.784 casos pendentes de execução no 1º grau em todo o Judiciário trabalhista brasileiro. Para maiores detalhes, consultar o endereço eletrônico disponível em <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2009/rel-justica-trabalho.pdf>>, acessado em 22 de julho de 2011.

¹⁵ No portal do Tribunal Superior do Trabalho, pesquisa intitulada “Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho” demonstra que a mais alta Corte trabalhista, em 2010, julgou 211.979 processos de um total de 376.943. Na equação julgados/total a julgar, o percentual encontrado foi 56,24%. No mesmo ano, nos TRTs, foram julgados 695.101 processos de um total de 905.565. Na equação julgados/total a julgar, o percentual encontrado foi 76,8%. Para maiores detalhes, consultar o endereço eletrônico disponível em <<http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2010/indice2010/Ind2010.pdf>>, acessado em 22 de julho de 2011.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.¹⁶

A partir do momento que a efetividade da tutela jurisdicional se tornar uma constante no cotidiano forense e as sanções legais forem aplicadas, inclusive aquelas com repercussões que ultrapassem a esfera trabalhista, trazendo real prejuízo ao devedor, não lhe restará outra alternativa a não ser quitar a dívida.¹⁷

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2009 - Indicadores do Poder Judiciário - Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2009/rel-justica-trabalho.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Provimento Geral Consolidado da Justiça do Trabalho da 3ª Região*. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=73225&Consultar=Consultar&E1=provimento&infobase=provtrt03.nfo&querytemplate=QqPalavra&record={231}&recordswithhits=on&softpage=Document42>. Acesso em: 22 jul. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00362-2010-004-03-00-0. Desembargadora Relatora: Alice Monteiro de Barros. Data de Publicação: *DEJT 29.03.2011*. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Acesso em: 22 jul. de 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Situação processual na fase de execução na 1ª instância*. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/download/corregedoria/estatist_01/2011/spfexec_jan11.xls>>. Acesso em: 22 jul. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 222440-75.2003.5.02.0048. Ministro Relator: Mauricio Godinho

¹⁶ No portal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pesquisa relativa à situação processual na fase de execução na 1ª instância demonstra que, em janeiro de 2011, o total de processos era 107.726, sendo 3.688 execuções encerradas, 322 remetidas para o arquivo provisório, 103.716 pendentes de execução, 6.297 a título de saldo no arquivo provisório, 262 a título de saldo de processos aguardando pagamento de precatório e 13.286 arquivadas definitivamente. Para maiores detalhes, consultar o endereço eletrônico disponível em <http://www.trt3.jus.br/download/corregedoria/estatist_01/2011/spfexec_jan11.xls>, acessado em 22 de julho de 2011.

¹⁷ Existem outros expedientes - de natureza material, processual ou híbrida - que visam a garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Nesse rol, encontram-se, por exemplo, a tutela antecipada, a tutela de evidência, a multa e indenização por litigância de má-fé, a multa por interposição de embargos declaratórios protelatórios ou infundados, as sanções para atos atentatórios à dignidade da justiça, a hipoteca judiciária, o protesto extrajudicial etc. Logo, a crise do Judiciário pode ser superada com a utilização consciente dos inúmeros instrumentos previstos em lei.

- Delgado. Data de Publicação: *DEJT 01.07.2011*. Disponível em: <[https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 222440-75.2003.5.02.0048 &base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAC1hAAA&dataPublicacao=01/07/2011&query=responsabilidade e subsidiária e ADC e 16](https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR-222440-75.2003.5.02.0048&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAC1hAAA&dataPublicacao=01/07/2011&query=responsabilidade+e+subsidiaria+e+ADC+e+16)>. Acesso em: 22 jul. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho*. Disponível em <http://www.tst.gov.br/corregedoria_2009/consolidacao/2010/CONS_PROVIMENTOS_Alt_Atos_001_09_de_2_4_09_004_09_de2.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2011.
 - BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2010/indice2010/Ind2010.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2011.
 - BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 27 do TST*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2011.
 - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001.
 - MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
 - REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. 1º v.
 - SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

O CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E SUAS TRANSFORMAÇÕES: O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA*

THE CONTEMPORARY CAPITALISM AND ITS TRANSFORMATIONS: THE IMPACT OF LABOR CONTRACT

Solange Barbosa de Castro Coura**

RESUMO

O sistema capitalista de produção, em sua atual fase, rompeu com valores reconhecidos pelo liberalismo clássico e adotados durante o período em que o Estado de Bem-Estar Social prevaleceu nos Estados Unidos da América e na Europa Ocidental. Contando com a força do processo de globalização econômica para propagar ideias que priorizam os interesses do capital financeiro, o supercapitalismo alcançou também as esferas políticas e sociais com graves consequências. O Direito do Trabalho tem sido alvo de questionamentos e propostas de mudança por se constituir uma barreira à liberdade ilimitada pretendida por um capital apátrido e de natureza especulativa e por incidir sobre uma relação jurídica fundamental para o sistema capitalista de produção. A terceirização trabalhista é uma das consequências do processo de reestruturação produtiva que foi gestado em um mundo corporativo embevecido pelas ideias neoliberais e tem atingido não só os direitos dos trabalhadores, mas os direitos da sociedade como um todo.

Palavras-chave: Mudanças do sistema capitalista. Neoliberalismo. Globalização. Terceirização trabalhista.

1. INTRODUÇÃO

A análise, ainda que breve, da trajetória histórica do sistema capitalista de produção permite se constatar que tal sistema está em constante mudança. Desde sua consolidação até a atualidade, o sistema capitalista já demonstrou ter uma notável capacidade de transformação que, via de regra, o permite subsistir às crises que fazem parte de sua própria dinâmica.

Focando a Europa do século XVIII e o nascente capitalismo industrial, é possível se perceber a natureza inquieta e mutante do sistema, posto constituir-se, ele mesmo, uma ruptura com o modelo de produção e de organização social dominante naquela época.

* O presente artigo foi aprovado para apresentação no XX Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido na FUMEC/Belo Horizonte entre os dias 22 a 25 de junho/2011, e futura publicação nos anais do Congresso.

** Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/MG. Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

A partir da segunda metade do século XX, iniciou-se a atual fase do sistema que, exacerbado em suas características, rompeu com os parâmetros do círculo virtuoso estabelecido ao longo do Estado de Bem-Estar Social, deu novo fôlego à figura do Estado Liberal e passou a investir contra valores consolidados até então, dentre os quais e que nos interessa mais de perto, com o valor-trabalho.

Atualmente, o capitalismo ultraliberal atua no sentido de desconstruir garantias sociais e os limites a ele impostos pelo Direito do Trabalho, ramo jurídico interventivo e cogente que incide sobre a relação jurídica que lhe é central, a saber, a relação de emprego. Pela perspectiva neoliberal, o Direito do Trabalho precisa ser modernizado, repensado, flexibilizado para possibilitar a competitividade das empresas em um mercado cada vez mais global e garantir a empregabilidade de uma massa de trabalhadores.

Nesse contexto, há que se atentar para um aspecto de suma importância: a crise que se instaurou no mundo do trabalho não nasceu na esfera jurídica do conhecimento humano; suas raízes estão fincadas na esfera administrativa e econômica. As discussões que giram em torno do fim dos empregos, de sua centralidade e da flexibilização do Direito do Trabalho encontram sua gênese no mundo corporativo, no qual a administração e a economia definem os objetivos a serem alcançados em torno de conceitos como lucro, rentabilidade e custo.

As mudanças propostas e implementadas no mundo do trabalho - que abalaram suas estruturas - foram idealizadas a partir de interesses puramente econômicos, ou seja, são mudanças propostas ou impostas com o objetivo de permitir ao capital uma maior acumulação com o menor custo possível.

Desse modo, e considerando que o Direito reflete os valores de uma determinada sociedade em um dado momento histórico, é necessária a análise do contexto político, econômico e social nos quais foram gestadas as modificações do sistema produtivo que ocorreram nas últimas décadas e os argumentos relativos à adaptação do Direito do Trabalho aos novos tempos, sob pena de se fazer prevalecer um novo Direito que represente, apenas, os valores de uma pequena parcela da sociedade, qual seja, aquela que detém o capital e os meios de produção.

No presente estudo, a terceirização é analisada como uma técnica surgida em um mundo corporativo impregnado por um ideário ultraliberal e utilizada com o objetivo de reduzir o custo da mão de obra, ainda que isso signifique a precarização ou a violação de conquistas sociais.

A vastidão de estudos sociológicos e econômicos sobre o tema fornece argumentos e subsídios quanto aos efeitos predatórios da terceirização, mas é na esfera jurídica que se pode - e que se deve - garantir o equilíbrio entre as partes envolvidas em sua dinâmica.

2. AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA CAPITALISTA A PARTIR DA DÉCADA DE 1970

A década de 1970 tornou-se um verdadeiro marco na história do sistema capitalista de produção. Fortalecido pela hegemonia de um ideário ultraliberal por Estados centrais à sua dinâmica e pelo processo de globalização, a partir da década de 1970 o sistema capitalista sofreu uma nova mutação e redesenhou o mundo do trabalho.

Considerando a relevância dos aspectos político, econômico e sociológico para melhor compreensão de tais modificações - sob pena de se incorrer na presentificação sobre a qual nos alerta *Hobsbawm*¹ - mister um breve retrospecto histórico.

Após a Grande Depressão iniciada em 1929, desencadeada nos Estados Unidos e que resvalou por boa parte do mundo ocidental, seguiu-se um período de resgate do papel dos Estados Nacionais. Diante da falibilidade das ideias liberais que prevaleceram durante as décadas anteriores, os Estados Nacionais foram compelidos a retomar atribuições das quais tinham declinado a favor de uma política econômica liberal, a fim de se reerguer a economia mundial comprometida pela Crise.

Autor de uma das mais aclamadas obras sobre o tema, JONH K. GALBRAITH afirma que “[...] em 1929, a fé popular no *laissez-faire* havia sido grandemente enfraquecida. Nenhum líder político responsável poderia proclamar com segurança uma política de não intervenção”.²

A primeira medida contra a Crise de 1929 partiu do então Presidente dos EUA, *Herbert Hoover*, que, inspirado nas ideias do economista inglês *John Maynard Keynes*, anunciou a redução dos impostos. Embora as reduções tenham sido expressivas, a medida não gerou grandes efeitos, pois, para a maior parte das pessoas, os impostos já eram insignificantes. Segundo GALBRAITH, apesar de não alcançar o efeito desejado, “[...] a medida foi bem acolhida como uma contribuição para o aumento do poder de compra, a expansão dos negócios e o renascimento da confiança geral”.³

Os efeitos da Crise de 1929 só foram efetivamente revertidos após março de 1933, com a ascensão de *Franklin D. Roosevelt* à presidência dos EUA e a adoção do programa conhecido por *New Deal*. Seguindo as bases da teoria neoclássica intervencionista formulada por *Keynes*, *Roosevelt* investiu na criação de obras de infraestrutura, na concessão de empréstimos e programas assistenciais aos trabalhadores, na redução da jornada de trabalho e no controle do sistema bancário e financeiro.

Sobre o período que se seguiu à Crise de 1929 e a adoção das ideias de *Keynes* pelos Estados Unidos e por países da Europa Ocidental - que serviram de base para o Estado de Bem-Estar Social - registra DELGADO:

A hegemonia do pensamento reformista e intervencionista no capitalismo, desde os anos de 1930, conferiu aos países industrializados ocidentais, a partir de 1945, cerca de três décadas de elevado crescimento econômico, de generalizada distribuição de serviços públicos e de significativa participação da renda-trabalho nas respectivas

¹ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 13. Segundo o autor, “[...] a destruição do passado - ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas - é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem”.

² GALBRAITH, Jonh Kenneth. *1929: a grande crise*. Nova introdução de James Galbraith. Tradução de Clara Al Colotto. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010. p. 137.

³ Ob. cit., p. 135.

riquezas nacionais. Com isso, deu origem à fase que o historiador inglês Eric Hobsbawm denominou de “a era de ouro” ou “os anos dourados do capitalismo”.⁴

Contudo, embora acuados pela catástrofe que significou a Crise de 1929, mas não convencidos pelos benefícios sociais conquistados durante o EBES, os defensores do liberalismo econômico não abandonaram suas ideias. Ainda seduzidos pelas teorias da infalibilidade do mercado - que, por si só, funcionaria com perfeição, conduzidos pela famosa mão invisível idealizada por *Adam Smith* - a partir da década de 1970, o pensamento liberal retoma a dianteira, mas já não guarda exata similitude com o liberalismo clássico em aspectos preponderantes.

De fato, enquanto *Adam Smith* pensava o trabalho como a principal fonte de riqueza de uma nação, o liberalismo readequado que veio à tona a partir da década de 1970 nega a centralidade do trabalho para o sistema.

As influências do ultraliberalismo foram nítidas: durante os anos dourados os grandes empreendedores atuavam no interesse de suas corporações sem se descuidarem, contudo, de contribuir para o crescimento de sua nação. A partir da década de 1970, surge um novo modelo de empreendedor, de corporação e de capital. Embevecidos pela ideia de se obter o máximo de lucro, o mais rápido possível e com o menor custo aceitável, o capital e suas corporações se tornaram apátridos, sem nacionalidade e, tanto quanto pior, deixaram de estabelecer compromissos com a sociedade onde se instalavam. Com o processo de globalização, o destino do capital volátil passou a ser os países que lhe oferecessem melhores condições.

Ainda contrariando as lições de *Adam Smith*, a partir da década de 1970, o capital industrial abandonou, em parte, sua natureza empreendedora e passou a investir em si mesmo, gerando lucro com as cirandas financeiras nas bolsas de valores de todo o mundo, para o que o avanço tecnológico desempenhou relevante papel.

Contudo e conforme salienta DELGADO, a retomada da hegemonia do pensamento liberal contou com diversos fatores, desde governos ultraliberais em países que ocupavam posições estratégicas para a economia mundial (como *Ronald Reagan* no governo americano de 1980 a 1988 e *Margareth Thatcher* no governo da Inglaterra de 1979 a 1990) até a derruição do pensamento crítico ao capitalismo.⁵

A hegemonia ultraliberal se estendeu à América Latina, ganhando notoriedade o *Consenso de Washington* discutido e aprovado pelo FMI, Banco Mundial e pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos no final da década de 1980, no qual foram definidas as políticas a serem adotadas pelos países em desenvolvimento: a abertura das fronteiras nacionais à livre circulação de mercadorias e do capital financeiro; uma política de juros altos - que, a um só tempo, retrai a contratação de crédito e gera maior rentabilidade às aplicações financeiras -; redução dos gastos públicos, privatização das empresas estatais e desregulação das leis econômicas e trabalhistas, entre outras medidas altamente protetivas do capital.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p.78.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 18/27.

O Chile foi o primeiro país da América Latina a se render ao ideário ultraliberal. Em março de 1975, *Pinochet* recebeu a visita de *Milton Friedmam*, um dos maiores representantes e defensores de tal pensamento. Segundo REICH, *Friedmam* foi duramente criticado, mas sua visita não significou uma aprovação aos métodos de *Pinochet* e tinha um objetivo específico:

Friedmam foi ao Chile para exortar a junta militar, sob o comando de *Pinochet*, a adotar o capitalismo de livre mercado - ou seja, podar a regulamentação dos negócios e o Estado de bem-estar social que haviam crescido sob os muitos anos de governo democrático no Chile e abrir o país às atividades de comércio e de investimento com o resto do mundo. Numa série de palestras que proferiu no país, *Friedmam* reiterou sua convicção de que o livre mercado era condição necessária de liberdade política e da democracia sustentável.⁶

O governo militar chileno se rendeu aos ensinamentos de *Friedmam*, mas o milagre chileno não se sustentou por muito tempo. Em abril de 1974 a inflação atingiu um patamar de 746,2%; o PIB chileno havia decrescido para 12%; o desemprego cresceu para 16% e o valor das exportações caíram em 40%. A partir de 1977, o país obteve melhores resultados, logo abalados pela crise econômica de 1982.⁷ Em 2003, menos de 50% dos trabalhadores chilenos contavam com uma previdência social, privatizada por *Pinochet* em 1981.⁸

No Brasil, a matriz neoliberal deu seus primeiros passos no Governo Collor de Mello (1990 a 1992) e ganhou corpo durante os anos da presidência de Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2003) que, seguindo à risca as orientações definidas no *Consenso de Washington*, em especial quanto à privatização das empresas estatais, expandiu a tributação sobre o consumo e sobre a folha de pagamento; reduziu a alíquota de Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas e isentou de IR a remessa de juros sobre o capital próprio⁹, dentre outras medidas.

Por outro lado como, segundo a ótica ultraliberal, para que o mercado possa alcançar seu equilíbrio é necessário dar a ele ampla liberdade, a partir dos anos de 1970, o emprego formal e o ramo jurídico composto por normas cogentes e irrenunciáveis que o regulam passaram a ser considerados verdadeiros entraves ao supercapitalismo.

⁶ REICH, Robert B. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1.

⁷ Dados disponíveis em: <http://pt.encydia.com/es/Milagre_de_Chile>. Consulta em: 12.01.2011.

⁸ DUALIBI, Júlia. *Previdência privada no Chile gera polêmica*. Jornal Folha de S. Paulo em 11.05.2003. Matéria disponível em: <www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u48925.shtml>. Consulta em: 12.01.2011.

⁹ A isenção foi criada em 1995 e possibilita às empresas distribuírem juros a seus sócios e acionistas para só então se calcular os impostos devidos. A justificativa para tal isenção era a de estimular que os sócios investissem no próprio empreendimento e a empresa não tivesse que buscar capital através do endividamento. GONDIM, Fátima; LETTIERI, Marcelo. Tributação e desigualdade. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano/4, n. 39, out./2010, p. 8.

Conforme salienta o sociólogo do trabalho, ADALBERTO CARDOSO, “[...] na literatura econômica hegemônica no debate, o direito do trabalho é avaliado, principalmente e como sugerido, em termos dos obstáculos ou incentivos que impõe aos atores do mercado”.¹⁰

Nesse sentido, o Direito do Trabalho acaba por confrontar-se de forma direta com os objetivos de um capitalismo sem reciprocidade, cujo único objetivo é sua própria acumulação.

São os significados adquiridos pelo direito do trabalho no mundo contemporâneo que esquadriham o alcance do arsenal analítico neoclássico, hegemônico na economia, como essencialmente pré, ou anticivilizatório.¹¹

É, pois, nesse contexto histórico - econômico, político e social - que foram gestadas as transformações que abalaram o mundo do trabalho e, somente a partir dessas perspectivas, o correto significado de tais transformações poderá ser apreendido.

3. O TRABALHO E O EMPREGO SOB A ÓTICA ULTRALIBERAL

Os valores de uma sociedade inteiramente preocupada em ganhar dinheiro não são completamente tranquilizadores.

Jonh K. Galbraith

Segundo DELGADO, umas das funções típicas do Direito do Trabalho é a de ser um instrumento civilizatório e democrático, no sentido de estabelecer padrões que sejam socialmente aceitáveis, dentro dos quais deve ocorrer a dinâmica entre o trabalho e o capital.

Segundo o autor:

Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na História do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada, e que, por isso mesmo, vivem, essencialmente, de seu próprio trabalho. Nesta linha ele adquiriu o caráter, ao longo dos últimos 150/200 anos, de um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas inevitáveis do mercado e sistema capitalistas. Ao lado disso, também dentro de sua função democrática e civilizatória, o Direito do Trabalho consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego.¹²

Por sua vez, tal como exposto, a partir da década de 1970 há um intenso movimento contra o trabalho, o emprego e o ramo jurídico que o regulamenta. A ordem é flexibilizar.

¹⁰ CARDOSO, Adalberto. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2003. p. 113.

¹¹ Ob. cit., p. 90.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 58.

Destaca ADALBERTO CARDOSO que “[...] tornaram-se crescentes as pressões por flexibilização dos mercados de força de trabalho, tida como momento crucial da modernização das relações entre capital, trabalho e Estado na nova ordem produtiva mundial”. Segundo o autor, “flexibilização do mercado de trabalho” é sinônimo de “revisão do direito do trabalho”, o que sugere a ideia da existência de algo cuja vigência impede o bom funcionamento do mercado.¹³

Determinados a romper as barreiras e valendo-se de sua hegemonia, os defensores do capitalismo ultraliberal formularam diagnósticos de fim dos empregos e de que o desemprego que se alastrou pelos países ocidentais na década de 1980 possuía natureza estrutural, ou seja, seria uma decorrência lógica e inevitável do sistema e que o Direito do Trabalho deveria, simplesmente, adequar-se a tais realidades.

Esses diagnósticos foram formulados com base em três fatores ocorridos ou acentuados ao longo da década de 1970: os avanços tecnológicos; o aprofundamento e a generalização da concorrência capitalista e o processo de reestruturação produtiva.

Considerando o objeto do presente estudo, a reestruturação empresarial será analisada em item apartado, após a análise dos dois primeiros fatores apontados acima.

3.1. Os avanços tecnológicos e o emprego

Durante os anos da Guerra Fria, as superpotências fizeram grandes investimentos públicos em áreas relacionadas à corrida armamentista e à segurança nacional. Com o transcurso do tempo e o fim do período, várias tecnologias que foram idealizadas e construídas com tal finalidade foram incorporadas aos bens e serviços comercializáveis, conforme ressalta REICH:

A indústria bélica também contribuiu para a difusão de futuras tecnologias dos setores aeroespacial e de telecomunicações. Os bilhões de dólares destinados à pesquisa e ao desenvolvimento de complexos sistemas de defesa geraram os primeiros transistores, que chegariam aos computadores; os plásticos resistentes, que seriam usados em automóveis e em eletrodomésticos; as fibras ópticas, que se transformariam na “*information highways*” da *internet*; os raios laser, que viriam a reparar globos oculares; as turbinas a jato, que possibilitariam às aeronaves percorrer milhares de quilômetros sem reabastecimento; além de um vasto aparato de medidores e sensores de alta precisão e de diversos aparelhos eletrônicos que teriam aplicações em centenas de milhares de produtos e serviços comerciais.¹⁴

Dúvida alguma há quanto ao enorme avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas e seus desdobramentos; a tecnologia disponível no mercado consumidor mudou hábitos sociais e deu nova feição ao trabalho.

¹³ CARDOSO, Adalberto. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2003. p. 84.

¹⁴ REICH, Robert B. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 42.

Focando esse *boom* tecnológico, a matriz neoliberal divulgou previsão de que os empregos estariam com seus dias contados, tornando-se célebre a obra de *Jeremy Rifkin*, cujo aspecto central é: as máquinas substituirão os homens, realizando melhor e mais rapidamente o trabalho até então feito por eles.

Apontando várias estatísticas sobre demissões em massa ocorridas no final dos anos de 1980, início dos anos de 1990, afirmou RIFKIN:

As filas de desempregados e subempregados crescem diariamente na América do Norte, na Europa e no Japão. Mesmo as nações em desenvolvimento estão enfrentando o desemprego tecnológico à medida que empresas multinacionais constroem instalações de produção com tecnologia de ponta em todo o mundo, dispensando milhões de trabalhadores de baixa remuneração, que não podem mais competir com a eficiência de custos, controle de qualidade e rapidez de entrega, alcançadas com a produção automatizada.¹⁵

Convicto de que máquinas inteligentes chegarão a suprir a inteligência humana, relatou em sua obra:

A máquina inteligente está gradualmente escalando a hierarquia do escritório, assumindo não apenas tarefas administrativas rotineiras, mas trabalho tradicionalmente desempenhado pela gerência. E talvez o golpe mais cruel de todos tenha sido a instalação de sistema de contratação computadorizado em centenas de empresas, para a seleção de pedidos de emprego. A Resumix Inc., empresa com sede na Califórnia, recentemente instalou um sistema de contratação computadorizado na *United Technologies Corporation*. Um *scanner* óptico armazena as imagens de 400 currículos que recebe diariamente, numa base de dados do tamanho de um pequeno arquivo. O Resumix pode ler um currículo em menos de três segundos e gerar a carta acusando seu recebimento ao candidato. Então, usando “compreensão e extração de texto”, o Resumix analisa cada currículo, analisando a formação escolar, as habilidades, as proficiências e os empregos anteriores do candidato. Empregando um sofisticado processo lógico embutido no programa, o Resumix decide para qual categoria de cargo o candidato é mais adequado. Testes práticos, comparando o Resumix a diretores de recursos humanos, mostram que o “funcionário de silício” é, no mínimo, tão capacitado em suas avaliações e muito mais rápido no processamento dos pedidos de emprego.¹⁶

Diante do inevitável fim dos empregos, faltou ao autor - apenas - esclarecer as razões de se investir na criação e fabricação de uma máquina com características tão brilhantes, cujo objetivo é justamente selecionar candidatos a vagas de emprego.

Analisando o argumento escatológico, SOUTO MAIOR ressalta:

¹⁵ RIFKIN, Jeremy. *O fim do emprego: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995. p. 05.

¹⁶ Ob. cit., p. 162.

Seria, no entanto, pelo menos recomendável que os propulsores dessa ideia nos dessem indicações um pouco mais precisas, sob o ponto de vista fático, do que exatamente estão falando. Ou seja, se o emprego vai acabar, poderiam nos dizer, ainda que aproximadamente, quando isto vai acontecer. Do contrário, é o mesmo que dizer que um dia o homem vai se teletransportar ou que “o sertão vai virar mar”. Na verdade, não há um compromisso com a demonstração da ideia. Não há, propriamente, uma proposição científica, mas mera premonição ou elucubração típica de uma ficção científica. Nada contra premonições, até porque o homem deve mesmo tentar vislumbrar qual será o seu futuro. O problema é tentar mudar, hoje, uma norma jurídica que tem relevância fática atual, com o argumento de que um dia a realidade social vai mudar, sem sequer se preocupar em dizer quando, como e onde isto vai ocorrer [...].¹⁷

Mais adiante, expõe SOUTO MAIOR:

Quando se fala que o emprego não existe mais, mesmo sem a intenção de fazê-lo, ou se está aniquilando, banindo do mapa, por uma canetada, várias pessoas, ou se está tentando dizer que o verdadeiro empregado não é empregado, isto é, tentando corroborar uma fraude à legislação trabalhista [...].

[...]

O fato é que o emprego não acabou e não vai acabar, pelo menos enquanto se mantiver em vigor o sistema de produção capitalista. Este sistema econômico tem como fundamento de sua própria existência a acumulação de um capital que permite a seu possuidor, o capitalista, utilizar a força de trabalho livre, dita ‘assalariada’, para incremento de uma atividade que lhe permita adicionar mais capital (obter lucro), exatamente pela utilização do trabalho alheio. O capitalismo, portanto, desenvolve-se com a formação de um mercado de trabalho livre, no qual pessoas desprovidas de capital são conduzidas a vender sua força de trabalho como forma de alcançar a sua sobrevivência e de tentar, de alguma forma, acumular um certo capital que lhe permita consumir, alimentando, de certo modo, a própria lógica capitalista. Está dentro da lógica capitalista, aliás, criar necessidades para impulsionar o consumo, que alimenta o modelo produtivo. O lucro é obtido com a exploração do trabalho, ou seja, o valor pago pelo trabalho prestado nunca é exatamente a quantia que o trabalho representa na produção final de todos os bens produzidos. Mesmo sem aprofundar esta questão, é muito fácil perceber que, enquanto se mantiver em vigor a lógica capitalista, haverá, naturalmente, acumulação de capital e, consequentemente, sua utilização na área produtiva, com vistas de seu acréscimo, tendo como pressuposto básico a exploração do trabalho alheio, livre e assalariado.¹⁸

Quanto ao desemprego - e não ao fim dos empregos, coisa diversa - não se pode negar que com o avanço tecnológico algumas profissões entraram em franco declínio - por exemplo, a automação redesenhou o trabalho no setor bancário - mas o tempo transcorrido entre os diagnósticos e os dias atuais já demonstrou

¹⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e o direito do trabalho*. 2ª tiragem - São Paulo: LTr, 2007. p.18.

¹⁸ Ob. cit., p. 21/23.

que, mais do que a simples extinção de postos de trabalho, em grande parte as novas tecnologias foram apenas incorporadas à sua dinâmica. Ao lado de profissões que entraram em declínio, há uma gama de profissões que foram apenas modificadas pela adoção das múltiplas possibilidades trazidas pelo avanço tecnológico.

Apenas para exemplificar o que se quer dizer, o avanço tecnológico foi fundamental para viabilizar os contornos atuais do *home office*¹⁹, modificando uma relação de emprego que, contudo, não deixou de existir.

Há que se atentar para o fato de que a automação é um processo caro, cuja adoção compreensivelmente foi possível ao setor bancário, mas que não está ao alcance do empresariado brasileiro em geral, cuja composição é de 99% entre micros, pequenas e médias empresas e dentre as quais as micro e pequenas empresas foram responsáveis por aproximadamente 54% dos empregos formais do país entre 2000/2008.²⁰

Analisando os fatos sob a ótica de seu interesse em promover a desconstrução do Direito do Trabalho, a matriz ultraliberal não computou, entre os elementos para formação desse segundo diagnóstico, as várias profissões que surgiram justamente em face da revolução tecnológica, em um movimento similar ao ocorrido quando os veículos automotores extinguiram o transporte animal e os postos de trabalho a ele relativos, mas criou outra infinidade de funções a serem executadas.²¹

Outro aspecto relevante, propositadamente omitido, é apontado por DELGADO:

[...] a redução de postos laborativos em decorrência do exponencial aumento da produtividade do trabalho ocorrido nas últimas décadas tende a ser inferior ao índice de elevação dessa produtividade - o que evidencia mais um limite quanto aos impactos da terceira revolução tecnológica no mundo do trabalho. Ou seja, a grande elevação da produtividade não corta, na mesma proporção, os postos de trabalho; este corte é menor, significando que o crescimento da produtividade não só conspira contra os trabalhadores.

¹⁹ A denominação moderna do trabalho realizado no domicílio do empregado, já previsto na CLT, de 1943.

²⁰ Dados disponíveis no Anuário PME/2009, publicado no *site*: <www.dieese.org.br/anuarioMicroPequena2009.pdf>. Consulta em: 14.01.2011.

²¹ Exemplarmente, o arquiteto da informação, profissional que deve estruturar *sites* da internet de modo a facilitar ao usuário o encontro de informações ou produtos desejados; o planejador instrucional, que, atuando na área de ensino a distância, deve pesquisar o conteúdo da matéria e disponibilizá-lo de modo a facilitar o aprendizado *on-line*; o seo, profissional responsável por organizar *sites* na *internet* de modo que eles possam ganhar maior visibilidade quando o usuário utilizar *sites* destinados à busca de informações, dentre outros. Do mesmo modo, a criação de cursos superiores direcionados às áreas que trabalham diretamente com as novas tecnologias não se coaduna com a hipótese de extinção de empregos, mas demonstra a modificação do processo produtivo e do profissional nele inserido. A título de exemplo, o curso de Midialogia, criado em 2004, que já consta entre os cursos de alta demanda da UNICAMP/SP. Disponível em: <www.vestibular.brasilecola/profissoes-futuro/midialogia.htm>. Consulta em: 15.01.2011.

Explique-se melhor esta específica relação.

É que há, na verdade, também uma relação positiva criada pelos mesmos avanços tecnológicos (e não somente a relação negativa usualmente mencionada). Ora, tais avanços, ao mesmo tempo em que potenciam a produtividade do trabalho, potenciam também a própria produção e, com isso, provocam importante diminuição no preço das mercadorias; por reflexo lógico, imediatamente tendem a incrementar, de modo exponencial, o mercado de consumo dos mesmos bens.²²

Por derradeiro, merecem destaque os estudos e as conclusões de uma das maiores economistas do século XX, *Joan Robinson*, quanto aos efeitos do progresso técnico sobre o nível de emprego. Segundo *Robinson* nem toda invenção - leia-se tecnologia - afeta o nível de emprego ou desemprego; existem tecnologias neutras, poupadoras de capital e poupadoras de trabalho, segundo se compare a participação do trabalho e do capital no produto antes e depois da introdução das inovações tecnológicas. Segundo HELLER:

Joan Robinson concluiu que o progresso técnico não é, necessariamente, causador de desemprego. A ele deve ser imputada essa responsabilidade apenas no caso em que seja mera reposição de estoque de capital sucateado (investimento líquido nulo) e/ou "excessivamente poupador de trabalho". Essa situação seria, segundo Joan Robinson, muito excepcional.²³

3.2. A concorrência mundial

O segundo fator apontado para se sustentar o argumento de que o desemprego teria natureza estrutural e, por conseguinte, o Direito do Trabalho deveria se ajustar a tal realidade é o acirramento da concorrência mundial.

Por certo, o processo de globalização da economia ampliou as fronteiras do mercado consumidor. Produtos chineses alcançaram o mercado inglês; produtos australianos estão nas gôndolas dos supermercados brasileiros e não há qualquer novidade em se afirmar que o consumo de determinado produto será significativamente maior quanto mais acessível for aos consumidores.

Por sua vez, a atuação do Estado também influencia - de modo direto - no valor e na comercialização de determinado produto, seja através da tributação, seja através de políticas públicas.

O exemplo chinês é emblemático: considerando um mercado globalizado, o custo da produção de determinado produto na China é menor que o custo da produção do mesmo produto no Brasil - seja porque há um enorme contingente de mão de obra disponível e, dessa forma, os salários pagos naquele país são significativamente inferiores aos salários pagos no Brasil; seja porque a tributação

²² DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 38.

²³ HELLER, Cláudia. Progresso técnico e nível de emprego: o teorema de Kalecki e o modelo de Joan Robinson. In: POMERANZ, Lenina; MIGLIOLI, Jorge; LIMA, Gilberto Tadeu (Orgs.). *Dinâmica econômica do capitalismo contemporâneo: homenagem a M. Kaleck*. São Paulo: EDUSP, 2001. p. 157/184.

naquele país é inferior à tributação fixada em solo brasileiro - o que redundará em uma única situação: abertas as fronteiras para os produtos chineses, os produtores brasileiros serão obrigados a reduzir o valor da produção, caso queiram manter seu produto no mercado. E a redução do custo do produto passa, via de regra, pelo gerenciamento da mão de obra.

Contudo, na hipótese acima, se o Estado brasileiro adotar uma tributação progressista (no sentido de favorecer os empreendimentos e a geração de trabalho) e políticas públicas de proteção a seu mercado interno, a solução poderá ser outra.

A concorrência mundial poderá levar a resultados desastrosos em países que, adotando o *laissez-faire*, *laissez-passer*, abram as fronteiras de seus Estados e não adotem medidas para proteger o mercado interno. Países sem responsabilidade social sofrerão os malefícios da globalização econômica e sua concorrência mundial; países socialmente responsáveis adotarão medidas opostas e obterão outros resultados.

Tal como afirma DELGADO, os reflexos irão depender da capacidade econômica de cada país, capacidade esta

[...] lógica e diretamente relacionada às políticas públicas que o respectivo Estado observa no tocante à inserção de sua economia no cenário global, além do sentido que confere às suas próprias políticas econômicas internas.²⁴

Sobre a proteção ao mercado interno, o Brasil é protagonista de um exemplo que merece destaque: adotando uma política pública junto ao sistema financeiro, o país exigiu que todo e qualquer banco estrangeiro que opere dentro do território brasileiro crie subsidiárias com capital próprio, e não apenas filiais de uma matriz externa, possibilitando assim o controle, através das agências regulatórias, contra as súbitas fugas de capital. Embora a medida tenha sido inicialmente criticada - já que totalmente contrária à teologia da plena liberdade do capital - posteriormente foi apontada como um dos fatores que levou o Brasil a superar relativamente bem a crise econômica de 2008. O sucesso da medida brasileira chegou a ser objeto de estudo pelo G-20.²⁵

Note-se que o maior representante do livre mercado, o protagonista número um do processo de globalização da economia e defensor das ideias ultraliberais - os Estados Unidos da América - sempre atuou no sentido de proteger seu próprio mercado, ignorando reiteradamente a crítica mundial, em uma demonstração clara de que o ultraliberalismo pode servir para os outros países, mas não para ele mesmo.²⁶

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 54.

²⁵ TETT, Gillian. Financial Times. "Regra do país para banco global vira exemplo. Política de exigir que instituições financeiras mundiais que operem no Brasil tenham capital próprio é vista como mais segura." Matéria publicada no Jornal Folha de S. Paulo em 29 de novembro de 2009. Caderno Dinheiro, B13.

²⁶ Sobre a recusa americana em abrir suas fronteiras como uma forma de proteger seu mercado interno, ver STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Futura, 2002. p. 33.

Dessa forma, por si só, também a concorrência mundial não necessariamente implica o fechamento das empresas nacionais, nem torna o desemprego estrutural. A questão de maior relevância nesse aspecto é a atenção e a intenção do Estado em relação ao seu mercado interno, como de resto comprovam as estatísticas brasileiras sobre a criação de empregos formais nos últimos oito anos.

4. O PROCESSO DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL: A CAMINHO DA TERCEIRIZAÇÃO

Tal como afirmado no item anterior, um dos três fatores apontados como causador de um desemprego estrutural é o processo de reestruturação empresarial.

Durante o fim do século XIX até as últimas décadas do século XX, o sistema de produção predominante era baseado nas ideias do engenheiro *Frederick Winslow Taylor* (1856-1915), somadas às ideias do empresário *Henry Ford* (1863-1947).

De acordo com o sistema taylorista/fordista todo o processo produtivo era realizado em um único estabelecimento e o trabalho dos operários era minuciosamente fragmentado. Cada trabalhador realizava uma diminuta e simples parte do trabalho, o que possibilitava maior agilidade por cada um deles. O trabalho a ser realizado era uma sequência de atos singelos, desenvolvidos conforme o ritmo da esteira rolante da linha de produção. Desse modo, a relação de emprego transcorria dentro de grandes plantas empresariais, nas quais se aglomeravam um grande número de operários que seguiam, rigidamente, as determinações do dono da fábrica.

No início dos anos de 1970, tal modelo passou a ser substituído pelo modelo toyotista de produção, cujas premissas eram contrárias àquelas empregadas pelo modelo fordista/taylorista: o estabelecimento empresarial se reduz; as atividades periféricas são externalizadas para que a empresa se concentre apenas em sua função principal e os antigos operários são substituídos por colaboradores, por um mero exercício retórico. A empresa se torna enxuta e a produção passa a ser feita por uma rede de empresas.

Se antes o trabalhador tinha apenas uma tarefa, com o toyotismo ele se torna polivalente, responsável pelo exercício de múltiplas funções e sua remuneração passa a ser paga de acordo com seu rendimento no trabalho. Ganha destaque o trabalho em equipe e os próprios empregados passam a fiscalizar seus companheiros. A esteira rolante agora está no íntimo de cada um deles.

Além da redução de sua estrutura e da multifuncionalidade do trabalhador, a empresa toyotista reduziu seus estoques e aproximou sua produção à necessidade do mercado; passou a produzir apenas aquilo que antecipadamente já tinha destinação certa e na hora certa, sem grandes estoques. *Just in time*.

A reestruturação empresarial atingiu, pois, dois aspectos distintos, mas profundamente vinculados entre si: houve uma alteração quanto à própria organização das empresas e uma alteração quanto ao processo de trabalho. O formato das empresas foi alterado, tanto quanto a forma de prestação de trabalho e é em meio a essas transformações que a terceirização garantiu seu espaço.

5. A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS

5.1. Breves considerações iniciais

Embora a terceirização não seja um instituto de natureza trabalhista, mas uma fórmula de administração da mão de obra adotada em virtude da reestruturação empresarial, sua implementação gerou enormes impactos nas relações trabalhistas.

Por definição, a relação de emprego é uma relação bilateral que se estabelece quando uma pessoa física presta serviços de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada para uma outra pessoa física ou jurídica que admite, assalariada e dirige tal prestação de serviços.

Por sua vez, a terceirização é um fenômeno através do qual os requisitos dessa relação se dividem entre mais de uma pessoa jurídica. O trabalhador presta trabalho para uma pessoa jurídica (empresa tomadora), mas seu vínculo de emprego se forma com outra pessoa jurídica (empresa fornecedora de mão de obra). Há, pois, um rompimento com o padrão da relação de emprego.

Segundo bibliografia especializada, a terceirização é assim definida:

É uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é a sua atividade-fim, permitindo a estas se concentrarem no seu negócio, ou seja, no objetivo final.²⁷

Historicamente, o fenômeno iniciou-se no final dos anos 1960, início da década de 1970, com o surgimento das primeiras leis que tratavam sobre a intermediação de mão de obra, restritas ao segmento público.²⁸

Na esfera privada, a regulamentação ocorreu inicialmente através da Lei n. 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário). Em 1983, foi editada a Lei n. 7.102/83 que previa a terceirização permanente dos serviços de vigilância bancária e que, após sucessivas alterações, passou a abranger todos os serviços de vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado.

²⁷ QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares. *Manual de terceirização: como encontrar os caminhos para a competitividade, com flexibilidade empresarial e atendimento do mercado, ganhando da concorrência e satisfazendo os anseios e interesses dos consumidores*. São Paulo: STS Publicações e Serviços Ltda., 1998.

²⁸ Segundo o § 7º do art. 10 do Decreto-lei n. 200/67: A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. Por sua vez, o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 5.645/70 dispôs: Art. 3º: [...] Parágrafo Único: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200/67.

NEVES DELGADO aponta que existem duas modalidades de terceirização. A primeira é a terceirização de serviços, através da qual a empresa tomadora incorpora em seus quadros o trabalho de terceiros, ou seja, dos empregados contratados pela empresa terceirizante, também conhecida como terceirização interna. A segunda modalidade é a terceirização de atividades, através da qual uma empresa transfere a outra determinada atividade ou etapa da produção do bem ou do serviço, também conhecida por terceirização externa ou terceirização empresarial.²⁹

A segunda modalidade de terceirização é, na verdade, a subcontratação de uma empresa por outra e tem ganhado cada vez mais espaço no mundo empresarial. Embora não se tenha uma estatística sobre o fato, a opção tem caminhado par e passo com a terceirização de serviços, conforme se observa nos foros trabalhistas.

Diante do fenômeno da terceirização de serviços, a jurisprudência pacificou-se nos anos 80 através da Súmula n. 256³⁰ e, em seguida, através da Súmula n. 331 que dispõe:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). Revisão do Enunciado n. 256/TST.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993). Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).³¹

O grande atrativo do uso da terceirização interna ou externa está em reduzir os custos do empreendimento com mão de obra, já que caberá à empresa fornecedora arcar com todos eles. É a empresa terceirizante quem assalaria e, por conseguinte, responsabiliza-se pelos encargos sociais do trabalho.

²⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 120.

³⁰ Súmula n. 256: Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Súmula cancelada em 28.10.2003).

³¹ O presente texto foi apresentado antes da recente alteração do teor da Súmula, ocorrida em maio/2011.

Em função da ausência de lei que trate sobre a matéria e o teor da Súmula do TST - que admitiu a terceirização em atividades-meio -, a escolha da atividade que pode ser terceirizada ou não tem sido uma prerrogativa das empresas, muitas vezes revista apenas quando a questão chega ao Judiciário trabalhista.

Entretanto, como afirma NEVES DELGADO:

[...] o rol de agressões que a sistemática terceirizante provoca no seio dos trabalhadores é tão profundo e diversificado, que não compensam, social e culturalmente, suas estritas vantagens econômicas.³²

É o que se pretende demonstrar a seguir.

5.2. Os efeitos da terceirização

Tal como o próprio sistema capitalista ultraliberal, a terceirização é um fenômeno ainda não totalmente delimitado. De meados da década de 1980 até a atualidade é nítida sua intensificação, inclusive em face da constante expansão do conceito de atividade-meio e a leitura cada vez mais diminuta do que seja atividade-fim, segundo a ótica empresarial.

Por sua vez, se a terceirização oferece aos empreendedores o benefício da redução dos custos da mão de obra - não são outras as razões de sua crescente adoção -, o trabalho terceirizado não gera qualquer benefício para os trabalhadores, a não ser em caso de desemprego, quando pouco é melhor do que nada.³³

5.2.1. A precarização dos direitos trabalhistas: a redução das garantias dos trabalhadores (e da sociedade)

Os dados demonstram, à saciedade, que o trabalho terceirizado é altamente precarizante. Os trabalhadores terceirizados trabalham mais; são designados para atividades mais desgastantes ou perigosas; ganham menos que os trabalhadores contratados de forma direta; não recebem o mesmo tratamento que os demais e são expostos a ambientes de trabalho mais precários.

A título de exemplo, no setor bancário constatou-se que os trabalhadores terceirizados que exerciam atividades anteriormente realizadas por bancários recebiam salários em torno de 53% inferior às remunerações destes e sua jornada diária contratual era 46% superior (de 06 horas diárias entre os bancários e 8

³² Ob. cit., p. 173.

³³ Não surpreende que, conforme pesquisa feita por Nadya Araújo Guimarães, mais da metade dos trabalhadores recrutados pelas empresas fornecedoras de mão de obra na Região Metropolitana de São Paulo (51,6%) estivesse fora do mercado de trabalho. Trajetórias surpreendentes: os intermediadores de emprego e seus trabalhadores. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho* (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: Annablume, CUT, 2009. p. 61.

horas e 48 minutos entre os terceirizados).³⁴

Na esfera pública, há registro de que, em 2002, os empregados do setor de limpeza pública de Santos/SP recebiam em torno de R\$800,00. Em 2009, os trabalhadores terceirizados contratados para realizar o mesmo trabalho recebiam em torno de R\$520,00. Na mesma esteira, em 2001 os promotores, repositores e demonstradores de *merchandising* da Baixada Santista recebiam em torno de R\$1.500,00 mais ajuda de custo e tíquete-refeição de R\$12,00. Em 2009, o trabalhador terceirizado contratado para o mesmo trabalho recebia em torno de R\$550,00 e tíquete-refeição de R\$7,00.³⁵

Vários e inesgotáveis são os exemplos que demonstram a precarização dos direitos trabalhistas com o fenômeno terceirizante.

Sobre a exposição dos trabalhadores terceirizados a um ambiente mais deteriorado e a impossibilidade que os impede de exigir melhores condições de trabalho, destaca SOUTO MAIOR:

[...] os trabalhadores terceirizados, não se integrando a CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhes são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio ambiente do trabalho, desse modo, é relevado a um segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.³⁶

Em se tratando de subcontratação de empresas, NEVES DELGADO salienta que, via de regra, também as instalações das empresas contratadas para determinada atividade não possuem as mesmas condições de higiene e segurança que as instalações das empresas contratantes, o que pode propiciar uma maior ocorrência de acidentes de trabalho entre os profissionais terceirizados.³⁷

Já não bastassem todos esses aspectos, como para a empresa moderna a produção e mão de obra devem manter o mesmo compasso, com a possibilidade de as empresas ajustarem seu quadro de funcionários ao ritmo de sua produção, o trabalhador terceirizado é o primeiro a perder seu emprego, já que não faz parte

³⁴ CONCEIÇÃO, Jefferson José; LIMA, Cláudia Rejane. Empresários e trabalhadores diante da regulamentação da terceirização: é possível um acordo mínimo? *In*: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009. p. 190.

³⁵ SUTERO, Djalma. Os impactos da terceirização do comércio e serviços: precarização do trabalho e adocimento dos trabalhadores. *In*: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009. p. 276/277.

³⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização e a lógica do mal. *In*: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 48.

³⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 172.

do núcleo da empresa, composta por uns poucos empregados responsáveis por gerenciar todo o processo produtivo.

Contudo, os efeitos maléficos da precarização dos direitos trabalhistas fomentada pela terceirização não atingem apenas os trabalhadores terceirizados. Há ainda um outro aspecto para o qual não se atentou e, conseqüentemente, ainda não foi devidamente discutido, qual seja, o custo social que a precarização dos direitos trabalhistas gera para a sociedade como um todo.

Relembrando as palavras de NEVES DELGADO, por sua absoluta pertinência: “[...] o rol de agressões que a sistemática terceirizante provoca no seio dos trabalhadores é tão profundo e diversificado, que não compensam, social e culturalmente, suas estritas vantagens econômicas”³⁸ e o cotidiano é rico em demonstrar a veracidade de tal assertiva.

Tomemos, como primeiro exemplo, a terceirização levada a efeito pela administração pública no setor de saúde que, assim como em vários outros setores públicos, começou em áreas vinculadas à atividade-meio e tem se expandido de acordo com a leitura ampliada de tal conceito:

Segundo a presidente do SINDSAÚDE/SP:

É preciso ter claro que determinadas ocupações, dependendo do setor a que estão vinculadas, podem apresentar demandas e rotinas muito distintas. Considere o caso de uma recepcionista: será que é possível comparar o trabalho de uma pessoa na recepção de um pronto-socorro com outra que seja recepcionista de um escritório comercial? A mesma situação se aplica para outras ocupações operacionais que existem no setor de saúde (motoristas, trabalhadores de limpeza, seguranças, etc.), que são fundamentais para o bom atendimento ao público. Estes trabalhadores precisam estar integrados ao trabalho e sentirem que fazem parte do processo, de uma equipe que estabeleça relações de cumplicidade e sintonia no trabalho, inspirando confiança aos usuários de seus familiares. Trata-se de uma política pública que lida com o ser humano, que vai além do aspecto técnico.

DEDECCA (2007) destaca um diferencial muito importante quando tratamos de atendimento de saúde: a questão da irreversibilidade. Existe na saúde uma especificidade de ‘irreversibilidade de procedimentos realizados de modo não adequado’. Isto significa mais responsabilidades para o trabalhador da saúde, pois a dúvida sobre a causa do erro incorrido recairá sempre sobre a adoção de procedimentos adequados pelos profissionais responsáveis pela realização do atendimento, visto que os trabalhadores na saúde lidam com a vida e a morte, e erros podem ter graves conseqüências.

Com a intensificação do processo de terceirização na saúde, o paciente passa a ser tratado como uma mercadoria e não como um ser humano que necessita de cuidados.³⁹

³⁸ Ob. cit., p. 173.

³⁹ FARIA, Maria Aparecida do Amaral de Godoi. Terceirização no setor da saúde. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho* (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: Annablume, CUT, 2009. p. 270.

Nesse caso, a precarização dos direitos trabalhistas gera uma insegurança social em relação a um atendimento adequado e eficiente em um setor no qual um erro ou falha podem gerar danos irreversíveis.

O adocimento dos trabalhadores terceirizados também atinge os interesses de toda a sociedade, tal como destaca o presidente do SINDILIMPEZA da Baixada Santista, apontando as estatísticas: em 2009, 20% dos coletores de lixo estavam afastados por doenças relacionadas ao trabalho, inclusive doenças infectocontagiosas (meningites, hepatites, dentre outras, contraídas pelo contato com o lixo hospitalar), DORTs, câncer de pele ou acidentes de trabalho típicos. Afirma o sindicalista:

[...] além de atingir a vida dos trabalhadores e suas famílias, a precarização das relações de trabalho espalha seus estilhaços por toda a sociedade. Afinal, quem arca com o ônus dos afastamentos por auxílio-doença, acidentes de trabalho, aposentadoria por doença e etc. é a sociedade, não são as empresas tomadoras de serviço, nem terceirizadas. É a população que paga o amargo preço de uma sociedade debilitada física e emocionalmente.⁴⁰

Em resumo, a adoção predatória da estratégia terceirizante gera prejuízos não só para os trabalhadores por ela alcançados; como dito acima, toda a sociedade é atingida por seus estilhaços.

5.2.2. A ruptura entre os trabalhadores

Outro efeito pérfido da terceirização de serviços é dividir os trabalhadores, seja dentro de um mesmo empreendimento - apesar de trabalharem lado a lado -, seja na esfera sindical.

Em virtude da adoção sistemática da terceirização pelos setores produtivos do País, é possível se constatar que, muito mais do que romper com o clássico modelo de uma relação bilateral, a terceirização rompeu com verdadeiros pilares que sustentavam as relações de trabalho.

Nesse sentido, apesar de o empregado terceirizado ser, via de regra, não tão qualificado quanto o empregado contratado diretamente pela empresa e ser alvo de uma intensa discriminação, muitas vezes ele também é considerado como um rival; um possível concorrente à vaga de emprego, o que só aumenta o conflito entre os trabalhadores que estão lado a lado. E as situações em que o empregado terceirizado e seu colega "efetivo" utilizam instalações distintas só aumentam o abismo que há entre eles.

O depoimento abaixo retrata com exatidão a ruptura do vínculo de identificação entre aqueles que deveriam ser colegas de trabalho:

⁴⁰ SUTERO, Djalma. Os impactos da terceirização do comércio e serviços: precarização do trabalho e adocimento dos trabalhadores. *In*: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009. p. 279.

[...] com o processo de terceirização, outras pessoas vinham para dentro da empresa e vinham os conflitos. Qual era o conflito? As empresas, quando foram criadas, determinavam o quadro delas de x trabalhadores na manutenção, x mecânicos, x eletricitistas, etc. O vestiário tinha exatamente x armários, x vagas. Quando esses terceirizados chegaram, tinha discriminação mesmo do primeirizado: 'esse cara de empreiteira, não queremos aqui no nosso banheiro'. Reclamavam para os gerentes: 'esse pessoal aqui não. Temos o grupo da empresa e esse pessoal a gente não sabe quem é, de repente começa a sumir nossas toalhas, daqui a pouco as coisas estão sumindo. Os caras vêm aqui, passam uma semana, a empresa manda embora, a gente não sabe o dia que ele foi embora'. Era uma discriminação total por parte dos companheiros efetivos.⁴¹

Em meio a uma relação de emprego precarizada, o ambiente hostil no qual os trabalhadores terceirizados são inseridos em nada contribuiu para o conjunto dos trabalhadores. Segundo afirmou um líder sindical durante uma pesquisa de campo realizada com trabalhadores do setor petroquímico da Bahia: "O trabalhador terceirizado vive uma crise de identidade na empresa."⁴²

Apesar de trabalharem lado a lado, não há uma identificação entre os trabalhadores contratados diretamente pela empresa e os trabalhadores terceirizados. Com a terceirização há uma ruptura do sentimento de identificação que possibilitou as primeiras reivindicações no século XVIII. A percepção de viverem todos uma mesma realidade e de que o que ocorresse a um deles afetaria a todos esvaiu-se com a terceirização.

O outro aspecto da ruptura gerada pela terceirização ocorre na esfera sindical. Isso porque, embora trabalhem lado a lado em um mesmo ambiente, o empregado contratado diretamente pela empresa pertence à categoria definida pela atividade de sua empregadora, ao passo que o empregado terceirizado pertence à categoria dos empregados das empresas fornecedoras de mão de obra.

Em função dessa forma de enquadramento sindical, algumas categorias foram drasticamente reduzidas, ao lado do crescimento exponencial dos sindicatos dos empregados em empresas de prestação de serviços, tal como o SINDEEPRES/SP.⁴³

Sobre tal dinâmica, afirma DELGADO:

A ideia de formação de um sindicato de trabalhadores terceirizados, os quais servem a dezenas de diferentes tomadores de serviços, integrantes estes de segmentos econômicos extremamente díspares, é simplesmente um contrassenso. Sindicato é unidade, é agregação de seres com interesses comuns, convergentes, unívocos. Entretanto, se o sindicato constitui-se de trabalhadores com diferentes formações profissionais, distintos interesses profissionais, materiais e culturais, diversificadas

⁴¹ SANTANA, Robson. Práticas de terceirização nas empresas industriais. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (Orgs). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 173.

⁴² A íntegra da pesquisa formulada por Vera Lúcia Bueno Fortes encontra-se publicada em: <www.anped.org.br/reunioes/27/gt09/t0918.pdf>. Consulta em: 07.01.2011.

⁴³ BRASIL, Repórter. *Terceirizados buscam proteção em um dos sindicatos que mais cresce*. Ago. 2007. Disponível em: <www.reporterbrasil.com.br/exibe.php?id=1143>. Acesso em: 09 nov. 2009.

vinculações com tomadores de serviços - os quais, por sua vez, têm natureza absolutamente desigual -, tal entidade não se harmoniza, em qualquer ponto nuclear, com a ideia matriz e essencial de sindicato.⁴⁴

Outro aspecto apontado por DELGADO refere-se à redução artificial do número de trabalhadores vinculados a importantes segmentos empresariais, já que os trabalhadores terceirizados se enquadram, do ponto vista técnico-jurídico, como integrantes do setor terciário da economia⁴⁵, hipótese em que os setores industriário e bancário servem como paradigma.

Neste último setor, por exemplo (bancários), embora tenha gerado um enorme impacto sobre a categoria, a automação não pode ser apontada como o único fator de sua redução, conforme revelam os números.

Sobre a terceirização no setor, expõe SANCHES:

Essa mudança significa o rompimento do padrão de contratação de direitos no âmbito das relações de trabalho conquistada após anos de luta e organização de um dos segmentos de trabalhadores que chegou a somar, no início da década de 1990, segundo dados da RAIS, 732 mil trabalhadores. No ano de 2007, apesar da ampliação do número de correntistas, de produtos, volume de depósitos e créditos efetivados e, ainda considerando o crescimento exponencial das demais operações bancárias realizadas, constatamos aproximadamente 445 mil bancários e financeiros em todo o Brasil. Concomitantemente, verifica-se que os dados da Pesquisa Nacional de Amostragem Domiciliar (PNAD - IBGE) 2006 apontam para a cifra de 805 mil trabalhadores vinculados ao Sistema Financeiro Brasileiro, ou seja, pessoas que atuam em diversas formas de trabalho diretamente relacionadas à intermediação financeira no país. Assim, temos um universo de aproximadamente 360 mil trabalhadores desvinculados da Convenção Coletiva dos Bancários e Financeiros.⁴⁶

Quanto à subcontratação de empresas e o rompimento da agregação de grande massa de trabalhadores em grandes estabelecimentos por ela gerado, a historiadora fluminense, VIRGÍNIA FONTES, registrou interessante leitura sobre a questão:

[...] o que nós estamos assistindo não é a uma mera revolução tecnológica, apresentada muitas vezes como se as máquinas tivessem feito alguma coisa, mas é de fato a um processo de luta de classes que busca eliminar a reunião dos trabalhadores, que sempre foi um dos focos centrais da contradição trabalho-capital, foco este que permitiu a instauração dos sindicatos como local agregador daqueles que já se reuniam no processo de trabalho. Trata-se, hoje, de quebrar a exigência da reunião dos trabalhadores como condição para a reprodução do capital e para a extração da

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 443.

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 44/45.

⁴⁶ SANCHES, Ana Tércia. Terceirização no sistema financeiro. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José. (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009. p. 254.

mais-valia. [...]. Isso significa que não há uma redução do trabalho na nossa sociedade contemporânea - e é importante saber como isso ocorre hoje nos países centrais -, ou melhor, que não há redução propriamente de trabalho, mas há redução de emprego, de contrato de trabalho e de reunião em locais de trabalho. Significa que estamos assistindo, hoje, a formas de subordinação do trabalho ao capital por fora do contrato de trabalho, ou seja, uma massa de trabalhadores - que é preciso qualificar melhor - produzindo, trabalhando sem ligação direta com formas contratuais e sem reunião no espaço de trabalho. [...] os trabalhadores não se desvencilharam da carga de trabalho, que só aumenta, tanto para aqueles que estão dentro do processo contratual - no qual nós nos acostumamos a reduzir o processo produtivo - quanto para aqueles que estão fora do processo contratual, mas que estão perfeitamente subordinados a ele.⁴⁷

Desse modo, por todos os ângulos que se analise a terceirização, ela parece ser um instrumento de efetivação da máxima maquiavélica: a terceirização dividiu os trabalhadores; ruiu valiosas conquistas e criou muralhas entre eles.

6. A TERCEIRIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: BREVES REFLEXÕES

Como se procurou demonstrar até aqui, a terceirização tem corroído conquistas sociais alcançadas ao longo de séculos, bem como o próprio instrumental humano necessário à consecução de tais conquistas (leiam-se: identificação; solidariedade; companheirismo).

Esse cenário é um convite à reflexão: em nosso sistema jurídico há espaço para um mecanismo que desguarnece uma multidão de trabalhadores de uma boa parcela de seus direitos com o objetivo único e exclusivo de favorecer a acumulação capitalista? Um método administrativo pode se sobrepor a direitos sociais constitucionalmente garantidos?

A discussão sobre a nova interpretação constitucional é matéria extensa e por demais profunda para ser abordada neste breve estudo, mas há alguns aspectos que podem ser ressaltados para a análise da questão proposta acima.

Considerando que o Direito é um sistema composto por normas (princípios e regras) e que os princípios são as proposições básicas, fundamentais, que condicionam todas as estruturas subsequentes, não há maiores divergências em se afirmar que as regras devem estar em sintonia com os princípios.

Conforme observa VIANA, “[...] quando as regras começam a se soltar dos princípios [...]” - ou seja, começam a ser lidas e aplicadas fora do arcabouço que lhes sustentam - o Direito “[...] se torna cada vez menos um sistema e por isso menos direito”.⁴⁸

⁴⁷ FONTES, Virgínia. In: MENEGAT, Marildo; BHERING, Elaine Rosseti; FONTES, Virgínia (Orgs.). *Dilemas da humanidade: diálogo entre civilizações*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 55.

⁴⁸ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego*. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 487.

Por sua vez, a Norma Fundamental de 1988 estabeleceu importantes perspectivas sobre o trabalho humano.

Nesse sentido, o Título I da Carta Magna, ao tratar sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabeleceu como um dos fundamentos da República o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, Inciso IV). O Título II, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, inseriu, em seu capítulo II, os direitos sociais, dentre os quais está incluído o trabalho. Adiante, no Título VII, ao tratar sobre a ordem econômica e financeira, o art. 170 estabeleceu que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, destacando que a ordem econômica e financeira tem por princípios a função social da propriedade (inciso III) e a busca do pleno emprego (inciso VIII). Por fim, o Título VIII, ao tratar da ordem social, definiu por disposição geral que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (art. 193)

Como leciona DELGADO, a Norma Fundamental não contém uma contradição nesse aspecto, nem quis excluir o trabalho da posição previamente definida em cada oportunidade que tratou sobre ele posteriormente. Na realidade, a Constituição Federal de 1988 não quis deixar dúvidas de que o trabalho é um princípio, um fundamento, um valor e um direito social, conjuntamente.⁴⁹

Sobre a ordem econômica e o valor que a Carta Magna confere ao trabalho, afirma o ex-Ministro do STF, EROS GRAU:

Indica ainda o texto constitucional, no seu art. 1º, IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho; de outra parte, no art. 170, *caput*, afirma dever estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano. [...]

No quadro da Constituição de 1988, de toda sorte, da interação desses dois princípios e os demais por ela contemplados - particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) assegurar a todos existência digna - resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamento o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar.

Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional.⁵⁰

Segundo o ex-Ministro, a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência do valor do trabalho na conformação da ordem econômica.

Por sua vez, um dos princípios típicos do Direito do Trabalho é o princípio da proteção ao hipossuficiente - para alguns, o único princípio do qual os demais são meros desdobramentos - que, ao contrário do que ocorre no Direito Civil, procura

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios constitucionais do trabalho*, apud *Revista de direito do trabalho*, n. 117, p. 169.

⁵⁰ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 198/199.

compensar a indiscutível desigualdade entre as partes, estabelecendo uma rede de proteção ao redor da parte mais fragilizada na relação de emprego.

Apesar dos questionamentos que tal princípio tem suscitado na atualidade, a construção do Direito do Trabalho partiu de um pressuposto fático que nem a revolução tecnológica, nem o processo de globalização ou as ideias ultraliberais conseguiram reverter: existe uma classe de pessoas que tem apenas a sua força de trabalho para oferecer em troca dos meios necessários à sua subsistência e, séculos após séculos, o trabalho livre e subordinado é o único meio através do qual essas pessoas conseguem se inserir na dinâmica social.

Não obstante, em se tratando do fenômeno terceirizante, constata DELGADO:

Faltam, principalmente, ao ramo justralhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental.⁵¹

Nesse contexto, se o trabalho é altamente salvaguardado pela ordem constitucional; se as regras devem ser lidas de acordo com os princípios, um método meramente administrativo pode se sobrepor à ordem constitucional?

Diante da relevância dispensada ao trabalho humano - e à forma mais comum através da qual ele é prestado na sociedade capitalista, a relação de emprego -, é admissível que uma estratégia concebida no mundo empresarial, guiado por parâmetros ultraliberais, prevaleça sobre um princípio, um fundamento, um valor e um direito social?

7. CONCLUSÃO

A transformação do sistema capitalista a partir da década de 1970 é marcada pela hegemonia de um pensamento ultraliberal, que rompeu com valores estabelecidos durante o Estado de Bem-Estar Social, em especial, com o valor-trabalho.

O capitalismo que emerge a partir da década de 1970 rompeu com vários aspectos do liberalismo clássico pelo qual havia se pautado até então, o que foi possível, inclusive, através do processo de globalização dos mercados.

O Direito do Trabalho desponta como o ramo jurídico que incide sobre uma modalidade de relação que é determinante para o sistema capitalista de produção, a saber, a relação de emprego, razão pela qual o discurso ultraliberal defende, de forma sistemática, a ideia de que esse ramo jurídico deve ser repensado, flexibilizado e até perdeu sua razão de ser.

Do mesmo modo, discursos relativos ao fim dos empregos e da natureza estrutural do desemprego (seja em face da revolução tecnológica, seja em face da concorrência mundial, seja em face da reestruturação produtiva) - tornando

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 407.

necessária a “adaptação” do Direito do Trabalho - são apenas mecanismos de convencimento utilizados para tentar desestabilizar o ramo jurídico que impõe limites a um capitalismo sem reciprocidade.

Tais discursos não passam pelo crivo de uma análise mais rigorosa, nem se sustentam diante das estatísticas e das possibilidades disponíveis aos Estados Nacionais socialmente comprometidos.

Apesar das sucessivas investidas contra o trabalho, o emprego e contra o ramo jurídico a eles relacionado, o paradigma ultraliberal ainda não apresentou outro instrumento que possa distribuir renda e garantir a inclusão social de bilhões de trabalhadores que não detêm os meios de produção e dispõem apenas de sua força de trabalho para se inserirem no contexto social.

A reestruturação empresarial e a terceirização concebidas em um mundo corporativo embevecido pelas ideias ultraliberais têm a declarada intenção de reduzir os custos da mão de obra, atendendo única e exclusivamente aos interesses do capital.

A terceirização de serviços tem sido o principal instrumento de precarização das relações de trabalho e violação ao direito social do trabalho. Como foi concebida em favor do capital, a terceirização de serviços não traz qualquer benefício para o trabalhador, mas única e exclusivamente lhe subtrai direitos e rompe com grandes conquistas individuais e coletivas.

Os efeitos perniciosos da terceirização não se restringem aos trabalhadores mas alcançam toda a sociedade, inclusive por sua expansão dentro de segmento público, na prestação de serviços essenciais à sociedade.

Diante da relevância que o texto constitucional confere ao trabalho, inclusive ao tratar sobre a ordem econômica, não é juridicamente aceitável que a estratégia terceirizante possa ser adotada de tal modo a esvaziar tal relevância, razão pela qual ela deve - no mínimo - passar por um controle civilizatório, sob pena de se cancelar um mecanismo que, aplicado de forma sistemática e sem limites, torne o texto constitucional apenas uma bela carta de amor ao trabalho. Nada mais que isso.

ABSTRACT

The capitalist system of production, in its current phase, broke up with values recognized by the classical liberalism and adopted during the period that the State of Social Well-being prevailed in the United States of America and in the Occidental Europe. Counting on the force of the process of the economical globalization to spread ideas that prioritize the interests of the financial capital, the super capitalism also reached the political and social spheres with serious consequences. The Right of the Work has been the objective of questions and proposals of changing for constituting a barrier to the limitless freedom intended by a stateless capital and speculative nature and achieving a fundamental juridical relationship for the capitalist system of production. The labor contract is one of the consequences from the productive restructuring process that was leaded in a corporate world charmed by the neoliberal ideas and it has been reaching not only the workers' rights, but the rights of the society as a completely.

Keywords: *Changes of the capitalist system. Neoliberalism. Globalization. Labor contract.*

REFERÊNCIAS

- CARDOSO, Adalberto. *A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2003.
- CONCEIÇÃO, Jefferson José da; LIMA, Cláudia Rejane. Empresários e trabalhadores diante da regulamentação da terceirização: é possível um acordo mínimo? *In*: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. Princípios constitucionais do trabalho. *In: Revista de direito do trabalho*, n. 117. São Paulo: RT.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DUALIBI, Júlia. Previdência privada no Chile gera polêmica. *Jornal Folha de S. Paulo* em 11.05.2003. Matéria disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u48925.shtml>. Consulta em: 12.01.2011.
- FARIA, Maria Aparecida do Amaral de Godoi. Terceirização no setor da saúde. *In*: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009.
- FONTES, Virgínia. *In*: MENEGAT, Marildo; BHERING, Elaine Rosseti; FONTES, Virgínia (Orgs.). *Dilemas da humanidade: diálogo entre civilizações*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- GALBRAITH, Jonh Kenneth. *1929: A grande crise*. Nova introdução de James Galbraith. Tradução de Clara Ai Colotto. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.
- GONDIM, Fátima; LETTIERI, Marcelo. *Tributação e desigualdade*. *Le Monde Diplomatique* Brasil. Ano/4, n. 39, out/2010.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUIMARÃES, Nadya Araújo. Trajetórias surpreendentes: os intermediadores de emprego e seus trabalhadores. *In*: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009.
- HELLER, Cláudia. Progresso técnico e nível de emprego: o teorema de Kalecki e o modelo de Joan Robinson. *In*: POMERANZ, Lenina; MIGLIOLI, Jorge; LIMA, Gilberto Tadeu (Orgs.). *Dinâmica econômica do capitalismo contemporâneo: homenagem a M. Kaleck*. São Paulo: EDUSP, 2001.
- HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares. *Manual de terceirização: como encontrar os caminhos para a competitividade, com flexibilidade empresarial e*

- atendimento do mercado, ganhando da concorrência e satisfazendo os anseios e interesses dos consumidores. São Paulo: STS Publicações e Serviços Ltda., 1998.
- REICH, Robert. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
 - RIKFIN, Jeremy. *O fim do emprego: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makron Books, 1995.
 - SANCHES, Ana Tércia. Terceirização no sistema financeiro. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009.
 - SANTANA, Robson. Práticas de terceirização nas empresas industriais. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
 - SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e o direito do trabalho*. 2. tiragem - São Paulo: LTr, 2007.
 - _____. A terceirização e a lógica do mal. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.
 - STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Futura, 2002.
 - SUTERO, Djalma. Os impactos da terceirização do comércio e serviços: precarização do trabalho e adoecimento dos trabalhadores. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José (Orgs.). *Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas)*. São Paulo: Annablume, CUT, 2009.
 - TETT, Gillian. Financial Times. “Regra do país para banco global vira exemplo. Política de exigir que instituições financeiras mundiais que operem no Brasil tenham capital próprio é vista como mais segura”. Jornal Folha de S. Paulo em 29 de novembro de 2009. Caderno Dinheiro, B13.
 - VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

O TRABALHADOR INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA: O CAMINHO PARA UM NOVO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO NO DIREITO LABORAL

Jorge Luis Machado*

RESUMO

O presente estudo objetiva destacar o desenvolvimento de um novo paradigma jurídico antropológico: o direito à diferença, assim como ressaltar a relevância da consolidação dessa cultura normativa para a tutela dos direitos dos trabalhadores indígenas.

Palavras-chave: Direito. Trabalho. Indígena. Igualdade. Diferença.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA**
- 3 DA IGUALDADE AO DIREITO À DIFERENÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**
- 4 O ÍNDIO E O DIREITO À DIFERENÇA**
- 5 O TRABALHO INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA**
- 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

1 INTRODUÇÃO

Parte considerável das Constituições sancionadas ou que foram submetidas a reformas nos últimos vinte anos passaram a caracterizar os Estados como multiétnicos e pluriculturais, como no caso da Argentina (1994), Bolívia (1967-2004), Brasil (1988), Equador (1998), México (2001), Nicarágua (1987-1995) e Venezuela.

Esse fato reflete um processo de difusão de ideais proclamados em normas internacionais emblemáticas de proteção aos indígenas, tais como a Convenção n. 168 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que culminou com a introdução de um novo paradigma jurídico antropológico na América Latina: o direito à diferença, ainda em fase de consolidação.

A transição das vetustas políticas de assimilação e integração forçada que caracterizaram o século XX, para a ratificação do respeito à sociodiversidade e à pluralidade étnica e cultural, impõe uma alteração profunda nas relações de trabalho, assim como propicia alcançar um estágio mais amplo do princípio protetor, a fim de garantir direitos fundamentais aos trabalhadores indígenas.

* Diretor da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde - GO; professor universitário; aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Buenos Aires.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA

Por séculos, o ideal de igualdade tem integrado o rol dos mais importantes valores que orientam o ordenamento jurídico dos povos ditos democráticos. Trata-se de um princípio fundamental que estrutura e norteia as Constituições contemporâneas, sob o pálio de ser o caminho para se rechaçar as mais diversas espécies de discriminação, assim como garantir o direito à dignidade humana.

A noção de justiça está tão associada à igualdade que Aristóteles assinalou: “o injusto é desigual, o justo é igual” (MALLET, 2008).

Como dispõe Nascimento (2004), o embrião da igualdade, em sentido formal, germinou sob os ares da Revolução Francesa e visou redesenhar uma relação de direito público, cuja finalidade essencial era proteger o cidadão perante o Estado.

Nesse sentido, registra Mello (1993) que o principal destinatário do princípio da igualdade é o legislador e, por conseguinte, a legislação.

De fato, em um primeiro momento histórico, o princípio da igualdade visou repelir a sujeição descabida, arbitrária e intolerável imposta às grandes massas pelas forças sociais dominantes.

Ocorre que o simples fato de a norma constitucional proclamar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não nivela, por si só, os cidadãos, assim como não afasta as diferenças reais, sociais, históricas, culturais, antropológicas, geográficas, ou étnicas, verificadas entre europeus e africanos, cristãos e muçulmanos, ou brancos e índios.

Não se olvida da ampliação do conceito jurídico da igualdade, desde o seu sentido formal até a igualdade material, influenciada pelo igualitarismo marxista, pelo qual seria devido a cada um segundo a sua necessidade, e pela doutrina alemã que inspirou a Constituição de Weimar, de 1919, conforme registra Nascimento (2004). Entretanto, impõe-se reanalisar a bandeira da igualdade quando, sob seu manto, busca-se abstrair a realidade e impor ideologias.

O caminho para a equidade carece do reconhecimento formal e a compreensão da diversidade humana, condições necessárias para a elaboração de remédios jurídicos específicos e eficazes para cada patologia social enfrentada pelos grupos distintos.

Conforme leciona Ramella (2007), a crença e a obediência desmedida a leis gerais e universais, tanto na área jurídica quanto científica, acarretaram a imposição de padrões uniformes de vida e pensamento. Os grupos étnicos e minorias que não se adequaram a esse modelo imposto foram relegados à marginalidade político-social e despojados de direitos fundamentais, são os denominados cidadãos de papel, de que trata Dimenstain (2005).

Para esses grupos, a igualdade proclamada de forma abstrata nas Constituições ainda se apresenta como utopia, a espera da conscientização acerca de um novo paradigma antropológico do direito à igualdade: o distinto.

Rousseau (1994) afirma que, para se conhecer a origem da desigualdade entre os homens, é necessário desvendar o próprio homem. Para tanto, considerou a existência de duas classes de desigualdade na espécie humana: a natural ou física, derivada da própria natureza, tal como a idade, a saúde ou a força corporal de cada indivíduo; e a moral ou política, resultante de convenções sociais, como os privilégios por ser mais rico, mais respeitado ou mais poderoso.

Ao comparar a diversidade cultural, política e social verificada em sua época com a simplicidade e a uniformidade da vida selvagem, o pensador genebrino concluiu que as diferenças entre um homem e outro eram pouco relevantes em seu estado de natureza e tendem a intensificar-se na vida em sociedade.

Em suma, para Rousseau, a sociedade civil é o caldo de cultura que origina e propicia o desenvolvimento da discriminação e da desigualdade.

Sem contestar a procedência dessa célebre conclusão, vale notar que ela se mostra válida como notável ponto de partida para focalizar a origem e os fundamentos da desigualdade, mas não encerra a questão em si.

É preciso separar mentalmente a desigualdade discriminatória e juridicamente reprovável, de que trata Rousseau, do direito à diferença, à sociodiversidade, caracterizada pelo respeito à pluralidade cultural e étnica de cada sociedade.

A partir dessa distinção fundamental, infere-se que a imposição de políticas ditas igualitárias, quando desprovidas de uma análise criteriosa da realidade multicultural e multiétnica da sociedade, pode acarretar severas injustiças.

Em outras palavras, para se alcançar o ideal isonômico, primeiro o direito à igualdade foi apresentado ao homem, agora, impõe-se um novo desafio para a sua efetividade: apresentar a subjetividade humana ao direito.

3 DA IGUALDADE AO DIREITO À DIFERENÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A história das relações laborais, desde a escravidão até o ideal traçado para o trabalho contemporâneo, reflete, em seu contexto, a gestação e a evolução do princípio da igualdade e, sobretudo, do direito à diferença.

Essa complexa trajetória retrata fatos importantes, que auxiliam a compreensão da relevância e pertinência do princípio isonômico como fator de estruturação do trabalho digno e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana.

Conforme dispõe a doutrina mais abalizada, os problemas políticos, sociais e econômicos originados da Revolução Industrial constituíram o berço e determinaram o “batismo oficial” do Direito do Trabalho (GOLDIN, 2009; BARROS, 2006; MELGAR, 2009).

Esse incipiente ramo do direito surgiu, portanto, sob a orientação de importantes movimentos sociais que buscavam alcançar ideais de efetiva liberdade, fraternidade e, em especial, igualdade.

Carecia às sociedades pré-industriais esse fermento, capaz de incitar a criação de um sistema de normas e, mais que isso, a conquista de uma cultura visando à proteção do trabalhador.

Vale relembrar que, na Antiguidade Clássica, principalmente entre os gregos e romanos, o regime de escravidão negava ao trabalhador até mesmo a sua natureza humana. Em boa parte das etapas da sociedade romana, o escravo era considerado coisa, um semovente e não sujeito de direito, assim como o trabalho mera mercadoria.

Conforme leciona Melgar (2009, p. 58), na Idade Média, apesar de se reconhecer aos servos das glebas alguns dos atributos da personalidade, eles encontravam-se em situação muito próxima da escravatura. A condição de servo era hereditária e a submissão aos duros trabalhos servis independia da sua vontade.

Somente com a generalização de um (suposto) regime de trabalho livre, surgido em decorrência da conjunção dos ideais liberais com os acontecimentos demográficos, econômicos e tecnológicos que caracterizaram a instauração do regime industrial, foi possível discutir a efetividade do direito à igualdade no trabalho e, por sua vez, fomentar normas que o tutelassem.

Ao contrário do que se pode concluir, o surgimento do Direito Laboral não foi caracterizado apenas pelo advento do trabalho voluntário, dependente e por conta alheia, mas por uma importante transformação cultural, motivada pela constatação de que a propalada liberdade contratual - sem igualdade - não alcançaria os objetivos traçados pela classe obreira.

Era necessário que fossem fixados limites objetivos aos contratos de trabalho, até então caracterizados por jornadas desumanas, salários insuficientes, instalações insalubres e degradantes, com graves riscos de acidentes, e a utilização abusiva da mão de obra infantil e feminina, as denominadas “meias-forças doces”, como registra Barros (2006).

Conforme foi constatado pelo Dr. Villermé, citado por Melgar (2009, p. 68), no início do século XIX, numerosos meninos, filhos de trabalhadores franceses, morriam entre os sete e os dez anos de idade, mal alimentados e submetidos a condições desumanas, durante jornadas de até dezessete horas.

Em oposição a essa extrema desigualdade social e econômica, foram desencadeados importantes movimentos obreiros que influenciaram a intensificação do processo legislativo em matéria laboral e a criação de órgãos públicos e privados capazes de garantir eficácia a esses direitos emergentes.

A maior parte dessas normas são orientadas, até hoje, pelo princípio da proteção do trabalhador, que estrutura todo o direito do trabalho com base no ideal de igualdade.

Leciona Nascimento (2004) que o princípio protetor encontra, atualmente, novos suportes para a sua função tutelar, com base na “teoria da igualdade, como justificação das desigualdades” e na proibição da discriminação.

Sob tal vertente, infere-se a construção de um novo modelo que revitaliza e amplia a atuação do princípio protetor, com base no direito à diferença no trabalho. Esse novo paradigma possibilita lançar novas luzes sobre questões de extrema relevância, como a discriminação no trabalho.

Não se trata apenas de normatizar as disparidades de ordem econômica, que determinam, por exemplo, a equiparação salarial no caso de trabalhos considerados de igual valor, mas de uma nítida ampliação da tutela laboral, no caso de qualquer manifestação discriminatória injustificada e nociva ao trabalhador, seja ela omissiva ou comissiva; por motivo de raça, idade, sexo, estado civil, situação familiar, convicção filosófica ou política, deficiência, nacionalidade, patrimônio genético ou outra peculiaridade que caracterize a subjetividade do obreiro.

Essa nova perspectiva, que alcança - aos poucos - o Direito do Trabalho, extravasa os limites tradicionais do estudo jurídico e permeia outros ramos da ciência como a etnologia, a sociologia, a história, a filosofia e a antropologia, na busca de um substrato científico mais consistente em questões enfrentadas recentemente, como o assédio moral e o *dumping* social.

Esse contato próximo e contínuo com outras ciências sociais menos herméticas talvez seja um bom caminho para que os operadores do direito alcancem

uma ótica realista do direito à diferença no trabalho, sobretudo quanto ao trabalhador indígena, historicamente negligenciado no seu direito de ser diferente, se considerar diferente e ser respeitado como tal.

4 O ÍNDIO E O DIREITO À DIFERENÇA

Em 1512, alguns dos mais importantes teólogos e juristas de Castela reuniram-se em Burgos para analisar a situação enfrentada pelos nativos que habitavam o Novo Mundo. Buscava-se definir se os indígenas teriam alma, se poderiam ser qualificados como humanos e se deveriam sujeitar-se à escravidão (RAMELLA, 2007).

Segundo Lima Filho (2008) e Rangel (1990), era tão discutível a qualidade humana dos indígenas que, em 1537, o Papa Paulo III editou a Bula *Veritas Ipsa* declarando-os entes humanos, capazes, portanto, de serem catequizados.

Os desdobramentos desses fatos históricos registram as raízes da discriminação que ainda atinge esses povos e reflete a dificuldade de a sociedade compreender e aceitar a diversidade.

Como observa Ramella (2007, p. 1): “*Encerrados en la caverna de Platón no los percibían como personas y menos como sujetos de derechos.*”

Por muito tempo, a questão indígena foi negligenciada até mesmo pela comunidade acadêmica, a ponto de Francisco Adolfo Varnhagem, citado por Barbieri (2007), ressaltar na década de 1850 que: “para os índios não há história, há apenas etnografia”.

Quase quinhentos anos depois da promulgação das denominadas Leis de Burgos, ainda não está consolidado o direito indígena à diversidade, à alteridade e à autodeterminação, assim como também não lhes foi reconhecido o direito mínimo de se conduzir com base nas suas próprias instituições políticas, econômicas, jurídicas, sociais e culturais, como povos distintos.

Desde a colonização, em toda a América foram deflagradas ondas de exploração e extermínio dos silvícolas, que se mantiveram alijados da estrutura do Estado durante o constitucionalismo liberal do século XIX, caracterizado por uma política orientada para a sua espoliação territorial e submissão política, como registra Elizondo (2006).

Por sua vez, o século XX foi marcado pelo reconhecimento de certos direitos indígenas e por equivocadas políticas de assimilação e integração forçada, que ocasionaram a descaracterização étnica desses povos e o suicídio em massa de diversas etnias (BARBIERI, 2007; LIMA FILHO, 2008; RANGEL, 1990).

Ao tratar da política brasileira nesse período, Rangel (1990) expõe que os órgãos criados para a tutela indígena restringiram a sua atuação a um foco único: transformar cada reserva numa fazenda modelo e, por conseguinte, impingir aos índios o trabalho agrícola e artesanal, como verdadeiro agente civilizador.

Em face da carência de estrutura e da instabilidade do investimento estatal, essa política obtusa não só restou frustrada, mas acarretou a decadência e o desmatamento de importantes áreas indígenas, que se tornaram inadequadas para a subsistência das tribos (RANGEL, 1990).

Somente ao final do século XX e início do século XXI, sob a baliza de normas internacionais como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas

sobre os Direitos dos Povos Indígenas, tem sido registrado, de forma incipiente, o rompimento do famigerado constitucionalismo integracionista e o gradual surgimento de um constitucionalismo pluricultural ou multicultural, ainda em desenvolvimento (ELIZONDO, 2006).

Segundo Barbieri (2007), a questão indígena obteve visibilidade política mundial em decorrência do crescente movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, que tomou vulto após as atrocidades vivenciadas pela humanidade, depois de duas grandes guerras mundiais.

Entretanto, a condição de povo diferencial ainda oferece resistência ao reconhecimento formal em diversos ordenamentos jurídicos.

Conforme dispõe Ramella (2009), dentre vinte e uma Constituições sancionadas nos últimos vinte anos, treze contêm cláusulas referentes aos indígenas e várias delas caracterizam os Estados como multiétnicos e pluriculturais, como Bolívia (1967-2004), Equador (1998), México (2001), Nicarágua (1987-1995) e Venezuela, mas nenhuma se define plurinacional, o que demonstra que a América Latina encontra-se em um processo de revisão do paradigma constitucional clássico para um novo, ainda em construção.

Também as Constituições, do Brasil, de 1988, e da Argentina, de 1994, evidenciam um rompimento na política orfanológica e integracionista nesses países e indicam uma mudança de mentalidade em relação ao direito à diferença dos povos indígenas, ainda pendente de consolidação, como registram, respectivamente, Lima Filho (2008) e Ramella (2007).

Aos poucos, os movimentos indígenas emancipadores e de reconhecimento de suas identidades culturais adquirem força e visibilidade, como no III Encontro Continental do Povo Guarani, que reuniu centenas de índios em Assunção, no Paraguai, entre os dias 15 e 19 de novembro de 2010, conforme noticiado por Heck (2010).

Do outro lado do mundo, na Austrália, mais de quarenta anos depois de conquistarem a condição de cidadãos, os aborígenes organizam-se para fundar um partido político próprio, após a eleição do primeiro deputado nativo, Ken Wyatt, conforme veiculou Moël (2010), na edição de 25 de dezembro de 2010, do *Le Monde*.

Como se vê, o verbo “resistir”, que tão bem caracteriza o movimento indígena pelo direito à diferença, de forma paulatina, passa a exprimir não só a ideia de “conservar, sobreviver e subsistir”, para adquirir um novo sentido, mais coerente com suas lutas históricas, o de “opor resistência, não ceder, defender-se”, nesse longo caminho para alcançar um novo estágio axiológico: o direito de “reexistir”.

5 O TRABALHO INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA

A ineficiência histórica das políticas de assimilação e integração forçada impostas aos povos indígenas e a omissão dos Estados na questão da demarcação e proteção de suas terras tornaram-nas insuficientes para a subsistência das tribos e, por conseguinte, impeliram os índios a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em um ambiente adverso a suas tradições, valores e concepções de vida (RANGEL, 1990; REZENDE, 2007).

A ruptura social e a desestruturação cultural, causadas pelo labor fora das suas comunidades, acarretaram o agravamento de sérias questões enfrentadas pelos indígenas, como o aumento dos casos de suicídio, estupro, alcoolismo e

homicídio. Também deram origem a novos problemas, como a exploração do trabalho infantil indígena e a submissão dos índios ao trabalho em situação análoga à de escravos.

As diferenças culturais e a ignorância das normas estatais e internacionais de proteção ao trabalhador, somadas à premente necessidade de subsistência e, muitas vezes, ao desconhecimento da língua nacional pelos trabalhadores indígenas têm aguçado a má-fé de empregadores que descumprem as normas de segurança e saúde do trabalhador e deixam de conceder-lhes direitos trabalhistas essenciais.

Alguns casos, como o narrado na ementa jurisprudencial abaixo transcrita, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, simbolizam a forma truculenta como esses trabalhadores são aliciados e o descaso com a sua dignidade:

DANO MORAL. CONTRATO DE EQUIPE. INDÍGENA. CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. RETORNO À ALDEIA. TRANSPORTE NÃO DISPONIBILIZADO. A situação dos autos envolve o retorno de trabalhador indígena a pé da reclamada, localizada na zona rural do Município de Brasilândia-MS, para a sua aldeia, em Coronel Sapucaia-MS, tendo despendido 18 dias nesse trajeto, em razão de a empresa não lhe ter propiciado transporte para o desiderato após a sua não contratação; tal quadro fático demonstra de forma inequívoca o descaso da empresa para com o trabalhador em prol apenas de seus interesses porquanto, quando lhe foi conveniente, se empenhou em retirá-lo da aldeia, fornecendo-lhe para tanto a devida condução, sendo que a mesma atitude se impunha quando de sua não admissão na empresa, devendo responder, por conseguinte, pelos danos morais causados. Recurso da reclamada a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 81800-12.2004.5.24.36. Relator: Juiz André Luís Moraes de Oliveira. Acórdão publicado no D.O./MS n. 6568, de 14/09/2005, p. 83).

Rezende (2007) relata que, em apenas duas usinas de álcool do interior do Mato Grosso do Sul, nos anos de 2007 e 2008, foram resgatados 926 trabalhadores indígenas das etnias Guarani e Terena, flagrados em condições de trabalho degradantes e vivendo em alojamentos superlotados, sem condições de habitabilidade e higiene; em meio a muito lixo, restos de comida, esgoto a céu aberto, além da constante falta de água.

A referida Procuradora do Trabalho também ressalta o crescente número de acidentes e doenças do trabalho na atividade agrícola, em boa parte movidos pelo desdobramento da produção de açúcar e álcool, que alcançou a marca de 28% dos acidentes laborais em todo Brasil e onde está concentrada a maior parte da força de trabalho indígena.

Campos (2008) registra que aproximadamente 10.000 aldeados labutavam somente nos canaviais do Mato Grosso do Sul, em 2008, provendo a subsistência de milhares de famílias.

Casos como os acima narrados destacam o desrespeito à dignidade do trabalho indígena e a precariedade da fiscalização e aplicação de normas trabalhistas fundamentais. Mais que isso, ressaltam a importância da implantação de uma política efetiva de conscientização e respeito à diversidade.

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, buscou a universalização de normas protetivas, dentre as quais, registra-se a Convenção n. 19,

sobre a igualdade de trato entre os trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho; a n. 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva; a n. 100, sobre igualdade de remuneração; a n. 111, sobre a discriminação no emprego e na profissão; a n. 117, sobre os objetivos e normas básicas de política social; a n. 118, sobre a igualdade de trato relativa à seguridade social; a n. 138, sobre a idade mínima para admissão e emprego; a n. 143, sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes; a n. 159, sobre a readaptação profissional e do emprego para pessoas incapacitadas, e a n. 169, sobre os povos indígenas e tribais, dentre outras.

Várias outras normas internacionais demonstram a expansão do ideal de igualdade e do direito à diferença, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, adotada pela Resolução n. 2.106-A, em 1965; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre as Mulheres das Nações Unidas, adotada pela Resolução n. 34/180, em 1979; o Protocolo de San Salvador, adotado pela OEA em 1988; as Diretivas n. 2.000/43/EC e 2.000/78/EC da União Europeia e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

Nessa voga, vêm se estruturando, de forma paulatina, uma nova abordagem doutrinária e a edição de normas jurídicas coerentes, como o festejado Código do Trabalho de Portugal, que dispõe em seus artigos 23º e 24º:

Artigo 23º

1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 - Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1.

Artigo 24º

1 - Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador.

2 - Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n.º 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

3 - Constitui, em especial, assédio todo o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior (PORTUGAL, 2004).

A cultura do direito à diferença no trabalho rechaça a prática de qualquer forma de discriminação, em especial, a criação de subclasses de trabalhadores ou subempregos, como os impingidos aos indígenas, em total desrespeito a normas emblemáticas, como as dispostas no artigo 20 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da contratação e condições de trabalho dos povos indígenas nos seguintes termos:

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:

a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;

b) remuneração igual por trabalho de igual valor;

c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão de obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção (OIT, 1991).

Na busca de minorar a discriminação, na última década, em todo o Brasil, tem sido incentivada a contratação de trabalhadores indígenas por meio de contratos de equipe, composta de até 60 trabalhadores, dentre os quais o líder (“cabeçante”), o cozinheiro e seu ajudante, de modo a favorecer a vida comunitária; assim como a negociação por meio de contratos coletivos de trabalho; o pagamento de salários em moeda corrente, mediante recibo que discrimine as parcelas salariais e a remuneração por produção, garantida uma renda mínima não inferior ao salário normativo da categoria (REZENDE, 2007).

No mesmo intento, Lima Filho (2008) enumera requisitos de validade e eficácia específicos do contrato de trabalho indígena, tais como:

- a) preservação do direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988;
- b) assistência pelo órgão tutor na contratação, fiscalização e extinção do contrato, exceto em casos extraordinários, quando o trabalhador revele plena consciência do ato praticado e da extensão de seus efeitos e desde que não lhe seja prejudicial (artigos 8º e 14 da Lei 6.001/73);
- c) não aplicação da prescrição prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, salvo quando o obreiro revele consciência de seus atos, e
- d) assistência do Ministério Público do Trabalho.

Em regra, esses requisitos mínimos têm encontrado ressonância nos tribunais trabalhistas, conforme se verifica do disposto nos arestos abaixo transcritos:

TRABALHADOR INDÍGENA. CAPACIDADE PROCESSUAL PARA ESTAR EM JUÍZO. Mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, os índios continuam enquadrados como relativamente incapazes, visto que a legislação especial aplicável, interpretada à luz dos arts. 231 e 232 da CR/88, não lhes confere a capacidade plena para a prática de todos os atos da vida civil. E, na condição de relativamente incapazes, eles devem ser assistidos, na forma da lei, pelo Ministério Público do Trabalho ou pela FUNAI, desde que as atividades judiciais prestadas pela Procuradoria Geral da Fundação Nacional do Índio não se confundam com a representação judicial da União. (BRASIL, 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário n. 00423.2006.081.23.00-2. Relator: Desembargador Tarcísio Valente. Decisão proferida em 13/02/2007).

VÍNCULO DE EMPREGO - INDÍGENA - IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO. Uma vez presentes os requisitos indispensáveis à configuração do vínculo empregatício, pouco importa se os autores são ou não indígenas, há que se lhes reconhecer a proteção da legislação trabalhista, até porque é proibida a discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais (Lei 6.001/73, art. 14 - Estatuto do Índio). Também não se pode dar valia ao contrato de locação de serviços intermediado pela FUNAI, que pretende descaracterizar a relação de emprego vislumbrada nos autos, incidindo na hipótese a previsão contida no art. 9º, da CLT. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 0732/1997. Relator: Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Acórdão do Tribunal Pleno n. 2.081/1998).

1. TRABALHADOR INDÍGENA. PRESENÇA OBRIGATÓRIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM TODOS OS ATOS DO PROCESSO - Se a audiência e a tentativa de conciliação se realizaram sem que o representante do Ministério Público estivesse presente, o ato encontra-se contaminado pelo vício da nulidade absoluta maculando todos aqueles que a ele se seguiram, nos precisos termos dos arts. 232 da Carta Suprema, e 246, parágrafo único do CPC.

2. CONFISSÃO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ÓRGÃO TUTOR E DO REPRESENTANTE DO *PARQUET*, PENA DE NULIDADE DO ATO - Não tem eficácia a confissão ficta de trabalhador indígena quando a intimação sob aquela cominação se fez sem a presença do órgão tutor e do representante do Ministério Público do Trabalho que também deixou de comparecer à audiência de conciliação e nenhuma defesa efetiva fez dos indisponíveis interesses do autor. Aplicação do que previsto nos arts. 213 do Código Civil e 351 do Código de Processo Civil. Processo anulado a partir da audiência de conciliação, inclusive. Recurso provido (BRASIL. 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 120700-36.2009.5.24.21. Relator: Desembargador Francisco das C. Lima Filho. Acórdão publicado no D.O./MS n. 785, de 02.06.2010).

Entretanto, a evolução normativa e doutrinária ainda carece de sedimentação jurisprudencial, especialmente nos tribunais superiores, como se verifica das decisões proferidas, respectivamente, pela 4ª Turma e pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, da mais alta Corte Trabalhista do Brasil:

PRESCRIÇÃO. INDÍGENA. I - Embora o acórdão recorrido tenha se orientado pelas regras de direito intertemporal ao aplicar o Código Civil de 1916, o que, por si só, seria suficiente para demonstrar a impropriedade da invocação do art. 4º, parágrafo único, do Código Civil de 2002, percebe-se que o referido dispositivo limita-se a estabelecer que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial, não abordando a controvérsia em torno do prazo prescricional. II - Inviável, também, indagar sobre a ofensa suscitada ao artigo 7º da Lei 6.001/73, tendo em vista que o referido dispositivo, ao estabelecer que os índios não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei, não trata do instituto da prescrição. III - Por sua vez, a divergência jurisprudencial colacionada desserve à configuração do dissenso pretoriano, pois o recorrente não aludiu às teses que identificassem o conflito jurisprudencial, nos termos da Súmula 337 do TST. IV - Recurso não conhecido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma. Recurso de Revista n. 302/2005-091-24-00-1. Relator: Ministro Barros Levenhagen. Publicado no D.J.U. de 08.02.2008).

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. INDÍGENA. 1. A invocação de dispositivos de lei federal e da Carta Política não propicia o conhecimento dos embargos interpostos sob a égide da Lei n. 11.496/2007, porquanto hipótese não prevista no art. 894, II, da CLT, com a redação que lhe foi conferida pelo aludido diploma legal. 2. O único julgado paradigma coligido, proveniente da SDI-II desta Corte, afigura-se inespecífico, na medida em que - cingindo-se a assentar a impossibilidade de acolhimento da ação rescisória que não ataca o fundamento norteador da ação rescindenda - sequer expressa tese jurídica acerca da aplicabilidade

ou não da prescrição bienal ao indígena; o que tampouco é contemplado no acórdão embargado, que se limita a consignar a impertinência dos dispositivos legais invocados na revista, bem como a invalidade/inespecificidade dos arestos paradigmas trazidos naquele apelo. Óbice da Súmula 296, I, do TST. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, SBDI 1. Embargos em Recurso de Revista n. 30200-44.2005.5.24.0091. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber. Acórdão publicado no D.J.U. de 06.08.2010).

No caso vertente, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região decidiu, por maioria, dar parcial provimento ao recurso patronal, para declarar prescritas as verbas reconhecidas pelo Juízo de 1º Grau, referentes aos quatro primeiros contratos firmados, “não obstante o meticuloso laudo antropológico” que constatou a incapacidade do trabalhador indígena para exercer os atos da vida civil.

Casos como o retratado acima revelam o paradoxo jurídico denunciado por Lima Filho (2008):

No âmbito trabalhista vem ocorrendo um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo em que o Estado exige a assistência do órgão tutor para o ingresso do trabalhador indígena em Juízo e a participação do Ministério Público em todos os atos processuais como condição de validade do próprio processo, mantém-se omissivo não adotando nenhuma providência necessária para que esse direito de natureza fundamental seja efetivamente exercitado. Todavia, quando o trabalhador indígena eventualmente age, após anos e até décadas de espera vem a alegação, por parte do empregador, da ocorrência da prescrição total do direito de ação, fundado no disposto no art. 7º, inciso XXIX, do Texto Constitucional que estabelece o prazo de cinco anos no curso do contrato e dois depois de extinto, para que o trabalhador possa reclamar contra a violação de eventuais direitos. Mesmo diante de tal constatação, dessa verdadeira omissão estatal em fazer valer no campo prático os direitos constitucionalmente garantidos, embora tenha o dever de promover as ações para sua reparação quando violados ou prevenir contra sua violação, a arguição de prescrição invariavelmente vem sendo acolhida pela Justiça do Trabalho, como se trabalhador indígena, tutelado pelo próprio Estado, não integrado à comunhão nacional, pudesse ou tivesse a capacidade de agir por si próprio e conhecesse as normas legais estatais disciplinadoras do direito de ação e o instituto da prescrição, quando a maioria deles sequer entende ou fala a língua nacional.

Tais fatos demonstram a descaracterização da aplicação do princípio protetor em casos nos quais a hipossuficiência do trabalhador alcança seu grau máximo, assim como a vulnerabilidade de direitos trabalhistas fundamentais, quando expostos à ineficácia das normas processuais que os resguardam. Trata-se da problemática da prevalência da norma de forma sobre a norma de fundo, de que trata Cañal (2003):

Es que el derecho sustancial está siempre expressado en bellas palabras. Esas mismas que hacen sentir a la gente segura a su amparo y que la lleva a sostener animosamente: “Yo creo en la Justicia.”

Sin embargo, la realidad es bien distinta. Porque el derecho encuentra su realización a través de las normas formales, que lamentablemente muchas veces no coinciden con el contenido de las sustanciales a las que pretendidamente regulan.

Em suma, não basta que a norma substantiva proclame o surgimento de um novo paradigma jurídico antropológico. A consolidação do direito à diferença do trabalhador indígena depende de uma ampla mudança cultural, a começar pelo reconhecimento da sua diversidade por aqueles que têm o dever de dizer o direito no caso concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quase quinhentos anos após os debates jurídicos e filosóficos que deram origem às denominadas Leis de Burgos, nos quais se buscava definir se os índios do Novo Mundo teriam alma, se poderiam ser qualificados como humanos e se deveriam sujeitar-se à escravidão, ainda não está consolidado o direito do trabalhador indígena à diversidade.

O processo de sedimentação de um novo paradigma antropológico sinaliza um momento histórico propício para a estruturação de um enfoque jurídico que valorize o direito à subjetividade dessa classe vulnerável de trabalhadores e o resgate da dignidade dos povos indígenas.

ABSTRACT

This study aims to highlight the development of a new legal paradigm anthropological: the right to difference, as well as emphasize the importance of consolidation from that normative culture for the safeguard the rights of indigenous workers.

Keywords: *Right. Work. Indigenous. Equality. Difference.*

REFERÊNCIAS

- BARBIERI, Samia Roges Jordy. O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios. *DireitoNet*, [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3800/O-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-Brasil-e-os-indios>>. Acesso em: 04.06.2010.
- _____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas. *DireitoNet*, [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3798/O-principio-da-igualdade-e-o-direito-indigena>>. Acesso em: 04.06.2010.
- _____. O princípio da igualdade e o direito indígena. *DireitoNet*, [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3799/O-principio-da-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-os-Povos-Indigenas>>. Acesso em: 04.06.2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.
- CAMPOS, André. Exploração de indígenas nos canaviais do MS é histórica. *Repórter Brasil Agência de Notícias*, [S.l.], 21 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1387>>. Acesso em: 04.06.2010.

- CAÑAL, Diana Regina. *Decisiones judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el Derecho del Trabajo*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2006.
- _____. *Una visión pragmática del derecho*. 1. ed. Buenos Aires, Editorial Quorum, 2003.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.
- ELIZONDO, Héctor Ortiz. Constitucionalismo multicultural y derechos indígenas. In: CONGRESO DE LA RED LATINOAMERICANA DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA. 5, 2006, Oaxtepec. *Justicia y diversidad: retos de la Globalización*. [S.l.]: [s.n.], [2006]. p. 1-2.
- GOLDIN, Adrián (Dir.); ALIMENTI, Jordelina F. (Coords.). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- HECK, Egon. Documento final do III Encontro Continental do Povo Guarani. *Portal Ecodebate*, Assunção, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/11/24/documento-final-do-iii-encontro-continental-do-povo-guarani/>>. Acesso em: 24.11.2010.
- LIMA FILHO, Francisco das C. A proteção do trabalhador indígena e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. *Argumentum Jurídico*, Campo Grande, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/arq/download/biblioteca/24opiniao/A%20protecao%20laboral%20do%20trabalhador%20indigena....pdf>>. Acesso em: 03.06.2010.
- _____. A questão do direito indígena. *Universo Jurídico*, [S.l.], Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4325/A_Questao_do_Direito_Indigena>. Acesso em: 03.06.2010.
- MALLET, Estêvão. Direito do trabalho, igualdade e não discriminação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 41, n. 81, p. 233-258, jul./dez. 2008.
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 30. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MOËL, Marie Morgane Le. Na Austrália, os aborígenes criam seu partido para fazer valer seus direitos. *Le monde*, [S.l.], 25 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiglobal/lemonde/2010/12/25/na-australia-os-aborigenes-criam-seu-partido-para-fazer-valer-seus-direitos.jhtm>>. Acesso em: 25.12.2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *LTr Legislação do Trabalho Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, a. 69, v. 63, p. 777-787, jun. 2004.
- OIT. Convenção n. 169, adotada em 27 de junho de 1989. Sobre os Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_169.pdf>. Acesso em: 21.06.2010.
- PORTUGAL. Lei n. 99, de 27 de agosto de 2003. Aprova o Código do Trabalho. *Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social*. Disponível em: <http://www.mtss.gov.pt/docs/Lei_reg_CT.pdf>. Acesso em: 22.08.2010.

- RAMELLA, Susana T. *El derecho a la diferencia en la Constitución Argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma antropológico. Universidad Nacional de Cuyo, proyectos bienales 2005 - 2007*, [S.l.], 2007. p. 298-321. Disponível em: <http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/1509/ramellainforme07.pdf>. Acesso em: 04.04.2010.
- _____. *Estados latino-americanos plurinacionales y las naciones no estatales a través de la perspectiva analítica de Sousa Santos. Universidad Nacional de Cuyo, proyectos bienales 2007 - 2009*, [S.l.], 2009, p. 96-102. Disponível em: <http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3161/ramella2009.pdf>. Acesso em: 04.04.2010.
- RANGEL, Lúcia Helena Vitalli. Índios brasileiros: despossuídos da terra, mão-de-obra marginal. *Revista São Paulo em Perspectiva*. Fundação SEADE, jul./dez. 1990. v. 4, p. 3/4.
- REZENDE, Simone Beatriz Assis de. Os indígenas no corte da cana-de-açúcar no Estado de Mato Grosso do Sul: breve histórico da luta pelo reconhecimento de seus direitos trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul*, v. 1, n. 1, p. 153-176, abr. 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

DECISÃO PRECURSORA

DECISÃO PRECURSORA

Decisão*

**PROC. JCJ - 2187/80
(JCJ - DIVINÓPOLIS-MG)**

RELATÓRIO

SERAFIM FRANCISCO ALVES, qualificado na inicial, reclamou contra a FUNDAÇÃO GERALDO CORREA (HOSPITAL SÃO JOÃO DE DEUS), aduzindo o seguinte: admitido, pela reclamada, como médico pediatra, em fevereiro de 1975, foi indiretamente dispensado em 01.12.80; sempre trabalhou em condições insalubres - e, não obstante isso, nunca lhe foi pago o respectivo adicional; prestava serviços em regime extraordinário - e, mesmo assim, jamais lhe foram pagas as horas trabalhadas àquele título; o serviço feito, à noite, nunca contou com o pagamento do adicional correspondente; sofreu, por várias vezes, descontos em seu salário mensal; tanto os apontados adicionais quanto as horas extras habituais devem integrar o valor de seu salário, nos termos do artigo 457 da CLT; deve-se a rescisão indireta de seu contrato ao fato de a reclamada não ter cumprido as obrigações patronais - mesmo já tendo registrado, como empregados, alguns de seus companheiros de trabalho, exercendo as mesmas atividades e nas mesmas circunstâncias; nunca gozou as férias, nem recebeu o décimo terceiro salário.

Pleiteia, portanto, adicional de insalubridade, horas extras, repouso semanal remunerado (assim como domingos e feriados trabalhados, pela forma dobrada - e com integração das horas extras), férias (simples e proporcionais), décimos terceiros salários (de igual forma), FGTS e anotação da CP.

Deu à causa o valor de Cr\$848.530,00.

Juntou, com a inicial, os documentos de f. 09/10.

Defendeu-se a reclamada, por escrito, sob as seguintes alegações: contrariamente ao afirmado na inicial, o reclamante requereu sua admissão no Corpo Clínico do Hospital São João de Deus e dele é membro, a partir de fevereiro de 1978; galgada tal condição, passou a usar instalações, serviços, aparelhos e equipamentos do próprio Hospital para atender a clientes particulares e segurados da Previdência Social (INAMPS e FUNRURAL), destes recebendo seus honorários; atendia, ainda, de forma gratuita, a pacientes indigentes do Hospital; trata-se de fundação de caráter beneficente e assistencial; o Corpo Clínico é um dos órgãos do Hospital São João de Deus; o autor foi admitido no Corpo Clínico em obediência às normas regimentais - sendo que, para o efeito, contou com o parecer favorável do Conselho Técnico (e após entendimento com o chefe da Clínica Pediátrica); passou, dessa forma, o reclamante a ser membro do quadro social do Hospital,

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

como autônomo, possuía aquele sua própria clientela e dela provinha sua remuneração; trabalhava, além disso, na Clínica da Criança; contratava e recebia honorários dos pacientes particulares - eis que, quando o Hospital atuava como intermediário, para atender à exigência fiscal, ao passar os honorários ao reclamante, se utilizava de recibos de pagamento de autônomo; os próprios documentos apresentados no processo, pelo reclamante, conferem-lhe a condição de autêntico trabalhador autônomo; “deve ficar esclarecido que o reclamante, desde a sua admissão no Corpo Clínico, pôs-se de acordo com os seus colegas da Clínica Pediátrica em participar da escala de plantão” (grifou-se); a escala de plantão é elaborada, ou pelos próprios médicos, ou pelo Chefe da Clínica - sem qualquer interferência da reclamada; o médico escalado não permanece, em regra, no Hospital; não concorria o requisito da pessoalidade na prestação do serviço, de vez que eram feitas substituições, sem qualquer comunicação à reclamada, neste caso, por vezes, o substituído efetuava pagamento ao substituto; nunca foi punido pela Fundação, nem esteve submetido ao seu horário; o pagamento efetuado era constituído por uma verba destinada ao Corpo Clínico e distribuída entre os membros que haviam realizado plantões; “a verba era transferida ao Corpo Clínico por meio de cheque passado, nominalmente, a seu Coordenador - mas, para evitar problemas com a Receita Federal, adiante, adotou-se a rotina de a própria reclamada distribuí-la entre os médicos, com base nas escalas de plantão apresentadas pelo Coordenador do Corpo Clínico ou pelos Chefes das Clínicas” (sublinhou-se); tal pagamento foi totalmente suspenso, a partir de março de 1980, conforme entendimento mantido com o Corpo Clínico; o quadro fático, conforme relatado, repele a figura do contrato de trabalho; nunca o reclamante esteve sujeito às mesmas condições de trabalho dos médicos empregados do Hospital, ainda que porventura, no caso, entre as partes houvesse relação de trabalho, por certo que seria incompetente a Justiça do Trabalho para decidir a presente questão - porquanto inexistente lei especial aplicável ao caso em tela; no caso do reconhecimento do vínculo empregatício, devem ser rejeitados os pedidos do adicional de insalubridade e consectários; jamais aconteceu trabalho extraordinário; para que seja reconhecido o direito do repouso semanal, é preciso que prove seu comparecimento no serviço, tanto as férias quanto o décimo terceiro salário dependem da assiduidade no serviço; indevido o FGTS por não se tratar de optante por esse regime contratual.

Anexou, com a defesa, os documentos de f. 31/138.

A conciliação foi recusada.

Às f. 141/144 aparece fala do reclamante, acompanhada dos documentos de f. 145/146 (e sobre os quais, por sua vez, se pronunciou a reclamada, às f. 148/150).

De novo foram juntados ao processo, pela reclamada, os documentos de f. 152/156 - o mesmo acontecendo às f. 159/161.

Às f. 178/191 aparece o laudo oficial - encontrando-se o do perito assistente do reclamante às f. 194/196.

De f. 201 a 204 a reclamada pronunciou-se sobre os laudos periciais.

Às f. 215/228 aparece o laudo do perito assistente da reclamada.

De f. 234/240 procedeu-se à colheita de depoimentos e deu-se por encerrada a instrução do processo.

II - DECISÃO

EMENTA

Portador, embora, da condição de profissional liberal (autônomo) há-de ter-se na conta de empregado todo e qualquer médico que, prestando serviços de natureza essencial a um Hospital, tal faz com habitualidade, recebendo pagamento, e não podendo recusar ou escolher serviço, no campo da sua especialidade.

1 - Da preliminar arguida, em tese

Colocada, embora, de forma incongruente - pois que, ao mesmo tempo que levanta aquela exceção, afirma a excipiente que, pela orientação jurisprudencial, “é competente o órgão jurisdicional trabalhista para examinar a natureza da relação jurídica de que são sujeitos as partes...” (f. 27) -, não há como se deixar de enunciar, no caso, por razões de ordem sistemática (no plano sentencial), a presente colocação, de vez que expressamente apontada no item 3.4 da Defesa de f. 26.

De outro lado, não se vê como se possa tomar posição frente à enunciada questão processual, dado que, na fala de f. 148, a reclamada foi taxativa e expressa a tal propósito ao afirmar: “...deve ficar esclarecido que a reclamada não opôs exceção de incompetência”.

Afirmada a inexistência da supramencionada preliminar, não se vê como se possa justificar, a esta altura, qualquer manifestação processual a respeito.

2 Do *meritum causae*

Acerca da natureza da prestação laboral:

Segundo a História, enfrentou Hipócrates (pai da Medicina) as mais sérias dificuldades, em seu tempo, para separar a medicina da religião, da filosofia e da própria magia.

Passou à eternidade, porém, sem ao menos suspeitar quão mais difícil seria, em nosso tempo, proceder à exata distinção da dupla condição hoje assumida, funcionalmente, por quantos se dedicam à mais nobre e dignificante das ciências: de profissionais liberais e de autênticos prestadores de serviços de natureza subordinada.

Essa a questão da qual ora se exige uma resposta deste Colegiado - conquanto sem maior destaque entre nossos doutrinadores, e com muito poucos precedentes perante nossos Tribunais.

Partiremos, pois, de um conjunto de premissas para, no presente caso, chegarmos a uma conclusão ideal.

Servimo-nos, para o efeito, logo de início, do pensamento de Emílio Gonçalves, a propósito de caso desta natureza: “a subordinação do empregado ao empregador é susceptível de apresentar diversos graus, atenuando-se à medida em que cresce a importância do empregado na empresa e em função da própria natureza dos serviços prestados, indo atingir o ponto mais tênue dessa gradação no caso dos altos funcionários que exercem funções de comando e direção, assim também ocorrendo em relação aos profissionais liberais, quando empregados. (*Contrato de trabalho dos médicos e auxiliares no direito do trabalho*, Ed. LTr, São Paulo, 1970. p. 23).

Como bem explica D'Eufemia, o grau de dependência dos trabalhadores de profissão liberal, por causa da natureza especial da prestação, é mui tênue e não apresenta alguns de seus elementos característicos, como seja, a sujeição ao empregador no que tange à iniciativa ou ao método de trabalho.

O certo, porém, é que se devem configurar, na prestação dos serviços, certas características que levem à conclusão ineludível de que a natureza do trabalho prestado é subordinado e não autônomo.

Após um sério e refletido exame da presente questão, razões existem que nos levam à primeira.

Passemos, pois, ao seu enunciado:

A) Essencialidade dos serviços prestados

Servimo-nos, no caso, do próprio artigo 1º do Regulamento Interno da reclamada, por estar juntado à f. 38 do processo: “o Hospital São João de Deus tem por finalidade a prestação de serviço médico-hospitalar, ambulatorial e assistencial.”

Em dois deles, conforme da prova dos autos ressalta, trabalhou o reclamante: médico e ambulatorial.

Note-se, no caso, que ambos os serviços são do Hospital.

Dada, pois, a citada essencialidade daqueles, das três uma: ou os profissionais, através dos quais o Hospital presta serviços, são sócios do mesmo (e, como resultado de seus trabalhos, têm participação nos lucros), ou mantêm com aquele um contrato por tarefa (no campo da autonomia) - ou, finalmente, se encontram sujeitos à prestação de serviços de caráter subordinado.

Diga-se de passagem que a própria segunda situação leva, hoje em dia, quase fatalmente, à própria configuração do vínculo empregatício.

De salientar-se, frente a isso, que, no processo, não fez a reclamada prova de que qualquer das duas primeiras se verificou. O razão pela qual se chega à conclusão da terceira.

Mais o que é mais grave, neste sentido, é que foi a própria reclamada que confessou, à f. 237 do processo, que “somente a partir de abril do ano transato o Hospital conta com médicos empregados, obrigados a prestarem serviços ao público”.

Persistindo, embora, a mesma forma de prestação de serviços do Hospital, gozam os atuais médicos da condição de empregados.

Pergunta-se: onde, então, a diferença entre o passado e o presente?

Lembre-se, por oportuno, de que a caracterização do vínculo empregatício se sujeita a aspectos nítidos de ordem fática - e não, conforme se dá a entender, acidentais orientações do empregador.

B) Condições da prestação dos serviços

Decalcada a tese da reclamada, em dois argumentos básicos: impessoalidade na prestação dos serviços e falta de sujeição do reclamante à Diretoria Administrativa do Hospital.

Dois aspectos que, pelas circunstâncias que os envolvem, em nada podem prejudicar os objetivos do reclamante, dada a viabilidade da prestação dos serviços subordinados, através de equipe, e em virtude da necessária descentralização do

poder de comando do próprio Hospital, em razão das distintas áreas que integram sua própria estrutura.

Por entendermos caracterizado, no caso, nitidamente, o contrato de equipe, será sobre este que, doravante, passaremos a discorrer, com o único intuito de justificarmos a posição frente ao mesmo assumida.

CONTRATO DE EQUIPE

Segundo Camerlynch, "*dans certains secteurs d'activité, notamment l'imprimerie, l'édification et les travaux publics, l'employeur traite avec un groupe de travailleurs, chargé dans le cadre de l'entreprise, d'accomplir, une tâche déterminée, moyennant un forfait sous la direction d'un chef d'équipe. Une telle formule présente le double avantage d'encourager une exécution rapide et économique du travail, et d'alléger la tâche de l'employeur. Elle se distingue nettement du marchandage en ce que le chef d'équipe n'est pas un sous-entrepreneur de main - d'œuvre spéculant sur le travail d'autrui, mais un travailleur partageant avec les autres la rémunération perçue.*" (G. H. Camerlynch, *Contrat de Travail*, Librairie Dalloz, Paris, 1968, p. 88/89)

Orlando Gomes doutrina a respeito: "O contrato de equipe distingue-se da *marchandage* pela ausência de especulação, por parte do chefe do grupo, pois a remuneração global ajuntada é repartida entre todos em parcelas equivalentes, em vez de ficar em mãos de um só que tira o seu proveito especulando sobre os salários dos demais."

E continua: "Como observa Durand, o princípio da liberdade das Convenções dificulta a definição de natureza da relação entre o empregador e os componentes do grupo." (Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *Curso de direito do trabalho*, Vol. I, Ed. Forense, Rio - São Paulo, 1975. p. 286)

No presente caso, porém, ainda que haja dificultado não chegou a impossibilitar a conclusão do raciocínio em curso.

Cotrim Neto, em artigo publicado na *Rev. do Trab.*, de janeiro de 1951, defende que acontece relação de emprego em relação aos contratos de equipe sempre que o contrato é estipulado entre a empresa e um grupo de trabalhadores.

Neste caso, pelo que se vê, o que hoje é representado por contratos de trabalho individuais (e expressos) acontecia, anteriormente, através de contrato de trabalho (tácito) de equipe.

Elucidam-nos, a propósito, tanto o depoimento pessoal da reclamada quanto o de suas duas próprias e importantes testemunhas.

a) Confissão de f. 236/237

"O Hospital dispõe de um Corpo Clínico e qualquer médico para nele prestar serviços tem que ingressar naquele, através de apresentação, sendo feita uma sindicância a respeito do mesmo; o Corpo Clínico não participa dos lucros do hospital, mas apenas colabora e presta serviços ao mesmo, recebendo honorários por cada paciente atendido e ao mesmo tempo comprometendo-se, por ocasião do ingresso, a prestar serviços gratuitos, no caso de atendimento de indigentes: ...Cada Corpo Clínico tinha uma verba, a qual era repartida entre os mesmos; a sigla PL, lançada nos recibos de pagamentos juntados ao processo, pelo hospital, significa plantão".

b) Primeira testemunha (f. 238)

“Na época em que o reclamante trabalhava no plantão do hospital recebia por esse serviço, sendo o pagamento feito pelo hospital; o hospital emitia um cheque nominal para cada um dos médicos do Corpo Clínico, se bem que o pagamento feito fosse dirigido a este, e entre eles o rateavam; que o pagamento já ia distribuído para os médicos; que as faltas não eram computadas nos descontos; que o reclamante, tendo ou não pacientes para atender, durante seus plantões, recebia o mesmo pagamento no final do mês; que, no caso de atender a algum paciente, recebia o referido pagamento, mais os honorários compatíveis.”

Saliente-se, por oportuno, que a informante é a própria supervisora de finanças da reclamada.

c) Segunda testemunha (f. 239)

“Cada grupo de especialistas conta com uma coordenadora que montará a escala de serviços com elementos que o integram, o reclamante atendia pacientes próprios e do hospital, recebendo as respectivas consultas; no caso de qualquer médico de plantão se recusar a prestar os serviços, no dia de sua escala, poderá ser advertido e até punido pelo Hospital; ...o reclamante, no caso, era obrigado a estar a postos em seu lugar de serviço, em virtude do consenso do corpo de pediatras; ...o reclamante estava obrigado a sujeitar-se às ordens do chefe do corpo clínico; no caso, quem preside as ordens é o chefe de cada grupo especializado de médicos, com delegação de poderes do chefe do Corpo Clínico (grifou-se); o reclamante era obrigado a comparecer em seus plantões de vez que isso era um acordo mútuo entre os colegas; ...em certa época acontecia o pagamento do hospital para quem fazia os plantões, o qual resultava do rateio entre aqueles que pertenciam ao quadro plantonista (sublinhou-se).

Trata-se, conforme se vê, do depoimento de um membro de um Corpo Clínico do Hospital - o qual, segundo informou, já foi até mesmo seu Diretor Clínico.

Temos, assim, que mais do que a evidência demonstrada pelos recibos de pagamento e pela carta de advertência (esta de f. 145) concludentes duma típica relação individual de emprego, deve ser esposada nos presentes autos a tese da existência de um contrato de trabalho de equipe, e através do qual encontra o reclamante todos os direitos pertinentes suficientemente garantidos.

Com efeito, o contrato de equipe é contrato de emprego *sui generis*, embora realizado num feixe, como ato simultâneo e de número plural.

É este último aspecto que subtrai ao analista a fácil e imediata compreensão de casos desta natureza.

A conjunção de dados, porém, àquela conduz com relativa facilidade - bastando para o efeito atentar-se pequenos detalhes captados no processo.

Dá-se como exemplo a notícia dada pela própria reclamada, no depoimento de f. 237, e em relação à personalidade na prestação de serviços - e segundo a qual “os médicos plantonistas do pronto socorro, embora empregados, atualmente, desde que com permissão do hospital, podem-se fazer substituir”.

Não se pode, pois, tomar por ato desclassificador das legítimas pretensões do reclamante aquilo mesmo que continua sendo uma prerrogativa dos ora

empregados oficiais da reclamada.

Paga hoje, de forma expressa, o hospital a cada médico que junto dele desempenha as mesmas funções - ontem levadas a efeito pelo reclamante -, uma contraprestação salarial (no passado representada pela cota resultante da verba atribuída a cada equipe de médicos, mais a vantagem de, no próprio hospital, poderem atender seus próprios clientes).

Nota-se, por outro lado, ser esta de grande expressão - tanto assim que, tomada como tal pela reclamada, na abusiva alteração contratual, exibida no processo à f. 155.

Como se poderá, então, compreender que, no presente caso, se tratava de prestação gratuita de serviços, por parte do reclamante?

Dissertando sobre o contrato de trabalho desinteressado, escreve Orlando Gomes: “Os que trabalham sem a intuição de ganho, como, por exemplo, as irmãs de caridade, não são empregados. Pode-se contestar que a execução de trabalho desinteressado seja objeto de genuíno contrato de trabalho, *lato sensu*, mas é de admitir-se tal qualificação para o vínculo jurídico criado entre as partes.

Pertencem à categoria dos contratos desinteressados outros contratos nos quais a falta do elemento remuneratório não decorre da intenção de prestar os serviços gratuitamente. Estão, nesse caso, os contratos obrigatórios, dentre os quais se salientam os que se executam numa relação de subordinação de direito público como o trabalho penitenciário, e os que se realizam numa relação de subordinação do direito privado, como o que se cumpre *familiaritatis causa*.

Compreendem-na, igualmente, na categoria do trabalho eventual e do trabalho desinteressado os contratos que se realizam, ocasionalmente, em caráter amistoso, sem o ânimo de obrigar-se e sem prestações como o que realizam no campo, os vizinhos. Nessa hipótese, a prestação de trabalho é gratuita. (*Contratos*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1977. p. 345/346)

Acontecia, no caso, pelo que se observa, um *do ut des* - cuja relação, conforme se vê, era estabelecida entre o reclamante e a reclamada (e não entre aquele e o paciente).

Desclassificada, assim, tanto a hipótese do trabalho autônomo quanto a do trabalho gratuito, não há como se deixar de concluir pela relação jurídica de trabalho subordinado entre o reclamante e reclamada.

À guisa de encerramento da presente consideração, pois que não pretendemos dar-lhe coloração de tese, mas simples predicado de dissertação -, enunciamos o pensamento, a propósito, de Ribeiro de Vilhena:

“A relação de emprego dos profissionais liberais advém do conjunto de relação por eles mantidas com a empresa credora de seu trabalho.”

A subordinação que lhes é peculiar não guarda as mesmas características que se encontram, amiúde, nos trabalhadores em geral. Antes de tudo, importa verificar-se se há participação da atividade do profissional na atividade da empresa. Se esta se dá é indispensável que se tenha essa participação como integrativa, isto é, se ela é necessária e permanente. A permanência e a necessidade dosam-se pelo grau de expectativa, quando a empresa conta, a qualquer momento, com os serviços do profissional. Ainda que possua ele escritório (consultório) próprio, isso não obsta à

relação de emprego, desde que seja manifesta a sua disponibilidade e se ache vinculado a um atendimento prioritário aos sistemas e chamadas de empresa credora. O profissional empregado, em seu próprio escritório, fornece, sempre, à empresa seu itinerário, não viaja sem comunicar; está pronto a atender a qualquer determinação e a omissão e ou recusa importam em um desvio de conduta, dada a natureza contínua, precedente e tácita das relações mantidas com a empresa. O pagamento de importância mensal fixa, haja ou não serviço, carrega de indiscutível presunção a existência de um contrato de trabalho. A disponibilidade (paga-se o tempo) vem a ser irrefutável” (Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, *Relação de emprego*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1975. p. 263)

Irrelevante, no caso, se além de atender pacientes próprios, no Hospital, o autor também tal fazia na Clínica da Criança.

O certo, porém, é que cumpria plantões para o Hospital, recebia remuneração mensal e se encontrava sujeito a punições - tão causticantes, como a evidenciada à f. 145 do processo.

B) Sobre os direitos consequentes

Assentado, assim, o primeiro, mais delicado e controvertido aspecto da presente reclamação, põe-se-nos à consideração, agora, os pedidos em relação àquele formulados: adicional de insalubridade, horas extras, repouso semanal remunerado, férias, 13º salários, diferença destes pela integração das horas-extras, FGTS e anotação na CP.

a) Adicional de insalubridade

Assente, embora, entre os peritos a conclusão pela insalubridade, sobre o percentual desta polemizaram o do Juízo e do reclamante, na audiência de f. 234/235.

Prevalece, no caso, a posição, assumida pelo Sr. Perito Oficial - de que a insalubridade é de grau médio - isto ante a evidência, alcançada pela Junta, em audiência, de que, na verdade, o autor não contactava, permanentemente, com doenças sujeitas a isolamento.

b) Horas extras

Sendo de quatro horas, no máximo, a jornada de trabalho do médico, tem-se como extras as horas que aquela ultrapassam.

Em nada poderá influir o fato de, durante o plantão, o médico se poder encontrar, em casa, à disposição do Hospital.

Segundo se entende, mais do que à simples disposição do Hospital, deve-se encontrar o médico a serviço de quantos, nas horas de sofrimento, demandam aquele. Isto para que não aconteçam fatos tão horripilantes, quanto o narrado pelo próprio Hospital, às f. 136/137 e 145 dos autos.

É por demais certo e sabido que nosso povo está cansado de procurar hospitais nos quais se não encontram médicos.

Neste caso, a incúria é mais dos primeiros em tal permitir do que os segundos a tal se atrever.

Tem-se, pois, como devidas as horas extras.

c) Repouso remunerados

Deferem-se os mesmos, na forma da apuração.

d) Férias e 13º salários

Mais do que pela ausência de provas, conclui-se pelos termos da presente questão que, na verdade, a reclamada nunca procedeu ao pagamento de tais parcelas - razão pela qual agora tal deve fazer, na forma requerida (mesmo quanto ao 13º salário proporcional, de vez que, no caso, dá por justificada a rescisão contratual).

e) Diferenças pleiteadas

Tanto as horas extras (por serem habituais) quanto os adicionais noturno e de insalubridade se integram ao valor do salário para efeito de pagamento de férias e 13º salário - razão pela qual são devidas ao autor as diferenças a este título reclamadas.

f) FGTS

Caberia, no caso, o pedido de indenização por tempo de serviço - mas não o do FGTS (por não se tratar de optante por tal regime).

g) Anotações na CP

Devidas tais anotações, dado o reconhecimento do vínculo empregatício entre o reclamante e a reclamada.

Por tais motivos,

Resolve a Junta de Conciliação e Julgamento de Divinópolis, vencido o vogal dos empregadores, julgar PROCEDENTE, EM PARTE, a presente reclamação, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, no prazo legal, conforme se apurar em execução, os valores das parcelas pleiteadas (à exceção do FGTS) - valor acrescido de juros e correção monetária.

Custas, pela reclamada, de Cr\$9.466,00, calculadas sobre Cr\$400.000,00, valor arbitrado à condenação.

Deverá, ainda, a reclamada pagar os honorários periciais, de 40 (quarenta) ORTNs.

Em seguida, encerrou-se a audiência.

MANUEL CÂNDIDO RODRIGUES
Juiz do Trabalho

Comentário***RELAÇÕES INTEGRADAS****Bruno Alves Rodrigues**

Ao se convidar um filho para tecer comentários acerca de uma decisão precursora da lavra de seu próprio pai, o Conselho Editorial da Revista do TRT acaba por outorgar licença poética para dar-se vazão não apenas à razão, através de estudo técnico, mas sobretudo ao sentimento e à emoção que acomete aquele que não lê, mas ouve o texto analisado na própria voz da pessoa que tão intensamente nos marca.

Difícil desprender, do aspecto pessoal, a reflexão acerca do caráter institucionalmente precursor das decisões proferidas por quem tão fortemente se identificou com a magistratura, à qual dedicou 32 anos de trabalho com intenso respeito à liturgia do cargo, deixando como legado a busca de espelhamento de sua própria conduta pelos três filhos que o seguiram na carreira.

A sentença selecionada foi proferida nos idos dos anos oitenta, na então Junta de Conciliação e Julgamento de Divinópolis, responsável por praticamente toda a jurisdição trabalhista da Região Centro-Oeste do Estado de Minas Gerais. O número do processo acusa distribuição superior a duas mil e cem ações apenas durante o ano de 1980. Ao penoso exercício da jurisdição somavam-se as obrigações familiares e acadêmicas de quem enfrentou, diariamente, por sete anos, a distância entre o trabalho e a residência, fazendo-se sempre presente na criação e educação dos três filhos, sem prejuízo, ainda, do exercício do magistério perante a Faculdade de Direito da UFMG, este contínuo por três décadas.

Volumosas as reminiscências de quem enxerga o texto estudado na letra manuscrita daquele que teve, na caneta e no papel, seus únicos instrumentos de trabalho, companheiros de viagem no ônibus Teixeira ou nas noites de intenso trabalho.

Das lembranças de infância para a compreensão do conteúdo do julgamento, passamos a identificar, nas ideias e nos conceitos expressados, o DNA de uma importante célula da Instituição Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

O Tribunal do Trabalho de Minas destaca-se no cenário nacional, com diferenciada importância na sedimentação de uma cultura justaltrabalhista reconhecidamente propositiva e de afirmação dos direitos fundamentais. A responsabilidade de assegurar a justiça das relações de trabalho, no Estado que conta com o terceiro maior PIB da Federação, não rivaliza com a celeridade, a qualidade e o tom afirmativo de suas decisões, sempre abrindo caminho ao papel unificador desempenhado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Exemplo disso está no próprio *leading case* em análise, extremamente ousado, principalmente quando se compreende que a digressão hermenêutica encontra um contexto histórico de paradigma que antecede aos conceitos pós-

* Comentário feito pelo Juiz do Trabalho Substituto e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG.

modernos de mundialização de mercados, de globalização da informação e de superação da dualidade ideológica capitalismo-comunismo.

A definição do elemento fático-jurídico de subordinação jurídica sempre se apresentou como pedra de toque para a evolução propositiva do conceito da relação de emprego, de forma a se emprestar efetividade aos direitos sociais em um modelo capitalista que, cada vez mais, busca a mercantilização do valor trabalho.

O poder econômico está sempre forçando a desconstrução das diversas acepções de subordinação, pois a estas se atrela rede de proteção normativa historicamente conquistada. Nesse sentido é que foram formuladas diversas críticas às teorias que tradicionalmente buscavam definir o elemento a partir da hierarquia, da dependência técnica ou da dependência econômica. O conceito de parassubordinação, ainda incipiente na década de oitenta, passou a ser expandido segundo essa conveniência, lógica acentuada a partir da consolidação de institutos jurídicos neoliberais que procuraram esvaziar a nota axiológica das relações de trabalho, naquilo que Antônio Baylos descreve como fenômeno da “deslaboralização”, marcada pela possibilidade das empresas obterem prestação de trabalho para seu processo produtivo de bens ou serviços sem qualificação da relação como empregatícia, na tentativa de aproximá-las das relações comercial, cível ou de consumo. Nesse viés apareceram figuras como a do “trabalhador autônomo economicamente dependente”, difundidas em países como Espanha (Estatuto de julho/2007) e Portugal (artigo 13 da Lei n. 99/2003).

Ainda nesse viés neoliberal, banalizou-se a fraude na catalogação das relações efetivamente de trabalho, como se afins fossem, a exemplo das cooperativas, da representação comercial, da prestação de serviços por profissional liberal, etc.

Quando da prolação da sentença em comento, assim, o contexto histórico era de início da involução para um ambiente fértil à desconstrução de conceitos cunhados a partir do princípio tuitivo, com a difusão da ideia de que a justificativa para a constituição da relação de emprego estaria superada juntamente com a acepção da subordinação técnica ou hierárquica, porquanto passaria a imperar a consciência de que o moderno modelo de produção horizontal pressuporia agente capacitado e com poder de gestão de seu conhecimento.

A horizontalidade da relação de trabalho, contudo, não antagoniza com o reconhecimento da verificação de relação de emprego, o que foi expressamente destacado no julgado em comento, sempre fundado na mais abalizada doutrina:

Como bem explica D'Eufemia, o grau de dependência dos trabalhadores de profissão liberal, por causa da natureza especial da prestação, é mui tênue e não apresenta alguns de seus elementos característicos, como seja, a sujeição ao empregador no que tange à iniciativa ou ao método do trabalho. O certo, porém, é que se devem configurar, na prestação de serviços, certas características que levem à conclusão ineludível de que a natureza do trabalho prestado é subordinado e não autônomo. Após um sério e refletido exame da presente questão, razões existem que nos levam à primeira. Passemos, pois, ao seu enunciado: a) Essencialidade dos serviços prestados: [...].

E após profunda análise de diversas nuances do caso, a decisão traz à colação os ensinamentos de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

[...] Antes de tudo, importa verificar-se se há participação da atividade do profissional na atividade da empresa. Se esta se dá é indispensável que se tenha essa participação como integrativa, isto é, se ela é necessária e permanente. A permanência e a necessidade dosam-se pelo grau de expectativa, quando a empresa conta, a qualquer momento, com os serviços do profissional [...].

(VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1975. p. 263)

Aqui está lançado o conceito atemporal de subordinação jurídica: o da subordinação integrativa. Ainda nas palavras de Ribeiro de Vilhena, tratar-se-ia da subordinação como a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho.¹

Pois bem, esse mesmo conceito de subordinação integrativa importado da doutrina para a jurisdição, a partir da decisão precursora em análise, é que hoje serve à consolidação de importante jurisprudência capitaneada pelo TRT mineiro e acolhida pelo Colendo TST, no sentido de se emprestar resistência aos fenômenos da terceirização e da pejotização.

A respeito, e em coerência com essa mesma trajetória de defesa da ampliação do espectro de abrangência do princípio tuitivo da relação de emprego, o Desembargador Manuel Cândido Rodrigues buscou consolidar, enquanto integrante da Comissão de Jurisprudência, proposta de verbetes afirmativos da subordinação integrativa / estrutural, como aquele que pretendia definir a impossibilidade de terceirização, tanto pelas empresas de telecomunicação (no que tange às atividades de atendentes do sistema *call center*, cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos em empresas de comunicação) quanto por parte das empresas que integram o sistema financeiro (no que tange às atividades dos denominados “correspondentes bancários”, maliciosamente separados da atividade bancária pela ilegal Resolução n. 3.110/2003 do Banco Central do Brasil).

Essa é uma pequena parcela do legado cultural deste grande pai e magistrado, na busca da edificação dos direitos fundamentais e da ética nas relações, inclusive na do trabalho, resgatando-se nesta a dignidade do empregado enquanto agente cognitivo e senhor de seu trabalho, sem que essa nota antagonize com a proteção da relação pelo manto das normas trabalhistas, admitindo-se o convívio do progresso do conhecimento com o progresso social.

Não poderia ser outra a lição daquele que sempre defendeu, em casa, que o verdadeiro patrimônio do homem está dentro da sua cabeça.

¹ Em 2004 tivemos a oportunidade de publicar, na *Revista do TRT da 3ª Região*, o artigo intitulado “Novo paradigma de subordinação na relação de emprego”, fazendo uso do conceito do ilustre mestre Ribeiro de Vilhena.

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

TRT-00012-2011-000-03-00-9-Caulnom

Publ. no "DE" de 08.04.2011

REQUERENTE: BRF - BRASIL FOODS S.A.

REQUERIDO: WOLNEY MARINHO

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ORDINÁRIO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. Nos termos da jurisprudência consolidada na Súmula n. 414 do C. TST, a ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo do recurso, quando concedida tutela antecipada em sentença. No caso em apreço, todavia, não se mostram presentes os requisitos legais, atinentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, a autorizar a concessão da medida acautelatória vindicada, uma vez que a falta de registro sindical (já requerido no Ministério do Trabalho e Emprego) não impede o reconhecimento da estabilidade provisória do dirigente sindical, cuja eleição foi devidamente comunicada ao empregador, sendo certo que não há fundado receio de dano irreparável, caso a decisão venha a ser revertida por esta Instância *ad quem*. Assim sendo, ausentes os requisitos legalmente previstos, impõe-se o indeferimento do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto e de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida pelo juízo recorrido, julgando-se improcedente a presente ação cautelar inominada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação cautelar inominada, com pedido de liminar *inaudita altera parte*, em que figuram, como requerente, BRF - BRASIL FOODS S.A., e, como requerido, WOLNEY MARINHO.

RELATÓRIO

Cuida a presente hipótese de ação cautelar inominada aviada pela requerente, com pedido liminar *inaudita altera parte*, visando à concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra a decisão proferida no processo principal, que concedeu a antecipação de tutela para determinar a reintegração do requerido ao trabalho, em 10 (dez) dias, nas mesmas condições anteriormente estabelecidas, tendo em vista tratar-se de dirigente sindical.

Procuração juntada às f. 08 e 214/215.

Com a inicial vieram os documentos de f. 09/201.

Satisfeitos os pressupostos legais, foi admitido o processamento da inicial e, não se evidenciando a presença dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, foi indeferido o pleito liminar (f. 202/209).

Devidamente citado (f. 210-v), o requerido apresentou contestação às f. 218/225.

Interposto agravo regimental contra a decisão que indeferiu a liminar pleiteada, conforme petição analisada (PG 2.802.758), na qual foi mantido o indeferimento mencionado, foi determinada a formação do agravo, bem como a distribuição do feito, nos termos do art. 167 do RI deste Regional (f. 227-v e 228/229).

À f. 230, foi noticiado o julgamento do agravo regimental (processo n. 00106-2011-000-03-00-8), em sessão ordinária desta 8ª Turma, a qual, à unanimidade, acolhendo a preliminar suscitada de ofício pelo Ex.^{mo} Desembargador Relator, não conheceu do referido agravo, por ausência de traslado de peças fundamentais ao seu exame, conforme cópia da certidão de julgamento juntada à f. 231, vindo os autos conclusos a este Relator (f. 230).

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Admito a presente ação cautelar inominada, porque própria, ajuizada regular e tempestivamente.

Providência saneadora

À míngua de atribuição ao valor da causa na inicial, fixa-se, para tanto, o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Juízo de mérito

Cuida a presente hipótese de ação cautelar inominada aviada pela requerente, com pedido liminar *inaudita altera parte*, visando à concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra a decisão proferida no processo principal, que concedeu a antecipação de tutela para determinar a reintegração do requerido, em 10 (dez) dias, nas mesmas condições anteriormente estabelecidas, tendo em vista tratar-se de dirigente sindical.

Informa a ora requerente que o requerido foi admitido na empresa em 01.02.1996 e dispensado, sem justa causa, em 06.10.2010, tendo ajuizado reclamatória trabalhista, na qual pleiteou sua reintegração ao serviço, alegando a condição de presidente do Sindicato dos Empregados Vendedores Viajantes e Vendedores Viajantes do Comércio, antigo Sindicato dos Empregados Vendedores e Representantes de Vendas de Produtos Refrigerados e Lácteos de Uberaba e Região. Narra que, na referida ação, o reclamante sustentou a sua estabilidade provisória no emprego, por ser dirigente sindical, com fulcro no inciso VIII do art. 8º da CR/88 e art. 543 da CLT, postulando, liminarmente, a sua reintegração, nos termos do art. 273 do CPC e inciso X do art. 659 da CLT, a qual foi deferida *in limine* pelo Juízo *a quo*, sendo confirmada na r. sentença proferida.

Assevera que a reintegração determinada lhe causará

[...] graves transtornos de ordem interna na empresa, com a atuação concomitante de lideranças sindicais representativas de duas entidades sindicais que têm se postado de forma antagônica, justamente em face da disputa da representação da base territorial com óbvio efeito moral perante os empregados, que não terão segurança jurídica acerca de que entidade sindical os representa na defesa de seus interesses. - (f. 04), razão pela qual pugna pela suspensão dos efeitos da sentença.

Aduz que, no apelo interposto, restou destacada a inexistência, até a presente data, do registro sindical da entidade da qual o requerido é dirigente, estando, por conseguinte, impedido de exercer as prerrogativas próprias da autonomia coletiva, nos moldes definidos no art. 8º da CR/88, razão pela qual o seu dirigente eleito não detém estabilidade provisória no emprego.

Afirma que existe entidade com representatividade sindical abrangendo a região, detentora do competente registro, que é o Sindicato dos Empregados Vendedores e Viajantes do Comércio, Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado de Minas Gerais, com o qual a categoria econômica vem mantendo suas negociações coletivas de trabalho há longa data, inclusive a convenção coletiva vigente.

Segundo sua ótica,

[...] a reintegração imediata do requerido no emprego não se assenta em nenhum dos requisitos autorizadores do deferimento liminar: não há o pressuposto básico da verossimilhança das alegações, porque é incontroverso o fato de o sindicato do qual é dirigente não ter registro no Ministério do Trabalho e não há evidência mínima de dano ou de iminência de dano irreparável para a categoria profissional, cabendo ressaltar que, no caso, o dado a ser avaliado é o de natureza coletiva, e não individual do requerido. A estabilidade sindical não é direito do indivíduo presidente, mas da categoria da qual ele, na condição de seu "representante" é porta-voz. (f. 05)

Sustenta, ainda, que os seus empregados já têm sindicato representativo e já gozam dos direitos estabelecidos em CCT celebrada com a entidade legitimada para defender a classe, não ocorrendo lesão a direito coletivo a dispensa do ora requerido.

Examino.

Sabidamente a tutela processual buscada através da ação cautelar tem caráter provisório e apresenta dependência para com a tutela definitiva de mérito pretendida no processo principal.

Nesse aspecto, a medida cautelar serve para garantir a utilidade de outro processo, o principal, ou seja, refere-se a uma medida de caráter instrumental, visando assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas enquanto não atingido o escopo último da atuação jurisdicional, que é a solução do conflito (decisão satisfativa da pretensão do autor), a qual será objeto da demanda principal. Seu elemento específico é, pois, a prevenção.

Dessa forma, pode-se afirmar que o mérito da ação cautelar é procedimental, ou seja, visa, tão-somente, garantir a eficácia do processo principal, não se relacionando, portanto, com o direito material vindicado naqueles autos.

Na hipótese vertente, verifica-se, pela cópia trasladada da decisão proferida no processo principal (f. 117/119), mantida na r. sentença de f. 195/196, que o MM. Juiz de primeiro grau deferiu a tutela antecipada requerida para determinar a reintegração do reclamante, em 10 (dez dias), pela ré, nas mesmas condições contratuais anteriores, garantindo-lhe a remuneração (salário, 13º salário, férias + 1/3, FGTS, prêmios e demais parcelas salariais) vencida e vincenda, desde 06.10.2010, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (um mil reais), em favor do obreiro, limitada a R\$30.000,00 (trinta mil reais). Elucidou na r. decisão, *in verbis*:

A liminar pretendida tem como pressupostos a plausibilidade do direito invocado e o perigo da demora na prestação jurisdicional, requisitos esses que se verificam, no caso.

Restou comprovado que está em curso o processo de formação de um novo sindicato, qual seja, o Sindicato dos Empregados Vendedores e Vendedores Viajantes do Comércio de Uberaba, Araxá, Uberlândia e Ituiutaba, do qual o autor foi eleito presidente em assembleia realizada em 14.05.2009, conforme comprova o documento de f. 35/36.

É certo que o entendimento pacífico no Supremo é o de que a entidade sindical ganha personalidade com o seu registro perante o Ministério do Trabalho e Emprego, como forma de garantir a unicidade sindical prevista na Constituição.

[...]

É certo que não se olvida da proliferação de sindicatos nesse país, que, em primeiro momento, não podem ser divididos pelo tipo de mercadorias comercializadas por seus profissionais. Entretanto, não compete a este juízo, em sede de cautelar, tratar da eventual violação ao princípio da unicidade sindical, o que cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, guardião desse princípio, segundo o Supremo, e também aos demais sindicatos profissionais que se entenderem prejudicados pela decisão da categoria representada pelo autor. A este juízo, neste momento, cabe apenas garantir o direito de o recite. exercer plenamente as suas funções de presidente de um sindicato que se inicia.

Ressalte-se que a reclda. tinha plena ciência da tentativa da categoria profissional da constituição de um sindicato, como comprova documento de f. 29/30, que não sofreu impugnação. Com efeito, desde 29.06.2009, tinha ciência a requerida de que o sindicato estava em processo de constituição, inclusive a comunicação de que o aqui requerente, Sr. Wolney Marinho, tinha sido eleito seu presidente. Assim, a atitude da requerida em dispensar o autor, principalmente poucos dias após ser publicada sentença de reclamatória trabalhista movida pelo aqui requerente, revela a conduta antissindical da requerida, também reforçando a necessidade da concessão da liminar. *Data venia*, a possibilidade de concessão de liminar para reintegração de dirigente sindical é expressamente prevista em lei, conforme art. 659, inciso IX, da CLT, não havendo que se falar em medida satisfativa, pois a própria lei permite a concessão de antecipação de tutela com caráter satisfativo, segundo o art. 463, do CPC (f. 117/118).

Pois bem.

Conforme jurisprudência do Colendo TST, consubstanciada na Súmula n. 414, item I, a ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo do recurso, quando concedida tutela antecipada em sentença.

A hipótese dos autos subsume-se aos termos da jurisprudência consolidada.

Diversamente das alegações expostas na inicial, porém, no caso em apreço, não se vislumbra a imposição de ônus injustificáveis e prejuízos à requerente quanto à determinação de reintegração de empregado em 10 (dez) dias, já que o requerido continuará a prestação de serviços em benefício da empresa, sendo certo que não há nenhuma relação de animosidade entre os colegas que, aliás, elegeram-no presidente do seu sindicato representativo.

Nesse contexto, consoante os fundamentos exarados no despacho que indeferiu a liminar requerida, sabidamente, em princípio, a antecipação da tutela

específica somente deve ser deferida quando não houver perigo de irreversibilidade do julgado, nos termos do § 2º do art. 273 do CPC.

Outrossim, o inciso X do art. 659 da CLT autoriza expressamente a concessão de liminar, até a decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem à reintegração no emprego de dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Nesse aspecto, o § 3º do art. 543 da CLT é taxativo ao vedar

[...] a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

Cumpre destacar que o referido dispositivo legal, ao proibir a dispensa em comento, não distingue o representante de entidade sindical ou o diretor de associação profissional. Nesse contexto, é imperioso ressaltar que a associação profissional é um embrião para a formação do sindicato, razão pela qual o seu diretor goza das mesmas prerrogativas.

Conforme bem asseverado pelo d. Juízo primevo,

[...] não pode ser esquecida a circunstância de justamente no momento de criação de um sindicato a lei lhe propiciar meios para o início de suas atividades, de forma que exigir a carta sindical como pressuposto para os dirigentes sindicais deterem estabilidade seria o mesmo que negar à categoria profissional o direito de se unir em novo sindicato, desmembrando-se dos atuais existentes, se assim for o seu desejo, democraticamente manifestado. Por isso, em casos como o dos autos, deve-se emprestar aos dirigentes do sindicato que se pretende constituir os mesmos direitos dos dirigentes dos sindicatos já constituídos, pois se está na fase de constituição do sindicato, tratando-se a garantia de emprego ora postulada de uma tentativa de fazer valer os direitos da categoria. (f. 117/118)

Como se depreende do processado, a formação de um novo sindicato representativo da categoria profissional do requerido (Sindicato dos Empregados Vendedores e Vendedores Viajantes do Comércio de Uberaba, Araxá, Uberlândia e Ituiutaba) está em andamento (f. 41/93), ainda que a referida entidade sindical não tenha, até o momento, o respectivo registro perante o Ministério do Trabalho.

Todavia, não obstante a entidade ganhe personalidade sindical com o seu registro perante o Ministério do Trabalho, após adquirida a personalidade jurídica perante o Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, o certo é que não resta obstaculizado o exercício das prerrogativas sindicais pela ausência do referido registro, durante o processo de sua concessão, especialmente no que tange ao reconhecimento da estabilidade provisória ao dirigente sindical. A esse respeito, a decisão deste Relator, proferida no distante ano de 1997, citada na contestação à f. 127/128 e no apelo transladado à f. 207 destes autos, hoje se acha superada pela iterativa jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho, como se pode aferir pelos julgados, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO - RITO SUMARÍSSIMO. 1. REINTEGRAÇÃO - MULTA COMINATÓRIA. Deixando a parte de fazer patentes as situações descritas no art. 896, § 6º, da CLT, correto o despacho que nega curso à revista. 2. ESTABILIDADE PROVISÓRIA - DIRIGENTE SINDICAL - COMUNICAÇÃO DA CANDIDATURA AO EMPREGADOR - REGISTRO DO SINDICATO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. 2.1. Evidenciada a comunicação à empresa da eleição do empregado para cargo de direção sindical, não há que se falar em contrariedade à Súmula 369, I/TST. 2.2. A falta de registro do sindicato no Ministério do Trabalho não impede o reconhecimento da estabilidade prevista no art. 8º, VIII, da Constituição Federal. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Decisão moldada à compreensão das Súmulas 219 e 329 do TST não admite recurso de revista, na dicção do art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Processo: AIRR - 71140-61.2009.5.03.0005 Data de Julgamento: 24.11.2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03.12.2010)

EMENTA: RECURSO DE REVISTA - DIRIGENTE SINDICAL - ESTABILIDADE - REGISTRO DO SINDICATO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO - COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. Esta Corte Superior vem firmando entendimento no sentido de que o registro do sindicato no Ministério do Trabalho e Emprego afigura-se meramente declaratório da existência da citada pessoa jurídica de direito privado, não constituindo a ausência do referido registro obstáculo para o reconhecimento da estabilidade do dirigente sindical. Assim se posiciona este relator, que ressalva apenas as questões alusivas à investidura do próprio sindicato como representante da categoria profissional. Quanto à alegação de que a comunicação ao empregador, pela entidade sindical, do registro da candidatura do empregado, de sua eleição e posse não atendeu ao disposto no artigo 543, § 5º, da CLT, verifica-se que o entendimento do Regional foi no sentido de a comunicação extemporânea da entidade sindical não ter o condão de impedir a concessão da estabilidade provisória ao empregado, visto que o empregador teve ciência da eleição e da posse do reclamante, no curso da relação de emprego, encontrando-se ciente da condição de dirigente sindical do consignado, por ocasião da despedida. A decisão regional está em consonância com o entendimento pacificado no âmbito desta Corte. Há precedentes. Incidência do disposto no artigo 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 48100-87.2004.5.15.0006 Data de Julgamento: 17.11.2010, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26.11.2010)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - JUNTADA DE DOCUMENTO - FASE RECURSAL - INDEFERIMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - [...] ESTABILIDADE PROVISÓRIA - DIRIGENTE SINDICAL - REGISTRO DO SINDICATO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. A jurisprudência do excelso STF e do c. TST consolida o entendimento de que a ausência de registro do sindicato no Ministério do Trabalho não é obstáculo para o reconhecimento da estabilidade do dirigente sindical, desde que inscritos os seus atos constitutivos no registro civil de pessoas jurídicas. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 83540-32.2007.5.18.0241 Data de Julgamento: 15.09.2010, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24.09.2010)

Na hipótese em apreço, mostra-se incontroversa a condição do requerido de dirigente do sindicato profissional, cujo registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego já se encontra em processamento, revelando-se a ilicitude da dispensa perpetrada pela ré, porquanto não observada a estabilidade do dirigente sindical.

Sobreleva realçar que a determinação liminar de reintegração no emprego de dirigente sindical não fere direito líquido e certo da empresa, nos termos preconizados pelas Orientações Jurisprudenciais n. 65 e 142 da SDI-II do C. TST, nos seguintes termos:

65. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA. DIRIGENTE SINDICAL (inserida em 20.09.2000) Ressalvada a hipótese do art. 494 da CLT, não fere direito líquido e certo a determinação liminar de reintegração no emprego de dirigente sindical, em face da previsão do inciso X do art. 659 da CLT.

142. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA (DJ 04.05.2004) Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei n. 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva. (grifo acrescido)

À luz de tudo o que se evidenciou no processado, constata-se que não se mostram presentes os requisitos legais, atinentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, uma vez que a falta de registro sindical (já requerido no Ministério do Trabalho e Emprego) não impede o reconhecimento da estabilidade provisória do dirigente sindical, cuja eleição foi devidamente comunicada ao empregador, sendo certo que não há fundado receio de dano irreparável, caso a decisão venha a ser revertida por esta Instância *ad quem*, nos moldes afirmados pela requerente.

Assim sendo, não restando preenchidos os requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), impõe-se o indeferimento do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto e suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida pelo juízo recorrido até o trânsito em julgado, nos moldes já constantes da liminar indeferida.

Nesse contexto, julgo improcedente a ação cautelar inominada.

Benefícios da justiça gratuita e honorários advocatícios pleiteados pelo requerido

Em sua contestação, o requerido postula a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a condenação da requerente ao pagamento dos honorários advocatícios (f. 224/225).

Examino.

Ante o resultado do presente julgado, resta prejudicada a análise do pleito de justiça gratuita.

Não prospera, doutro tanto, a pretensão atinente aos honorários advocatícios.

Como bem se sabe, nesta Especializada, nos termos da Súmula n. 219 e da Orientação Jurisprudencial n. 305 da SDI-I, ambas do C. TST, os honorários advocatícios são devidos quando preenchidos os requisitos previstos na Lei n. 5.584/70, quais sejam, sucumbência, benefício da justiça gratuita e assistência por sindicato, sendo que, ausente que seja um desses requisitos, não se há falar em pagamento de honorários advocatícios.

Destarte, considerando-se que, *in casu*, não houve a assistência sindical, tendo em vista que o autor está representado por advogado particular, tanto nesta ação quanto na reclamatória trabalhista ajuizada, conforme se vê às f. 226 e 26, não tendo sido juntado o credenciamento pelo sindicato do obreiro, mostra-se manifestamente indevida a pretensão.

Desprovejo.

CONCLUSÃO

Conheço da ação cautelar inominada, fixando como valor da causa o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais). No mérito, julgo-a improcedente. Indefiro, doutro tanto, o pedido de condenação da requerente ao pagamento dos honorários advocatícios, formulado pelo requerido, em sua contestação, ficando prejudicado o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita em face do resultado do julgado.

Custas no importe de R\$40,00 (quarenta reais), pela requerente, calculadas sobre R\$2.000,00 (dois mil reais), valor fixado para a causa, pelo Juízo.

Publique-se, remetendo-se cópia desta decisão para o Juízo de origem.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Oitava Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, preliminarmente, à unanimidade, conheceu da ação cautelar inominada, fixando como valor da causa o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais); no mérito, sem divergência, julgou-a improcedente; indeferiu, doutro tanto, o pedido de condenação da requerente ao pagamento dos honorários advocatícios, formulado pelo requerido, em sua contestação, ficando prejudicado o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita em face do resultado do julgado; custas no importe de R\$40,00 (quarenta reais), pela requerente, calculadas sobre R\$2.000,00 (dois mil reais), valor fixado para a causa, pelo Juízo; determinou a remessa de cópia desta decisão para o Juízo de origem.

Belo Horizonte, 30 de março de 2011.

Firmado por assinatura digital

MÁRCIO RIBEIRO DO VALLE
Desembargador Relator

TRT- 01114-2004-005-03-00-4-RO

Publ. no “DE” de 09.02.2011

RECORRENTES: MARIANA CLOTILDE MONTEIRO CASASANTA CAIAFA E OUTRA (1)
ANA PAOLA COSTA FERREIRA (2)

RECORRIDOS: OS MESMOS (1)
EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL SAVASSI LTDA. (2)

EMENTA: DANO MORAL - PESSOA JURÍDICA - LESÃO À HONRA OBJETIVA DA EMPRESA. A noção de dano moral, após a Constituição Federal de 1988, não mais se restringe ao *pretium doloris*, estendendo-se também à pessoa jurídica que tem seu nome ou imagem atacados. A proteção constitucional objetiva resguardar a imagem ou credibilidade da empresa, pois, embora a pessoa jurídica não seja titular da honra subjetiva (afeta exclusivamente ao ser humano), é detentora da honra objetiva que, uma vez violada, acarreta o dever de reparação (artigo 186 do CCb/02). Assim, na esfera trabalhista, se o empregado lesar a honra da empresa, para a qual trabalha, deve arcar com o ônus de reparação da lesão perpetrada. *In casu*, o contexto probatório comprovou, sobejamente, que a reclamante, no exercício de suas funções, não honrou a confiança que lhe foi depositada, na medida em que passou “[...] a maquiagem as contas da reclamada, bem como aquelas pessoais da sócia”, repassando cheques de alunos para outras contas, falsificando extratos bancários, não providenciando o pagamento de plano de saúde, não recolhendo FGTS, COFINS e INSS, não pagando contas particulares da sócia, utilizando-se de cartão de crédito da sócia para uso próprio, informando o seu endereço para interceptar cobranças, não pagando fornecedores, etc., culminando com sua dispensa por justa causa, cuja indenização ao empregador se impõe. Reforça esse entendimento o disposto no artigo 52 do CC/2002, bem como a Súmula n. 227 do STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recursos ordinário e adesivo da MM. 5ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

RELATÓRIO

Mariana Clotilde Monteiro Casasanta Caiafa e outra e Ana Paola Costa Ferreira interpõem recurso em face da r. sentença de f. 2.937/2.942, complementada às f. 2.961/2.963 e 2.990, que rejeitou as preliminares, julgou improcedente o pedido em relação ao Curso Promove Ltda. e julgou procedentes, em parte, os pedidos, condenando o reclamado Jardim Olímpico S/C Ltda. ao pagamento das parcelas constantes do *decisum*.

Recursos contrariados.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, para emissão de parecer prévio circunstanciado, nos termos do artigo 82 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Mister se faz esclarecer, inicialmente, por pertinente e em razão da aferição dos pressupostos objetivos de admissibilidade recursal, relevantes aspectos de ordem processual.

Trata-se de ação trabalhista, na qual a reclamante pretende anular o ato de dispensa por justa causa, sob vários argumentos e, durante a instrução processual, acolheu-se, por conexão, ação ordinária de indenização ajuizada originalmente no juízo cível proposta pelos reclamados contra a reclamante.

As partes foram condenadas reciprocamente, olvidando-se o juízo de fixar, em sentença, o valor da condenação em relação aos reclamados, bem como não se pronunciou a respeito do valor das custas processuais, constando na parte dispositiva apenas o valor da condenação, no importe de R\$100.000,00, e custas de R\$2.000,00, a cargo exclusivamente da reclamante.

Por meio de embargos de declaração (f. 2.944), os reclamados questionaram a omissão, inclusive, para efeito de eventual recurso ordinário a ser interposto (f. 2.945).

No julgamento dos embargos, o juízo entendeu que não havia omissão a ser sanada e que as custas deveriam ser quitadas pela reclamante, na forma sentenciada.

Os reclamados interpuseram recurso ordinário e, por precaução, efetuaram dois depósitos recursais (f. 2.985/6), tomando-se por base o valor do teto atribuído pelo TST.

As custas processuais (requisito de admissibilidade recursal) não foram recolhidas, porquanto o juízo não as fixou.

Logo, se omissão houve, essa é afeta ao Judiciário, não podendo a parte recorrente ser prejudicada na admissibilidade recursal, mormente quando esta se valeu do instrumento processual próprio (embargos declaratórios) para sanar a omissão, correndo o risco, inclusive, de ser multada por litigância de má-fé, se renovados os embargos declaratórios, como ocorreu com a reclamante, que incidiu em situação análoga, como se vê da decisão de f. 2.990.

Por tais fundamentos, conheço do recurso dos reclamados, por prestígio aos princípios do duplo grau de jurisdição e ampla defesa que compõem o devido processo legal.

Assistência judiciária

Preliminar de não conhecimento do recurso adesivo - Deserção - Arguição em contrarrazões

A reclamante renova o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária, o que fica deferido, nos termos da Lei n. 1.060/50, porquanto preenchidos os requisitos legais para seu deferimento, ressaltando que os pedidos foram julgados procedentes, em parte, e se trata a presente demanda de questão relacionada a contrato de emprego, sendo inaplicável a IN 27/05, em relação às custas.

Quanto ao depósito recursal, este é de exigência exclusiva do empregador. Em relação à multa de litigância de má-fé aplicada na decisão de f. 2.990, que majorou o valor da condenação e das custas, não obsta o conhecimento do recurso, porquanto o juízo se equivocou, *data venia*, na interpretação do art. 538 do CPC, uma vez que o valor das custas processuais não se soma à multa de litigância de má-fé, até porque os seus destinatários são diversos (União e reclamados, respectivamente).

Fica, pois, rejeitada a preliminar de deserção arguida em contrarrazões.

Conheço do recurso da reclamante.

Inverto a ordem de conhecimento dos recursos, em face das preliminares arguidas pela reclamante.

Recurso adesivo da reclamante

Preliminar

Nulidade da sentença - Negativa de prestação jurisdicional - Julgamento *citra petita* - Deficiência de fundamentação

A reclamante suscita preliminar de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional, ao fundamento de que os segundos embargos de declaração foram opostos em face da sentença de f. 2.961 e não à que foi proferida em 28.01.10, uma vez que o juízo primevo se olvidou de examinar os primeiros embargos, deixando de suprir as omissões apontadas, aplicando à recorrente multa de 1% por litigância de má-fé.

Sem-razão.

Eventual deficiência de fundamentação, como a própria recorrente se refere, não induz a nulidade do *decisum*, uma vez que permite, sem prejuízo, a ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, tendo a reclamante oportunidade de revisão do julgado por meio de recurso apropriado.

Quanto à aplicação da multa por litigância de má-fé, a questão será examinada em tópico específico.

Rejeito.

Juízo de mérito

Nulidade da dispensa por justa causa - Doença comum - Suspensão do contrato de trabalho - Ato de improbidade - Indenização por danos morais

A reclamante pretende a reforma da sentença, ao fundamento de que, no momento da dispensa, não se encontrava apta para a prática de atos da vida civil, tendo as peritas assistentes apurado que a reclamante era portadora de transtorno depressivo, tomando medicamentos, inclusive, sedativos.

Sustenta que o fato de a doença não guardar relação com sua atividade profissional não torna válida a rescisão contratual e suspende o contrato, impossibilitando a sua ruptura, sendo nula, em razão da incapacidade psíquica.

A reclamante não se conforma com a r. sentença, ainda, com a sua dispensa

por justa causa, sob a alegação de uma suposta má administração de sua parte dos negócios da sociedade, não havendo provas de que tenha subtraído valores da reclamada, insurgindo-se contra a conclusão pericial, pugnando pelo afastamento da justa causa e condenação da empresa ao pagamento das verbas rescisórias pertinentes à dispensa imotivada.

Sem-razão.

A reclamante alega exordialmente ter sido admitida em 21 de maio de 1990 e dispensada em 30 de outubro de 2002, por justa causa, por ato de improbidade, por suposto desvio e apropriação de verbas da reclamada.

Relata que, por ocasião da dispensa, encontrava-se em profunda depressão assistida por médico psiquiátrico, em razão de problemas familiares que culminaram com sua separação judicial, sendo o seu estado tão grave que tentou suicídio, estando em gozo de benefício previdenciário.

Por essas razões, entende que a anuência ao ato de rescisão e homologação não é válida, pleiteando a declaração de nulidade de sua dispensa.

A defesa admite que a autora foi contratada para trabalhar na área administrativa da escola, adquirindo ao longo do contrato confiança patronal para gerir toda a administração escolar.

Todavia, a reclamante não honrou a confiança que lhe foi depositada, na medida em que passou, a partir de maio de 2001, “[...] a maquiagem as contas da reclamada, bem como aquelas pessoais da sócia”, repassando cheques de alunos para outras contas, falsificando extratos bancários, não providenciando o pagamento de plano de saúde, não recolhendo FGTS e INSS, não pagando contas particulares da sócia, utilizando-se de cartão de crédito da sócia para uso próprio, informando o seu endereço para interceptar cobranças, não pagava fornecedores, etc., culminando com sua dispensa por justa causa.

De início, afastou qualquer alegação de inaptidão para prática de ato da vida civil, por doença depressiva (psiquiátrica), porquanto não há prova de que tenha sido interdita ou que não tenha discernimento dos atos que pratica, até porque contratou advogado para representá-la nesta ação, figurando no polo ativo sem a presença de curador.

Ressalto que os fatos narrados na defesa dizem respeito a atos praticados no curso do contrato de trabalho, não podendo ser elididos pela alegada situação de eventual “inimputabilidade”, por ocasião da dispensa da autora.

Também não viceja a alegação de que a dispensa por justa causa é nula, pelo fato de o contrato supostamente estar suspenso pelo afastamento da reclamante em razão de doença comum, porquanto o contrato, ainda que suspenso, gera efeitos jurídicos, notadamente para as hipóteses de justa causa.

Acresço, ainda, que, por ocasião da homologação da rescisão contratual por justa causa, a autora estava assistida por sindicato de sua categoria, que ressalvou apenas o direito à multa do art. 477 da CLT, restituição de descontos de quatro dias e diferença salarial.

E mais.

O atestado demissional de f. 154 comprova que, no ato da dispensa, a autora se encontrava apta para o exercício das atividades laborais.

Especificamente quanto ao ato de improbidade, o processo está devidamente instruído com farta prova documental que milita a favor dos reclamados, citando,

exemplificativamente, os documentos de f. 129, 285, 286, 388/392, 879, 1.100, 1.366, 1.394, 1.557, 1.621, 1.910 e 1.952.

A título de amostragem, verifica-se às f. 1.394/1.396 que a autora depositou em sua conta particular na CEF o valor de R\$27.105,00, em 30 de março de 2001 (quando estava em curso o contrato de trabalho), aplicando o respectivo valor em fundos de investimento, valor este incompatível com a última remuneração da reclamante, que foi na ordem de R\$1.126,50 (f. 1.051).

À f. 1.397, há comprovação de que a escola estava inadimplente com seus fornecedores, acarretando protesto de títulos.

Por ocasião da impugnação aos documentos trazidos pela defesa, a reclamante não traz qualquer alegação pertinente para desconstituí-los, procurando atribuir seus atos a terceiros, além de objetivar desconstituí-los com a singela alegação de que, em razão de problemas conjugais, teria sua condição psíquica comprometida.

A respeito da doença da autora, determinou-se a realização de perícia médica, cujo laudo está acostado às f. 871 e seguintes, tendo o médico concluído que a “[...] moléstia da reclamante não guarda relação com sua atividade”.

Infere-se do relato médico pericial que, por motivos particulares amorosos (extraconjugais), a reclamante enfrentou questões matrimoniais, culminando com agressões físicas do ex-marido e com a separação judicial. Somando-se a isso, aflorou-se a questão da descoberta pela reclamada da prática de ato de improbidade que envolveu não só o ambiente profissional como também abalou a relação familiar. Consta do laudo que, no dia da demissão, a reclamante teve uma crise nervosa tentando suicídio do décimo andar do prédio onde mora sua mãe e que, no dia da homologação da rescisão, foi ao sindicato na companhia de sua mãe, sendo pressionada a assinar a rescisão.

Ora, sabe-se que os sindicatos profissionais são cautelosos quando da homologação de rescisões contratuais fundamentadas em justa causa e, no caso vertente, não há qualquer observação sindical a esse respeito, conforme já dito, caindo por terra a alegação de que a reclamante teria sido pressionada a assinar o termo de rescisão.

Acrescenta-se que, às f. 761 e seguintes, os reclamados noticiam a tramitação de inquérito policial junto à Delegacia Especializada em Falsificações e Defraudações e, às f. 232 e seguintes, informam o ajuizamento de ação ordinária de indenização proposta contra a reclamante no juízo cível.

Determinou-se, ainda, a realização de perícia contábil para apuração de eventual desvio de dinheiro da reclamada e apropriação indevida.

O perito apurou que houve prejuízo para a sociedade, porquanto os valores depositados no Bradesco não foram contabilizados e que ocorreu movimentação de numerário da empresa, através de conta conjunta movimentada por ela e pela reclamante.

Apurou-se, ainda, que houve prejuízo, por falta de numerário, para a empresa, nos exercícios de 1998, 2000 e 2001, não havendo pagamento dos encargos e contribuições, confirmando movimentação bancária na conta do Bradesco no período de licença-maternidade da reclamante.

Afirmou o perito que a gestão financeira da reclamada ficava a cargo da reclamante, com supervisão da Sra. Mariana Clotilde, sendo que os pagamentos

da escola eram realizados pela autora, assim como a empregada tinha procuração para movimentação de contas bancárias de forma conjunta com a referida sócia.

A prova oral (atas, f. 1.557 e 1.621) respalda a tese de defesa.

O juízo primeiro confirmou a justa causa.

O conjunto probatório não sinaliza em sentido contrário, restando mantida a sentença, inclusive em relação à improcedência do pedido de indenização por danos morais, ressaltando a independência do juízo trabalhista em sua convicção. Desprovejo.

Responsabilidade solidária do reclamado Curso Promove e da reclamada Mariana Clotilde Monteiro Casasanta Caiafa

O pedido de responsabilidade solidária do reclamado Curso Promove advém do fundamento de que, durante o contrato de trabalho da reclamante, “[...] foram sócios da 1ª reclamada a SOCIEDADE EDUCACIONAL SISTEMA LTDA., empresa que já encerrou suas atividades, e o CURSO PROMOVE LTDA., inclusive participando ativamente da administração dos negócios sociais”.

Sem-razão.

Adoto os fundamentos primevos no sentido de que não há prova do Curso Promove ter se beneficiado, ainda que indiretamente, da prestação laboral da reclamante, fato por ela admitido (ata, f. 2.929).

Acresço que a hipótese não se amolda à eventual responsabilidade solidária do Curso Promove ou da reclamada Maria Clotilde, por ausência de amparo legal ou contratual (fraude, vontade das partes e ato ilícito).

Desprovejo.

Indenização - Valores pertinentes ao COFINS, INSS e PIS - Danos morais

Friso que houve o ajuizamento de ação ordinária de indenização movida por Mariana Clotilde e Jardim Olímpico junto ao juízo cível, objetivando a restituição dos prejuízos causados pela reclamante, sendo o feito remetido a esta Justiça, por incompetência do juízo estadual, e, por concordância das partes, aquele foi anexado ao presente feito.

O juízo primeiro condenou a reclamante ao pagamento de indenização correspondente aos valores subtraídos da reclamada, para pagamento de COFINS, INSS e PIS, a serem apurados em liquidação de sentença, a partir de janeiro de 2001 até 30 de outubro de 2002.

Condenou, ainda, a reclamante ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$10.000,00, para a pessoa física de Mariana e para a pessoa jurídica de Jardim Olímpico.

A reclamante não se conforma com a condenação e, com razão, em parte.

Com efeito, restou comprovado que a reclamante, atuando na gestão administrativa da escola, abusando da confiança que lhe foi depositada, apropriou-se indevidamente de valores da reclamada, inclusive daqueles que deveriam ser destinados para pagamento de encargos sociais.

Como se infere da narrativa dos fatos na ação ordinária de cobrança, o vínculo jurídico ocorreu diretamente com o Jardim Olímpico, como empregador. A

sócia Mariana sentiu-se lesada em decorrência dos atos praticados pela autora como empregada do Jardim, inexistindo, portanto, vínculo pessoal com a reclamante, na condição de sócia.

Tanto é que, se a pretensão estivesse embasada na relação com a pessoa física da autora Mariana com a reclamante, a Justiça do Trabalho seria incompetente para julgar o feito, porquanto fora do alcance da norma constitucional do art. 114 da CF/88.

O mesmo raciocínio vale para a interpretação do pedido de indenização decorrente do não recolhimento dos encargos sociais, uma vez que se referem à pessoa jurídica Jardim Olímpico e não à pessoa física, não podendo a pessoa física da sócia Mariana ter sofrido lesão nesse aspecto.

Quanto à indenização por danos morais, essa se limita à pessoa jurídica, representada pelo seu quadro societário.

A prova dos autos autoriza o deferimento do ressarcimento (e não indenização) relativo aos valores subtraídos para pagamento dos encargos sociais, COFINS, INSS e PIS, no período fixado na sentença, o que fica mantido.

No que se refere à indenização por danos morais, na esteira do entendimento acima, essa se restringe à pessoa jurídica do Jardim Olímpico, sendo o valor razoável, considerando a prova de que a empresa teve prejuízo moral, com sua imagem, perante fornecedores e credores, além de ter títulos protestados, atrasos de pagamento de professores, dentre outros, cuja origem é atribuída exclusivamente à reclamante.

Provimento parcial nesses termos.

Honorários periciais

Sendo a reclamante condenada ao pagamento de honorários periciais e, estando sob o pálio da justiça gratuita, impõe-se a aplicação do art. 790-B da CLT, art. 6º da IN n. 27/TST, isentando-a do encargo, devendo os peritos habilitarem os respectivos créditos, na forma da Resolução n. 66 do CSJT.

Provejo.

Compensação

Equivocadamente, *data venia*, a sentença determinou, em razão da “intimidade entre as ações”, que poderia haver compensação entre as verbas condenadas em favor da parte que detiver maior crédito em liquidação, exceto INSS e FGTS (f. 2.942).

A meu ver, a hipótese não se trata de compensação, porquanto essa se restringe a créditos da mesma natureza jurídica. Assim, não se pode compensar “salário” com “verba indenizatória, por danos morais e ressarcimento de valores destinados ao COFINS e PIS”, até porque compensação é matéria de defesa, que não foi objeto de arguição, sendo vedado o seu deferimento de ofício, o que a distingue do instituto da dedução.

Todavia, neste caso, aflora-se a figura processual da reconvenção, embora atípica, cujos créditos e débitos são recíprocos, autorizando-se a dedução para ajustamento do valor a ser liquidado e suportado pelas partes.

Provimento nesses termos.

Expedição de ofícios - MTE, CEF e INSS

Fica mantida a determinação judicial em face das irregularidades apuradas no curso processual e, ainda, pelo poder-dever do magistrado.

Ressalto que eventual cobrança judicial de valores decorrentes da fiscalização dos órgãos competentes em face das irregularidades apontadas foge da competência deste juízo trabalhista, não podendo, nesta esfera, isentar quem quer que seja.

Desprovejo.

Multa por litigância de má-fé

Excluo a multa de litigância de má-fé aplicada na decisão de embargos de declaração, porquanto não se vislumbram as hipóteses previstas no art. 538 do CPC. Provejo.

Juros de mora - FGTS

Os juros moratórios incidem na forma da Súmula n. 200 do TST.

Desprovejo.

Recurso ordinário dos reclamados Mariana Clotilde Monteiro Casasanta Caiafa e Jardim Olímpico

Juízo de mérito

Indenização por danos morais e materiais

As recorrentes pretendem a majoração do *quantum* indenizatório relativo aos danos moral e material causados pela reclamante.

A questão já foi examinada em tópico específico.

Desprovejo.

Salário “por fora”

Os recorrentes não se conformam com a r. sentença que os condenou ao pagamento de reflexos do salário “por fora”, de todo o período laboral (férias e saldo salarial, INSS e FGTS), ao argumento de que, se mantida a condenação, essa deve se restringir a partir da data de 23 de setembro de 2001, não havendo incidência sobre a rescisão contratual, já que a declaração que embasou o convencimento é de setembro de 2002, quando a autora já havia sido dispensada.

Sem-razão.

Como se vê, os reclamados não se insurgem quanto à existência de pagamento de salário “por fora”, questionando apenas a data do início do pagamento dos reflexos.

O inconformismo não se sustenta, porquanto a reclamada admitiu a prática de pagamento de salário extrafolha (f. 4.748) devendo arcar com os reflexos deferidos, no período reconhecido pelo juízo.

Desprovejo.

Compensação - FGTS

A matéria já foi objeto de decisão no recurso da reclamante.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos, conheço do recurso dos reclamados. Também conheço do recurso da reclamante, concedendo-lhe os benefícios da justiça gratuita, rejeitando, por consequência, a preliminar de deserção arguida em contrarrazões pelos reclamados. Inverto a ordem de conhecimento dos apelos; rejeito as preliminares arguidas pela reclamante e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso da reclamante para excluir da condenação o pagamento da indenização por danos morais, no valor de R\$10.000,00 em relação à reclamada Mariana Clotilde Monteiro Casasanta Caiafa, bem como para restringir a condenação ao ressarcimento pelo não recolhimento dos valores relativos ao pagamento de COFINS, PIS e INSS em favor do reclamado Jardim Olímpico S/C Ltda.

Provejo o recurso, ainda, para autorizar a dedução dos valores condenatórios a serem liquidados e suportados pelas partes, absolvendo-a da multa por litigância de má-fé.

Quanto ao recurso dos reclamados, nego-lhe provimento.

Mantenho o valor da condenação e de custas processuais em relação à reclamante e fixo, nesta instância, o valor da condenação relativo aos reclamados no importe de R\$20.000,00 e custas processuais de R\$400,00.

MARIA CRISTINA DINIZ CAIXETA
Juíza Relatora Convocada

TRT-00421-2010-020-03-00-9-RO

Publ. no "DE" de 04.04.2011

RECORRENTES: 1) CURUPIRA S.A.

2) GUILHERME RANCANTI RIBEIRO

RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: COMPOSIÇÃO DE "NAMETONES" - AUTORIA - DANOS MORAIS. Comprovado nos autos que a reclamada, ao oferecer ao público composições com nomes comuns de cidadãos, destinadas a toques de aparelhos celulares ("nametones"), não atribuindo autoria ao compositor, mas, ao contrário, afirmando tratar-se de gravação interna da empresa, mostra-se devida a indenização por danos morais, nos exatos termos dos arts. 24, II, e 108, caput, da Lei n. 9.610/98, que regula os direitos autorais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recursos ordinários, decide-se.

RELATÓRIO

A MM. Juíza do Trabalho, Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker, em exercício jurisdicional na 20ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela r. sentença de f. 353/359, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados por Guilherme Rancanti Ribeiro em face de Curupira S.A. para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos.

O reclamante opôs embargos de declaração contra a r. sentença às f. 360/362.

Inconformada com o *decisum*, a reclamada interpôs recurso ordinário às f. 363/373, insurgindo-se contra as horas extras deferidas.

Preparo às f. 375/376.

Pela r. decisão de f. 377/378, a MM. Juíza de origem julgou parcialmente procedentes os embargos de declaração aviados pelo requerente para determinar a repercussão das horas extras no aviso prévio indenizado.

Irresignada, a demandada, às f. 379/380, aditou o apelo ordinário intentado, rebelando-se contra os reflexos das horas extras deferidos.

Sobreveio recurso ordinário pelo reclamante às f. 381/395, pugnando pelo deferimento de indenização por danos morais; direitos autorais; direitos conexos; horas extras pela supressão do intervalo intrajornada; ao final, suscitou questões sucessivas no caso de se conferir provimento ao apelo empresarial.

Contrarrrazões pelo autor às f. 398/407 e pela ré às f. 408/412.

Procurações às f. 131 e 374.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Juízo de conhecimento

Conheço dos recursos ordinários interpostos, regularmente processados, bem como das contrarrrazões apresentadas.

Juízo de mérito

Recurso da reclamada

Músico - Horas extras

A r. sentença, reconhecendo a condição de músico do autor, deferiu-lhe o pagamento de horas extras além da 5ª hora diária trabalhada.

Insurge-se a ré, alegando, em síntese, que: é empresa de serviços de valor agregado, provedora de soluções móveis, que faz a exploração de conteúdo para telefonia celular, tal como música, imagem e jogos; caracteriza-se como empresa integradora, que firma contratos com operadoras de telefonia para o fornecimento daqueles serviços, dentre outros, obtendo, para tanto, licenciamentos do conteúdo intelectual e de imagem, que possibilitem a distribuição digital através das operadoras; firma contratos com gravadoras, editoras musicais (e respectivas associações), agências de modelos e afins, para legitimamente distribuir tais

conteúdos através das operadoras; sua atividade econômica resume-se em integração, distribuição de conteúdo, criação e gestão de portais móveis e soluções para *Mobile Marketing*; no contexto de seu objeto social, trabalha com programadores musicais que codificam eletronicamente sons musicais para reprodução de composições preexistentes, em versões digitais, como no caso dos autos; a prova dos autos sintetiza o trabalho do programador musical à codificação eletrônica de sons musicais para a versão digital, sendo que todos os depoimentos colhidos convergem nesse sentido; não comprovou o recorrido o exercício da profissão de músico profissional; não há prova de criação, adaptação, transformação, cópia, interpretação ou composição de obra na atividade de programador musical; os “arranjos” apontados pelo autor são apenas adequações de fonia necessárias às músicas para que sejam inseridas no *software* utilizado pela empresa, de sorte a tornar passíveis de leitura por um aparelho de celular, tal como diz o próprio recorrido em depoimento; a codificação de uma obra em tom musical, atividade do programador musical, de nenhuma forma consiste em interpretação, criação, adaptação ou transformação; o objetivo do trabalho não é criar uma obra diferenciada da original, devendo a codificação, na verdade, ser mais próxima possível desta (original), pois que o fim é a rápida identificação da música pelo assinante de telefonia que busca aquele tom para comprar; as obras codificadas são várias e já possuem autoria, seus direitos e cessão registrados e reservados legal e legitimamente; trata-se de obras de renome, protegidas e legitimamente licenciadas a si; as licenças conferidas pelas editoras de música, em representação aos autores, sequer dão direito à licenciada (recorrente) de criação de obra derivada, ou seja, alteração, adaptação ou transformação da obra e tampouco criação de novos arranjos; a licença é apenas para reprodução fidedigna da música e sua codificação em formato digital e eletrônico, o que é feito pelos programadores, como o recorrido; isso não é criação, arranjo ou transformação, não é atividade profissional de músico e não é atividade albergada pela Lei n. 3.857/60; pouco importa, no aspecto, a qualificação do obreiro, o que impende verificar é sua atividade enquanto empregado.

Não obstante o exposto, razão não lhe assiste.

A preposta da reclamada esclareceu as atribuições exercidas pelo reclamante ao declarar, em depoimento, que:

[...] a atividade de composição era esporádica, sendo realizada de duas a três vezes por semana; que, afora a atividade de composição, o reclamante elaborava, fazia ring tones, isto é, ouvia uma música (já existente ou não), criava a partitura da música em um programa de computador e, utilizando outro programa, convertia tal partitura em um arquivo apto a ser lido por um aparelho celular; que acredita que seja possível transcrever a partitura manualmente, mas na reclamada o reclamante o fazia por meio de um programa de computador; que o reclamante trabalhava no “departamento de conteúdos”, onde laboram os “programadores musicais”; que é necessário, para trabalhar em tal departamento, que o empregado seja capaz de ouvir uma música e, “de ouvido”, escrever a partitura; que é necessário que o empregado componha música, mas a reclamada não exigia que tivesse formação musical; que o reclamante tocava os instrumentos e cantava no estúdio da reclamada; que a reclamada tem controle do número de downloads dos ring tones comercializados; que as músicas

compostas pelo reclamante continuam sendo comercializadas no site da reclamada; que o *ring tone*, criado a partir de uma música preexistente, varia, dependendo da criatividade de quem realizou o arranjo. (f. 350) (grifei)

É indubitável, portanto, que as atribuições do recorrido não se limitavam à codificação de canções preexistentes, tal como sustentado pela ré.

Pelo contrário, a criação de *ring tones* dependia de conhecimentos técnicos de música, cabendo ao reclamante ouvir aquelas preexistentes ou não e, “de ouvido”, escrever (“criar”) a partitura para posterior conversão em arquivo, apto a ser lido por aparelho celular. Tanto que, segundo a citada preposta, o *ring tone* instituído a partir de uma determinada música variava dependendo da criatividade de quem realizou o arranjo, o que comprova o alto grau de subjetividade envolvido na atividade musical.

Codificar, por outro lado, pressupõe objetividade máxima, com pouca ou nenhuma margem para diferentes versões. A tarefa de elaborar arranjos, de modo oposto, como bem salientou o d. Juízo de origem, está além das atividades de ouvir e copiar, pois que, na verdade, caracteriza-se por um enriquecimento que se faz na música, para que ganhe nova expressão, isto é, uma reorganização da peça musical para que seja exibida por um instrumento ou grupo de instrumentos ou para que se amolde a um fim específico.

Não fosse o bastante, infere-se do citado depoimento que o recorrido ativava-se, também, na tarefa de compor músicas para diversos nomes comuns de cidadãos (*nametones*), sendo as gravações feitas nos estúdios da ré, o que, aliás, resta corroborado pelos documentos de f. 75/88, f. 117 e f. 264/268 e, ainda, pela contestação (f. 149).

Além disso, colhe-se, ainda, das aludidas declarações que o autor “[...] tocava os instrumentos e cantava no estúdio da reclamada [...]”, circunstância que lança luzes sobre a tese inaugural de que o recorrido, ao mesmo tempo, atuava como intérprete e executante de inúmeras outras músicas comercializadas pela recorrente.

Nesse contexto, não é difícil reconhecer a condição de músico do obreiro, seja na função de compositor, cantor, arranjador ou copista, conforme tipificação do art. 29, “a”, “e”, “h” e “i”, da Lei n. 3.857/60.

Como consequência, estando o reclamante sujeito à jornada especial de 5 horas diárias, de que trata o *caput* do art. 41 da predita Lei n. 3.857/60 e, tendo em vista a jornada de trabalho fixada na origem (não impugnada), devida se revela a condenação em horas extras, como decidido.

Nego provimento.

Horas extras - Reflexos

Aduz a reclamada, em seu recurso ordinário aditado (f. 380), serem indevidos os reflexos das horas extras, especificamente, em aviso prévio indenizado, já que descabida a condenação do principal (horas extras).

Sem-razão.

Questão prejudicada, em face do decidido no tópico anterior.

Nada a prover.

Recurso do reclamante

Danos morais

Aduz o reclamante fazer jus a indenização por danos morais, por não atribuição de autoria às músicas que compunha e que eram veiculadas para venda no *site* da empresa. Assevera ter demonstrado, por meio de documentos (f. 75/89), que a ré atribuía autoria às composições de músicos consagrados, mas não o fazia em relação às músicas criadas pelo obreiro. Invoca disposições da Lei n. 9.610/98.

Com razão, *data venia*.

A r. sentença indeferiu a pretensão pelos seguintes fundamentos:

A reparação ao dano moral encontra previsão legal específica na Constituição, em seu artigo 5º, X, c/c artigos 186 e 942, ambos do novo Código Civil brasileiro. Sua reparação, contudo, submete-se à configuração dos seguintes pressupostos: erro de conduta do agente, ofensa a bem jurídico e nexo de causalidade entre a conduta antijurídica e o dano causado.

A falta de identificação autoral na veiculação de obras do reclamante não gera dano moral indenizável, já que não há ofensa à honra ou à integridade moral nem atinge direitos de ordem íntima.

Ausentes os pressupostos legais, julga-se improcedente o pleito indenizatório. (f. 357)

Pois bem.

Como visto anteriormente, a preposta da reclamada admitiu que o recorrente compunha músicas, as quais, inclusive, continuavam a ser comercializadas no *site* da empresa (f. 350).

Do mesmo modo, verifica-se da contestação (f. 149) que o autor, no horário de trabalho, criava obras classificadas como *nametones* (música com nomes comuns de cidadãos), destinadas a toques de aparelhos celulares.

Todavia, ao oferecer ditas composições ao público, a recorrida não atribuía a autoria ao compositor, mas, ao contrário, afirmava tratar-se de gravação interna da empresa, conforme indicam os documentos de f. 75/88 (*site* da empresa), não impugnados.

Lado outro, os documentos de f. 264/268, de que se arvora a demandada, referem-se apenas a relatórios internos, extraídos de um programa de computador, portanto, de circulação apenas no âmbito da empresa.

Assim, é incontroverso que a reclamada não respeitava o crédito moral do recorrente, relativo aos *nametones* por ele produzidos e postos à venda ao público, conduta passível de reparação a título de danos morais.

A propósito, dispõe o inciso II do art. 24 da Lei n. 9.610/98 que:

Art. 24. São direitos morais do autor:

[...]

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

Já o *caput* do art. 108 do mesmo diploma prescreve que:

Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma. (grifei)

Noutra senda, *concessa venia* do entendimento de origem, infere-se dos próprios dispositivos acima citados que o dano moral não mais se restringe à ideia de dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela, hodiernamente, a todos os bens personalíssimos, como projeção da própria dignidade do indivíduo, sobretudo, em se tratando de proteção ao nome, como no caso.

Como bem ensina Xisto Tiago de Medeiros Neto¹:

[...] com o desenvolvimento da teoria do dano, observou-se que não necessariamente a lesão a determinadas esferas de proteção jurídica inerentes à personalidade e à dignidade humana - principalmente em sua dimensão coletiva ou social - reflete dor ou sofrimento. Tem-se aqui, como exemplos dessa evolução, a aceitação de reparação de danos em casos de utilização indevida da imagem da pessoa; do uso do nome e também de registro irregular de inadimplência do consumidor em cadastro de proteção ao crédito, independentemente de qualquer demonstração de abalo psico-físico sofrido, prevalecendo em tais casos, para ensejar o reconhecimento e a reparação do dano, apenas o aspecto objetivo da lesão identificada, ou seja, a sua projeção à órbita externa de proteção jurídica da vítima.

Colho, nesse mesmo sentido, o seguinte julgado proferido pela Eg. 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

EMENTA: Dano moral. Direito autoral. Identificação da autoria na produção intelectual. A matéria do dano moral, no âmbito do direito autoral, encontra previsão específica no ordenamento jurídico. Nos termos do artigo 24, inciso II da Lei n. 9.610/98 a identificação da autoria da obra é uma das manifestações de direito moral de toda criação intelectual prevista em lei. Não bastasse, referido diploma, em seu artigo 108, consigna de forma categórica a responsabilidade pelo dano moral decorrente da omissão na identificação do autor da obra, e vai além ao acrescentar a obrigatoriedade de sua divulgação. Portanto, sem que necessário se faça a comprovação do constrangimento, da humilhação ou da condição vexatória à qual relegada o autor da obra, para deferimento da reparação por dano moral. Trata-se de presunção *iuris et de iuris* a de que há dano moral quando não identificada a autoria da produção intelectual prevista em lei. Dessa forma, é imperativo de lei admitir que a ausência ou mesmo a diminuição da nomenclatura, na identificação do autor da produção intelectual, importa em procedimento que, inevitavelmente, induz ao dano moral. Por conseguinte, sequer se deve perquirir, como pretende fazer crer a ré, se tal ato gerou menoscabo da figura profissional do autor perante seu mercado de

¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *In: Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 124.

trabalho ou mesmo diante de seus colegas de profissão, posto que a lei, *ipso facto*, assim entende e reconhece a existência do dano moral, no caso do direito autoral. (Processo: 01431-2006-055-02-00-4. Relator: VALDIR FLORINDO. Data de Publicação: 22.02.2008)

Logo, evidenciado o nexo causal entre a conduta assumida pela empresa e o evento danoso, a indenização correspondente é medida que se impõe.

A compensação pelo dano moral, por sua vez, deve levar em conta o caráter punitivo em relação ao empregador e compensatório em relação ao empregado. Deve-se evitar que o valor fixado propicie o enriquecimento sem causa do ofendido, mas também que seja tão inexpressivo a ponto de nada representar como punição ao ofensor, considerando sua capacidade de pagamento, salientando-se não serem mensuráveis economicamente aqueles valores intrínsecos atingidos.

Nessa linha, considerando fatores como o grau de culpabilidade da empresa, a gravidade e extensão do dano, a intensidade do dolo ou grau de culpa, as condições econômicas e sociais do ofensor e o desestímulo à prática de erro que culminou no dano, fixo a quantia devida em R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Provejo nesses termos.

Direitos autorais

Aduz o recorrente, no aspecto, ter sido coagido a ceder os direitos autorais das composições e versões que realizava, mediante a assinatura do “Aditivo ao Contrato de Trabalho”, sob pena de perda do emprego. Alega, então, que o contrato de cessão de direitos autorais é nulo, porque maculada sua vontade. Pontua, ainda, que o termo de cessão é nulo, por não obedecer aos requisitos da Lei n. 9.610/98, previstos no art. 50, § 2º, haja vista não constar as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e espaço. Diz que o ajuste é genérico, não tendo sido assinado perante qualquer testemunha. Assegura que, com o término do contrato de trabalho, a continuidade da reprodução do material dependeria de autorização prévia e expressa do titular. Requer, portanto, os direitos autorais sobre suas obras, a ser fixado no importe de 10% sobre o valor de cada venda ao usuário final, além de R\$ 300,00 reais por cada obra armazenada no *website* da empresa.

Sem-razão.

O reclamante não logrou comprovar qualquer vício de vontade na pactuação do contrato de cessão de direitos e do respectivo termo aditivo (f. 33/37), encargo que lhe competia (art. 818 da CLT).

Lado outro, verifica-se do aludido documento que o recorrente cedeu à recorrida, a título oneroso,

[...] todo e qualquer direito de autor, de ordem patrimonial, que possua em relação às obras intelectuais de que trata o art. 7º da Lei n. 9.610/98, no que se refere aos toques diferenciados de chamadas para telefones celulares (denominados *ring tones*), trilhas sonoras, interpretações musicais e a qualquer outra forma de disponibilização de conteúdo desenvolvido e elaborado durante a vigência do presente contrato.

Cuja cessão

[...] será total, definitiva, exclusiva e se dará a mesma para qualquer localidade ou país, operando a cessão para as modalidades existentes e que venham a ser criadas, no que se refere à criação, compactação, armazenamento e distribuição digital dos *ring tones*, trilhas sonoras, interpretações musicais e de qualquer outro conteúdo disponibilizado [...].

E de

[...] outros que venham a ser criados, tais como, por exemplo: reprodução parcial ou integral, edição, adaptação, arranjo musical e outras transformações, tradução, distribuição, utilização direta ou indireta, inclusão em base de dados, armazenamento em computador e demais formas de arquivamento. (f. 37)

Não há que se falar em desrespeito aos requisitos formais do § 2º do art. 50 da Lei n. 9.610/98, haja vista constar do aludido termo as condições de exercício do direito no tempo, lugar e espaço.

Também, ao contrário do aventado, o ajuste encontra-se assinado por uma testemunha (cf. f. 166, via do empregador), sendo certo, ainda, que “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários” (art. 219 do CC).

Logo, a cessão de direitos foi válida, nos termos do art. 49 da Lei n. 9.610/98. Nada a prover.

Direitos conexos

Além das composições musicais, aduz o reclamante ter participado como intérprete e executante em inúmeras músicas comercializadas pela ré. Pontua, assim, que não apenas compunha, criava, arranjava, fazia cópias, mas, também, cantava e tocava os instrumentos para serem gravados e, após, comercializados pela empresa. Requer, assim, sejam deferidos os direitos conexos de que trata o art. 89 da Lei n. 9.610/98, nos mesmos moldes pleiteados para os direitos autorais.

Sem-razão.

Como visto no tópico anterior, a cessão de direitos prevista no ajuste celebrado entre as partes teve por objetivo abranger toda a produção intelectual do reclamante, no que se refere aos toques diferenciados de chamadas para telefones celulares (denominados *ring tones*), trilhas sonoras, interpretações musicais e a qualquer outra forma de disponibilização de conteúdo desenvolvido e elaborado durante a vigência do contrato, incluindo-se aí, portanto, os denominados “direitos conexos”.

Vale frisar que o inciso I do art. 49 da Lei n. 9.610/98 excepciona da cessão apenas os direitos de natureza moral.

Razões pelas quais, nego provimento.

Intervalo intrajornada

Pugna o reclamante pelo deferimento de horas extras, a título de intervalo intrajornada. Diz ter relatado na inicial, quanto ao intervalo intrajornada, apenas a

jornada contratual e não a efetivamente cumprida. Assevera que a realidade fática é revelada pelos cartões de ponto.

Razão não lhe assiste.

Sem adentrar ao mérito da questão, certo é que o tema do intervalo intrajornada foi lançado na causa de pedir apenas de passagem, como tese sucessiva à pretensão de enquadramento do autor nas disposições do *caput* do art. 41 da Lei n. 3.875/70 que prevê jornada especial de 5 horas diárias (cf. f. 14), não tendo sido formulado, dessa forma, pedido específico sobre a matéria (cf. f. 21/22).

Assim é que, com relação ao pedido principal, acatado, frise-se, o reclamante limitou-se a dizer que

[...] foi contratado como músico pela reclamada, nos exatos termos da Lei n. 3.875/70. No entanto, a jornada especial que lhe seria devida em razão da referida legislação foi violada, uma vez que o reclamante foi contratado para cumprir jornada de 45 horas semanais (vide contrato em anexo). A jornada do reclamante era de 9h às 19h, com uma hora de intervalo, conforme consta do contrato em anexo, de segunda à sexta-feira. (f. 03)

E, no aspecto, a postular “horas extras além da 5ª diária, com base na jornada descrita, durante todo o pacto laboral, com adicional previsto no § 2º do artigo 42 da Lei n. 3.857/60 e integração nos repousos semanais remunerados” (f. 21) (grifei).

Logo, não tendo sido formulado pedido específico sobre a matéria (cf. f. 21/22), resta afastada a manifestação sobre o assunto nos termos dos artigos 128, 293 e 460 do CPC.

De resto, o intervalo intrajornada foi mencionado na contestação apenas na defesa da tese sucessiva (f. 144 e seguintes), o que não é o caso.

Nada a prover.

Espelhos de ponto - Marcação britânica

Pugna o reclamante para que no mês de abril de 2005, dias 26 a 30 de junho de 2006, julho de 2006 e dias 01 a 09 de agosto de 2006 prevaleça a jornada contratual, conforme documento de f. 162, já que nesses períodos as marcações foram britânicas.

Sem-razão.

O reclamante laborou de 22.04.05 a 26.03.08 (f. 39), ou seja, por quase três anos.

Assim, não há que prevalecer a jornada contratual em detrimento dos controles de ponto no período vindicado, já que em apenas poucos dias de abril, junho e agosto e no mês de julho de 2006 é que houve marcação britânica.

A decisão, dessa forma, não ficará limitada ao período de variação dos registros de horários, quando o julgador ficar convencido de que o procedimento questionado superou tal interstício (Inteligência da OJ n. 233 da SDI-I do TST).

Mantenho.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos ordinários interpostos e, no mérito, nego provimento ao da reclamada e dou parcial provimento ao do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Valor da condenação acrescido em R\$30.000,00, com custas adicionais de R\$600,00 (seiscentos reais) pela reclamada. Tudo nos termos da fundamentação, parte integrante.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da Sexta Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, à unanimidade, conheceu de ambos os recursos; no mérito, sem divergência, negou provimento ao da reclamada e deu provimento parcial ao apelo do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Valor da condenação acrescido em R\$30.000,00, com custas adicionais de R\$600,00 (seiscentos reais) pela reclamada. Tudo nos termos da fundamentação, parte integrante.

Belo Horizonte, 22 de março de 2011.

ANEMAR PEREIRA AMARAL
Desembargador Relator

TRT-01297-2010-014-03-00-7-RO

Publ. no "DE" de 25.03.2011

RECORRENTE: MÁRCIO PIRES MOREIRA

RECORRIDA: MGS - MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A.

EMENTA: REINTEGRAÇÃO - ESTABILIDADE - ARTIGO 41 DA CF/1988 - CELETISTA - EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA - INAPLICÁVEL. A teor do item II da Súmula n. 390 do C. TST, a estabilidade constitucional prevista no artigo 41 da CR/88 não se aplica ao empregado de empresa pública, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, pelo que, dispensado sem justa causa, afigura-se inadmissível a reintegração pretendida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 14ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, em que figuram, como recorrente, MÁRCIO PIRES MOREIRA e, como recorrida, MGS - MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A.

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença (f. 46), que adoto e a este incorporo, acrescento que o Ex.^{mo} Juiz Bruno Alves Rodrigues, em exercício na 14ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, pela r. sentença de f. 46/47, julgou improcedentes os pedidos formulados por MÁRCIO PIRES MOREIRA em desfavor da MGS - MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso ordinário, às f. 48/53. Pugna pela revisão da sentença, no que tange ao indeferimento da sua reintegração ao emprego, do pagamento de salários do período de afastamento e da reparação por danos morais.

Contrarrazões da reclamada, às f. 56/60.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso.

Juízo de mérito

Reintegração - Salários do período de afastamento

Pede o reclamante a revisão da sentença no que tange ao indeferimento da sua reintegração ao emprego e do pagamento dos salários do período de seu afastamento. Argumenta que, para o seu ingresso no quadro funcional da ré, foi-lhe exigida prévia aprovação em concurso público, razão pela qual ao ser demitido “[...] tem o direito de conhecer os motivos da dispensa, conforme os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (f. 50). Aduz que “[...] em momento algum foi comprovado que a dispensa ocorreu conforme interesse público ou de decisão discutida no âmbito do referido ente” (f. 50/51). Ressalva que “[...] era funcionário exemplar e não possuía em seu histórico funcional qualquer fato que o desabonasse [...]” (f. 51). Assevera que “[...] após a sua dispensa ocorreram outros concursos para preencher os mesmos cargos que ocupava, ou seja, a reclamada continuava necessitando de funcionários para exercer as atividades do reclamante, não se justificando de forma alguma a sua dispensa” (f. 51). Cita a OJ n. 265 da SBDI-I/TST. Sustenta que a ré “[...] deveria motivar o despedimento, demonstrando a incapacidade, inaptidão ou insuficiência de desempenho do empregado, sob pena de ser considerado nulo o ato praticado pela empresa pública” (f. 51).

Examino.

Narrou o autor, na inicial, que foi contratado pela ré, por meio de prévia aprovação em concurso público, na data de 18.02.2010, como recepcionista, tendo sido dispensado, sem justa causa, em 21.05.2010.

Em defesa, a ré, em síntese, argumentou que à situação dos autos aplica-se a OJ n. 247 da SBDI-I do C. TST e o item II da Súmula n. 390 da mesma Corte.

Pois bem.

É cedição que a reclamada é uma empresa pública (f. 34), ou seja, pertencente à administração indireta, sendo que o autor foi contratado mediante prévia aprovação em concurso público, para trabalhar sob o regime das leis consolidadas trabalhistas (documento de f. 13/15 e cópia da CTPS, f. 16-v.).

Não obstante, nos termos do artigo 173, § 1º, II da CR/88, está a ré sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas; o acesso ao seu quadro funcional ocorre mediante concurso público.

Mas esse fato não confere ao obreiro o amparo do artigo 41 da CR/88, que estabelece hipóteses de reintegração, aproveitamento, recondução do servidor estável. Esse é o entendimento sedimentado na jurisprudência da Corte Superior trabalhista.

Assim, a teor do item II da Súmula n. 390 do C. TST, a estabilidade constitucional prevista no artigo 41 da CR/88 não se aplica ao empregado de empresa pública, a saber:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL:

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (Destaque acrescido ao original)

Sendo assim, não vinga o argumento do recorrente de que a sua dispensa foi imotivada, tornando-se, pois, arbitrária, ilegal e abusiva.

Aliás, conforme lançado à f. 47 da sentença, outra é a realidade que se extrai do processado, haja vista que a análise conjunta dos interrogatórios do reclamante e do preposto da ré permite aferir a motivação do ato da dispensa que, no caso, decorreu da não adaptação do autor no setor da prestação de serviços. Confirmam-se, no aspecto, os relatos a seguir transcritos:

[...] que prestava serviços no Centro Administrativo; que a reclamada continua prestando serviço em tal setor; que o depoente solicitou a troca de setor, o que motivou a sua dispensa. (Declarações do reclamante, f. 22)

[...] que o autor foi dispensado por ter sido devolvido pelo setor tomador de serviços, sem outro setor para recolocação. (Informações do preposto da ré, f. 22)

De toda forma, não se está aqui a olvidar de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público, sendo que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios submete-se aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37 da CR/88).

No entanto, como alhures mencionado, a teor do art. 173, § 1º, II da Carta Magna, a empresa pública se sujeita “[...] ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas

e tributários”. Portanto, na situação dos autos, a dispensa do reclamante independe de motivação, podendo ser exercida livremente pela reclamada, como direito potestativo, sem necessidade de qualquer processo administrativo.

Nesse aspecto, enfatiza a doutrina que:

[...] as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias são as entidades de administração indireta pelas quais o Poder Público explora atividade econômica. Elas podem também ser utilizadas para a prestação de serviços públicos. Mas a exploração de atividade econômica pelo Poder Público (federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal) somente poderá realizar-se por essas unidades, por força do art. 173, parágrafo primeiro, ficando elas, nesse caso, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos aos do setor privado, evidentemente do mesmo ramo de negócio. (Grifamos) (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo: estruturas básicas da administração pública*. Ed. Revista dos Tribunais, p. 552)

Da mesma forma, acerca do tema, dispõe o inciso I da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-I do C. TST:

SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.2001 (Alterada - Res. n. 143/2007 - DJ 13.11.2007)
I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; [...].

Outrossim, ilustram a interpretação supra os seguintes julgados do C. TST que se referem tanto às empresas públicas quanto às sociedades de economia mista:

RESCISÃO CONTRATUAL. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DESPEDIDA IMOTIVADA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. Nos termos da OJ 247/SBDI-I do TST, a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-23600-30.2008.5.04.0003 - 7ª T. Juiz Convocado Relator Flávio Portinho Sirangelo - Julgamento 06.10.2010. Publicação DEJT: 15.10.2010)

RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGADO PÚBLICO CONTRATADO MEDIANTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DEMISSÃO IMOTIVADA. A jurisprudência dominante desta Corte assenta que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ainda que seus empregados sejam submetidos a concurso público, porque contratados sob a égide da CLT, são equiparadas ao empregador comum, razão por que seus trabalhadores podem ser demitidos sem a necessidade de motivação. O artigo n. 173, § 1º, da Constituição da República é categórico ao dispor que a empresa pública e a sociedade de economia mista se sujeitam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às

obrigações trabalhistas e tributárias. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. [...].

(RR-139400-71.2008.5.15.0045 - 5ª T. Ministro Relator Emmanoel Pereira. Julgamento: 23.06.2010. Publicação DEJT: 06.08.2010)

Restam, portanto, superadas todas as alegações do recorrente baseadas em supostas violações a dispositivos constitucionais, não se afigurando, na espécie, a hipótese da O.J. n. 265 da SBDI-I do TST, como sustentado à f. 51 do apelo, mesmo porque foi cancelada em decorrência da sua conversão no item I da citada Súmula n. 390 do TST que, convém reiterar, não se aplica ao presente caso, em que a situação se enquadra, à perfeição, no item II do citado verbete sumular.

Por derradeiro, diante do exposto, em nada altera o decidido a qualidade profissional do reclamante e a sua ficha funcional em que, segundo alega, não consta qualquer fato desabonador.

Nego provimento.

Indenização por danos morais

Pretende o autor a condenação da ré ao pagamento da reparação por danos morais decorrentes da dispensa imotivada que lhe foi imputada, não obstante a sua prévia aprovação em concurso público.

À análise.

Na espécie, impõe-se registrar que, no nosso direito positivo, aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, nos termos dos artigos 186 e 927 do atual Código Civil e, ainda, consoante diretriz ofertada pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Entretanto, o exame do processado permite concluir que não houve, no presente caso, ofensa à esfera moral do laborista de molde a ensejar a indenização vindicada.

De fato, são princípios fundamentais da República os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, sendo inoldíváveis, ainda, as dificuldades que assolam os trabalhadores em face do desemprego decorrente das despedidas imotivadas. Entretanto, a dor moral que advém de tal situação que, não se nega, é aflitiva e angustiante, não é passível de reparação pela recorrida, pois a estrutura social legislativa elegeu como direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir o empregado. Apenas quando excessos e abusos são cometidos, a indenização se impõe, inclusive, no plano moral.

No caso, não se vislumbra a ocorrência do suposto dano moral, pois nada há, nestes autos, a comprovar qualquer conduta discriminatória da empregadora e excessos ou supostos abusos quanto à dispensa imotivada do recorrente.

Outrossim, não há sequer indício de qualquer ato de perseguição e destituído de ética praticado pela empresa empregadora. Tampouco restou demonstrado o descaso, a indiferença ou o desprezo no tratamento dispensado ao reclamante.

O fato de o autor ter sido imotivadamente dispensado, ainda que aprovado em concurso público, constituiu controvérsia dirimida no item anterior e, por si só, não enseja a reparação pretendida, na medida em que, convém reiterar, a empregadora não se valeu de conduta abusiva e desrespeitosa capaz de macular

a imagem do laborista ou de expô-lo em situação vexatória e humilhante, não se olvidando, ainda, da descaracterização em juízo da pretendida reintegração ao emprego público.

Portanto, como se percebe, o efetivo dano, do qual decorre a indenização prevista na legislação civil e constitucional pátria, não ficou evidenciado nos autos, porquanto não configurada, neste específico caso, a presença concomitante dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Diante do exposto, não há dano moral indenizável pela ré, na hipótese. Desprovejo.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso. No mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, por maioria de votos, negou-lhe provimento, vencido o Ex.^{mo} Desembargador Revisor.

Belo Horizonte, 16 de março de 2011.

DENISE ALVES HORTA
Desembargadora Relatora

TRT-03366-2010-000-03-00-4-MS
Publ. no "DE" de 08.04.2011

IMPETRANTE: MONALISA OLIVEIRA DE CASTRO
IMPETRADO: JUIZ DA 5ª VARA DO TRABALHO DE UBERLÂNDIA
LITISCONSORTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

EMENTA: IMPENHORABILIDADE DE BENS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. Seja pela ofensa a direito líquido e certo à impenhorabilidade do veículo objeto do mandado de penhora, por se tratar de ferramenta de trabalho de deficiente físico (inciso V do artigo 649 do CPC); seja pela proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, inserto na Carta Magna no bojo dos princípios fundamentais do Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III), que deve iluminar toda interpretação jurídica; seja pela necessidade de inserção permanente do deficiente físico no mercado de trabalho, na esfera pública ou privada, hoje objeto de proteção constitucional e de legislação que impõe preenchimento mínimo de vagas destinadas a tais cidadãos (v.g. inciso XXXI do art. 7º da CF/88; inciso VIII do art. 37; Lei n. 8.112/90, art. 5º, § 2º; art. 93 da Lei n. 8.213/91 e Decreto n. 3.298/99), a ordem vergastada deve ser afastada.

RELATÓRIO

Monalisa Oliveira de Castro impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz da 5ª Vara do Trabalho de Uberlândia que, nos autos do processo n. 00143-2006-134-03-00-4, expediu mandado de citação e penhora, determinando também que a impetrante indicasse o local onde estaria o veículo de placa GVV-1528, para que fosse penhorado, sob pena de ser lançada restrição geral no sistema RENAJUD, de forma a impedir sua circulação e consequente apreensão pela autoridade policial que o encontrasse, além de aplicação de multa por ato atentatório à justiça.

A impetrante relatou, em suma, figurar como ré em processo de execução fiscal instaurado para cobrança de multa administrativa aplicada em virtude de descumprimento de preceito da CLT, quando atuava como sócia de uma panificadora, sendo que a dívida remonta ao ano de 1998.

Relata também que, em sede de exceção de pré-executividade, o MM. Juízo determinou que a impetrante, 3ª executada, fosse intimada para informar a exata localização do veículo Ford KA, sob pena de ser lançado impedimento no RENAJUD e de ser aplicada a multa. E, não atendida a ordem, mandou expedir mandado de penhora do bem, que, se não encontrado, redundaria na advertência do oficial de justiça nos termos daquela decisão.

Alegou, por fim, que o bem é impenhorável, porque se trata de instrumento de trabalho capaz de viabilizar sua atividade profissional, porquanto é portadora de necessidades especiais e trabalha em mais de um emprego, sendo eles distantes de sua residência. Diz que a utilização do automóvel é imprescindível e constitui fonte de rendimentos, que garante o seu sustento e do filho menor.

Requer a concessão da segurança liminar, para suspender a execução do mandado de penhora e avaliação (f. 157).

Admitido o processamento da inicial, o pedido liminar foi deferido - f. 83/85.

A ilustre autoridade apontada como coatora prestou as informações de f. 107/108.

O Ministério Público do Trabalho opinou pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar concedida - f. 133/135.

É o relatório.

VOTO

Admissibilidade

Conheço da ação mandamental, ajuizada própria e tempestivamente.

Mérito

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança contra ato do MM. Juiz da 5ª Vara do Trabalho de Uberlândia que, nos autos do processo n. 00143-2006-134-03-00-4, expediu mandado de citação e penhora, determinando também que a impetrante indicasse o local onde estaria o veículo de placa GVV-1528, para que fosse penhorado, sob pena de ser lançada restrição geral no sistema RENAJUD, de forma a impedir sua circulação e consequente apreensão pela autoridade policial que o encontrasse, além de aplicação de multa por ato atentatório à justiça.

Foi esse o teor da decisão prolatada pela autoridade impetrada:

Dirija-se à Rua [...] e proceda à penhora e avaliação do veículo Ford/KA GL, ano/modelo 2000, placa GVV 1528 [...]. Caso o veículo não seja encontrado, deverá o Sr. Oficial de Justiça advertir o reclamado de que terá 05 dias para informar sua exata localização nos autos, sob pena de ser lançada no sistema RENAJUD restrição geral com relação ao mesmo (o que impedirá sua circulação, transferência e acarretará a apreensão pela autoridade policial em qualquer lugar em que seja encontrado). Havendo alegação de transferência de propriedade, deverá o reclamado informar a data da compra-venda, o nome e endereço completo do novo proprietário. (f. 17)

Note que a impetrante sustentou que o veículo é impenhorável, porque se trata de instrumento de trabalho capaz de viabilizar sua atividade profissional, porquanto portadora de necessidades especiais e por exercer atividades em instituição de ensino público, distante da residência. Assim, como fonte de rendimento que garante sustento seu e de seu filho menor, não poderia ser expropriada dele.

Com efeito, a documentação colacionada aos autos pela impetrante confirma suas alegações.

Foi juntada declaração da empresa Tempo Serviços informando que labora com carga horária de 36 horas desde 01.12.2006 como operadora de suporte de atendimento na parte da tarde; declaração da Escola Estadual Enéias Vasconcelos, assinada pela Diretora MASP 1.132.270-8, que atesta que a impetrante é professora de Português, carga horária de 20 horas pela manhã; cópia dos documentos autuados na ação de execução fiscal, dentre eles um atestado médico expedido em fevereiro de 2009 firmado por profissional médico no sentido de que a autora tem lesão do plexo braquial esquerdo com paraplegia e paraparesia do MSE (membro superior esquerdo) CID G 54-0, resultante de acidente motociclístico ocorrido em 16.07.1994 que redundou em patologia neurológica definitiva, além de um atestado de óbito e outro de nascimento que comprovam que, em 09.12.2004, faleceu o pai de seu filho menor, este nascido em 30.10.1996, aquele contando com 28 anos de idade.

De ordinário, a ordem de penhora de bem móvel não contém em si a potencialidade de ameaça de ofensa a direito líquido e certo de não-impenhorabilidade de determinado bem, principalmente se o devedor é réu em ação de execução fiscal e cujo título foi objeto de execução de pré-executividade julgada improcedente, com trânsito em julgado.

Não obstante, quando as circunstâncias demonstradas nos autos da ação mandamental conduzem à percepção de que o bem objeto da ameaça de gravame é mesmo impenhorável, nos termos do inciso V do artigo 649 do CPC, e sabido que, no processo trabalhista, inexistente recurso imediato para atacar tal ordem, abre-se espaço para exame de legalidade da ordem impetrada.

Não se olvide de que, na forma do artigo 5º da Lei n. 12.016/09, não se concederá mandado de segurança quando se tratar: “[...] II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”, o que não é a hipótese presente, eis que a ordem não foi, nem poderia ser objeto de insurgência imediata, dado seu caráter interlocutório e sem qualquer definitividade.

Mas, uma vez exarada a ordem, corporifica-se a tese de ameaça de direito líquido e certo à impenhorabilidade do veículo, pela virtual ilegalidade nela contida

(inciso V do artigo 649 do CPC), demandando desde já a proteção do direito líquido e certo ofendido, pela via mandamental.

A propósito, a 1ª Seção Especializada deste Tribunal já teve oportunidade de examinar outros feitos, em circunstâncias similares:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA. INCIDÊNCIA SOBRE CONTA-POUPANÇA. Fere direito líquido e certo do impetrante determinação de penhora ou bloqueio de valores, quando incidente sobre conta-poupança e não observado o limite de 40 salários mínimos, por se tratar de bem absolutamente impenhorável, conforme artigo 649, inciso X, do CPC. Segurança concedida.

(Processo 01412-2009-000-03-00-7 MS - Data de Publicação 04.12.2009 - Órgão Julgador 1ª Seção Espec. de Dissídios Individuais - Relatora Maria Laura Franco Lima de Faria - Revisor José Murilo de Moraes)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTRIÇÃO JUDICIAL SOBRE BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL. O art. 649/CPC dispõe, em seu inciso IX, que são absolutamente impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social.

(Processo 00989-2008-000-03-00-0 MS - Data de Publicação 12.12.2008 - Órgão Julgador 1ª Seção Espec. de Dissídios Individuais - Relator Paulo Roberto de Castro - Revisor Anemar Pereira Amaral)

A impetrante, ré na ação de execução fiscal, demonstrou que tem acometimento funcional permanente, com paraplegia e paraparesia do braço esquerdo (MSE - membro superior esquerdo), conforme laudo médico colacionado, o que não a impede de exercer dupla profissão - a de professora de português na rede pública e de operadora de suporte de atendimento em empresa de prestação de serviços, decerto para aumentar seus ganhos.

O acometimento funcional do seu organismo e a condição de necessidade especial para dirigir - e na mesma linha de se locomover para o trabalho, dada à deficiência do transporte público adaptado ao portador de necessidades físicas - estão estampados na sua carteira de habilitação, onde se lê no campo observações: "CEE VEIC ADAP DIRE HID COM DISP ESFÉRICO AÇÃO AO VOLANTE E CÂMBIO AUTOMÁTICO" (f. 45).

Logo, no caso em apreço, o veículo que a transporta ao trabalho consubstancia ferramenta de trabalho, uma vez que o sistema de transporte público, repete-se, é conhecidamente falho em relação ao deficiente físico, tema esse objeto de recorrentes manifestações públicas e reportagens veiculadas na mídia nacional.

E não se diga que a ordem exarada, após efetivada a penhora, poderia ser discutida em posteriores embargos à penhora, o que pode sugerir a impossibilidade de tramitação do mandado de segurança, porque a urgência da medida não se adequa bem a esse raciocínio.

Veja-se que, se a impetrante refutar-se à apresentação do bem à penhora, sofrerá outra constrição, imediata, pela inscrição no cadastro geral de impedimentos do RENAJUD, o que, além de ter os mesmos efeitos, acresce outro de ofensividade também imediata, qual seja a impossibilidade de circulação no tráfego, o que a despojará de sua ferramenta de trabalho, desde logo.

Assim, seja pela ofensa a direito líquido e certo à impenhorabilidade do veículo objeto do mandado de penhora, por se tratar de ferramenta de trabalho de deficiente físico (inciso V do artigo 649 do CPC); seja pela proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, inserto na Carta Magna no bojo dos princípios fundamentais do Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III), que deve iluminar toda interpretação jurídica; seja pela necessidade de inserção permanente do deficiente físico no mercado de trabalho, na esfera pública ou privada, hoje objeto de proteção constitucional e de legislação que impõe preenchimento mínimo de vagas destinadas a tais cidadãos (v.g. inciso XXXI do art. 7º da CF/88; inciso VIII do art. 37; Lei n. 8.112/90, art. 5º, § 2º; art. 93 da Lei n. 8.213/91 e Decreto n. 3.298/99), a ordem vergastada deve ser afastada.

Porque, retirada a ferramenta, estar-se-ia ameaçando o próprio trabalho de quem mais luta para o conquistar.

E note-se que, na hipótese presente, embora o crédito buscado detenha caráter também privilegiado (multa administrativa de natureza fiscal, sendo exequente a União Federal), não supera o privilégio que se confere aos rendimentos recebidos do trabalho, de natureza alimentar, questão que permeia toda a discussão de fundo da medida urgencial.

E, para arrematar, entendo que a possibilidade de controvérsia sobre o tema da impenhorabilidade do bem em si não obsta o manejo da ação mandamental, nos termos da Súmula n. 625 do STF, *in verbis*: “625. Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”

Logo, tenho que a ordem de penhora, com apresentação do bem móvel indicado (veículo Ford/KA GL, ano/modelo 2000, placa GVU 1528), sob as penas de inscrição de impedimento geral no RENAJUD e de aplicação de multa, afigura-se ilegal, razão pela qual deve ser confirmada a liminar deferida e concedida a segurança, para desconstituir a penhora de f. 178/179 dos autos principais (f. 157 destes autos), nos termos das informações da d. autoridade apontada como coatora.

CONCLUSÃO

Conheço da ação e, no mérito, concedo a segurança requerida para desconstituir a penhora de f. 178/179 dos autos principais (f. 157 destes autos), tornando definitiva a liminar concedida. Custas de R\$76,60 pela União, isenta.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Região, por sua 1ª Seção Especializada de Dissídios Individuais, por unanimidade, conhecer da ação e, no mérito, conceder a segurança requerida para desconstituir a penhora de f. 178/179 dos autos principais (f. 157 destes autos), tornando definitiva a liminar concedida. Custas de R\$76,60 pela União, isenta.

Belo Horizonte, 31 de março de 2011.

VITOR SALINO DE MOURA EÇA
Juiz Relator Convocado

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00560-2010-050-03-00-4*

Data: 26.01.2011

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE BOM DESPACHO - MG

Juiz Titular: VALMIR INÁCIO VIEIRA

Aos vinte e seis dias do mês de janeiro do ano de 2011, às 17h00min, na sede da Vara do Trabalho de Bom Despacho/MG, tendo como titular o MM. Juiz do Trabalho Dr. VALMIR INÁCIO VIEIRA, realizou-se audiência de julgamento da ação civil pública ajuizada por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de LDC BIOENERGIA S/A, relativa a terceirização ilícita etc., no valor de R\$10.000.000,00.

Aberta a audiência, foram, de ordem do MM. Juiz Titular, apregoadas as partes. Ausentes.

A seguir, o MM. Juiz Titular prolatou a seguinte decisão:

Vistos etc.

Ainda que lícitos, os contratos civis de terceirização trabalhista na atividade-meio da empresa terceirizante são informados pelo disposto nos arts. 421 e 422, ambos do Código Civil.

A ação civil pública é propícia para a anulação de cláusulas, expressas ou tácitas, que destinam exclusivamente às empresas terceirizadas a gestão de itens de saúde e segurança ocupacional com infringência ao mínimo existencial dos trabalhadores terceirizados.

Hipótese de configuração de abuso de direito por parte da empresa terceirizante claramente demonstrada, em especial porque, como se leciona na obra *Trabalhador informal: Direito à saúde: Responsabilidade civil do tomador de serviços*, São Paulo: LTr, 2010. p. 202/203, [...] na verificação, quanto ao cumprimento, ou não, da função social de determinado contrato que envolva terceirização lícita de mão de obra, a análise deve estar focada não apenas no círculo privado dos contraentes, isoladamente considerados, mas nos efeitos exteriores, ou seja, se tais efeitos contribuem de forma salutar para o bem comum [...], com o respeito à dignidade humana daqueles trabalhadores sobre os quais incidirão os efeitos da contratação.

I - RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuíza ação civil pública em face de LDC BIOENERGIA S/A, ambos qualificados nos autos. Sustenta, em resumo, que: em abril de 2007 foi instaurado procedimento prévio investigatório em face da ré, tendo sido constatadas diversas irregularidades, sendo lavrados doze autos de infração; na sequência, foi proposta a assinatura de termo de ajustamento de conduta, ao que a investigada se manifestou em sentido contrário, tendo sido efetivada nova fiscalização em novembro de 2007, ocasião na qual foram lavrados quatro autos de infração; posteriormente, em fiscalização realizada em outubro de 2008, foram constatadas novas irregularidades e lavrados mais três autos de

* Sentença publicada no "Notícias Jurídicas".

infração; diante da grave situação local e da existência de terceirização ilícita, o autor e o Ministério do Trabalho e Emprego iniciaram, em 09.11.2009, operação especial de fiscalização e combate ao trabalho escravo e degradante na demandada; nesta última fiscalização foram encontradas diversas irregularidades trabalhistas relativamente às condições de saúde, medicina e segurança no trabalho, bem como a prática de terceirização ilícita, sendo lavrados quarenta autos de infração e emitido termo de interdição relativo a operações de corte mecanizado de cana-de-açúcar e aplicação de adubos; em fevereiro de 2009 a ré novamente se recusou a assinar termo de ajustamento de conduta; a ré terceiriza ilicitamente a atividade-fim da empresa, com grave precarização das condições de trabalho; invoca parte do relatório de fiscalização elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no qual constam depoimentos de testemunhas ouvidas durante a fiscalização; invoca as normas de higiene, medicina e segurança do trabalho e colaciona jurisprudência acerca do tema; transcreve outros itens do relatório emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no qual foi constatada a existência de risco grave e iminente capaz de causar acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, diante das precárias condições de saúde e segurança dos trabalhadores terceirizados; dito relatório traz em seu bojo constatações no sentido da inexistência de fornecimento aos trabalhadores de água potável em condições higiênicas, ausência de instalações sanitárias nas frentes de trabalho, ausência de abrigos nas frentes de trabalho, precário fornecimento de local e recipiente para guarda e conservação das refeições em condições higiênicas, ausência de comprovação da elaboração e implementação de medidas de gestão de segurança, saúde e meio ambiente do trabalho, nos moldes da NR-31 e, ainda, ausência ou precariedade das medidas de proteção pessoal, como fornecimento de EPIs, bem como ausência de medidas de proteção ergonômica e de manutenção de maquinário; transcreve outra parte do mesmo relatório de fiscalização, destacando irregularidades relativas à jornada de trabalho, existência de jornada *in itinere* sem a devida contraprestação pecuniária, prática de horas extras acima dos limites permitidos pela legislação trabalhista, ausências de pausas para descanso, conforme definidas em lei; salienta que, em dito relatório, foram constatadas, também, falhas nos atributos relativos ao pagamento salarial; existiu dano de natureza coletiva, de modo que deverá a ré ser condenada a pagar a indenização respectiva; pugna pela concessão de medida liminar, ante a caracterização do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, para que a ré cumpra as obrigações de fazer e não fazer que indica. Em consequência, formula os pedidos inscritos às f. 108/114. Atribui à causa o valor de R\$10.000.000,00. Junta aos autos os documentos de f. 116/1.857 e 8.993/9.004.

A liminar de antecipação de tutela é indeferida (f. 1.859).

A ré, regularmente notificada, apresenta defesa escrita, nos termos de f. 1.938/2.159. Aduz, preliminarmente, em síntese, que: a Justiça do Trabalho é absolutamente incompetente para a apreciação e julgamento da presente ação; o pedido é juridicamente impossível, diante da inobservância do artigo 472 do CPC, uma vez que não estão incluídas no polo passivo as empresas terceirizadas; é juridicamente impossível o pedido para que a contestante se abstenha de admitir ou manter empregado sem registro; há falta de interesse processual do autor, diante da existência de pedido genérico, uma vez que na inicial o que se requer é que a

contestante se abstenha de descumprir legislação; devem ser extintos sem resolução de mérito os pedidos cumulados de obrigações de fazer e indenização; a petição inicial é inepta relativamente aos pedidos de itens 01 e 29 a 32, porque genéricos e sem indicação de causa de pedir; a petição inicial é inepta relativamente aos pedidos inscritos nos itens 06 e 07, porque incompatíveis entre si; é inepta a inicial, ainda, com relação aos pedidos inscritos nos itens 18 e 19, porque idênticos, o que também ocorre com o item 17 em relação aos itens 9, 12, 24 e 29 a 32; o processo deve ser extinto diante da inadmissibilidade da ação civil pública no Direito do Trabalho; o processo deve ser extinto sem resolução do mérito diante, ademais, da inexistência de norma regulamentadora do exercício da ação civil pública, bem como diante da ilegitimidade ativa e inexistência de interesse específico do Ministério Público do Trabalho para a propositura da presente ação; a contestante é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, diante da ausência de vínculo empregatício com os trabalhadores indicados nos autos de infração; impugna o valor dado à causa. No aspecto meritório, aduz, em suma, que: é responsável por cerca de 40% da arrecadação de impostos do Município de Lagoa da Prata, gerando milhares de empregos diretos e indiretos; a contratação de prestadores de serviços para a realização de atividades especializadas, ou seja, atividades realizadas com máquinas agrícolas, é lícita; a contestante contratou prestadores de serviços para atividades que exigem equipamentos especializados e sua respectiva manutenção, visando ao aumento da qualidade dos serviços, sendo que não se deve confundir atividades essenciais com atividade-fim; a contestante se utiliza tão-somente de empresas idôneas e detentoras de solidez para lhe prestar serviços; o fato de alguns ex-empregados terem demonstrado interesse em adquirir maquinário e iniciar os próprios negócios não indica pessoalidade, mas, sim, que a empresa incentivou a independência econômica destes, fomentando a economia e a criação de novas empresas, passíveis de expansão; o autor desprezou o princípio básico de que os atos de fiscalização gozam de presunção relativa de veracidade, a qual pode ser elidida por prova em contrário; a fiscalização violou princípios constitucionais e da legislação trabalhista ao entender pela existência de vínculo de emprego entre sócios e empregados de empresas prestadoras de serviços e a contestante; inexistem os requisitos ensejadores da relação de emprego, especialmente a pessoalidade, exclusividade e onerosidade; a interdição havida na empresa foi arbitrária e descabida; não foi observado o critério da dupla visita dos auditores fiscais e estes deixaram de atuar as empresas prestadoras de serviços, não podendo a requerida responder por atos não praticados por ela; a contestante registra os contratos de trabalho de todos os seus empregados, os quais têm as jornadas de trabalho corretamente registradas; o procedimento adotado pela contestante em relação às horas *in itinere* está amparado por acordo coletivo de trabalho, o qual não pode ser desconsiderado; eventual prorrogação de jornada se dá em conformidade com a legislação que rege a matéria e nos termos dos acordos coletivos de trabalho firmados com o sindicato da categoria profissional; os intervalos intrajornada e interjornada são respeitados, bem como o gozo do descanso semanal remunerado e pausas de dez minutos para descanso; as horas extras prestadas por seus empregados são corretamente quitadas, sendo que o pagamento dos salários é procedido até o 5º dia útil; a fiscalização não demonstrou a existência de diferença salarial entre

empregados, nos moldes do artigo 461 da CLT; a requerida sempre cumpriu todas as obrigações referentes à saúde, higiene, medicina e segurança no trabalho; os procedimentos de segurança adotados pela contestante devem ser cumpridos por seus empregados, bem como pelos prestadores de serviços; mantém Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA - e Programa de Controle Médico da Saúde Ocupacional - PCMSO -, além de outros que visam à melhoria das condições de trabalho; oferece treinamento para uso de máquinas e equipamentos por instrutor qualificado; mantém política de rigorosa fiscalização e punição das empresas prestadoras de serviços, em caso de descumprimento de normas de segurança; cumpre suas obrigações relativas à realização de exames periódicos, admissionais, demissionais, de retorno, de mudança de função e ASOs; disponibiliza materiais necessários aos primeiros socorros em caso de acidentes ou mal súbito; sempre forneceu EPIs adequados aos riscos existentes; sempre disponibilizou instalações sanitárias em todas as frentes de trabalho no campo; sempre forneceu gratuitamente a seus empregados marmitas térmicas individuais para guarda e conservação de alimentos; possui áreas de vivências para proteção dos empregados contra eventuais variações climáticas; disponibiliza água potável e fresca, em recipientes adequados e condições higiênicas, em quantidade suficiente, além de copos individuais; não há que se falar em violação de direitos coletivos dos trabalhadores, restando prejudicado o pedido de indenização, mesmo porque não há qualquer pronunciamento judicial que declare ilícita a conduta da requerida; ausentes os requisitos para concessão do pedido liminar; pugna pela improcedência da ação. Junta aos autos os documentos de f. 2.170/8.913.

Os requerimentos formulados, às f. 1.864 e seguintes, pelas empresas Cláudio Dias de Castro e Cia. Ltda. - ME e Thiago Daniel Macedo Silva - ME, no sentido da intervenção no processo, como terceiros interessados, são indeferidos por este Juízo (f. 9.005).

O autor apresenta impugnação à defesa e aos documentos, sendo que se manifesta acerca da impugnação ao valor atribuído à causa às f. 8.922/8.923.

Colhem-se os depoimentos do preposto e de quatro testemunhas (f. 9.037/9.043).

As partes apresentam razões finais escritas (f. 9.054/9.062 e f. 9.063/9.096, respectivamente), sendo que a ré apresenta complemento de forma verbal (f. 9.104).

Sem outras provas, já tendo sido aberto o 46º volume do processo, é encerrada a instrução.

Não há acordo.

II - FUNDAMENTOS

1 - Preliminarmente

1.1 - Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho

Rejeita-se.

Consoante a nova redação do art. 114 da Constituição Federal (Emenda Constitucional n. 45/2004), compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (inciso I) e também de outras controvérsias

decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (inciso IX), de modo a abarcar a matéria objeto da presente ação civil pública.

Nesse mesmo diapasão, já se posicionou o STF, segundo ilustrativo aresto, lavrado sob a seguinte ementa:

Competência. Ação Civil Pública. Condições de Trabalho. Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.

(STF-RE n. 206.220-1, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., 16.03.99, *apud* MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 104)

Incide, ademais, o entendimento consubstanciado na Súmula n. 736 do STF, segundo o qual compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde do trabalhador.

Nas palavras de Raimundo Simão de Melo,

[...] sempre que se tratar de conflito decorrente das relações de trabalho, envolvendo questões ambientais em face do empregador ou tomador de serviços, a competência para apreciar Ação Civil Pública correspondente será da Justiça do Trabalho, por força do que dispõe a Constituição Federal (art. 114, *caput*) e agora reconhece a jurisprudência dos Tribunais trabalhistas e do STF. (obra citada, p. 104)

Noutro giro, tem-se como improsperável o argumento expendido na peça contestatória no sentido de que

[...] qualquer obrigação de fazer ou não fazer que implique alteração ou até mesmo rescisão na relação comercial existente entre a requerida e os respectivos prestadores de serviços especializados, somente poderia ser dirimida pela Justiça Comum, única competente para apreciação da matéria.

Isso porque o vínculo material correspondente à prestação de serviços pelos trabalhadores terceirizados à empresa terceirizante atrai, indubitavelmente, a competência material desta Justiça Especializada também neste específico foco invocado na peça contestatória. Basta rememorar que a responsabilização subsidiária, relativamente a parcelas trabalhistas em sentido estrito, prevista na Súmula n. 331 do C. TST, implica evidentes reflexos no contrato civil (ou na relação comercial respectiva, na linguagem da peça contestatória) existente entre empresa terceirizante e empresa terceirizada, com a respectiva competência da Justiça do Trabalho no que diz com semelhante aspecto (nesses casos, aliás, esta Justiça Especializada busca no patrimônio da empresa terceirizante, uma vez frustrada a tentativa em relação à devedora principal, a satisfação do crédito trabalhista, independentemente e até mesmo contrariamente ao estabelecido no contrato civil de terceirização trabalhista celebrado entre tais empresas).

1.2 - Impossibilidade jurídica do pedido

No caso concreto, está cristalina a possibilidade jurídica do pedido, máxime porque não há, *a priori* e em abstrato, proibição no ordenamento jurídico pátrio a que se instaure relação jurídico-processual em torno das pretensões do autor. Ao contrário, conforme os incisos I a V do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, incluem-se no objeto da ação civil pública a tutela dos direitos metaindividuais, a preservação do meio ambiente do trabalho e o respeito irrestrito às normas de proteção ao trabalho (o que corresponde à abstenção de descumprir Lei Federal e Norma Regulamentadora, inclusive) dentre as quais as que compõem o mínimo existencial dos trabalhadores terceirizados no tocante à saúde e à segurança ocupacional. Todos os pedidos formulados na inicial, destarte, estão previstos como possíveis no ordenamento jurídico pátrio, impondo-se a análise meritória dos mesmos.

Noutro norte, não se diga que o pedido seria juridicamente impossível diante da alegada ausência de observância do artigo 472 do CPC. Nesse sentido, quanto ao aspecto de a ação civil pública influenciar a atividade de terceiros (como a dos atuais e dos novos prestadores de serviços) explica Raimundo Simão de Melo:

No processo civil tradicional, destinado à solução dos conflitos interindividuais, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (CPC, art. 472). Essa regra, com efeito, não se adapta por completo às necessidades e peculiaridades inerentes à solução dos conflitos de interesses metaindividuais. Assim, as decisões proferidas nas ações coletivas projetam seus efeitos em relação a todos (Lei n. 4.717, art. 18 - Lei da Ação Popular; Lei n. 7.347/85, art. 16 - Lei da Ação Civil Pública e Lei n. 8.078/90, incisos e parágrafos - CDC), o que significa uma ruptura com o princípio tradicional insculpido no CPC. (Obra citada, p. 318-319)

Insta salientar, a propósito, que, conforme será exposto nos fundamentos meritórios da presente decisão, o causador do dano ao meio ambiente do trabalho (porque o único que adotou comportamento definido como abuso de direito) foi a ré e não qualquer das empresas terceirizadas por ela contratadas. De modo que não há que se falar, no caso vertente, em litisconsórcio passivo necessário.

Acresce relevar, por derradeiro, que, no contexto dos autos, não é juridicamente impossível o pedido que diz respeito a não permitir que trabalhadores atuem no meio ambiente do trabalho sem registro, uma vez que todos os aspectos de saúde e segurança ocupacional que ocorrem no interior da planta onde os trabalhadores terceirizados realizam atividades estão (ou podem estar) sob o controle da ré, na qualidade de empresa terceirizante, em especial porque os locais das frentes de trabalho são livremente escolhidos por esta. E o mesmo raciocínio se aplica ao pedido no sentido de que a ré preste esclarecimentos, que digam respeito ao mesmo meio ambiente do trabalho, ao Auditor Fiscal do Trabalho.

Seja por um aspecto ou outro, impõe-se rejeitar a preliminar de extinção do processo, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

1.3 - Ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual do Ministério Público do Trabalho

Em consonância com o disposto no inciso III do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, toda vez que o Ministério Público do Trabalho entender que, em casos concretos, está havendo desrespeito a direitos sociais constitucionalmente garantidos, estará legitimado ativamente a propor ação civil pública, como ocorre no caso dos autos. Ademais, no que se refere à defesa de interesses individuais homogêneos, a sua legitimação ativa está prevista na Lei n. 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Seu interesse processual, no caso dos autos, está, igualmente, presente, diante da clara necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção dos vários resultados pretendidos.

No particular, releva destacar que, como é cediço, no sistema da ação civil pública a sentença tem eficácia *erga omnes*, alcançando todo o grupo interessado, sem a participação direta e efetiva de seus componentes individualmente considerados, sendo que eventual acolhimento do entendimento de que direitos difusos, sociais, coletivos em sentido estrito ou mesmo individuais homogêneos estão sendo ou foram violados, implicará a procedência da ação civil pública proposta, sendo que do contrário impor-se-á a improcedência da ação, inclusive no que se refere a pedidos de reconhecimento de vínculo empregatício direto entre trabalhadores terceirizados e a empresa terceirizante, de abster-se de admitir ou manter empregado sem registro, de cumprimento de direitos trabalhistas como o pagamento de salários, de anotação de CTPS, dentre outros.

Rejeitam-se, destarte, as preliminares em tela.

1.4 - Ilegitimidade passiva da ré

A preliminar em exame é improsperável, uma vez que a legitimidade passiva exsurge da mera possibilidade de ser a ré condenada ao cumprimento da pretensão formulada pelo autor. Ela deve, em tese, por força da ordem jurídica material, adequadamente, suportar eventuais consequências da demanda, uma vez que está indicada como participante, na qualidade de sujeito, das relações jurídicas de direito material trazidas à colação na inicial.

Cumpra trazer à colação, por oportuno, o entendimento jurisprudencial a respeito do tema:

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - CONFIGURAÇÃO. Consoante lição do eminente jurista Humberto Theodoro Júnior, 'legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.' (Grifou-se) (*in Curso de direito processual civil*, 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993. v. I, p. 57). Ser ou não o réu responsável pelo cumprimento da obrigação pretendida pelo autor, é questão de mérito que não se confunde com a sua legitimidade em figurar no polo passivo da demanda. A legitimidade passiva exsurge da mera possibilidade, pela relação jurídica havida entre as partes, de ser o réu condenado ao cumprimento da pretensão formulada pelo autor. (TRT 3ª Região, Processo RO - 3.973/00, Quarta Turma, Relatora Convocada Rosemary de Oliveira Pires, Data de Publicação: 23.09.2000)

Ademais, não se deve olvidar de que a legitimação passiva, na ação civil pública, como explica Laura Martins Maia de Andrade, “[...] é ocupada pelo causador do dano ou o autor da ameaça de dano ao bem tutelado”, sendo que “[...] a legitimação passiva não se limita ao empregador, estendendo-se a outros, inclusive incumbidos da fiscalização do meio ambiente, quando não o preservem” (*In Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 156).

Por derradeiro, tem-se como improsperável a tese da ré no sentido da extinção do processo, sem resolução do mérito, por não ter o autor incluído no polo passivo todas as usinas de açúcar e álcool do país. Isso porque a presente lide se restringe ao meio ambiente do trabalho ligado à ré, a qual foi fiscalizada e autuada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e apontada como causadora de dano ao meio ambiente do trabalho, na planta de sua propriedade, relativamente à coletividade dos trabalhadores terceirizados, sendo a única, nessa ótica, a ocupar, legitimamente, o polo passivo da presente relação jurídico-processual. Nesse sentido, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário de qualquer outra empresa.

É inelutável, destarte, a rejeição da preliminar em tela.

1.5 - Inépcia de pedidos inscritos na inicial

Ao contrário do alegado pela ré, a peça de ingresso traz a inequívoca conclusão de que, na hipótese dos autos, o § 1º do art. 840 da CLT e o art. 282 do CPC foram satisfeitos em todos os seus requisitos. De sua análise, denota-se uma exposição dos fatos dos quais resulta a lide e todos os fundamentos dos pedidos, não havendo que se falar em pedido genérico ou ausência de causa de pedir ou pedido.

Insta salientar, de qualquer forma, que incide, em concreto, o disposto no art. 128 do CPC.

Ademais, a ré contestou os pedidos de forma exaustiva, o que demonstra que a inicial, da forma como aviada pelo autor, possibilitou a apresentação de defesa útil, nos termos do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Insta salientar, outrossim, que os itens “2” a “33” da inicial são todos diferentes entre si, porque com alcances diversos, de modo que não se verifica, no aspecto, qualquer *bis in idem* a ensejar inépcia da inicial.

Por derradeiro, não se diga que deveriam ser extintos sem resolução de mérito os pedidos cumulados de obrigações de fazer e indenização (com a resolução do processo sem julgamento do mérito no particular, como equivocadamente requerido às f. 1.970/1.971).

Isso porque o art. 3º da Lei n. 7.347/1985, o qual se refere a cada tema especificamente¹, não impede, como esclarece José dos Santos Carvalho Filho, a cumulatividade de tais tipos de pedidos:

¹ E, nesse sentido, não se deve olvidar de que pretensão ao pagamento de danos morais coletivos corresponde, obviamente, a tema diverso e autônomo de pretensão que objetiva o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer.

Reza o artigo sob comento que a ação civil pública pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. No texto parece estar, à primeira vista, uma alternativa a ser enfrentada pelo autor: ou formula pedidos de condenação em dinheiro, ou pleiteia que seja cumprida obrigação de fazer ou não fazer. A alternativa da lei, todavia, não impede a cumulatividade desses tipos de pedido. Dependendo da situação ofensiva ao interesse difuso ou coletivo que o autor pretenda coibir, pode ele pleitear o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer cumulado com o pedido indenizatório.

(In *Ação civil pública*: comentários por artigos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 46)

Nesse sentido, insta salientar, ainda, que a indenização por dano moral coletivo não se confunde com as obrigações de fazer e não fazer indicadas nos itens “2” a “33” da inicial e tampouco com as multas correspondentes a *astreintes*, porque, dentre outros aspectos, todas dotadas de naturezas jurídicas diversas.

Sob todos os ângulos, portanto, não há outro destino à preliminar em tela senão o da improcedência.

1.6 - Ação civil pública no Direito do Trabalho: inadmissibilidade e inexistência de norma regulamentadora do seu exercício

Dispõe a Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Já a Lei Complementar n. 75/93 regulamenta, em seu artigo 83, a competência do Ministério Público para promover ação civil pública perante a Justiça do Trabalho:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

Tais dispositivos legais, dentre outros, implicam a admissibilidade da ação civil pública também no âmbito do Direito do Trabalho e, de igual maneira, a existência de normas regulamentadoras do exercício de semelhante ação. E

nem poderia ser diferente, uma vez que a ação civil pública é remédio processual adequado a sanear irregularidades praticadas contra os trabalhadores, os terceirizados inclusive, sem o desgaste do ajuizamento de inúmeras reclamações trabalhistas pelos lesados, o que atende à moderna visão do processo como instrumento de prevenção e efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados.

São improsperáveis, destarte, as preliminares jungidas ao tema em tela.

1.7 - Irregularidades no que se refere ao procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público do Trabalho

Os argumentos expendidos pela ré ao aduzir a preliminar em tela dizem respeito ao mérito da ação e como tais, portanto, serão apreciados.

1.8 - Impugnação ao valor da causa

Rejeita-se, uma vez que a ré não demonstrou, por meio de indicação de elementos objetivos ensejadores do reexame do valor atribuído à causa, que a quantia estabelecida pelo autor não é a mais adequada ao pedido. No caso, tem-se que o valor atribuído à causa corresponde ao conteúdo econômico do pedido, dentro dos limites da razoabilidade.

2 - Mérito

2.1 - Da inexistência de terceirizações ilícitas; do dever da ré, ainda assim, de cumprir obrigações de fazer e não fazer indicadas nos itens “2” a “33” da inicial, relativamente aos trabalhadores terceirizados

Consoante o item III da Súmula n. 331 do C. TST, é lícita a terceirização trabalhista na atividade-meio da empresa terceirizante, já que “[...] não forma vínculo de emprego com o tomador de serviços a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

No caso dos autos, os próprios elementos de prova anexados à inicial revelam que as atividades desenvolvidas pelas empresas terceirizadas, equivale dizer, pelos trabalhadores terceirizados, correspondem a instrumental para a realização dos fins empresariais, mas não se confundem com estes, uma vez que o objeto social é aquele restritivamente indicado no art. 3º do estatuto social da ré (f. 766/786), ou seja, a produção, processamento e comercialização de produtos agrícolas, principalmente de cana-de-açúcar, o desenvolvimento de atividades agrícolas em terras próprias ou de terceiros, a produção e comercialização de fertilizantes e insumos agrícolas em geral, a compra, venda, importação e exportação de produtos de origem agrícola e seus derivados bem como de técnicas agrícolas, a prestação de serviços a terceiros; a geração e comercialização de energia; a participação em outras sociedades mercantis e civis, na qualidade de sócia ou acionista, no Brasil ou no exterior.

De qualquer forma, é mister salientar que existe sempre muita dificuldade na diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim empresarial.²

Paralelamente, cabe consignar que não há provas nos autos a demonstrar a existência de subordinação direta de todos os trabalhadores terceirizados à ré, empresa terceirizante. Os próprios elementos de prova anexados à inicial pelo autor indicam a existência de situações apenas pontuais onde dita subordinação ocorre em relação a grupos específicos de trabalhadores, sem que se possa concluir que essa circunstância se verifique relativamente a todos os empregados de todas as empresas terceirizadas, o que revela, em cada uma das situações pontuais citadas, não um direito coletivo ou difuso, senão um feixe de direitos individuais.

A existência de vínculo empregatício direto entre a ré e tais trabalhadores poderá, isso sim, ser objeto de reclamações trabalhistas específicas nas quais serão discutidos direitos individuais simplesmente, com a respectiva análise quanto à existência de labor em atividade-fim, subordinação direta e pessoalidade (art. 16 da Lei n. 7.347/1985).

Os contratos de terceirização de que tratam os autos, portanto, porque não provado labor de todos os trabalhadores terceirizados em atividade-fim e, bem assim, pessoalidade e subordinação direta de todos eles à ré, não correspondem a terceirizações trabalhistas ilícitas, de modo que o pedido inscrito no item “1” da inicial não procede em toda a sua extensão, mas apenas em extensão menor, como se verá a seguir.

² Conforme o ensinamento de Fernando Basto Ferraz, valendo-se, primeiramente, do magistério de Dárcio Guimarães de Andrade e de Mauro César Martins de Sousa, respectivamente:

Aparentemente, parece simples estabelecer a distinção entre atividade-fim e atividade-meio de uma empresa. Aquela está “[...] ligada diretamente ao núcleo da atividade empresarial, à finalidade precípua da empresa. Já a atividade-meio é toda aquela que não se dirige ao núcleo da atividade da empresa, sendo apenas caminho para alcançar a atividade final, não importando que a natureza dos serviços revele a necessidade permanente de trabalho”. Assim, “[...] a atividade-fim é aquela diretamente ligada ao núcleo da atividade empresarial. Já a atividade-meio não se concentra no núcleo da atividade do empreendimento, pois é apenas o caminho para se alcançar seu objetivo final”. A propósito, observa Sérgio Pinto Martins que a “[...] atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa, porém que não coincide com seus fins principais”, enquanto a “atividade-fim é aquela em que a empresa concentra seu mister, isto é, em que é especializada”. Ocorre, porém, que muitas vezes torna-se difícil ou mesmo impossível fazer essa distinção entre atividade-fim e atividade-meio, uma vez que a produção de alta tecnologia necessita de atividades polivalentes de trabalhadores, tornando sutil a identificação das tarefas normais ou principais dos empreendimentos contratantes. Nessa mesma linha de pensamento se posiciona José Martins Catharino, segundo o qual “[...] não é fácil, em muitas situações, precisar o que seja atividade-meio, não bastando dizer que não é atividade-fim. Valendo-se da noção de causa, pode ser dito que atividade-meio é o instrumental, necessária ao alcance da atividade-fim, a atividade última da empresa, nem sempre uma só”. Em função do fenômeno da terceirização ainda não está bem delimitado tal conceito. Há discordância considerável sobre o assunto entre os magistrados. (*In Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*, São Paulo: LTr, 2006. p. 243- 244)

Com efeito, não obstante o acima exposto, para o deslinde das demais questões trazidas à colação pelo autor na presente ação, ou seja, quanto à existência de dever da ré no sentido de cumprir obrigações de fazer e não fazer no tocante a direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados (o pedido inicial inclui esse aspecto), cinco indagações serão enfrentadas abaixo: a) Os pedidos indicados nos itens “2” a “33” da inicial correspondem todos ao mínimo existencial dos trabalhadores no tocante à saúde e à segurança no trabalho em sentido amplo? b) O mínimo existencial dos trabalhadores, no tocante à saúde e à segurança ocupacional, deve ser observado pelos particulares ao celebrar contratos de terceirizações trabalhistas? c) Nas terceirizações trabalhistas de que tratam os autos qual dos contratantes ficou contratualmente incumbido de exercer a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional mencionados nos itens “2” a “33” da inicial, e como exerceu, de fato, até a data do ajuizamento da presente ação civil pública, semelhante gestão? d) Incidem nos contratos civis de terceirização trabalhista as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato e, em caso positivo, dadas as circunstâncias do caso concreto, pode-se entender que, à luz das referidas cláusulas gerais, existiu abuso de direito por parte da ré por ter sido destinada, quando da celebração dos contratos de terceirização, a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional supramencionados exclusivamente às empresas terceirizadas? e) Qual a extensão da intervenção do Poder Judiciário trabalhista no caso concreto?

Releva destacar, nesse sentido, que, embora o autor, na presente ação, pretenda o mais, ou seja, a proibição de terceirizações trabalhistas levadas a efeito, este Juízo pode deferir o menos, ou seja, fixar o limite das referidas terceirizações trabalhistas no que se refere à cláusula definidora do contratante que detém a gestão de itens de saúde e segurança ocupacional aplicáveis aos empregados terceirizados, sendo que, no pertinente, revela-se despicienda a circunstância de não ter sido invocado pelo autor, na inicial, o cometimento de abuso de direito por parte da ré, uma vez que se aplica, em concreto, o conhecido brocardo jurídico “dá-me o fato; dar-te-ei o direito”.

Com efeito são invocados na inicial, como causa de pedir, a propósito do tema, relativamente aos trabalhadores terceirizados, os seguintes aspectos, dentre outros: existência de irregularidades trabalhistas sendo praticadas pela ré, objeto de autos de infração lavrados por Auditores Fiscais do Trabalho (f. 03/04); existência de BOPMs relativos a ocorrências de acidentes, inclusive com vítimas fatais (f. 04); existência de outras irregularidades trabalhistas independentemente do tema “terceirização ilícita” (f. 04); irregularidades referentes às condições de saúde, medicina e segurança do trabalho sendo praticadas pela ré, objeto de autos de infração lavrados por Auditores Fiscais do Trabalho (f. 05/07); existência de grave precarização do trabalho relativamente aos trabalhadores terceirizados (f. 07); existência de grave e iminente risco capaz de causar acidentes e doenças relacionados ao trabalho, com lesões graves à integridade dos trabalhadores (f. 07); reiteração desmedida da prática, pela ré e pelo grupo econômico do qual ela faz parte, de desrespeito aos direitos mínimos dos trabalhadores (f. 09); existência de séria precarização das condições de trabalho dos empregados atingidos pela fiscalização do trabalho e, bem assim, daqueles que futuramente possam ser contratados nas mesmas condições desses primeiros (f. 47); os fornecedores são

mero instrumento de transferência de responsabilidade, com a precarização das condições de trabalho (f. 50); ausência de tratamento idêntico ao dispensado aos empregados diretos da empresa terceirizante (f. 51); existência de um invólucro de contrato civil, o qual deverá ser afastado pelo juiz, determinando a prevalência das normas protetivas cogentes (f. 51); infringência, pela ré, de grande parte das Normas Regulamentadoras do MTE, além de desrespeito a outros dispositivos legais e constitucionais, como os incisos I e III do art. 157 da CLT e inciso XXXIII do art. 7º da CF (f. 52); descumprimento, pela ré, de obrigações referentes à saúde, higiene, conforto e segurança dos trabalhadores (f. 52); desprezo, pela ré, da vida e dignidade dos trabalhadores terceirizados (f. 77); existência de falhas nos atributos relativos à jornada de trabalho (f. 78), sendo que o legislador fixou limites à mesma com os olhos postos na saúde do trabalhador (f. 88); existência de falhas nos atributos relativos ao pagamento salarial (f. 92); ajuizamento da presente ação com o fito de coibir práticas ilícitas pela ré (f. 08), garantindo o direito dos trabalhadores terceirizados ao mínimo de dignidade com a qual qualquer ser humano merece ser tratado (f. 77); as normas violadas são de ordem pública, cogentes, imperativas, indisponíveis, assegurando direitos e meios de subsistência mínimos aos trabalhadores (f. 77); desrespeito às normas de segurança e medicina do trabalho, aliado à terceirização ilícita de atividades da ré, é que leva ao ajuizamento da presente ação civil pública (f. 78); existe interesse relevante consistente na salvaguarda da integridade e saúde, além da dignidade dos trabalhadores (f. 78).

Por partes:

a) Os pedidos indicados nos itens “02” a “33” da inicial correspondem todos ao mínimo existencial dos trabalhadores no tocante à saúde e à segurança no trabalho em sentido amplo?

A resposta a essa primeira indagação é, à evidência, positiva.

Tanto o direito à saúde no trabalho quanto o direito à segurança ocupacional correspondem a direitos humanos fundamentais.

Tais direitos são referidos nos arts. XXIII.1 e XXV.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e arts. 7 e 12.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário.

Quanto, ainda, ao direito à saúde, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil:

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas

sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Há, no pertinente, um inexorável entrelaçamento entre o direito à saúde e o direito à saúde no trabalho.³

Consoante o art. 6º da Constituição Federal, acima transcrito, o direito à saúde se trata de direito social que, em conjunto com os demais previstos no mesmo dispositivo legal, são direitos fundamentais da pessoa humana, imprescindíveis à manutenção da sua dignidade, em especial porque a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º da Constituição Federal) constitui bem jurídico também indissociável do direito à saúde.

Cabe assinalar, a propósito do tema, que a Constituição fixou, no art. 1º, II e III, e *caput* do art. 5º e seu § 2º, cláusula geral de tutela especificamente quanto à proteção da pessoa humana. O direito à saúde, nesse diapasão, por corresponder a direito fundamental, tem aplicação imediata, na forma do § 1º do mesmo art. 5º.

Ademais, relativamente à segurança no trabalho, dispõe o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna:

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

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Tais direitos humanos fundamentais devem ser interpretados em consonância com o superprincípio da dignidade da pessoa humana, o qual corresponde a conceito amplo e com múltiplos significados, assumindo conotações subjetivas e morais, entre outras. No campo do direito, pode-se afirmar, como ensina Antônio Junqueira Azevedo, que é princípio jurídico que impõe um primeiro dever, um dever básico, que é o de reconhecer a intangibilidade da vida humana, sendo que dele decorrem outros três, que hierarquicamente são: I - o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; II - consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; III - respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária (*in* artigo intitulado “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 797, março de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., p. 19).

³ Germano André Deoderlein Schwartz, a propósito, explica que:

Com base na doutrina e na legislação atual, podemos afirmar que os direitos afins ao direito à saúde são (sem excluir novos direitos que porventura surjam e sem querer ser taxativo): direito à proteção do meio ambiente [...]; direito ao trabalho e à saúde no trabalho [...]; direito à saúde física e psíquica [...].

(*In Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41)

Nesse contexto é que se visualiza claramente a existência de um “mínimo existencial” dos trabalhadores, empregados terceirizados inclusive, no tocante à saúde e à segurança ocupacional, com a característica de indisponibilidade absoluta.⁴

Confira-se, a propósito, a lição de Ana Paula de Barcellos, nos seguintes termos:

Certamente é corriqueiro que não haja consenso a respeito de muitos temas pontuais no âmbito da sociedade. No que diz respeito à dignidade humana, isso também acontece. Superado o núcleo básico do princípio, é natural que haja diferentes concepções do que significa a dignidade e de como ela pode ser alcançada. Entretanto, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna - e aí sequer se cogitará do problema -, ou simplesmente não se conhece mais a noção da dignidade.

(*in A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197)

No caso dos autos, todos, absolutamente todos os itens de saúde e segurança ocupacional cuja observância está sendo, com razão, postulada pelo autor nos itens “2” a “33” da inicial, estão enquadrados no referido “mínimo existencial” ou conteúdo mínimo da dignidade humana dos empregados terceirizados, já que são medidas tendentes à preservação da integridade física e psicológica de tais trabalhadores.

Pontua-se, a esta altura, que se deve fazer uma importante distinção: há itens de saúde e segurança ocupacional que integram o mínimo existencial dos trabalhadores, dos terceirizados inclusive, e outros que não integram esse mínimo.

Como exemplo dos primeiros, pode ser citado o seguinte, além daqueles referidos expressamente nos itens “2” a “33” da petição inicial: propiciar aos trabalhadores níveis de iluminação satisfatórios no ambiente de trabalho. Nesse sentido, como explica Edwar Abreu Gonçalves (*in Manual de segurança e saúde no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 543-546) não obstante a revogação, em 23.11.90, do Anexo n. 04 da NR-15 (Níveis Mínimos de Iluminamento - Atividades

⁴ Sobre o “mínimo existencial” ensina Gabriela Neves Delgado:

[...] a efetividade da proteção ao trabalhador e a viabilização do trabalho digno como direito e valor fundamental poderão ser melhor alcançados por meio da regulamentação jurídica - pelo menos, mas sobretudo - dos direitos de indisponibilidade absoluta, essenciais a qualquer trabalhador, como, por exemplo, a preservação da saúde e segurança no trabalho e a garantia de uma contraprestação pecuniária que possibilite ao ser humano a manutenção do seu mínimo existencial. (*In Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 221)

e Operações Insalubres), subsiste a obrigatoriedade patronal de propiciar aos trabalhadores níveis de iluminação satisfatórios no ambiente de trabalho, diante do mandamento constitucional que assegura aos trabalhadores urbanos e rurais brasileiros o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, sendo que os níveis mínimos de iluminamento a serem observados nos locais de trabalho são os valores de iluminância estabelecidos na NBR 5.413, norma brasileira registrada no INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia.

Como exemplo dos segundos, pode-se citar a observância do subitem 31.23.5.4, da Norma Regulamentadora 31, segundo o qual “[...] as camas poderão ser substituídas por redes, de acordo com o costume local”. Tal norma, embora tenha em mira o maior conforto do trabalhador, não diz respeito, especificamente, à ausência de preservação à integridade física e psicológica do empregado acaso descumprida e não compõe, salvo melhor juízo, o mínimo existencial dos trabalhadores no tocante à saúde e à segurança no trabalho.

b) O mínimo existencial dos trabalhadores, no tocante à saúde e à segurança ocupacional, deve ser observado pelos particulares ao celebrar contratos de terceirizações trabalhistas?

A resposta a essa indagação é, igualmente, positiva.

É que a redução do risco de doenças e outros agravos corresponde ao efeito original desejado pelo comando normativo inserto no art. 196 da Carta Magna, efeito esse que se traduz principalmente, salvo melhor juízo, no vocábulo prevenção, com aplicação a todo meio ambiente do trabalho, de modo que também os empregados terceirizados fazem jus ao mínimo existencial no tocante à saúde e à segurança no trabalho.⁵

Sobre o tema direitos sociais fundamentais, dentre os quais os direitos à saúde e à segurança no trabalho, é mister transcrever o escólio de Judith Martins Costa expresso no artigo intitulado “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil” (*In Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Adalcy Rachid Coutinho... [et. al.]; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 72-73):

⁵ A propósito, escreve Laura Martins Maia de Andrade (*In Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 47) que “todos”, a que se refere o art. 196 da Carta Magna, “são todas as pessoas humanas, conforme referência inserta no art. 5º da Constituição Federal”. A mesma autora, ao referir-se acerca dos direitos sociais, assinala:

São, portanto, na dimensão objetiva, concernente à sua operatividade prática, exigíveis as prestações impostas constitucionalmente tanto ao Poder Público como ao particular, no exercício da atividade econômica, enquanto empregador ou empreendedor, propícias à manutenção de condições materiais adequadas ao exercício dos direitos sociais fundamentais, mormente no que tange à preservação da saúde do trabalhador, em seu ambiente de trabalho, facultando-se-lhe exigir as prestações constitutivas de seus direitos sociais fundamentais. (*op. cit.*, p. 41)

[...] conquanto a maior parte dos direitos fundamentais apareça, numa primeira leitura, como direitos defensivos, protegendo os indivíduos contra a ação do Poder Público e impondo, a esse, deveres de abstenção, isto é, interditos ao exercício das liberdades públicas, percebe-se que, ao lado dessas garantias, surgem outros direitos, com outros efeitos - efeitos positivos - impondo ao Poder Público não só deveres de abstenção, mas também deveres de proteção, consistentes numa obrigação positiva para o Estado de adotar medidas hábeis a assegurar a proteção ou a promoção do exercício das liberdades civis e dos demais Direitos Fundamentais.

Embora não exclusivamente, a função de proteção se põe, em princípio, na relação entre particulares em que um dos polos se encontre numa posição fragilizada frente ao outro. Nesse caso, acentua Ledur, “o Estado possui o dever de, por meio de medidas positivas, proteger e assegurar o exercício de direitos fundamentais se houver impedimento oriundo da ação de terceiro”. A atuação protetiva ocorre por via da obrigação criada ao Poder Público, em sua tríplice esfera (Executivo, Legislativo e Judiciário) e em acordo às respectivas funções, a proteger de maneira positiva os direitos fundamentais contra todos os atentados suscetíveis de os colocar em perigo: o Poder Público não pode simplesmente se abster, deve estar presente na regulação de mecanismos de realização dos direitos fundamentais.

A obrigação geral de proteção desencadeia, pois, prestações positivas para o Estado. Essas podem ser observadas ou cumpridas segundo uma variadíssima gama de meios de atuação ao encargo do Estado administrador, legislador ou juiz, nas suas órbitas de competências, e segundo diferentes medidas de intensidade. Uma tal obrigação existe quer quando a agressão (ou ameaça) à pessoa partir do próprio Estado, quer quando provir de outros particulares.

Como ensina, ainda, Gustavo Tepedino, ao comentar acerca da cláusula geral de tutela da personalidade no ordenamento brasileiro:

[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

[...] tais diretrizes, longe de apenas estabelecerem parâmetros para o legislador ordinário e para os poderes públicos, protegendo o indivíduo contra a ação do Estado, alcançam também a atividade privada, informando as relações contratuais no âmbito da iniciativa econômica. Não há negócio jurídico que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional.

(*In Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49-51)

Nesse diapasão, incide, no caso dos autos, o disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.080/1990:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

[...]

§ 2º. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Dita lei sanitária federal se aplica em concreto, ademais, porque compete ao Sistema Único de Saúde (SUS), na dicção do art. 200 da Constituição Federal, além de outras atribuições, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador (inciso II) e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII).

A propósito, enfatiza Amauri Mascaro Nascimento que o meio ambiente do trabalho “[...] não é algo diferente do conjunto de condições de segurança e medicina no trabalho”, sendo que “[...] as duas expressões, na verdade, tratam de uma só e mesma realidade” (*In Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 517).

Tudo a demonstrar que, nos contratos de terceirização trabalhista, devem ser de fato, e não apenas formalmente, observadas as normas de saúde no trabalho e de segurança ocupacional que compõem o mínimo existencial, de indisponibilidade absoluta, de cada trabalhador terceirizado.

c) Nas terceirizações trabalhistas de que tratam os autos qual dos contratantes ficou contratualmente incumbido de exercer a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional mencionados nos itens “2” a “33” da inicial, e como exerceu, de fato, até a data do ajuizamento da presente ação civil pública, semelhante gestão?

Diante dos próprios termos expendidos na peça contestatória, resta clara a constatação no sentido de que a referida gestão, relativamente a cada trabalhador terceirizado, ficou contratualmente a cargo exclusivamente das respectivas empresas terceirizadas.

Com efeito, a ré, ao aduzir a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, invocou o entendimento segundo o qual os pedidos referentes à jornada, remuneração e ao meio ambiente de trabalho deveriam “ser exigidos diretamente dos prestadores de serviços” (f. 1.958).

A ré invocou, igualmente, na peça contestatória (sem, porém, a respectiva robusta comprovação relativamente a todo o meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados), fatos como os a seguir exemplificados: que orientou seus prestadores de serviços a atuarem de forma a garantir que os intervalos em horários previamente estipulados sejam respeitados, bem como a que mensalmente seja organizada escala de revezamento nos serviços que exijam trabalho aos domingos “sob pena inclusive de rescisão do contrato por culpa exclusiva do prestador” (f. 2.072); que

com relação aos terceiros, caso se verifique qualquer irregularidade ou ausência de uso dos equipamentos de proteção individual para o desenvolvimento de sua atividade, a requerida notifica a prestadora de serviços apontando a não conformidade e a providência imediata com a paralisação da atividade e orientação ao encarregado da

empresa para fornecer novo EPI, conforme a Norma Regulamentadora n. 6, impondo, quando for o caso, medida disciplinar como falta grave, até rescisão do contrato de prestação de serviços. Caso a prestadora se mantenha inerte, o EPI é fornecido pela requerida, com o respectivo desconto do valor na fatura de prestação de serviços (f. 2.106/2.107).

Tais cláusulas contratuais, expressas ou tácitas, que destinaram às empresas terceirizadas semelhante gestão, aliás, seriam, na ótica da defesa, juridicamente válidas, uma vez que ajustadas em terceirizações lícitas e essa destinação de gestão decorreria do próprio instituto da terceirização permitido no ordenamento jurídico nacional.

Pois bem.

Os fatos elementos de prova que vieram aos autos com a petição inicial e que dizem respeito a todo o meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados, ou seja, envolvendo todas as empresas terceirizadas, demonstram, claramente, que estas se revelaram sem a real condição de exercer, por si próprias, a gestão de quaisquer dos itens de saúde e segurança ocupacional objeto dos pedidos indicados nos itens “2” a “33” da inicial, correspondentes todos ao mínimo existencial dos trabalhadores terceirizados.

No particular, não há prevalência da prova testemunhal colhida por este Juízo, já que a mesma se refere ao meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados de maneira apenas parcial, ou seja, diz respeito a algumas empresas terceirizadas somente.

É mister salientar, ademais, que o entendimento atual deste Juízo é no sentido de que, à luz do art. 364 do CPC, os autos de infração e relatórios de fiscalização subscritos por Auditores Fiscais do Trabalho gozam de ampla presunção de veracidade, sendo que, no caso dos autos, relativamente aos autos de infração invocados pelo autor, não foi produzida prova em sentido contrário pela parte interessada, sendo irrelevante o fato de estarem os mesmos sob questionamento na esfera administrativa (o que afasta, aliás, a invocação no sentido da extinção do processo sem resolução do mérito com base no art. 267, I, c/c o art. 295, I, parágrafo único e incisos, do CPC). Prevalece, nesse sentido, a presunção de legitimidade de que se revestem os atos praticados no exercício do poder de polícia.

Nessa mesma linha de pensamento, aliás, segue a jurisprudência, conforme ementa transcrita por Melchiades Rodrigues Martins:

AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. Se o fiscal do trabalho relata fatos apurados no local inspecionado, lavrando auto de infração com base na realidade encontrada, as declarações contidas no auto devem ser tidas como verdadeiras, uma vez que gozam de presunção de veracidade. Trata-se de ato administrativo que, por ocasião da lavratura, procedeu o fiscal de acordo com a moralidade pública - TRT 8ª Região, RO 00767-2005-007-08-00-2, Ac. 3ª T., julg. 17.08.05, Rel. Convocado Antonio Oldemar Coelho dos Santos. DJPA 23.08.05. (*In Fiscalização trabalhista*: competência da Justiça do Trabalho: art. 114, VII, da Constituição Federal (EC n. 45/04): decisões judiciais, legislação pertinente, São Paulo: LTr, 2006. p. 45)

Ademais, como é cediço, os elementos reunidos pelo Ministério Público durante a fase investigatória (em audiência administrativa, em procedimento prévio investigatório, em inquérito civil, e em operação especial de fiscalização, inclusive) são dotados de presunção *juris tantum* de certeza, cabendo à parte interessada fazer a contraprova em Juízo, como, aliás, esclarece a seguinte manifestação jurisprudencial:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALOR PROBANTE DOS ELEMENTOS REUNIDOS PELO PARQUET EM SEDE DE PRÉVIO INQUÉRITO CIVIL. Os elementos reunidos pelo *Parquet* em sede de Inquérito Civil (ICP) devem ser avaliados como provas pelo Judiciário na seara da posterior correspondente Ação Civil Pública. Não se trata de dados meramente unilaterais e destituídos de valor probante, uma vez que o d. MPT, quando os colhe, encontra-se no exercício de *munus publicum* conforme disposição expressa no art. 127 da CR. Ao contrário, referidas provas gozam de presunção *juris tantum* “de certeza” de acordo com Xisto Tiago de Medeiros Neto (artigo A fase probatória na ação coletiva trabalhista, publicação da obra *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho* - LTr; 2006). Esclarece o doutrinador que “as provas obtidas no âmbito do inquérito civil ou de procedimento de investigação, pela natureza administrativa e formal de que se revestem, e estando sob condução exclusiva de órgão da estrutura do Estado (Ministério Público), ao qual a Constituição da República atribui a incumbência da defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127), traduzem a validade própria do ato administrativo, presumindo-se, pois, a sua legitimidade e verossimilhança”, não se equiparando, “dessa maneira, com as provas elaboradas unilateralmente pelo particular, que é parte interessada e parcial, titular do direito material, em sede de uma demanda individual” (p. 275). Relembra, ainda, que “os atos praticados pelo *Parquet* nessa atuação investigatória guardam, por sua natureza administrativa, conformação com os limites impostos pelo ordenamento jurídico e também os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da publicidade (com a possibilidade de restrição motivada, em face de exigência do interesse público), da eficiência e razoabilidade, o que se erige como ponto de contenção à discricionariedade das iniciativas, em garantia da legalidade dos objetivos almejados pela investigação.” (p. 276)

(TRT 3ª Região, Processo n. 0099500-91.2009.5.03.0106 RO, Décima Turma, Relatora Convocada Wilméia da Costa Benevides, Data de Publicação: 08.06.2010)

Nessa perspectiva, insta salientar que o procedimento investigatório levado a efeito pelo autor, e objeto da improcedente impugnação lançada, pela ré, às f. 2.010/2.014, está, à ausência de provas em sentido contrário, consentâneo com o disposto na Lei Complementar n. 75/93, que assim dispõe:

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

- I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;
- II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;
- III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

- I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
- II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
- III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
- IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;
- V - realizar inspeções e diligências investigatórias;
- VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;
- VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;
- VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- IX - requisitar o auxílio de força policial.

No particular, não se deve olvidar de que a utilização de algumas ou todas as peças que compõem o referido procedimento investigativo, para instruir ação civil pública inclusive, constitui faculdade do *Parquet*. Nesse sentido, aliás, merece transcrição a lição de Laura Martins Maia de Andrade:

A natureza do inquérito civil público é inquisitiva. Sua instauração é de atribuição exclusiva do Ministério Público e facultativa, como já dissemos, pois, quando há elementos suficientes, a ação civil pública pode ser proposta de imediato ou poderão ser arquivadas as peças de informação, quando não se aferir relevância pública, conforme convicção do membro do Ministério Público, encarregado da análise dessas peças.

(*In Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 151)

d) Incidem nos contratos civis de terceirização trabalhista as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato e, em caso positivo, dadas as circunstâncias do caso concreto, pode-se entender que, à luz das referidas cláusulas gerais, existiu abuso de direito por parte da ré por ter sido destinada, quando da celebração dos contratos de terceirização, a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional supramencionados exclusivamente às empresas terceirizadas?

A resposta é, sob todos os ângulos, também afirmativa. Senão vejamos:

O princípio da boa-fé objetiva é claramente aplicável ao Direito Civil, conforme a cláusula geral inscrita no art. 422 do novo Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Dito princípio também é observado no Direito do Trabalho.

Com efeito, segundo dispõe o artigo 8º da CLT, a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirá, conforme o caso, pelos princípios gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho. Dentre ditos princípios, aplica-se o da boa-fé objetiva.⁶

Não se deve olvidar, no pertinente, de que da boa-fé objetiva decorrem deveres anexos também denominados laterais ou instrumentais, conforme a lição de Edilton Meireles:

Já os deveres laterais, anexos ou instrumentais (também denominados deveres acessórios, acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela) são aqueles derivados de cláusula contratual, de dispositivo de lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. São os deveres “de cooperação e proteção dos recíprocos interesses” das partes relacionadas. Fernando Noronha prefere chamá-los de deveres fiduciários “porque é denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte”.

Parte-se da concepção de que a relação obrigacional é “uma totalidade voltada para o adimplemento” e “esta não inclui apenas, como relação totalizante que é, o dever principal de prestar, ou um eventual dever secundário correlato, mas também deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal, todos voltados para o correto adimplemento”.

Assim, “a boa-fé na execução do contrato consiste em que cada contratante deve salvaguardar o interesse do outro, incluído mais além da disciplina legal e negocial, sempre que tal salvaguarda não implique sacrifício apreciável ao próprio interesse”. Em suma, “traduzem-se em deveres de cooperação com a contraparte”.

(*In Abuso do direito na relação de emprego*, São Paulo: LTr, 2005. p. 60)

Os deveres anexos, ademais, como é de sabença elementar, porque auxiliares na realização das obrigações principais assumidas pelos contratantes, impõem comportamentos de conformidade com a confiança que o contrato fundamenta, com intensidades variáveis em cada caso concreto, de modo que a gravidade da ausência do agir com lealdade e correção será definida em cada contexto contratual concreto.

⁶ Américo Plá Rodriguez, ao lecionar acerca do referido princípio, esclarece a respeito dessa aplicação também sob o aspecto da boa-fé objetiva:

A boa-fé, entendida no significado objetivo de cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações contratuais, se distingue da boa-fé subjetiva ou psicológica abrangente do erro ou falsa crença e, segundo Grasseti, significa lealdade recíproca de conduta completamente leal nas relações sociais, causa que significa “confiança” e, ao mesmo tempo, exigência imprescindível de conduta, precisamente para que a confiança fique justificada. As partes se acham assim obrigadas a uma lealdade recíproca de conduta - *recta mente et firma devotione* - que constitui em sua plena bilateralidade a mais alta expressão dos fatores jurídico-pessoais que matizam o contrato de trabalho.

(*In Princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 270)

E no caso dos autos também assim se deve verificar, relativamente aos contratos civis de terceirização trabalhista firmados pela ré, o comportamento desta no cumprimento dos seus deveres anexos de informação, de aviso e esclarecimento e, finalmente, de cuidado, proteção e segurança com a pessoa e com o patrimônio da contraparte, sendo que a conclusão que se impõe é que a ré cometeu clara infringência a tais deveres. Senão vejamos:

d.1) Inicialmente verifica-se, à luz do conjunto probatório dos autos, que a ré, nos contratos civis de terceirizações trabalhistas por ela firmados, descumpriu o dever anexo de informação.

Com efeito, conforme já mencionado, as empresas terceirizadas não exerceram, com eficiência, a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional invocados nos itens “2” a “33” da petição inicial, sendo que não o fizeram por uma razão principal bem evidente nos autos: porque não tiveram ciência, com a objetividade e a profundidade necessárias, dos riscos ocupacionais aos quais estavam sujeitos os trabalhadores terceirizados, já que não lhes foram repassados a experiência e o aprendizado a respeito dessa matéria, para possibilitar a eliminação, de fato, de semelhantes riscos do meio ambiente do trabalho.

Esse aspecto tem um significado deveras importante no contexto das contratações civis de terceirizações trabalhistas de que tratam os autos.

Isso porque tanto a ciência aprofundada quanto os riscos ocupacionais como o repasse de aprendizado e experiência no sentido da eliminação e redução dos mesmos deveriam ter sido levados a efeito pela ré, empresa terceirizante e, como tal, conhecedora, em detalhes, da metodologia de organização dos processos e fluxos da produção, contando com larga experiência e maturidade no trato de questões relativas aos riscos no trabalho inerentes ao conjunto da atividade econômica desempenhada.

Nesse sentido, releva destacar que a ré se trata de empresa que está na mesma atividade econômica há muitos anos (fato notório). Seu aprendizado e sua maturidade no trato com as questões de saúde e segurança ocupacional foram adquiridos, portanto, no decorrer de longo período, sendo a cada dia percebida a fundamental importância de respeito a itens de saúde e segurança ocupacional que, a princípio, mostravam-se irrelevantes e que, no decorrer das atividades empresariais, revelaram-se verdadeiros salvadores de vidas de empregados ou como fatores que impediram acidentes ou quase-acidentes de modo que imprescindíveis para a salvaguarda da saúde dos mesmos trabalhadores.

Trata-se de aprendizado que não pode, como num passe de mágica, ser transferido automaticamente às empresas terceirizadas que atuam na mesma planta (ou em planta semelhante escolhida livremente pela empresa terceirizante) sem que a elas sejam repassadas, de forma completa e objetiva, todas as informações respectivas, imprescindíveis a uma boa gestão de saúde e segurança ocupacional. Incumbia à ré, nesse diapasão, especial cuidado, tanto no início de vigência como no decorrer do período contratual de cada contrato civil de terceirização trabalhista de que tratam os autos, no sentido de um alinhamento

da cultura prevencionista entre empresa terceirizante e empresas terceirizadas. E várias seriam as opções da ré para atingir esse desiderato. Como exemplos, podem ser citadas as seguintes medidas relativamente a empresas terceirizadas/trabalhadores terceirizados: às empresas que se interessassem pelo contrato civil de terceirização trabalhista poderiam ser apresentadas as diretrizes de saúde e segurança ocupacional adotadas até então pela empresa terceirizante; entrega, às empresas terceirizadas, de documentos relativos à gestão de itens de saúde e segurança ocupacional até então levados a efeito, como atas da CIPATR, relatórios de acidentes e incidentes ocorridos na planta, dados disponíveis no SESTR quanto ao acompanhamento do estado de saúde dos trabalhadores em cada setor; fornecimento, às empresas terceirizadas, de esclarecimentos a respeito de problemas mecânicos mais comuns naquele tipo de maquinário agrícola utilizado até então e que traziam reflexos na saúde e segurança ocupacional dos operadores; apresentação de cadernos com a indicação de padrões necessários ao gerenciamento de riscos em cada setor de trabalho especificamente, com base no aprendizado prático anterior; exigência de compromisso de cumprimento de pré-condições quanto a medidas de controle de riscos ocupacionais; exigência de contratação de empregados como técnicos de segurança no trabalho; elaboração, pelas empresas terceirizadas, de programas como o PCMSO, com o aproveitamento, na medida do necessário, de semelhantes documentos já elaborados pela empresa terceirizante; adoção de autorizações escritas para ingresso em áreas de risco acentuado, com base na prática anteriormente adotada; exigência no sentido de entrega, pelas empresas terceirizadas, de manuais de segurança a cada empregado, com a indicação dos procedimentos operacionais passo a passo, concebidos a partir de práticas anteriores adotadas pela empresa terceirizante; confecção de planos de segurança com a inclusão das tarefas individuais para as quais o empregado terceirizado foi contratado; realização habitual de blitz prevencionista; agendamento e realização de inspeções habituais de segurança; adoção de técnicas, nos moldes do procedimento anterior da empresa terceirizante, para se obter maior conscientização dos empregados com relação a situações de risco e aos perigos a que estão expostos todos os dias durante as suas atividades; alimentação de um sistema informatizado *on-line* para que a empresa terceirizante confirmasse diariamente o desempenho de prevenção a agravos à saúde dos trabalhadores em cada setor de trabalho, com a demonstração a cada empregado terceirizado no sentido da efetiva preocupação conjunta de todas as empresas atuantes no mesmo meio ambiente do trabalho com a saúde e a segurança ocupacional; capacitação de novos empregados ministrada, em local apropriado, por membros do SESTR da empresa terceirizante; exigência de investimento, pelas empresas terceirizadas, de um mínimo de horas em treinamentos e prevenção; disponibilização de recursos didáticos para facilitar o atendimento a todas as frentes de trabalho; direcionamento de esforços para ações preventivas; incentivos a reestruturações de processos de gestão ocupacional acaso já adotados por empresa terceirizante mas inadequados para as características próprias do meio ambiente do trabalho de que tratam os autos; previsões de avaliações de desempenho na gestão ocupacional; exigência de pré-qualificação com aplicação de ferramentas para controle de riscos ocupacionais; dotação de

recursos didáticos às empresas terceirizadas junto ao SESTR da empresa terceirizante; verificação da real capacidade de atendimento aos requisitos legais de gestão ocupacional; pesquisa quanto a práticas já adotadas pela empresa terceirizada relacionadas à saúde e segurança ocupacional, bem como em relação a programas de treinamento e desempenho com taxas de frequência e gravidade de acidente do trabalho; adoção de equipamentos de proteção coletivos; exigência de qualificação em prevenção dos profissionais da linha de comando das empresas terceirizadas, dentre outras. Dessa maneira, os próprios empregados perceberiam tratamento semelhante ao dispensado aos empregados diretos da empresa terceirizante, tudo com reflexos na melhoria da gestão de saúde e segurança ocupacional no meio ambiente laboral.

Semelhante alinhamento da cultura prevencionista, no entanto, não está demonstrado como adotado, de fato, pela ré, relativamente a todo o meio ambiente de trabalho (inclusive no que se refere a cada uma das plantas por ela escolhidas livremente), nem no início dos contratos de terceirização e nem no período de vigência dos mesmos e, portanto, não se pode concluir que tenha havido, de fato, transferência de aprendizado e da experiência acumulada no trato da gestão de saúde e segurança ocupacional às empresas terceirizadas.

Aliás, no caso dos autos revela-se imprescindível o aproveitamento do aprendizado e da maturidade da ré no trato de questões de saúde e segurança ocupacional. É que quem garante a continuidade da produção na empresa mesmo na ocorrência de eventos adversos são os trabalhadores, inclusive os terceirizados, mas eles têm limites, já que não conseguem superar um projeto tecnológico com inadequações desde o início. A ré dispunha desse conhecimento e da prática, por vários anos, de como coordenar e orientar os seus empregados para enfrentar eventos adversos decorrentes de inadequações técnicas na própria planta (e as atividades das empresas terceirizadas passaram a ser exercidas na mesma planta ou em plantas semelhantes livremente escolhidas pela empresa terceirizante). A ré, nesse sentido, foi desenvolvendo, aos poucos, uma real capacidade de enfrentar situações adversas na medida em que foi paulatinamente lidando com essas situações negativas e as venceu.

Tratou-se de aprendizado acumulado em vários anos de atuação com empregados diretos. A ré, nesse sentido, obteve amplo aprendizado no sentido de converter os retrocessos ocasionais em melhorias na resiliência do seu sistema, naquelas específicas atividades depois terceirizadas, obtendo, no aspecto, a capacidade de antecipar situações de risco e, pois, prevenir agravos à saúde que, se não fosse dito aprendizado seriam, por certo, maiores, mais graves e em maior número. Se não há o repasse desse conhecimento, o mesmo se perde, vai embora. Note-se que as empresas terceirizadas disponibilizaram empregados próprios em planta já conhecida e de propriedade da ré e também em plantas semelhantes por esta escolhidas livremente e, nesse contexto, passaram a enfrentar riscos ocupacionais semelhantes aos anteriormente vivenciados diretamente pela empresa terceirizante.

Nessa ótica, tem-se que o funcionamento do empreendimento da ré sem prejudicar a saúde de trabalhadores terceirizados depende, também, da aplicação de conhecimentos que foram anteriormente por ela desenvolvidos no dia a dia de seu aprendizado obtido por vários anos.

E dita transferência de conhecimento, de aprendizado, de experiência, corresponde, obviamente, à informação⁷, de modo que está inserida no dever anexo de informar a contraparte nos contratos civis de terceirização trabalhista. Não se olvide de que, de regra, nas organizações empresárias não se lida com a pessoa do trabalhador terceirizado em si, mas com a pessoa dele na relação com as máquinas, processos de trabalho, interrelações entre os diversos setores e fases da produção, ou seja, na relação com a organização que o cerca. Essa parte da história da organização, no caso dos autos, deveria ter sido traduzida em informações por parte da ré, em especial no momento da contratação das terceirizadas e não o foi. Não o foi, igualmente, no transcurso do período de vigência dos referidos contratos.

Semelhante ausência de informações implica, ademais, reflexos negativos no passivo trabalhista das empresas terceirizadas: basta dizer que estas suportarão eventuais condenações trabalhistas no caso de ocorrência de agravos à saúde de cada trabalhador terceirizado decorrentes, dentre outros fatores causais, da não observância de itens que compõem o mínimo existencial no tocante à saúde e à segurança no trabalho indicados nos itens “2” a “33” da inicial.

Tudo com o agravante de que as empresas terceirizadas contratadas pela ré, conforme a documentação que instrui os autos, são, de regra, constituídas em micro e pequenas empresas.⁸

É evidente que, no caso dos autos, se a ré tivesse, de fato, repassado, às empresas terceirizadas, em toda a amplitude necessária, as informações adquiridas ao longo dos anos para a correta gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional observáveis em relação aos trabalhadores terceirizados, essa circunstância evitaria não somente as constatações já verificadas de infringência a direitos fundamentais dos trabalhadores como revelado nos elementos de prova anexados à inicial, mas também futuros eventuais reflexos nos passivos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços. Esse repasse

⁷ No aspecto, calha o ensinamento de Christoph Fabian:

[...] Também ocorre um dever de informar mais amplo quando a parte obviamente não tem experiência negocial no assunto contratual [...].
(*In O dever de informar no direito civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 123)

⁸ A propósito do tema, é oportuna a advertência feita por Adilson Gomes, em artigo intitulado

Porta de entrada: pesquisa propõe instrumento de avaliação para ações de SST em micro e pequenas empresas: [...] as micro e pequenas empresas se distanciam cada vez mais da SST, e vários são os fatores para que isso aconteça. A conjugação desses diversos fatores acaba por potencializar os efeitos deletérios sobre a saúde e segurança dos trabalhadores nas micro e pequenas empresas. A falta de informações sobre a legislação de SST associada ao falso conhecimento dos riscos existentes, à dificuldade de acesso a recursos e à orientação especializada acabam por refletir direta e indiretamente nos índices de acidentes do trabalho.
(*In Revista Proteção*, janeiro/2008, ano XXI, n. 193, p. 84)

de informações, ademais, certamente teria influenciado nos preços praticados pelas empresas terceirizadas, de modo a contemplar os significativos investimentos para a adoção das cautelas necessárias à manutenção do mínimo existencial dos empregados terceirizados no tocante à saúde e à segurança ocupacional, para, aí sim, existir equilíbrio nos contratos civis de terceirizações trabalhistas de que tratam os autos.

Nesse contexto, não se deve olvidar de que os agravos à saúde do trabalhador, do terceirizado inclusive, dentre os quais os acidentes do trabalho representam uma quebra, quiçá a mais grave, do equilíbrio no meio ambiente do trabalho a revelar, na maioria das vezes, a inadequação e a insegurança que estavam presentes, ali, de forma latente. Calha, nesse sentido, a lição de José Cairo Júnior, citado por Raimundo Simão de Melo, segundo a qual

[...] na realidade, o acidente laboral não passa de um acontecimento determinado, previsível, *in abstracto*, e, na maioria das vezes, prevenível, pois suas causas são perfeitamente identificáveis dentro do meio ambiente do trabalho, podendo ser neutralizadas ou eliminadas.

(Obra citada, p. 200)

Ademais, calha, a essa altura, a lição de Judith Martins Costa, a respeito dos deveres anexos de informação:

Evidentemente, não é possível nem tipificar, exaustivamente, o conteúdo desses deveres, nem determinar, abstrata e aprioristicamente, nem a situação em que os mesmos se revelam, nem a medida de sua intensidade, que variará, por exemplo, quer se trate de uma relação em que as partes são fundamentalmente desiguais, quer se trate de uma relação substancialmente paritária.

(*In A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 395)

Releva acrescer, a propósito do tema, outra constatação: a intensidade do dever anexo de informação que deveria ter sido cumprido pela ré, relativamente a cada um dos contratos de terceirização trabalhista de que tratam os autos, é de grande monta, na medida em que se refere a cuidados para a preservação da vida humana no trabalho, sendo que a não observância desse princípio em toda sua totalidade pode gerar, a par de irreparáveis perdas humanas, o prejuízo financeiro e patrimonial das empresas terceirizadas. Note-se que a ré, relativamente aos seus empregados diretos, como invoca na peça contestatória, admite na atualidade procedimentos assecuratórios ao direito à saúde e à segurança ocupacional como, por exemplo, não prorrogar a jornada de trabalho além do limite legal de 2 horas diárias fora das hipóteses permitidas em lei (f. 2.066), “Procedimento de Controle de Riscos Ergonômicos” (f. 2.070), “diálogos de segurança” (f. 2.070), realização de *check list* em todos os equipamentos (f. 2.088), adoção de livretos orientadores com regras a serem cumpridas mediante “Manual de Comunicação e Estatística de Acidentes e Incidentes do Trabalho”, “Política de Saúde e Segurança do Trabalho” e “Regras de Segurança” (f. 2.088), observância do documento intitulado “padrões de desempenho gerentes e supervisores” (f. 2.089), instituição de normas internas

de segurança (f. 2.089), instituição do projeto P.A.E. - "Plano de Ações Emergenciais", fornecimento gratuito de marmitas térmicas individuais e devidamente identificadas para a guarda e conservação das refeições, em condições higiênicas (f. 2.132).

E em relação a essa peculiaridade a ré e as empresas terceirizadas se revelaram fundamentalmente desiguais, em especial porque somente quem detinha o aprendizado relativo a aspectos latentes e, às vezes, remotos no tempo, desencadeadores de fatores que compõem a cadeia de fatores causais de acidentes do trabalho, aprendizado esse obtido por longos anos no trato de questões de saúde e segurança ocupacional, naquele contexto próprio da atividade empresarial desempenhada na mesma planta ou em plantas semelhantes livremente escolhidas, era aquela e não estas. Trata-se de informação (aprendizado e experiência) que diz respeito a aspectos subjacentes relacionados a questões sistêmicas ou organizacionais menos evidentes, porém relevantes para que se evite, de fato, a ocorrência de danos à pessoa do trabalhador terceirizado. Com essa informação em mãos seria possível às empresas terceirizadas atuar com maior objetividade em ações preventivas, dentre as quais aquelas indicadas nos itens "2" a "33" da inicial.

A referida desigualdade entre a empresa terceirizante e as empresas terceirizadas, aliás, é fator igualmente relevante para o deslinde das questões trazidas à colação nesta ação. Trata-se de aplicar, em concreto, o princípio da concretude, o qual, segundo Miguel Reale, está implícito, de certo modo, no princípio da operabilidade⁹, princípios esses ambos adotados no Código Civil brasileiro em vigor, e a respeito dos quais ensina Nelson Rosendal:

As desigualdades materiais e o contexto real da pessoa serão decisivos para que a sentença consiga "dar a cada um o que é seu". Teremos a chamada norma do caso, que propiciará a verdadeira segurança jurídica ao jurisdicionado. Aliás, não podemos confundir segurança com imobilismo.

[...]

Estávamos acostumados a perceber a relação obrigacional por sua feição externa, ou seja, uma relação entre credor e devedor, consubstanciada em uma prestação. Mais nada. Já é hora de atinarmos para a feição interna da relação e percebermos que cada vínculo obrigacional guarda influxos distintos da boa-fé objetiva e dos deveres de conduta, merecendo um exame em sua concretude. (grifos no original) (*In Direito das obrigações*, 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 25)

Não se deve olvidar, a propósito do tema, ainda, de que o inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, ao assegurar a redução de riscos inerentes ao trabalho, não leva em conta qualquer classificação do risco ocupacional, se grave, leve ou levíssimo, equivale dizer, a lei brasileira atual não dimensiona a magnitude do risco. De modo que basta que a empresa terceirizada incorra em culpa levíssima (por exemplo, em decorrência do desrespeito a item de saúde e segurança

⁹ *In O projeto do novo código civil: situação após aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 12.

ocupacional que se refira, numa primeira análise, a risco ocupacional de magnitude levíssima) para ser responsabilizada civilmente no caso de ocorrência de agravo à saúde de trabalhador terceirizado. A empresa terceirizada deve deter, nesse contexto, informação global, objetiva e aprofundada (o que inclui ter sido repassado a ela o aprendizado acumulado pela empresa terceirizante por longos anos no exercício da mesma atividade empresarial) de máxima intensidade quanto a aspectos subjacentes organizacionais que somente a empresa terceirizante, a princípio, detém.

As peculiaridades das relações terceirizadas de que tratam os autos, concretamente consideradas e, portanto, o contexto de cada contrato civil de terceirização trabalhista respectivo, correspondem, pois, ao alto grau e à alta intensidade do dever de informação a que a ré estava obrigada a cumprir e não logrou fazê-lo.

d.2) Igualmente, a prova dos autos demonstra a clara infringência, pela ré, do dever anexo de aviso e esclarecimento, o qual atua na fase pré-contratual inclusive, citado por Judith Martins Costa (Obra citada, p. 439) como “[...] o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial”, ou seja, no caso dos autos, o dever da ré, diante de seu aprendizado, obtido no decorrer de vários anos, no trato da gestão de saúde ocupacional, de avisar e esclarecer as empresas terceirizadas a respeito de todos os fatos, no contexto específico da atividade econômica desempenhada na mesma planta ou em plantas semelhantes por ela livremente escolhidas, que envolvem a gestão de itens de saúde e segurança ocupacional relativos ao mínimo existencial dos trabalhadores. Tudo para que, quando a empresa terceirizada assumisse contratualmente a gestão desses itens, fizesse-o conscientizada a respeito de todos os desdobramentos disso e providenciasse a real capacitação para a gestão respectiva. No pertinente, como tais aviso e esclarecimento não foram levados a efeito pela ré (nenhuma prova foi produzida, nesse sentido, relativamente a todo o meio ambiente laboral), existiu evidente desequilíbrio contratual nos contratos civis de terceirização trabalhista levados a efeito, o que, evidentemente, refletiu na não observância da finalidade social que envolve, entre outros aspectos, o respeito e observância a itens de saúde e segurança ocupacional básicos dos trabalhadores terceirizados.

Aliás, quando se indaga a respeito da finalidade do contrato de terceirização firmado entre duas pessoas jurídicas, deve-se ter em vista a finalidade econômico-social, e não apenas o círculo limitado da vontade das partes contratantes. Nesse sentido, Eduardo Milléo Baracat, com apoio no magistério de Teresa Negreiros, assim pontua:

A finalidade que se deve ter em mira, afirma Teresa Negreiros, não é a finalidade individual, mas a finalidade social, “[...] donde se justifica que a sua consideração resulte em deveres não necessariamente reconduzíveis à vontade das partes [...]”, sendo que, “[...] mesmo quando limitada aparentemente a uma função interpretativa, a boa-fé acaba por configurar-se como uma fonte de deveres ou de limitação a direitos subjetivos”.

(*In A boa-fé no direito individual do trabalho*, São Paulo: LTr, 2003. p. 185)

Quanto, ainda, à finalidade contratual e sua estreita relação com a definição acerca de quais deveres anexos àquele específico contrato, calham os ensinamentos de Edilton Meireles emitidos com apoio no magistério de Carlos Alberto da Motta Pinto:

E é a partir da compreensão da finalidade contratual que se chega aos deveres anexos ou laterais, tanto que, ainda que diversos contratos, que originam créditos e débitos iguais, “[...] possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a leigo na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar”. (Obra citada, p. 66)

d.3) A ré, igualmente, conforme exsurge do contexto probatório que está nos autos, descumpriu os deveres anexos de cuidado, previdência, proteção e segurança com a pessoa e com o patrimônio da contraparte. Insta salientar, nesse sentido, que, diante do princípio da primazia da Constituição Federal, tais deveres devem resguardar a saúde e segurança ocupacional relativamente àqueles empregados terceirizados que sofrerão os efeitos dos contratos civis de terceirização trabalhista, isso especialmente no que se refere ao mínimo existencial de tais trabalhadores. Cita-se, por pertinente, o escólio de Eduardo Milléo Baracat:

A Constituição, na verdade, contém princípios jurídicos que informam a ordem jurídica nacional, dos quais deriva o princípio da supremacia da Constituição. Ou seja, os princípios previstos na Constituição devem, normativamente, incidir em todo o ordenamento jurídico.

[...] quando o art. 1º da Constituição brasileira dispõe que o Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da iniciativa privada (incisos III e IV, respectivamente), significa que as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro deverão ser interpretadas conforme estes princípios.

[...]

No âmbito da ordem econômica, deve-se citar aquele princípio insculpido no art. 170, *caput*, no sentido de que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A atividade econômica, tanto pública quanto privada, portanto, não pode estar dissociada de, primordialmente, realizar as finalidades que importam à coletividade, sobretudo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*).

Muda-se, assim, o enfoque preponderantemente patrimonialista.

[...]

Não se trata de expulsar ou reduzir quantitativamente o conteúdo patrimonial do sistema jurídico, “[...] o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”. A ordem econômica, na verdade, conforme os parâmetros constitucionais, deve servir de “[...] suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”. Não apenas da pessoa proprietária, mas de todas as pessoas que formam

a sociedade. É inegável a ocorrência de um “[...] jogo de forças existentes entre a livre iniciativa e a justiça social”, decorrente do art. 170, *caput*, da Constituição, que deverá ser compatibilizado de acordo com cada caso”.

(Obra citada, p. 147-148)

Em concreto, portanto, a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional referidos nos itens “2” a “33” da inicial deve levar em conta, principalmente, o livre desenvolvimento dos trabalhadores contratados pelas empresas terceirizadas (direitos coletivos e difusos), preservando-se a dignidade humana destes, na qual se inclui o direito de não sofrer ataques à integridade física e psicológica de qualquer espécie.

Noutro giro, não se deve olvidar de que a boa-fé objetiva, aplicável relativamente a tais contratações, tem como função também a de limitar o exercício de direitos subjetivos, ao corrigir o desequilíbrio do exercício jurídico com base no qual se exerce o direito sem consideração às situações especiais (e a situação especial, no caso dos autos, é o respeito a direitos humanos fundamentais que exigem cuidado específico de quem exerce a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional respectivos, sob pena de ocorrência de dano à integridade física e psicológica dos trabalhadores terceirizados, o que pode implicar o pagamento de indenizações pecuniárias ligadas à responsabilidade civil respectiva).¹⁰

Nesse diapasão, é evidente que a vantagem auferida pela ré, como empresa terceirizante, consistente em concentrar seus esforços no objetivo principal, ou seja, a atividade-fim empresarial, apresentou-se, para ela, como claramente benéfica, mas havia um mínimo de contrapartida para isso, ou seja, que não existisse, nas terceirizações trabalhistas levadas a efeito, desrespeito aos direitos humanos fundamentais dos empregados terceirizados, colaboradores para a viabilização do empreendimento como um todo.

Ademais, os fatos, como demonstrados nos elementos de prova anexada à inicial, relativos à violação de direitos humanos fundamentais dos trabalhadores terceirizados, demonstram completo descuido com as consequências danosas da omissão quanto à correta gestão de itens de saúde e segurança ocupacional, o que poderá agigantar o passivo trabalhista (indenizações decorrentes de agravos à saúde dos trabalhadores) e até determinar a falência de empresas terceirizadas.

Paralelamente, cabe consignar que a função social em cada contrato civil de terceirização trabalhista de que tratam os autos, no aspecto de saúde e segurança ocupacional, não foi, igualmente, à luz dos elementos de prova apresentados pelo autor, observada pela ré.

No aspecto, tem-se que, como salienta Rodrigo Coimbra Santos, em artigo intitulado “Elementos da terceirização de trabalho e o novo Código Civil brasileiro”:

¹⁰ Invoca-se, a propósito, a lição de Eduardo Milléo Baracat, segundo a qual o exercício desequilibrado de direitos ocorre naqueles casos

[...] em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, mesmo quando o titular não vise propriamente a molestá-la, nem alcançar outra finalidade diversa daquela a que é destinado o seu direito. (Obra citada, p. 204)

[...] as relações terceirizadas de trabalho se enquadram, se explicam e são informadas pelas novas concepções obrigacionais previstas no Código Civil de 2002.

(*In Suplemento Trabalhista*, ano 43, n. 080/07. São Paulo: LTr, 2007. p. 342)

Aplica-se, em concreto, portanto, o art. 421 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Nesse sentido, tem-se que, na verificação quanto ao cumprimento da função social dos contratos civis de terceirização trabalhista, a análise deve estar focada não apenas no círculo privado dos contratantes isoladamente considerados, o que poderia conduzir a uma interpretação restritiva no sentido de isentar a empresa terceirizante de “[...] cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (obrigação prevista para todas “as empresas” no inciso I do art. 157 da CLT), mas nos efeitos exteriores, ou seja, se tais efeitos contribuem de forma salutar para o bem comum (como o respeito às normas assecuratórias do direito à saúde de todos, dos empregados terceirizados inclusive), preservando a dignidade humana não só das partes celebrantes, mas em especial relativamente àqueles sobre os quais incidirão efeitos da contratação.¹¹

E exatamente aqui está, no contexto dos presentes autos, a resposta às indagações feitas na peça contestatória (e que deram ensejo a invocação, pela ré, quanto à violação dos arts. 460, 461 e 286, todos do CPC) e vazadas nos seguintes termos:

[...] pretende o autor a imposição de obrigações de fazer e não fazer à requerida que, na verdade, se traduzem em pretensão idêntica àquela que a própria lei já estabelece. A norma cogente determina o cumprimento pelo empregador e, para o caso de não cumprimento, define as penalidades aplicáveis. O pedido assim deduzido jamais poderá ser sequer apreciado, já que impõe obrigação de não fazer idêntica àquela que a lei determina, restando, portanto, inócua, a imposição de penalidade. (f. 1.966/1.967)

¹¹ Sobre o mesmo tema, cumpre referir o teor dos seguintes enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, transcritos por Jones Figueiredo Alves (*In FIÚZA*, Ricardo (Coord.). *Novo código civil comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 375 e 377):

Enunciado n. 23: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”; Enunciado n. 26: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato, segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”; Enunciado n. 27: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.”

Ocorre que, ordinariamente, os itens de saúde e segurança ocupacional estão sob a gestão do empregador direto, sendo que as terceirizações trabalhistas podem dar ensejo a uma interpretação restritiva segundo a qual dita gestão (equivalente dizer, o cumprir, por si, específicos comportamentos ditados por normas de saúde e segurança ocupacional relativamente aos empregados terceirizados) fica sempre a cargo da empresa terceirizada exclusivamente. Daí por que legítima a pretensão do autor no sentido de que a ré, empresa terceirizante (a quem, consoante a referida interpretação restritiva, não estaria afeta a gestão respectiva, com o cumprimento, por si, de específicos determinados comportamentos ditados por normas de saúde e segurança ocupacional) seja compelida judicialmente a fazê-lo. A Lei, segundo a referida interpretação restritiva, não obrigaria a empresa terceirizante a cumprir, por si, os referidos específicos comportamentos ditados por normas de saúde e segurança ocupacional relativamente aos empregados das empresas terceirizadas. E, nesse sentido, obviamente a responsabilidade apenas subsidiária (como invocada pela ré, à f. 1.968) não assegura, como não assegurou no caso concreto (conforme os fatos elementos de prova anexados à inicial), os direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados nos aspectos de saúde e segurança ocupacional.

Os contratos civis de terceirização trabalhista de que tratam os autos merecem, portanto, do Poder Judiciário trabalhista, à luz da legislação supramencionada, interpretação e integração conforme o princípio da boa-fé objetiva¹², sem que isso implique, como equivocadamente invoca a ré (à f. 1.960) “retrocesso ao devido processo legal”, “violação ao princípio da legalidade, ao direito de propriedade e ao livre exercício da atividade econômica e da livre iniciativa privada”.

Insta salientar, no pertinente, que, ao Juiz, no ordenamento jurídico atual, é dado, como detentor de maior poder interpretativo, verificar, diante dos novos dispositivos inscritos no Código Civil, posteriormente à celebração e mesmo após a execução contratual, os contornos do que foi ajustado entre a empresa terceirizante e as empresas terceirizadas nos contratos civis por elas firmados, em especial quanto a cláusulas, expressas ou tácitas, definidoras do contratante responsável pela gestão de determinados itens correspondentes ao mínimo existencial dos trabalhadores no tocante à saúde e à segurança no trabalho.¹³

¹² Nas palavras de Eduardo Milléo Baracat:

[...] interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé, significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se tratando tão-somente da dialética crédito [...] e débito [...], considerados isoladamente, mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum. (Obra citada, p. 183)

¹³ Como ensina Luiz Otávio Linhares Renault, em artigo intitulado “O novo código civil, a proteção ao emprego e o velho contrato de trabalho”:

De um controle estatal normativo minucioso e apriorístico a respeito da liberdade contratual, passamos para um modelo aberto de apreciação *a posteriori* por parte do juiz. Assim, o juiz que antes quase nada podia modificar naquilo que as partes tinham

Não há outra conclusão a ser adotada, diante do exposto até aqui, portanto, senão a de que a ré incorreu em abuso de direito ao firmar, nos contratos civis de terceirização trabalhista de que tratam os autos, cláusulas, expressas ou tácitas, que destinaram exclusivamente às empresas terceirizadas a gestão de itens de saúde e segurança ocupacional com infringência, relativamente aos trabalhadores terceirizados, do mínimo existencial no tocante à saúde e à segurança no trabalho, tudo conforme a definição plasmada no art. 187 do Código Civil brasileiro.

Colhem-se, nesse sentido, os argumentos expendidos por Edilton Meireles:

Preferimos, no entanto, a partir do direito positivo nacional, afirmar que abusivo será o ato que estabelece uma flagrante vantagem para uma das partes, causando desequilíbrio econômico ou quando viola o princípio da boa-fé, os bons costumes e sua função social. Esses critérios foram retirados do art. 187 do Código Civil que, como já reiterado, ao considerar o abuso do direito ato lícito, define este como o exercício manifestamente além dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

(Obra citada, p. 48)

E para que não paire nenhuma dúvida no espírito dos jurisdicionados, é mister salientar, com veemência, que as circunstâncias específicas das terceirizações de que tratam os autos é que levam o Poder Judiciário, na presente

ajustado, porque também submetido ao contrato, agora pode intervir para evitar uma grave injustiça. [...] Por conseguinte, a justiça contratual não pode ser uma justiça apenas revisional, por assim dizer interior e rígida do contrato. Ela tem de expandir-se em direção à função social do contrato, eis que é o meio social que lhe dá legitimidade, por intermédio de um outro contrato social mais amplo e bem mais abrangente, estruturado em princípios constitucionais impostergáveis. [...] Isso significa que a vontade do juiz não pode mais ser esmagada pela vontade do contrato, que muitas vezes é o resultado vivo da vontade da parte mais forte. [...] Se é verdade que normalmente na origem do contrato se constatam com certa facilidade os equívocos cometidos pelas partes, é na sua execução que objetivamente se exteriorizam, claramente e às escâncaras, as injustiças desveladoras da falta de boa-fé e probidade. [...] A leitura do alfabeto contratual passa, então, a ser feita de cima para baixo e não de baixo para cima, como se costumava fazer no passado recente, eliminando-se com essa exegese o sombreamento da sobreposição da Constituição ao novo Código Civil, mediante uma valorização da sua função social em contraponto com os diversos princípios constitucionais realçadores da dignidade humana, sejam eles individuais ou metaindividuais. [...] Fixados estes pontos, resta salientar que o parágrafo único do art. 2.035 sugere outras reflexões. Talvez simples, mas não menos importantes: a) a convenção entre as partes somente prevalecerá se não contrariar qualquer preceito de ordem pública, tendente a assegurar a função social da propriedade e dos contratos; b) alguns, porém nem todos, preceitos desta natureza estão estabelecidos no Código Civil.

(In LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Novo código civil e seus desdobramentos no direito do trabalho*. Escola Judicial do TRT da 3ª Região, São Paulo: LTr, 2003. p. 118-121)

ação, a entender pela caracterização de abuso de direito pela ré. As concretas circunstâncias do caso, é mister repisar, assim o determinam, sendo que a ré não logrou trazer aos autos comprovação, ônus esse que era seu (art. 818 da CLT, e inciso II do art. 333 do CPC) e do qual não se desincumbiu, dos seguintes fatos, como cumpridos em todo o meio ambiente laboral, relativamente aos trabalhadores terceirizados: que teria orientado seus prestadores de serviços a atuarem de forma a garantir que os intervalos em horários previamente estipulados fossem respeitados, bem como a que mensalmente fosse organizada escala de revezamento nos serviços com exigência de trabalho aos domingos “sob pena inclusive de rescisão do contrato por culpa exclusiva do prestador”; que teria orientado e fiscalizado de maneira eficaz a realização de três paradas diárias, de dez minutos cada, mediante sinalização com buzina do ônibus; que teria exercido efetiva fiscalização para que as escalas de revezamento dos prestadores de serviço permitissem o gozo de intervalos regulares para refeição e descanso, pausas durante a jornada, repousos semanais remunerados e intervalos interjornadas, observando para tanto a existência de número suficiente de empregados para o cumprimento de tais escalas; que teria fiscalizado a aptidão dos empregados da área agrícola para a prestação de primeiros socorros emergenciais, em caso de acidentes ou mal súbito durante o trabalho; que teria sempre fornecido equipamentos de proteção individual, eficazes aos riscos expostos, com fiscalização quanto ao efetivo uso dos mesmos; que teria fiscalizado a revisão periódica das máquinas e equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços; que teria providenciado, relativamente aos trabalhadores terceirizados, o cumprimento, pelas empresas terceirizadas, dos procedimentos de segurança adotados em relação aos seus empregados diretos; que teria oferecido treinamento para todos os operadores de máquinas; que teria realizado nos equipamentos utilizados *check list*, com a verificação quanto à ocorrência de eventuais irregularidades; que teria orientado e promovido treinamentos para o uso de máquinas e equipamentos por instrutor qualificado; que teria treinado para a operação e a manutenção de colheitadeiras; que teria mantido política de rigorosa fiscalização e punição das empresas prestadoras de serviços, em caso de descumprimento de normas de segurança; que teria disponibilizado materiais necessários aos primeiros socorros em caso de acidentes ou mal súbito; que teria disponibilizado, sempre, instalações sanitárias em todas as frentes de trabalho; que teria disponibilizado áreas de vivências para proteção contra eventuais variações climáticas; que teria estendido o seu PPRa a todos os trabalhadores das prestadoras de serviços; que teria adotado livretos orientadores com regras a serem cumpridas mediante “Manual de Comunicação e Estatística de Acidentes e Incidentes do Trabalho”, “Política de Saúde e Segurança do Trabalho” e “Regras de Segurança”; que teria imposto regras para as empresas prestadoras de serviços vigentes desde março de 2007; que teria feito observar o documento “padrões de desempenho de gerentes e supervisores”; que teria feito cumprir normas internas de segurança por ela instituídas, dentre as quais as denominadas NI-6 - carregamento de cana, a NI-37 - trator reboque, a NI-38 - motorista de carga, a NI-27 - máquinas agrícolas, a NI-38 - carregamento de cana e a NI-39 - motocana e, bem assim, as referidas às f. 2.091/2.093; que teria feito cumprir normas internas de segurança aplicáveis no setor agrícola incluindo o corte mecanizado de cana-de-açúcar, adubação e

aplicação de herbicidas; que teria aplicado, amplamente, com treinamento, conscientização e fiscalização rigorosa, normas internas como o “SGAS - Sistema de Gestão e Avaliação de Segurança”; que teria feito cumprir um procedimento de política disciplinar para o efetivo cumprimento de normas de segurança, saúde, medicina do trabalho e meio ambiente; que teria feito cumprir o documento denominado “Procedimento de Controle de Riscos Ergonômicos”; que teria aplicado, quando necessário, seu PCMSO às empresas terceirizadas; que teria garantido a segurança dos trabalhadores, produtos e instalações; que teria implantado, na sua totalidade, o denominado “Programa Nacional de Conscientização e Prevenção Trabalhista e Social” - Programa Fênix, no qual estariam incluídos orientação e acompanhamento com palestras, reuniões, treinamento, integração, diálogo de segurança e outros procedimentos visando fomentar a política de preservação de todos os trabalhadores terceirizados; que teria fiscalizado as prestadoras de serviços no que se refere a vários setores e atividades e por vários motivos, como, por exemplo, o uso de EPIs, jornada de trabalho, condições dos maquinários e outros; que teria adotado, de fato, o “Procedimento Básico em Caso de Acidente e Mal Súbito na Lavoura” contendo orientações aos prestadores de serviços de como proceder em semelhantes situações; que teria disponibilizado, nas frentes de trabalho, equipamentos, materiais necessários e equipes treinadas das diversas áreas para a prestação de primeiros socorros; que teria oferecido treinamento técnico, de segurança do trabalho e fiscalização para os trabalhadores, relativamente a procedimentos para a operação de queima de cana, aplicação de herbicida com apostilas e palestras; que havia pessoal treinado para realizar atendimentos de emergência; que teria exigido das empresas terceirizadas programas de gestão de segurança e saúde e meio ambiente, com inclusão de riscos relativos ao trabalho com agrotóxicos, armazenamento e orientação quanto a como proceder no caso de eventuais emergências; que teria fiscalizado as eventuais irregularidades apresentadas nos veículos das prestadoras de serviços; que teria garantido a saúde e segurança dos operadores de máquinas, equipamentos e implementos; que não teria existido qualquer embaraço à fiscalização; que teria sempre disponibilizado instalações sanitárias em todas as frentes de trabalho no campo, com instruções expressas para o fiscal de campo para que estivessem devidamente montadas; que teria fornecido caixas de isopor de 70 e 80 litros para garantir a guarda e conservação de alimentos em condições higiênicas; que teria oferecido áreas de vivência compostas de instalações necessárias e suficientes para atender e preservar o bem-estar, higiene, saúde física e psíquica e a dignidade humana de todos os trabalhadores; que teria disponibilizado água potável e fresca, em recipientes adequados e em quantidade suficiente nos locais de trabalho, em condições higiênicas e em copos individuais; que teria realizado assepsia dos reservatórios de água e os mantido sempre limpos; que teria fornecido água potável fresca no início do turno de trabalho, com reposição nos três turnos de trabalho da frente ou sempre que necessário; que teria orientado quanto ao uso correto de agrotóxicos e a importância do uso dos EPIs por ocasião da aplicação de herbicidas; que teria estendido todo o procedimento relacionado à medicina e segurança do trabalho aos empregados das empresas prestadoras de serviços, nas mesmas condições dos empregados diretos, de modo a não existir qualquer distinção de segurança, higiene, conforto e alimentação.

Por derradeiro, é mister trazer a lume o seguinte esclarecedor entendimento jurisprudencial a respeito do tema responsabilidade da tomadora de serviços quando esta incorrer em culpa relativamente a agravo à saúde de trabalhador terceirizado:

ACIDENTE DO TRABALHO. LABOR EM AMBIENTE INSEGURO. RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS. À empresa, na qual os serviços são prestados, cumpre adotar as medidas de segurança e as normas de proteção à integridade física e psíquica do trabalhador. Permitindo a realização de labor em um ambiente inseguro, inescusável a sua culpa no acidente que resultou no falecimento do laborista, sendo, desse modo, responsável pelo pagamento das indenizações vindicadas por danos morais e materiais. O ambiente de trabalho deve propiciar a valorização da vida e da plenitude das condições de trabalho, e não o risco de morte ou de incapacitação física do obreiro, pois a força de trabalho é o único bem de que dispõe o trabalhador como fonte de renda para a sua sobrevivência e de sua família. (TRT 3ª Região, 8ª Turma, Proc. 00010-2006-131-03-00-9 RO, Relatora Desembargadora Denise Alves Horta, publ. DJMG em 15.12.2007, p. 29)

e) Qual a extensão da intervenção do Poder Judiciário trabalhista no caso concreto?

A resposta a essa indagação implica uma prévia reflexão: qual é o momento em que o Poder Judiciário poderá apreciar a questão de estar determinado contrato civil de terceirização trabalhista em consonância com o princípio da boa-fé objetiva e cumprindo a sua função social no que se refere ao cuidado com a saúde e segurança ocupacional dos trabalhadores terceirizados, uma das suas facetas com maiores reflexos para as famílias, empresas, governo, órgãos previdenciários, e comunidade em geral?

Será que se deveria aguardar que exclusivamente um dos signatários de tais contratos buscasse o Poder Judiciário invocando, no particular, a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato para fim de estabelecer que a gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional esteve desde o início da vigência contratual com o outro contratante? Imagine-se a seguinte hipótese: empresa terceirizada é condenada pela Justiça do Trabalho, em reclamação trabalhista na qual a família da vítima não cuida de incluir no polo passivo da demanda também a empresa terceirizante, a pagar indenização por acidente do trabalho que vitimou trabalhador terceirizado, sob o fundamento de que não existiu observância a determinado item de saúde e segurança ocupacional inserido no mínimo existencial do referido trabalhador. Após a condenação trabalhista, a empresa terceirizada ingressa no Judiciário Cível com ação de regresso porque a gestão daquele mesmo item de segurança deveria, desde o início do contrato civil de terceirização, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, ter figurado, inclusive formalmente (mediante cláusula contratual escrita), sob a gestão exclusiva da empresa terceirizante. A Justiça Comum poderia, evidentemente, acolher o pleito, sendo este um momento propício para tal.

Outro momento propício coincide, à evidência, com o julgamento de ação civil pública, como a presente, na qual é discutido tanto o mais, ou seja, acerca da legalidade ou ilegalidade de terceirizações trabalhistas levadas a efeito, como o

menos, ou seja, a responsabilidade quanto à gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional, tudo tendo em mira os cuidados relativos a direitos coletivos e difusos dos trabalhadores terceirizados no meio ambiente do trabalho.

Raciocínio diverso poderia, salvo melhor juízo, levar ao absurdo de deixar ao Poder Judiciário o estreito caminho de agir no tocante a salvaguarda de direitos difusos ou coletivos de maneira tardia (no exemplo dado, somente após a ocorrência de eventuais lesões a direitos humanos fundamentais, com a possibilidade de trabalhadores vítimas de acidentes do trabalho fatais inclusive), ou seja, somente quando um dos contratantes ajuizasse ação de regresso após ter sofrido ou condenação advinda de responsabilidade civil, ou ter sofrido outro prejuízo financeiro na contratação civil respectiva.

O bojo de ação civil pública é plenamente adequado, portanto, para a verificação acerca da prevalência ou não de cláusulas contratuais, expressas ou tácitas, celebradas entre empresa terceirizante e empresas terceirizadas, que identificam um dos contratantes como responsável pela gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional. E nesse diapasão, dita ação, como a presente, é propícia para a análise, relativamente às terceirizações trabalhistas, se cabível ou não a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Tudo a revelar que as cláusulas contratuais firmadas, de forma expressa ou tácita, nos contratos civis de terceirização trabalhista de que tratam os autos, não dizem respeito somente às partes signatárias, em especial porque a função social de tais contratos tem inexorável relação com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da valorização do trabalho humano, do direito de todos à saúde, da justiça social e, bem assim do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Nessa linha, tem-se que as cláusulas contratuais respectivas não são direcionadas apenas à vontade das partes, senão a uma finalidade econômico-social.

Verifica-se, pois, sob todas as luzes, que no caso concreto existiu nítida infringência a interesse coletivo, ou seja, o interesse dos trabalhadores que figuram na condição de terceirizados (grupo ligado por uma relação jurídica base, cujo interesse, portanto, é indivisível), prestando serviços à ré por meio de empresas interpostas, as quais não dispõem de reais condições de exercer, de maneira eficaz, a gestão dos itens de saúde e segurança citados nos itens “2” a “33” da inicial, itens esses que compõem o mínimo existencial de ditos trabalhadores no tocante à saúde e à segurança no trabalho. A ré não demonstrou, ademais, ter exercido eficazmente, até a data da propositura da presente ação, semelhante gestão por si própria ou exigi-la das terceirizadas por ela contratadas, de forma a garantir, de fato, a saúde e a segurança ocupacional dos trabalhadores terceirizados.

Nesse sentido, insta salientar que, segundo dispõe o parágrafo único, inciso II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, “interesses ou direitos coletivos” são 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”.

Houve, igualmente, infringência a interesse difuso, ou seja, o interesse de todos aqueles trabalhadores em potencial que possam ser arregimentados por empresas terceirizadas para a prestação de serviços naquelas mesmas condições

supramencionadas. No aspecto, é esclarecedor o parágrafo único, inciso I, do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “interesses ou direitos difusos” são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Sob esses dois aspectos, é mister releva, não se torna necessária a análise de cada relação jurídica havida entre cada um dos trabalhadores, atuais ou potenciais, e a empresa tomadora de serviços, em especial porque o que pretende, no particular, o autor, e com razão, é a defesa não do interesse particular de um empregado específico ou outro, mas a defesa de direitos sociais de uma categoria de trabalhadores, objetivando, no particular, a observância da correta gestão dos itens de saúde e segurança (mínimo existencial) citados nos itens “2” a “33” da inicial e que dizem respeito a toda a categoria dos trabalhadores terceirizados relativamente a uma específica tomadora de serviços, no tocante ao meio ambiente do trabalho.

Há, ademais, um último, mas não menos importante foco a ser considerado: a presente decisão, na ordem de ideias acima exposta, longe de impedir “por via transversa, que empresas licitamente constituídas, detentoras de direitos e obrigações, exerçam a sua atividade” ou, ainda, “negar vigência de contratos típicos previstos pela legislação civil” (como equivocadamente invocado, pela ré, às f. 1.957 e 1.958, respectivamente), apenas amplia, de certa forma, os itens de saúde e segurança ocupacional sob a gestão da empresa terceirizante, sendo que a referida gestão nada tem a ver com vínculo de subordinação próprio de relação de emprego. Insta salientar, a propósito, que a própria ré entende legítima, sob certa medida, semelhante gestão aos cuidados da empresa terceirizante, uma vez que, na peça contestatória, invocou os seguintes fatos: “[...] que orientou seus prestadores de serviços a atuarem de forma a garantir que os intervalos em horários previamente estipulados sejam respeitados, bem como a que mensalmente seja organizada escala de revezamento nos serviços que exijam trabalho aos domingos ‘sob pena inclusive de rescisão do contrato por culpa exclusiva do prestador’” (f. 2.072); que instituiu normas internas de segurança aplicáveis no setor agrícola, incluindo o corte mecanizado de cana-de-açúcar, adubação e aplicação de herbicidas, onde se verifica a adoção de procedimentos de segurança que devem ser cumpridos também pelas prestadoras de serviços (f. 2.089); que detém programa de prevenções a riscos ambientais eficiente, além de normas internas específicas para as empresas prestadoras de serviços, aplicáveis no setor agrícola (f. 2.093); que fiscaliza as prestadoras de serviços no que se refere a vários setores e atividades e por vários motivos, como a exemplo, o uso de EPIs, jornada de trabalho, condições dos maquinários e outros (f. 2.100); que “relativamente aos empregados das prestadoras de serviço, é certo que, de acordo com a Norma de Segurança - Procedimento Interno Documentado - verificando a liderança que o empregado ou prestador de serviço está desrespeitando as regras, são previstas as seguintes punições: advertência verbal, advertência por escrito, suspensão (no caso dos prestadores, suspensão da prestação de serviços até regularização) e demissão por justa causa (empregados) ou rescisão do contrato (prestadores)” (f. 2.124). Porém, é mister repisar, no particular, que não há provas nos autos a demonstrar que tenha ela exercido semelhante gestão, ou seja, fiscalizado, de fato, o cumprimento desses itens de saúde e segurança ocupacional.

Fixadas essas premissas, impõe-se acolher o pedido inscrito no item “1” da inicial em alcance menor que o requerido pelo autor, ou seja:

- para declarar nulas as cláusulas, expressas ou tácitas, constantes nos contratos de terceirização trabalhista de que tratam os autos, nas quais foi destinada às empresas terceirizadas a gestão dos itens de saúde e segurança indicados nos itens “2” a “33” da inicial, porque firmadas com abuso de direito por parte da ré, de modo que dita gestão é tida como de responsabilidade da empresa terceirizante desde o início da vigência de tais contratos, com a conseqüente condenação da ré a cumprir as obrigações de fazer e não fazer, sob pena de multa, conforme abaixo discriminado;

- para condenar a ré a abster-se de, nas novas terceirizações trabalhistas que contratar, ajustar, expressa ou tacitamente, cláusula contratual que destine à empresa terceirizada a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional elencados nos itens “2” a “33” da inicial, os quais continuarão sob a gestão da empresa terceirizante, sob pena de multa de R\$15.000,00 por item de saúde e segurança com gestão transferida para a empresa terceirizada.

A propósito do tema, aliás, invoca-se, também como razão de decidir, o seguinte ensinamento (o qual, guardadas as modificações que se mostrem próprias, é aplicável ao caso em espécie), ministrado por Edilton Meireles ao referir-se acerca da aplicação do inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor¹⁴ no controle judicial de cláusulas contratuais abusivas no direito do consumidor:

Nada impede que essa regra seja aplicada, integralmente, às relações de trabalho, pois, diante de uma cláusula abusiva, pode o juiz do trabalho reconhecer sua invalidade, modificando-a para adequá-la aos parâmetros legais ou fazendo sua revisão de modo a manter as prestações de maneira proporcional.
(Obra citada, p. 226)

Deverá a reclamada, em consequência, cumprir, no âmbito do meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados, as seguintes obrigações de fazer e não fazer, todas correspondentes ao exercício de gestão de itens de saúde e segurança ocupacional em sentido amplo¹⁵, conforme o teor dos pedidos formulados nos itens “2” a “33” da inicial, sob pena de pagamento da multa fixada, por razoável, no valor de R\$400,00 por item de saúde e segurança com gestão assim não realizada, relativamente a cada trabalhador terceirizado, a cada constatação:

¹⁴ Dispõe o CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

¹⁵ Dizem-se itens de saúde e segurança ocupacional em sentido amplo, uma vez que semelhante expressão envolve questões jungidas, indiretamente, à preservação da saúde e segurança dos trabalhadores, como as ligadas a jornadas de trabalho cumpridas, ao regular pagamento de prestações alimentícias como o salário igual para trabalho de igual valor acrescido das horas extras propriamente ditas e de horas *in itinere*, à assinatura de CTPS a ensejar a aplicação indiscutível da NR-31 e a prestação de esclarecimentos ao Auditor Fiscal do Trabalho para o desempenho das atribuições legais deste no que se refere à tutela do meio ambiente do trabalho.

- não permitir que empregados terceirizados prestem serviços sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente;
- não permitir que empregados terceirizados laborem sem consignar em registro mecânico, manual ou eletrônico os horários de entrada e saída efetivamente praticados, sendo que a multa incidirá inclusive por dia de jornada irregularmente registrada;
- não permitir que empregados terceirizados laborem sem observância das disposições legais sobre jornadas, extensão e remuneração de jornada noturna;
- não permitir que não seja computado na jornada de trabalho o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, quando o empregador fornecer a condução, nos casos de local de difícil acesso ou não servido por transporte público;
- não permitir prorrogação de jornadas de trabalho e exigência de trabalho além do limite de 02 (duas) horas tolerado pela legislação trabalhista (art. 59 da CLT), salvo as hipóteses legais permitidas, sendo que, nos dias em que o horário de trabalho previsto apontar jornada diária igual ou inferior a oito horas, a prorrogação de duas horas será observada a partir da jornada estabelecida, de maneira que incidirá a multa mesmo em hipóteses de jornada total inferior a dez horas por dia e, bem assim, nos dias em que o horário diário de trabalho previsto superar oito horas; em decorrência de acordo de compensação semanal válido, o limite diário de jornada, incluído o labor extraordinário, será de dez horas por dia, incidindo a multa sempre que laborar por mais de dez horas;
- não permitir prorrogação da jornada normal de trabalho além do estabelecido em acordo escrito ou convenção coletiva de trabalho;
- não permitir a habitualidade de horas extras, incidindo a multa por mês de descumprimento;
- não permitir que seja concedido intervalo para repouso ou alimentação inferior a uma hora e superior a duas horas para os empregados cuja jornada diária exceda de seis horas, não sendo computado esse tempo na duração do trabalho;
- não permitir que sejam concedidos descansos inferiores a onze horas entre duas jornadas de trabalho, nos moldes do art. 66 da CLT;
- não permitir que sejam concedidos descansos semanais remunerados inferiores a 24 horas consecutivas, preferencialmente aos domingos, observados os artigos 67 e 68 da CLT;
- não permitir a ausência de pausas para descanso, ou outras medidas para preservar a saúde do trabalhador, nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica;
- não permitir a ausência de organização de escala mensal de revezamento nos serviços que exijam trabalho aos domingos;
- não permitir a ausência de pagamento de todas as horas extras laboradas, nos termos do inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal, com a incidência do adicional mais favorável quando previsto em instrumento coletivo, incluídas as repercussões dos adicionais legais e convencionais, sendo que incidirá a multa por mês de pagamento mensal feito em desacordo com essa obrigação;
- não permitir que as verbas salariais sejam pagas após o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do § 1º do art. 459 da CLT, sempre com a devida formalização do recibo;

- não permitir pagamentos de salários diferentes a empregados que prestam trabalho de igual valor, com idêntica função, na mesma localidade, com distinção de sexo, nacionalidade ou idade;

- não permitir a ausência de elaboração e execução do programa de gestão de segurança, saúde e meio ambiente de trabalho rural, para implementar as ações de segurança e saúde que visem à prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, atendendo aos seguintes requisitos: a) ordem de prioridade: a.1) eliminação de riscos através da substituição ou adequação dos processos produtivos, máquinas e equipamentos; a.2) adoção de medidas de proteção coletiva para controle dos riscos na fonte; a.3) adoção de medidas de proteção pessoal; b) ações de segurança e saúde contemplando os seguintes aspectos: b.1) melhoria das condições e do meio ambiente de trabalho; b.2) promoção da saúde e da integridade física dos trabalhadores rurais; b.3) campanhas educativas de prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho; c) as ações de melhoria das condições e meio ambiente de trabalho devem abranger os aspectos relacionados a: c.1) riscos químicos, físicos, mecânicos e biológicos; c.2) investigação e análise dos acidentes e das situações de trabalho que os geraram; c.3) organização do trabalho; d) além dos aspectos gerais citados acima, o programa deverá contemplar, dentre outros: d.1) gestão das queimadas; d.2) programa de remoção de acidentados; d.3) ergonomia na atividade agrícola; d.4) implantação de horários para repouso e alimentação durante a jornada de trabalho; d.5) treinamentos de aplicadores de agrotóxicos; d.6) primeiros socorros nas frentes de trabalho;

- não permitir a ausência de realização de exames médicos nos prazos e periodicidade previstos abaixo, sendo que incidirá a multa por exame não realizado na época própria ou em desconformidade com os requisitos normativos: a) exame médico admissional, que deve ser realizado antes que o trabalhador assumira suas atividades; b) exame médico periódico, que deve ser realizado anualmente, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, resguardado o critério médico; c) exame médico de retorno ao trabalho, que deve ser realizado no primeiro dia do retorno à atividade do trabalhador ausente por período superior a trinta dias devido a qualquer doença ou acidente; d) exame médico de mudança de função, que deve ser realizado antes da data do início do exercício na nova função, desde que haja a exposição do trabalhador a risco específico diferente daquele a que estava exposto; e) exames médicos complementares; f) exame médico demissional, que deve ser realizado até a data da homologação, desde que o último exame médico ocupacional tenha sido realizado há mais de noventa dias, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, resguardado o critério médico;

- não permitir a ausência de emissão de Atestado de Saúde Ocupacional - ASO - com conteúdo em acordo com o disposto no item 31.5.1.3.3 da NR - 31, com a entrega da segunda via ao trabalhador;

- equipar todas as frentes de trabalho com material necessário à prestação de primeiros socorros, considerando-se as características da atividade desenvolvida, observando que, nas frentes com dez ou mais trabalhadores, o material fique sob cuidado da pessoa treinada para esse fim e que seja garantida a remoção do acidentado em caso de urgência;

- não permitir a ausência de garantia à saúde e segurança dos trabalhadores que operem com máquinas, equipamentos e implementos, de modo a não permitir o exercício de atividades sem a observância, no mínimo, relativamente a equipamentos e implementos, dos seguintes requisitos, sendo que a multa incidirá por máquina, equipamento ou implemento em que for constatado o descumprimento: a) utilizados unicamente para os fins concebidos, segundo as especificações técnicas do fabricante; b) operados somente por trabalhadores capacitados e qualificados para tais funções; c) só sejam utilizadas máquinas, equipamentos e implementos cujas transmissões de força estejam protegidas; d) as máquinas, equipamentos e implementos que ofereçam risco de ruptura de suas partes, projeção de peças ou de material em processamento só sejam utilizadas se dispuserem de proteções efetivas; e) os protetores removíveis só sejam retirados para execução de limpeza, lubrificação, reparo e ajuste, ao fim dos quais devem ser, obrigatoriamente, recolocados; f) só sejam utilizadas máquinas e equipamentos móveis motorizados que tenham estrutura de proteção do operador em caso de tombamento e dispor de cinto de segurança; g) não se faça, em qualquer circunstância, o transporte de pessoas em máquinas e equipamentos motorizados e nos seus implementos acoplados; h) só sejam utilizadas máquinas de cortar, picar, triturar, moer, desfibrar e similares que possuam dispositivos de proteção, que impossibilitem contato do operador ou demais pessoas com suas partes móveis; i) só sejam utilizados máquinas e equipamentos motorizados móveis que possuam faróis, luzes e sinais sonoros de ré acoplados ao sistema de câmbio de marchas, buzina e espelho retrovisor; j) substituir ou reparar equipamentos e implementos, sempre que apresentem defeitos que impeçam a operação de forma segura; k) só sejam utilizados máquinas e equipamentos que apresentem dispositivos de acionamento e parada localizados de modo que: k.1) possam ser acionados ou desligados pelo operador na sua posição de trabalho; k.2) não se localizem na zona perigosa da máquina ou equipamento; k.3) possam ser acionados ou desligados, em caso de emergência, por outra pessoa que não seja o operador; k.4) não possam ser acionados ou desligados involuntariamente pelo operador ou de qualquer outra forma acidental; k.5) não acarretem riscos adicionais; l) só sejam utilizados máquinas e equipamentos com sistema de travamento para todas as partes móveis e cortantes quando dos serviços de manutenção; m) só sejam utilizadas máquinas, equipamentos e implementos cujos riscos e medidas de proteção estejam contemplados no plano de gestão de saúde e segurança;

- estabelecer, nos locais de movimentação de máquinas, equipamentos ou veículos, a distância mínima entre eles e, bem assim as regras de preferência de movimentação;

- não permitir sejam mantido/operado máquina e/ou equipamento e/ou implemento e/ou mobiliário e/ou ferramenta que não proporcionem ao trabalhador condições de boa postura e/ou visualização e/ou movimentação e/ou operação;

- não permitir a ausência de fornecimento gratuito de equipamentos de proteção individual (EPI), adequados aos riscos e mantidos em perfeito estado de conservação e funcionamento, com orientação aos trabalhadores sobre o uso do EPI e com a exigência de utilização dos EPIs, sendo que a multa incidirá tanto na constatação do não uso do EPI pelo trabalhador como no caso de estar o EPI em estado precário ou inadequado;

- disponibilizar, nas frentes de trabalho, instalações sanitárias fixas ou móveis, compostas de vasos sanitários e lavatórios, na proporção de um conjunto para cada grupo de quarenta trabalhadores ou fração, atendidos os seguintes requisitos, sendo que a multa incidirá por unidade faltante, ou por instalação em desconformidade com os padrões de segurança e higiene exigidos: a) ter portas de acesso que impeçam o devassamento e ser construídas de modo a manter o resguardo conveniente; b) ser separadas por sexo; c) estar situadas em locais de fácil e seguro acesso; d) dispor de água limpa e papel higiênico; e) estar ligadas a sistema de esgoto, fossa séptica ou sistema equivalente, permitida a utilização de fossa seca; f) possuir recipiente para coleta de lixo;

- disponibilizar em toda frente de trabalho local ou recipiente para a guarda e conservação de refeições, em condições higiênicas, independentemente do número de trabalhadores, sendo que a multa incidirá por unidade faltante, ou por instalação em desconformidade com os padrões de segurança e higiene exigidos na NR-31;

- disponibilizar nas frentes de trabalho abrigos, fixos ou móveis, que protejam os trabalhadores contra as intempéries durante as refeições, observando que devem atender aos seguintes requisitos, sendo que a multa incidirá por unidade faltante, ou por instalação em desconformidade com os padrões de segurança e higiene exigidos na NR-31: a) boas condições de higiene e conforto; b) capacidade para atender a todos os trabalhadores; c) água limpa para higienização; d) mesas com tampo lisos e laváveis; e) assentos em número suficiente; f) água potável, em condições higiênicas; g) depósitos de lixo, com tampas;

- disponibilizar água potável e fresca em quantidade suficiente nos locais de trabalho, em condições higiênicas, com a proibição no sentido da utilização de copos coletivos;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, esteja ausente capacitação sobre prevenção de acidentes com agrotóxicos a todos os trabalhadores expostos diretamente, mediante programa, com carga horária mínima de vinte horas, distribuídas em, no máximo, oito horas diárias, durante o expediente normal de trabalho, com o seguinte conteúdo mínimo: a) conhecimento das formas de exposição direta e indireta aos agrotóxicos; b) conhecimento de sinais e sintomas de intoxicação e medidas de primeiros socorros; c) rotulagem e sinalização de segurança; d) medidas higiênicas durante e após o trabalho; e) uso de vestimentas e equipamentos de proteção pessoal; f) limpeza e manutenção das roupas, vestimentas e equipamentos de proteção pessoal; a partir de materiais escritos ou audiovisuais e apresentado em linguagem adequada aos trabalhadores e assegurada a atualização de conhecimentos para os trabalhadores já capacitados;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, estejam ausentes as seguintes medidas: a) fornecimento de equipamentos de proteção individual e vestimentas adequadas aos riscos, que não propiciem desconforto térmico prejudicial ao trabalhador; b) fornecimento dos equipamentos de proteção individual e vestimentas de trabalho em perfeitas condições de uso e devidamente higienizados, com a descontaminação dos mesmos ao final de cada jornada de trabalho, e com substituição dos mesmos sempre que necessário; c) orientação quanto ao uso correto dos dispositivos de proteção; d) disponibilização de local adequado para a guarda da roupa de uso pessoal; e) fornecimento de

água, sabão e toalhas para higiene pessoal; f) garantia de que nenhum dispositivo de proteção ou vestimenta contaminada seja levado para fora do ambiente de trabalho; g) garantia de que nenhum dispositivo ou vestimenta de proteção seja reutilizado antes da devida descontaminação; h) proibição do uso de roupas pessoais quando da aplicação de agrotóxicos;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, as edificações destinadas ao armazenamento de agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins não sejam dotadas dos seguintes requisitos: a) ter paredes e cobertura resistentes; b) ter acesso restrito aos trabalhadores devidamente capacitados a manusear os referidos produtos; c) possuir ventilação, comunicando-se exclusivamente com o exterior e dotada de proteção que não permita o acesso de animais; d) ter afixadas placas ou cartazes com símbolos de perigo; e) estar situadas a mais de trinta metros das habitações e locais onde são conservados ou consumidos alimentos, medicamentos ou outros materiais, e de fontes de água; f) possibilitar limpeza e descontaminação;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, o armazenamento não obedeça às normas da legislação vigente, não obedeça às especificações do fabricante constantes dos rótulos e bulas, e não obedeça às seguintes recomendações básicas: a) as embalagens devem ser colocadas sobre estrados, evitando contato com o piso, com as pilhas estáveis e afastadas das paredes e do teto; b) os produtos inflamáveis serão mantidos em local ventilado, protegido contra centelhas e outras fontes de combustão;

- não permitir que os empregados das empresas terceirizadas prestem serviços sem as mesmas condições de segurança, higiene, conforto e alimentação oferecidas aos empregados da empresa terceirizante.

Outrossim, como consectário do exposto até aqui, e considerando-se que esta medida implicará maior eficácia ao preceito constitucional insculpido no inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, impõe-se condenar a ré a prestar ao Auditor Fiscal do Trabalho todos os esclarecimentos atados aos aspectos tratados na presente decisão relativamente aos trabalhadores terceirizados, necessários ao desempenho das atribuições legais deste (atribuições essas que visam em especial à tutela dos direitos indisponíveis afetos ao meio ambiente do trabalho), sob pena de incorrer na mesma multa de R\$400,00 supramencionada, a cada constatação.

E não se diga que a fixação das multas supramencionadas, no caso dos autos, seria incabível, ou que as mesmas constituiriam *bis in idem* (duplo pagamento em razão da mesma causa geradora) vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, ditas multas, fixadas com base nos arts. 461, § 4º, e 644, do CPC, aplicáveis subsidiariamente (art. 769 da CLT), têm por fim, como é cediço, influir psicologicamente o ânimo do devedor para que cumpra, efetivamente, as obrigações de fazer e de não fazer a ele impostas, não tendo, portanto, natureza compensatória ou de recomposição de eventuais prejuízos sofridos pelo credor, senão natureza de multa processual. Por essas razões, aliás, tem-se como improsperáveis as seguintes alegações expendidas pela ré: que haveria impossibilidade jurídica do pedido porque “a autuação pela fiscalização” seria “a única medida legal prevista no ordenamento jurídico trabalhista para averiguar e impor qualquer tipo de penalidade pelo eventual descumprimento dos dispositivos legais indicados como violados” (f. 1.966); que relativamente a embaraço ou resistência à fiscalização, o

“ordenamento jurídico prevê os meios próprios e penalidades específicas na hipótese de descumprimento, pelo que o pedido, além de inepto, apresenta-se juridicamente impossível, devendo a ação ser julgada extinta sem resolução do mérito, nos termos do inciso I do artigo 267 do CPC” (f. 1.970).

Insta salientar, no particular, o ensinamento de Sebastião Geraldo de Oliveira:

Quando se fala em proteção do meio ambiente, nele está compreendido o do trabalho, como prevê o art. 200, VIII, da Constituição da República. Em decorrência do meio ambiente do trabalho, surgem interesses difusos e coletivos que fundamentam o manejo da ação civil pública, especialmente para cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, estudadas anteriormente e previstas no art. 11 da Lei n. 7.347/1985. Também aqui, a condenação poderá estabelecer preceito cominatório, com a utilização decisiva das *astreintes*. Nesse caso, o entendimento que vem prevalecendo é de que o valor das multas diárias se reverte em benefício do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. (*In Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, São Paulo: LTr, 2010. p. 444)

Os valores dessas multas reverterão ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (consoante o art. 11 da Lei n. 7.347/1985), sendo que os mesmos serão acrescidos de correção monetária e juros legais, a partir da data do ajuizamento da presente ação, na forma da lei. Nesse sentido, insta salientar que a correção monetária, por representar apenas atualização do valor devido e não natureza de sanção, deve ser calculada a partir da referida data, sendo irrelevantes as datas de futuros eventuais momentos de execução de sentença, já que o adimplemento da obrigação deve ser feito pelo valor realmente devido, o que só pode ser obtido com a correção sendo calculada a partir do momento em que sabidamente já existia dano.

Por derradeiro, a fim de melhor viabilizar a efetividade da presente decisão, com a aplicação, em concreto, do princípio da economia processual, impõe-se deferir, desde logo, o requerimento do autor no sentido da expedição de ofício ao órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego para que este determine a verificação, *in loco*, constantemente, tanto quanto possível, do cumprimento das obrigações impostas à ré nesta decisão. Tudo sem prejuízo da aplicação das demais medidas executivas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

2.2) Do dano moral coletivo

Postula o Ministério Público do Trabalho, ainda, a condenação da ré, tendo em vista “as práticas irregulares perpetradas” (f. 97) e a prática reiterada e genérica de “sonegar os mais básicos direitos trabalhistas, acarretando diminuição de ganho, até mesmo perigo de vida”, com repercussão não só sobre os trabalhadores diretamente envolvidos, como sobre toda a sociedade, aviltada em seus valores sociais (f. 100), ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, cujos valores deverão ser revertidos ao FAT.

Com razão.

A atitude praticada pela ré ao firmar cláusulas contratuais, expressas ou tácitas, com abuso de direito, nas quais houve destinação às empresas terceirizadas da gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional indicados nos itens “2” a “33” da inicial, trouxe, conforme a prova dos autos, vários prejuízos aos

trabalhadores terceirizados, os quais se viram alijados do mínimo existencial no tocante à saúde e à segurança no trabalho, com ferimento, em relação a estes, do superprincípio da dignidade humana.

Tal conduta contrariou preceitos de ordem pública e não encontra qualquer justificativa sob o ponto de vista jurídico, o que merece, também, uma reparação sob o prisma coletivo.

Nesse diapasão, tem-se que foram afetados, no contexto revelado nos presentes autos, além do patrimônio valorativo da comunidade de trabalhadores terceirizados, também o patrimônio financeiro e econômico, atual e futuro, da coletividade das empresas terceirizadas (a eventual ocorrência de agravos à saúde dos trabalhadores terceirizados, tendo como um dos fatores causais a não observância de itens que compõem o mínimo existencial destes, implicará reflexos negativos no passivo trabalhista de tais empresas).

Tratou-se, é mister reparar, de conduta antijurídica, constituindo ofensa significativa aos direitos indisponíveis dos trabalhadores terceirizados, o que implica, inexoravelmente, dano para a coletividade, equivale dizer, uma lesão a interesses metaindividuais. É evidente, nesse aspecto, o nexó de causalidade entre o comportamento adotado pela ré e o dano de natureza coletiva havido.

Presentes, portanto, todos os requisitos necessários, à luz do art. 186 do Código Civil, para a caracterização da responsabilidade, subjetiva, da ré (erro de conduta desta, ofensa a um bem jurídico e relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação ou omissão e o dano causado), o dano, de natureza coletiva, merece ser reparado por meio de pagamento de indenização, a qual, aliás, não se confunde, porque dotada de natureza jurídica diversa, com as obrigações de fazer e não fazer postuladas nos itens “2” a “33” da inicial e tampouco com as multas correspondentes a *astreintes*.

Cabe consignar, a propósito, que o ordenamento jurídico pátrio admite a indenização por danos morais para a reparação de lesão extrapatrimonial causada à coletividade genericamente considerada. Nesse sentido, basta citar os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, o art. 186 do Código Civil. A reparação por danos morais coletivos, ademais, encontra fundamento em diversas leis que se referem à tutela de interesses metaindividuais, dentre as quais a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei n. 8.881/1994); o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985).

A referida indenização, insta salientar, tem finalidade punitiva, uma vez que o dano moral é um delito como qualquer outro, de modo que quem o praticou se sinta castigado pela ofensa que perpetró, finalidade preventiva, servindo para desestimular qualquer pessoa, independentemente de sua condição econômica, a praticar semelhante ofensa e finalidade compensatória, tendente a constituir remédio para propiciar, no caso do dano moral coletivo, um sentimento de que a justiça foi feita a favor da coletividade.

Resta, no aspecto, analisar-se a extensão dos danos e arbitrar o respectivo montante, levando-se em consideração a capacidade econômica de quem paga e de quem recebe, a fim de que se traduza em compensação para o lesado (no caso dos autos a coletividade) e um desestímulo para a lesante, tudo de conformidade com os arts. 948, 949 e 953, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.

No caso dos autos, com base nas referidas normas legais e diante do grande porte da ré (considerando-se a natureza do empreendimento econômico por ela levado a efeito), impõe-se arbitrar a indenização por danos morais coletivos em R\$180.000,00, montante razoável para o presente caso (e não valor maior, a fim de possibilitar à empresa uma reestruturação imprescindível para o encargo de gestão eficaz dos multicitados itens de saúde e segurança ocupacional), a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, o qual possui finalidade sintonizada com os interesses gerais da classe trabalhadora destinando-se ao custeio do benefício do seguro-desemprego, pagamento de abono salarial e financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

Sobre esse montante incidirão juros e correção monetária, a incidir a partir da data do ajuizamento da presente ação, na forma da lei.

2.3 - Recolhimentos previdenciários e fiscais

Não há recolhimentos previdenciários e fiscais (IRRF) a serem determinados, já que os valores pecuniários decorrentes da presente decisão não constituem fatos geradores dos referidos recolhimentos.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE, EM PARTE, a presente ação civil pública para:

a) declarar nulas as cláusulas, expressas ou tácitas, constantes nos contratos de terceirização trabalhista de que tratam os autos, nas quais foi destinada às empresas terceirizadas a gestão dos itens de saúde e segurança indicados nos itens “2” a “33” da inicial, porque firmadas com abuso de direito por parte da ré, de modo que dita gestão é tida como de responsabilidade da empresa terceirizante desde o início da vigência de tais contratos;

b) condenar a ré, relativamente aos contratos civis de terceirização trabalhista de que tratam os autos, a exercer diretamente a gestão dos seguintes itens de saúde e segurança ocupacional no âmbito do meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados, cumprindo as seguintes obrigações de fazer e não fazer, sob pena de pagamento da multa de R\$400,00 por item de saúde e segurança com gestão assim não realizada, relativamente a cada trabalhador terceirizado, a cada constatação, sendo que o valor dessa multa reverterá ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sobre a mesma incidirão juros e correção monetária a partir da data do ajuizamento da presente ação:

- não permitir que empregados terceirizados prestem serviços sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente;

- não permitir que empregados terceirizados laborem sem consignar em registro mecânico, manual ou eletrônico os horários de entrada e saída efetivamente praticados, sendo que a multa incidirá inclusive por dia de jornada irregularmente registrada;

- não permitir que empregados terceirizados laborem sem observância das disposições legais sobre jornadas, extensão e remuneração de jornada noturna;

- não permitir que não seja computado na jornada de trabalho o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, quando o empregador fornecer a condução, nos casos de local de difícil acesso ou não servido por transporte público;

- não permitir prorrogação de jornadas de trabalho e exigência de trabalho além do limite de 02 (duas) horas tolerado pela legislação trabalhista (art. 59 da CLT), salvo as hipóteses legais permitidas, sendo que, nos dias em que o horário de trabalho previsto apontar jornada diária igual ou inferior a oito horas, a prorrogação de duas horas será observada a partir da jornada estabelecida, de maneira que incidirá a multa mesmo em hipóteses de jornada total inferior a dez horas por dia e, bem assim, nos dias em que o horário diário de trabalho previsto superar oito horas; em decorrência de acordo de compensação semanal válido, o limite diário de jornada, incluído o labor extraordinário, será de dez horas por dia, incidindo a multa sempre que laborar por mais de dez horas;

- não permitir prorrogação da jornada normal de trabalho além do estabelecido em acordo escrito ou convenção coletiva de trabalho;

- não permitir a habitualidade de horas extras, incidindo a multa por mês de descumprimento;

- não permitir que seja concedido intervalo para repouso ou alimentação inferior a uma hora e superior a duas horas para os empregados cuja jornada diária exceda de seis horas, não sendo computado esse tempo na duração do trabalho;

- não permitir que sejam concedidos descansos inferiores a onze horas entre duas jornadas de trabalho, nos moldes do art. 66 da CLT;

- não permitir que sejam concedidos descansos semanais remunerados inferiores a 24 horas consecutivas, preferencialmente aos domingos, observados os artigos 67 e 68 da CLT;

- não permitir a ausência de pausas para descanso, ou outras medidas para preservar a saúde do trabalhador, nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica;

- não permitir a ausência de organização de escala mensal de revezamento nos serviços que exijam trabalho aos domingos;

- não permitir a ausência de pagamento de todas as horas extras laboradas, nos termos do inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal, com a incidência do adicional mais favorável quando previsto em instrumento coletivo, incluídas as repercussões dos adicionais legais e convencionais, sendo que incidirá a multa por mês de pagamento mensal feito em desacordo com essa obrigação;

- não permitir que as verbas salariais sejam pagas após o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao vencido, nos termos do § 1º do art. 459 da CLT, sempre com a devida formalização do recibo;

- não permitir pagamentos de salários diferentes a empregados que prestam trabalho de igual valor, com idêntica função, na mesma localidade, com distinção de sexo, nacionalidade ou idade;

- não permitir a ausência de elaboração e execução do programa de gestão de segurança, saúde e meio ambiente de trabalho rural, para implementar as ações de segurança e saúde que visem à prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, atendendo aos seguintes requisitos: a) ordem de prioridade: a.1) eliminação de riscos através da substituição ou adequação dos processos produtivos,

máquinas e equipamentos; a.2) adoção de medidas de proteção coletiva para controle dos riscos na fonte; a.3) adoção de medidas de proteção pessoal; b) ações de segurança e saúde contemplando os seguintes aspectos: b.1) melhoria das condições e do meio ambiente de trabalho; b.2) promoção da saúde e da integridade física dos trabalhadores rurais; b.3) campanhas educativas de prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho; c) as ações de melhoria das condições e meio ambiente de trabalho devem abranger os aspectos relacionados a: c.1) riscos químicos, físicos, mecânicos e biológicos; c.2) investigação e análise dos acidentes e das situações de trabalho que os geraram; c.3) organização do trabalho; d) além dos aspectos gerais citados acima, o programa deverá contemplar, dentre outros: d.1) gestão das queimadas; d.2) programa de remoção de acidentados; d.3) ergonomia na atividade agrícola; d.4) implantação de horários para repouso e alimentação durante a jornada de trabalho; d.5) treinamentos de aplicadores de agrotóxicos; d.6) primeiros socorros nas frentes de trabalho;

- não permitir a ausência de realização de exames médicos nos prazos e periodicidade previstos abaixo, sendo que incidirá a multa por exame não realizado na época própria ou em desconformidade com os requisitos normativos: a) exame médico admissional, que deve ser realizado antes que o trabalhador assumira suas atividades; b) exame médico periódico, que deve ser realizado anualmente, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, resguardado o critério médico; c) exame médico de retorno ao trabalho, que deve ser realizado no primeiro dia do retorno à atividade do trabalhador ausente por período superior a trinta dias devido a qualquer doença ou acidente; d) exame médico de mudança de função, que deve ser realizado antes da data do início do exercício na nova função, desde que haja a exposição do trabalhador a risco específico diferente daquele a que estava exposto; e) exames médicos complementares; f) exame médico demissional, que deve ser realizado até a data da homologação, desde que o último exame médico ocupacional tenha sido realizado há mais de noventa dias, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, resguardado o critério médico;

- não permitir a ausência de emissão de Atestado de Saúde Ocupacional - ASO - com conteúdo em acordo com o disposto no item 31.5.1.3.3 da NR-31, com a entrega da segunda via ao trabalhador;

- equipar todas as frentes de trabalho com material necessário à prestação de primeiros socorros, considerando-se as características da atividade desenvolvida, observando que, nas frentes com dez ou mais trabalhadores, o material fique sob cuidado da pessoa treinada para esse fim e que seja garantida a remoção do acidentado em caso de urgência;

- não permitir a ausência de garantia à saúde e segurança dos trabalhadores que operem com máquinas, equipamentos e implementos, de modo a não permitir o exercício de atividades sem a observância, no mínimo, relativamente a equipamentos e implementos, dos seguintes requisitos, sendo que a multa incidirá por máquina, equipamento ou implemento em que for constatado o descumprimento: a) utilizados unicamente para os fins concebidos, segundo as especificações técnicas do fabricante; b) operados somente por trabalhadores capacitados e qualificados para tais funções; c) só sejam utilizadas máquinas, equipamentos e implementos cujas transmissões de força estejam protegidas; d) as máquinas, equipamentos e implementos que ofereçam risco de ruptura de suas partes,

projeção de peças ou de material em processamento só sejam utilizadas se dispuserem de proteções efetivas; e) os protetores removíveis só sejam retirados para execução de limpeza, lubrificação, reparo e ajuste, ao fim dos quais devem ser, obrigatoriamente, recolocados; f) só sejam utilizadas máquinas e equipamentos móveis motorizados que tenham estrutura de proteção do operador em caso de tombamento e dispor de cinto de segurança; g) não se faça, em qualquer circunstância, o transporte de pessoas em máquinas e equipamentos motorizados e nos seus implementos acoplados; h) só sejam utilizadas máquinas de cortar, picar, triturar, moer, desfibrar e similares que possuam dispositivos de proteção, que impossibilitem contato do operador ou demais pessoas com suas partes móveis; i) só sejam utilizados máquinas e equipamentos motorizados móveis que possuam faróis, luzes e sinais sonoros de ré acoplados ao sistema de câmbio de marchas, buzina e espelho retrovisor; j) substituir ou reparar equipamentos e implementos, sempre que apresentem defeitos que impeçam a operação de forma segura; k) só sejam utilizados máquinas e equipamentos que apresentem dispositivos de acionamento e parada localizados de modo que: k.1) possam ser acionados ou desligados pelo operador na sua posição de trabalho; k.2) não se localizem na zona perigosa da máquina ou equipamento; k.3) possam ser acionados ou desligados, em caso de emergência, por outra pessoa que não seja o operador; k.4) não possam ser acionados ou desligados involuntariamente pelo operador ou de qualquer outra forma acidental; k.5) não acarretem riscos adicionais; l) só sejam utilizados máquinas e equipamentos com sistema de travamento para todas as partes móveis e cortantes quando dos serviços de manutenção; m) só sejam utilizadas máquinas, equipamentos e implementos cujos riscos e medidas de proteção estejam contemplados no plano de gestão de saúde e segurança;

- estabelecer, nos locais de movimentação de máquinas, equipamentos ou veículos, a distância mínima entre eles e, bem assim, as regras de preferência de movimentação;

- não permitir sejam mantidos/operados máquina e/ou equipamento e/ou implemento e/ou mobiliário e/ou ferramenta que não proporcionem ao trabalhador condições de boa postura e/ou visualização e/ou movimentação e/ou operação;

- não permitir a ausência de fornecimento gratuito de equipamentos de proteção individual (EPI), adequados aos riscos e mantidos em perfeito estado de conservação e funcionamento, com orientação aos trabalhadores sobre o uso do EPI e com a exigência de utilização dos EPIs, sendo que a multa incidirá tanto na constatação do não uso do EPI pelo trabalhador como no caso de estar o EPI em estado precário ou inadequado;

- disponibilizar, nas frentes de trabalho, instalações sanitárias fixas ou móveis, compostas de vasos sanitários e lavatórios, na proporção de um conjunto para cada grupo de quarenta trabalhadores ou fração, atendidos os seguintes requisitos, sendo que a multa incidirá por unidade faltante, ou por instalação em desconformidade com os padrões de segurança e higiene exigidos: a) ter portas de acesso que impeçam o devassamento e ser construídas de modo a manter o resguardo conveniente; b) ser separadas por sexo; c) estar situadas em locais de fácil e seguro acesso; d) dispor de água limpa e papel higiênico; e) estar ligadas a sistema de esgoto, fossa séptica ou sistema equivalente, permitida a utilização de fossa seca; f) possuir recipiente para coleta de lixo;

- disponibilizar em toda frente de trabalho local ou recipiente para a guarda e conservação de refeições, em condições higiênicas, independentemente do número de trabalhadores, sendo que a multa incidirá por unidade faltante, ou por instalação em desconformidade com os padrões de segurança e higiene exigidos na NR-31;

- disponibilizar nas frentes de trabalho abrigos, fixos ou móveis, que protejam os trabalhadores contra as intempéries durante as refeições, observando que devem atender aos seguintes requisitos, sendo que a multa incidirá por unidade faltante, ou por instalação em desconformidade com os padrões de segurança e higiene exigidos na NR-31: a) boas condições de higiene e conforto; b) capacidade para atender a todos os trabalhadores; c) água limpa para higienização; d) mesas com tampos lisos e laváveis; e) assentos em número suficiente; f) água potável, em condições higiênicas; g) depósitos de lixo, com tampas;

- disponibilizar água potável e fresca em quantidade suficiente nos locais de trabalho, em condições higiênicas, com a proibição no sentido da utilização de copos coletivos;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, esteja ausente capacitação sobre prevenção de acidentes com agrotóxicos a todos os trabalhadores expostos diretamente, mediante programa, com carga horária mínima de vinte horas, distribuídas em, no máximo, oito horas diárias, durante o expediente normal de trabalho, com o seguinte conteúdo mínimo: a) conhecimento das formas de exposição direta e indireta aos agrotóxicos; b) conhecimento de sinais e sintomas de intoxicação e medidas de primeiros socorros; c) rotulagem e sinalização de segurança; d) medidas higiênicas durante e após o trabalho; e) uso de vestimentas e equipamentos de proteção pessoal; f) limpeza e manutenção das roupas, vestimentas e equipamentos de proteção pessoal; a partir de materiais escritos ou audiovisuais e apresentado em linguagem adequada aos trabalhadores e assegurada a atualização de conhecimentos para os trabalhadores já capacitados;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, estejam ausentes as seguintes medidas: a) fornecimento de equipamentos de proteção individual e vestimentas adequadas aos riscos, que não propiciem desconforto térmico prejudicial ao trabalhador; b) fornecimento dos equipamentos de proteção individual e vestimentas de trabalho em perfeitas condições de uso e devidamente higienizados, com a descontaminação dos mesmos ao final de cada jornada de trabalho, e com substituição dos mesmos sempre que necessário; c) orientação quanto ao uso correto dos dispositivos de proteção; d) disponibilização de local adequado para a guarda da roupa de uso pessoal; e) fornecimento de água, sabão e toalhas para higiene pessoal; f) garantia de que nenhum dispositivo de proteção ou vestimenta contaminada seja levado para fora do ambiente de trabalho; g) garantia de que nenhum dispositivo ou vestimenta de proteção seja reutilizado antes da devida descontaminação; h) proibição do uso de roupas pessoais quando da aplicação de agrotóxicos;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, as edificações destinadas ao armazenamento de agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins não sejam dotadas dos seguintes requisitos: a) ter paredes e cobertura resistentes; b) ter acesso restrito aos trabalhadores devidamente

capacitados a manusear os referidos produtos; c) possuir ventilação, comunicando-se exclusivamente com o exterior e dotada de proteção que não permita o acesso de animais; d) ter afixadas placas ou cartazes com símbolos de perigo; e) estar situadas a mais de trinta metros das habitações e locais onde são conservados ou consumidos alimentos, medicamentos ou outros materiais, e de fontes de água; f) possibilitar limpeza e descontaminação;

- não permitir que, nas operações com agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins, o armazenamento não obedeça às normas da legislação vigente, não obedeça às especificações do fabricante constantes dos rótulos e bulas, e não obedeça às seguintes recomendações básicas: a) as embalagens devem ser colocadas sobre estrados, evitando contato com o piso, com as pilhas estáveis e afastadas das paredes e do teto; b) os produtos inflamáveis serão mantidos em local ventilado, protegido contra centelhas e outras fontes de combustão;

- não permitir que os empregados das empresas terceirizadas prestem serviços sem as mesmas condições de segurança, higiene, conforto e alimentação oferecidas aos empregados da empresa terceirizante;

c) condenar a ré a abster-se de, nas novas terceirizações trabalhistas que contratar, ajustar, expressa ou tacitamente, cláusula contratual que destine à empresa terceirizada a gestão dos itens de saúde e segurança ocupacional elencados nos itens “2” a “33” da inicial, os quais continuarão sob a gestão da empresa terceirizante, sob pena de multa de R\$15.000,00 por item de saúde e segurança com gestão transferida para a empresa terceirizada, sendo que o valor dessa multa reverterá ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sobre a mesma incidirão juros e correção monetária a partir da data do ajuizamento da presente ação;

d) condenar a ré a pagar indenização por danos morais coletivos, no importe de R\$180.000,00, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, sendo que sobre esse montante incidirão juros e correção monetária, na forma da lei, a partir da data do ajuizamento da presente ação;

e) condenar a ré a prestar ao Auditor Fiscal do Trabalho todos os esclarecimentos atados aos aspectos tratados na presente decisão necessários ao desempenho das atribuições legais deste, sob pena de multa de R\$400,00, a cada constatação, multa essa que reverterá ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sobre a mesma incidirão juros e correção monetária a partir da data do ajuizamento da presente ação.

A Secretaria expedirá ofício ao órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego para que este determine a verificação, *in loco*, constantemente, tanto quanto possível, do cumprimento das obrigações impostas à ré por intermédio da presente ação, sem prejuízo das demais medidas executivas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Custas, no importe de R\$6.000,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação em R\$300.000,00, pela ré.

Transitada em julgado, cumpra-se, no prazo e forma legais.

Publicada em audiência.

Ciente a ré (Súmula n. 197 do TST). Intime-se o autor, com a remessa dos autos.

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00560-2010-050-03-00-4

Data: 10.02.2011

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE BOM DESPACHO - MG

Juiz Titular: VALMIR INÁCIO VIEIRA

Aos dez dias do mês de fevereiro do ano de 2011, às 15h55min, na sede da MM. Vara do Trabalho de Bom Despacho/MG, tendo como titular o MM. Juiz do Trabalho, Dr. VALMIR INÁCIO VIEIRA, realizou-se audiência de julgamento de embargos de declaração na ação civil pública ajuizada por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de LDC BIOENERGIA S/A, relativa à terceirização ilícita etc, no valor de R\$10.000.000,00.

Aberta a audiência, foram, de ordem do MM. Juiz Titular, apregoadas as partes. Ausentes.

A seguir, o MM. Juiz Titular prolatou a seguinte decisão:

Vistos etc.

I - RELATÓRIO

LDC - BIOENERGIA S/A opõe embargos de declaração nos autos da ação civil pública na qual contende com MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Aduz, em síntese, que: a r. sentença embargada incorreu em omissão, obscuridade e contradição que precisam ser completadas ou declaradas; ao mesmo tempo que constituiu norma cogente, relativamente aos pedidos “2” a “33” deferidos, impondo que a embargante “disponibilize” e “não permita”, a decisão não viabiliza os meios jurídicos necessários, qual seja, as cláusulas contratuais que permitem o eficaz gerenciamento; se a embargante estiver impedida de fazer constar do contrato a obrigação de exigir que a empresa terceirizada (empregador) faça o pagamento e apresente os comprovantes, como será possível viabilizar o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta; a embargante não é autoridade e não tem poder de polícia, de modo que o contrato é a única forma de que dispõe para legitimar uma força coercitiva justamente para garantir o cumprimento da lei pelo prestador de serviços; o contrato de terceirização possui cunho comercial, portanto, de natureza civil, de modo que é da competência exclusiva da Justiça Comum dirimir eventual litígio, sendo que a decisão deve ser esclarecida à luz do disposto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal e artigo 104 do Código Civil; em caso de descumprimento, a título de exemplo, dos limites de jornada de trabalho, são essas cláusulas contratuais que permitem que a embargante possa tomar providências visando a não permitir tal irregularidade; ainda que se entenda que a embargante deva gerenciar o ambiente de trabalho, a decisão deve ser esclarecida à luz das disposições constitucionais (artigo 170, inciso IV) e legais (artigos 2º, 3º e demais dispositivos da CLT) que atribuem ao empregador a obrigação de administrar a sua empresa, registrar seus empregados, efetuar o controle de jornada, pagar os salários de seus empregados e cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, sendo que não há na decisão e na lei fundamentos para ampliar a transferência dessa gestão de forma exclusiva ao tomador de serviços, conferindo ao prestador de serviços tratamento de parte hipossuficiente de forma generalizada

e sem qualquer amparo legal; foi farta a produção de prova documental e oral para demonstrar a capacidade econômica dos prestadores que prestam serviços à embargante; considerando a litude dos serviços contratados e o entendimento jurisprudencial contido na Súmula n. 331 do TST, a decisão deve ser esclarecida quanto ao dispositivo legal que permite atribuir exclusivamente à embargante a conduta tida como abuso de direito; a decisão é omissa, relativamente aos autos de infração lavrados, os quais, segundo a inicial seriam suficientes ao ajuizamento da ação pelo *Parquet*, porque gozariam de presunção de veracidade e não seria necessário aguardar as decisões administrativas de tais autuações, uma vez que o princípio constitucional esculpido no artigo 5º, LV e II, assegura o amplo direito de defesa e o contraditório, inclusive nos processos administrativos; há contradição, ainda, decorrente do fato de que a fiscalização posteriormente às autuações emitiu laudo de levantamento de interdição, no qual atestou o atendimento à lei, laudo esse legítimo como o relatório de desinterdição, sendo que, enquanto a sentença afirma que “a ré não demonstrou, ademais, ter exercido eficazmente, até a data da propositura da presente ação, semelhante gestão por si própria ou exigi-la das terceirizadas por ela contratadas [...]” não há na decisão fundamento e menção quanto a esse fato superveniente; a sentença deve explicitar se a presunção de veracidade que recai sobre o laudo que levantou a interdição em menos de uma semana, especialmente nos pontos que demonstram que a empresa tomou providências exigidas, também não devem ser considerados e fundamentados para formar o convencimento do Juízo; deverá ser esclarecido qual o fundamento legal para a condenação da embargante aos pedidos deferidos na inicial quando a fiscalização atestou o cumprimento e levantou a interdição relativamente às infrações então consubstanciadas nos autos de infração; a autuação, que gerou os demais autos de infração, foi baseada na premissa equivocada de que as atividades da embargante não poderiam ser terceirizadas, de modo que não há como prevalecer a presunção de veracidade declarada na sentença; considerando que referido auto, capitulado no artigo 41 da CLT, deu origem aos demais autos de infração lavrados, que versam sobre jornada de trabalho, salários e meio ambiente, porque os trabalhadores foram todos considerados empregados da embargante, também restaria, no mínimo, abalada a presunção de veracidade de toda a autuação; o Ministério Público requereu a condenação da embargante nas obrigações de fazer e não fazer descritas nos itens “2” a “33” da inicial, sem qualquer pedido relativo à declaração de nulidade das cláusulas constantes nos contratos de terceirização trabalhista de que tratam os autos; a sentença entendeu que as provas produzidas pelo Ministério Público comprovaram que as empresas terceirizadas não têm condições de garantir aos empregados a saúde e segurança no trabalho, que os autos de infração e relatórios de fiscalização, bem como os elementos reunidos pelo Ministério Público durante a fase investigatória em audiência administrativa, em procedimento prévio investigatório, em inquérito civil, em operação especial de fiscalização, gozam de presunção *juris tantum* de certeza, cabendo à parte interessada fazer contraprova em Juízo, sendo que a r. decisão deve ser esclarecida à luz do artigo 415 do Código de Processo Civil e do artigo 828 da CLT, considerando que não houve o devido compromisso judicial; o Juízo declarou que a ré não teria se desincumbido do ônus de comprovar as alegações da contestação relacionadas à preservação do meio ambiente dos empregados

das prestadoras de serviços, no entanto, como bem mencionado na decisão, a presente ação até o momento conta com 46 volumes de documentos, pelo que a decisão é omissa e deve esclarecer quanto à ausência de fundamentação relativamente aos tópicos que elenca; a decisão deve ser esclarecida à luz do artigo 131 do Código de Processo Civil que dispõe sobre a livre apreciação da prova, pressupõe que sejam considerados os elementos existentes nos autos, de modo que o conjunto probatório deve ser analisado integralmente, não bastando simplesmente a afirmação de que a parte não teria se desincumbido do ônus da prova”, sendo que deve ser esclarecida, ainda, considerando a vasta documentação apresentada pela embargante, a prova oral produzida em audiência, e o único indício de prova do Ministério Público, qual seja, os autos de infração e o relatório de fiscalização, que, inclusive, permitem a prova em contrário, à luz do disposto no artigo 5º, *caput* (igualdade de tratamento), da Constituição Federal e do inciso I do artigo 125 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária à Justiça Especializada; a r. decisão é omissa quanto aos critérios que serão utilizados para averiguação do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e quanto ao termo inicial da aplicação de eventual multa, considerando que os autos de infração, porventura lavrados, sujeitam-se ao princípio do contraditório e da ampla defesa, nos termos dos incisos LV e II do artigo 5º da Constituição Federal, e gozam apenas de presunção relativa de veracidade, que admitem prova em contrário, bem como pelo fato de que a decisão, inclusive, determinou o seu cumprimento após o trânsito em julgado; como a multa somente será devida na hipótese de descumprimento da decisão, projetando, portanto, obrigação futura condicional, a decisão, especificamente quanto à incidência de juros, deve ser esclarecida à luz dos artigos 389 e 390 do Código Civil, eis que pressupõe a existência de mora; a decisão reclama motivação para demonstrar as razões e fundamentos de seu convencimento quanto à condenação da embargante aos pedidos elencados nos itens “2” a “33”, encontrando previsão no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, eis que contraditória e omissa, conforme amplamente demonstrado; a r. decisão não esclarece acerca da compatibilidade existente entre os direitos dos consumidores e os ocorrentes no Direito do Trabalho que possam justificar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, pois o coletivo trabalhista não se confunde com os interesses difusos e coletivos da lei trabalhista e de proteção ao consumidor; a sentença não esclarece a compatibilidade existente com a Lei Complementar n. 75/93, quando o inciso VII do artigo 6º da referida Lei Complementar n. 75, de 20.05.93, dispõe que a ação civil pública se destina exclusivamente à defesa dos interesses individuais indisponíveis difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor e dos interesses indisponíveis homogêneos sociais, difusos e coletivos; a r. sentença necessita de esclarecimentos quanto ao fato de que os direitos sociais trabalhistas, definidos no artigo 6º da Constituição Federal, não se confundem nem se igualam aos direitos sociais, não trabalhistas; não houve pronunciamento a respeito da alegação, em contestação, que, para a defesa dos direitos sociais trabalhistas, o inciso III do art. 8º da Constituição Federal conferiu legitimidade processual extraordinária às entidades sindicais, quer na jurisdição contenciosa, quer na administrativa; quanto à inexistência de norma regulamentadora do exercício da ação civil pública na Justiça do Trabalho, não

houve pronunciamento judicial quanto ao disposto no inciso IX do artigo 114 da Constituição Federal, ao dispor que “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” podem ser incluídas no seu âmbito, mas mediante lei, sendo que, se não há lei, o pronunciamento judicial se faz necessário, em especial porque o artigo 114 da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça do Trabalho para apreciar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” que podem ser incluídas no seu âmbito, mas mediante lei e não se pode admitir, no aspecto, que seja por mera referência à Justiça do Trabalho.

Os embargos são aviados a tempo e modo; merecem, pois, conhecimento.

II - FUNDAMENTOS

O primeiro tema trazido a lume pela embargante, embora já esteja devidamente enfrentado e esmiuçado, sem omissões, obscuridade ou contradições, na decisão embargada, merece a seguinte análise complementar, isso para que não pare nenhuma dúvida no espírito do jurisdicionado.

Ao contrário do que equivocadamente entende a embargante, a sentença não inviabilizou “os meios jurídicos necessários, qual seja, as cláusulas contratuais, que permitam o eficaz gerenciamento”, não impediu que conste nos contratos de terceirização a obrigação de exigir que as empresas terceirizadas façam pagamentos salariais e apresentem os comprovantes respectivos e, igualmente, não declarou nula ferramenta para “não permitir o descumprimento da legislação pelo prestador de serviços”.

Isso porque um dos mecanismos que a ré poderá utilizar para exercer dita gestão (eficaz gerenciamento) é a adoção, de fato, do seguinte comportamento invocado na peça contestatória (comportamento esse, porém, não comprovado como realmente cumprido, até a data da propositura da presente ação, relativamente a todo o meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados) no que diz com o item de saúde e segurança ocupacional “fornecimento de EPI”:

[...] com relação aos terceiros, caso se verifique qualquer irregularidade ou ausência de uso dos equipamentos de proteção individual para o desenvolvimento de sua atividade, a requerida notifica a prestadora de serviços apontando a não conformidade e a providência imediata com a paralisação da atividade e orientação ao encarregado da empresa para fornecer novo EPI, conforme a Norma Regulamentadora n. 6, impondo, quando for o caso, medida disciplinar como falta grave, até rescisão do contrato de prestação de serviços. Caso a prestadora se mantenha inerte, o EPI é fornecido pela requerida, com o respectivo desconto do valor na fatura de prestação de serviços [...]. (f. 2.106/2.107 - peça contestatória)

Evidentemente, dito comportamento da empresa terceirizante poderá ser objeto de cláusula, expressa ou tácita, ajustada nos contratos de terceirização trabalhista e a mesma não implicará incompatibilidade com quaisquer dos itens objeto de condenação imposta na decisão embargada. Semelhante cláusula, aliás, de forma alguma está inviabilizada pela r. decisão embargada, corresponde, sim, a meio jurídico necessário a permitir o eficaz gerenciamento, constitui, ademais, a ferramenta para não permitir o descumprimento da legislação pelo prestador de

serviços e pode ser aplicada, ainda, no aspecto de exigir que as empresas terceirizadas façam pagamentos salariais e apresentem os comprovantes respectivos (com o regular cumprimento, aliás, da obrigação, imposta na sentença, de “não permitir que as verbas salariais sejam pagas após o 5º dia útil” e sim que sejam pagas até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido).

A real viabilidade de ajuste de semelhante cláusula, aliás, impõe a este Juízo trazer a lume uma reflexão complementar quanto à competência material da Justiça do Trabalho para anular cláusulas, expressas ou tácitas, constantes em contratos de terceirização trabalhista. Vejamos:

A cláusula em exame merece leitura atenta e repetida:

[...] com relação aos terceiros, caso se verifique qualquer irregularidade ou ausência de uso dos equipamentos de proteção individual para o desenvolvimento de sua atividade, a requerida notifica a prestadora de serviços apontando a não conformidade e a providência imediata com a paralisação da atividade e orientação ao encarregado da empresa para fornecer novo EPI, conforme a Norma Regulamentadora n. 6, impondo, quando for o caso, medida disciplinar como falta grave, até rescisão do contrato de prestação de serviços. Caso a prestadora se mantenha inerte, o EPI é fornecido pela requerida, com o respectivo desconto do valor na fatura de prestação de serviços.

Na equivocada linha de interpretação restritiva que a ré quer fazer prevalecer, ou seja, que o fato de existir relação de cunho comercial/civil entre empresas terceirizantes e terceirizadas implicaria, por si só, competência material exclusiva da Justiça Comum para dirimir eventual litígio, pouquíssimas cláusulas relativas ao meio ambiente do trabalho e ligadas à prevenção de agravos à saúde dos trabalhadores terceirizados, quando e na medida de intensidade assim escolhidas pela empresa terceirizante, oportunizariam à Justiça do Trabalho decidir a respeito e, o que é pior, de forma apenas periférica.

Nesse sentido, a cláusula supramencionada atrairia a competência material da Justiça do Trabalho na seguinte restrita situação: se um dos fatores da rede de fatores causais de um acidente do trabalho que vitimar um trabalhador terceirizado for a ausência de fornecimento de EPI, a empresa terceirizante figurará como coautora desse ilícito, o que gerará a sua responsabilização direta respectiva (e não a mera responsabilidade subsidiária) perante a Justiça do Trabalho, sendo despidianda, no aspecto, a inexistência de grupo econômico entre a empresa terceirizante e a empresa terceirizada. Afinal, segundo o art. 942 do Código Civil “se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Ocorre que, como é de sabença elementar, a gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional produz inexoráveis efeitos jurídicos quer seja exercida pelo empregado, pela empresa terceirizada ou pela empresa terceirizante. Exemplos clarearão esse ponto:

a) gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional pelo empregado: empregado viajante que utiliza automóvel fornecido pela empresa terceirizada, sendo que a empresa terceirizante é a beneficiária dos serviços prestados. Dito trabalho é externo, sendo realizado em região muito distante das

sedes das empresas terceirizante e terceirizada, longe, portanto, das vistas do empregador e do tomador de serviços, tendo sido instruído, por meio de ordens de serviço, na forma do inciso II do art. 157 da CLT, quanto à precaução a tomar no sentido de evitar acidente do trabalho consistente em descansar adequadamente antes de tomar a direção do automóvel e empreender viagem. Ocorre que dito empregado, sem justificativa plausível, passa várias noites seguidas em claro, sendo que, mesmo esgotado fisicamente, e contrariamente ao que dispõe o inciso I do art. 158 da CLT, empreende viagem, ocasião na qual dorme ao volante e sofre acidente do trabalho fatal. Nesse contexto, o Judiciário trabalhista pode decidir, no particular, no sentido da ocorrência de culpa exclusiva da vítima, já que o ordenamento jurídico pátrio permite que o trabalhador assuma autonomamente semelhante gestão. O tema está inexoravelmente atado ao aspecto de falha na gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional;

b) gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional pela empresa terceirizada: o empregado sofre acidente do trabalho fatal na ocasião em que se encontrava em reunião de treinamento na sede da empresa terceirizada, local esse em Município diverso daquele da prestação de serviços a favor da empresa terceirizante. Um dos fatores da cadeia de fatores causais desse acidente do trabalho é o desabamento de espesso teto de gesso, existente na sala de reuniões, o qual se encontrava em precárias condições por negligência da empregadora. Nesse contexto, o Judiciário trabalhista pode decidir no sentido da ocorrência de culpa da empresa terceirizada. A matéria está, igualmente, jungida ao aspecto de falha na gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional;

c) gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional pela empresa terceirizante: há, no meio ambiente laboral, um portão elétrico que serve como único acesso ao pátio da empresa terceirizante e é nesse pátio que trabalham tanto empregados diretos como empregados de diversas empresas terceirizadas. Tal portão é de propriedade da empresa terceirizante e no mesmo não são realizadas manutenções periódicas. Em determinada manhã, diante da ausência de manutenção, ocorre um defeito no referido portão, sendo que figura como vítima fatal um empregado de uma das empresas terceirizadas respectivas. Tal contexto revela que a empresa terceirizante havia ajustado cláusula, expressa ou tácita, nos contratos de terceirização trabalhista, segundo a qual seria sua a gestão do item de saúde e segurança, manutenção do portão elétrico que dá acesso ao pátio no qual seriam prestados os serviços. O Judiciário trabalhista, diante dessas circunstâncias, pode decidir no sentido da ocorrência de culpa da empresa terceirizante. A matéria está inexoravelmente ligada ao aspecto de falha na gestão de determinado item de saúde e segurança ocupacional.

Por intermédio desses exemplos, verifica-se que, na perquirição quanto à responsabilidade civil decorrente de doenças e de outros agravos à saúde relacionados ao labor do trabalhador terceirizado, é necessário primeiro definir a qual dos partícipes da relação triangular de trabalho estava afeta a gestão de cada item de saúde e segurança ocupacional no qual ocorreu aspecto falho.

Ademais, nos dois exemplos de responsabilização da empresa terceirizante, ou seja, falha no item de saúde e segurança ocupacional, fornecimento de EPI e falha no item de saúde e segurança ocupacional, manutenção de portão elétrico, a

competência material da Justiça do Trabalho teve como determinante principal o teor de cláusulas, expressas ou tácitas, insertas nos contratos de terceirização, definidoras de a quem incumbia a gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional. E aqui é cabível a seguinte observação: acaso adotada a interpretação restritiva segundo a qual somente a Justiça Comum teria competência material para decidir acerca das cláusulas insertas em contratos de terceirizações trabalhistas, bastariam alguns traços de caneta em um contrato civil de terceirização trabalhista e, pronto, o Judiciário trabalhista não mais poderia decidir pela responsabilização da empresa terceirizante nos exemplos dados: inserção de cláusula a excluir, formalmente, da empresa terceirizante a gestão do item de saúde e segurança ocupacional, fornecimento de EPI, no primeiro exemplo; inserção de cláusula a excluir, formalmente, da empresa terceirizante a gestão do item de saúde e segurança ocupacional, manutenção de portão elétrico, no segundo exemplo.

Ora, ora.

O empregado terceirizado, a depender do contexto do meio ambiente do trabalho, tem que exercer autonomamente a gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional. Não é opção dele. O ordenamento jurídico pátrio é que lhe impõe.

A empresa terceirizada, dependendo do contexto do meio ambiente do trabalho, tem que exercer autonomamente a gestão de determinados itens de segurança. Não é opção dela. O ordenamento jurídico pátrio é que lhe impõe.

A empresa terceirizante, a depender do contexto do meio ambiente do trabalho, tem que exercer autonomamente a gestão de determinados itens de segurança. Não é opção dela. O ordenamento jurídico lhe impõe, em especial quando se trata da observância do mínimo existencial dos trabalhadores terceirizados no tocante à saúde e à segurança no trabalho como corolário do superprincípio da dignidade da pessoa humana (como, aliás, já amplamente fundamentado na r. decisão embargada).

E é exatamente esse exercício de gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional (tema umbilicalmente ligado à “observância de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde do trabalhador”) pela empresa terceirizante um dos determinantes a atrair a competência material da Justiça do Trabalho.¹ Dita competência inclui, obviamente, a de decidir pela anulação de cláusulas, expressas ou tácitas, que os contratantes de terceirização trabalhista fizeram inserir no contrato e que dizem respeito, exatamente, a quem estará afeta a gestão de determinados itens de saúde e segurança ocupacional.

Não fica, portanto, ao exclusivo alvedrio da empresa terceirizante a definição a respeito de existência ou não da referida competência material ou da medida de intensidade de semelhante competência (de modo que empresas terceirizantes mais “atentas” aos aspectos supramencionados levariam vantagem em relação às demais). Seria como dizer que, embora a Justiça do Trabalho tenha competência

¹ Não se deve olvidar, no aspecto, do teor da Súmula n. 736 do STF, *in verbis*: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”

para as ações referentes a acidentes do trabalho sofridos por empregados terceirizados, dita competência material estaria limitada porque uma empresa terceirizante e uma empresa terceirizada assim o estabeleceram autonomamente em um contrato civil de terceirização trabalhista, a revelar a adoção de uma visão já ultrapassada que exclui a função social do contrato [...].

É improsperável, destarte, a tese da embargante no sentido de que somente a Justiça Comum teria competência material para declarar nulas cláusulas (ajuste de direito privado) firmadas entre empresa terceirizante e empresas terceirizadas, em especial porque as questões discutidas nos presentes autos dizem respeito à observância de itens de saúde e segurança ocupacional que correspondem, todos, a medidas preventivas de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais.

Não se deve olvidar, outrossim, de que a literalidade do texto expresso de normas trabalhistas e de NRs editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego de modo algum esgotam as normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde ocupacional que devem ser observadas no meio ambiente do trabalho. Aliás, relativamente aos deveres que o gestor dos itens de saúde e segurança ocupacional deve obedecer, aplica-se o seguinte ensinamento (o qual, guardadas as modificações que se mostrem próprias é aplicável ao caso em espécie) ministrado por Sebastião Geraldo de Oliveira ao referir-se acerca do fato de que as normas legais e as normas regulamentares (NRs aprovadas pela Portaria n. 3.214/78, do Ministério do Trabalho) que preveem deveres do empregador quanto à segurança, higiene e saúde ocupacional não esgotam as normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde ocupacional que devem ser observadas no meio ambiente do trabalho, no tópico que intitulou “culpa contra a legalidade”:

[...] Para cada atividade da empresa deverão ser pesquisadas regras de conduta próprias, fixadas em documentos legais, regulamentos técnicos ou simplesmente consagradas pela experiência ou costume.

Com efeito, em muitas ocasiões o Perito do Juízo vai pesquisar, dentre outras, regras de trânsito, normas da ABNT, regras instituídas em posturas municipais, estaduais ou em corporações profissionais ou ainda buscar os procedimentos geralmente aceitos e implantados, de acordo com a época, os recursos tecnológicos disponíveis e a área onde atuava a vítima [...].

(*In Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 160)

Ademais, o referido autor explica, ao lecionar a respeito da culpa por violação do dever geral de cautela, que pode existir culpa “sem que tenha ocorrido violação legal ou regulamentar de forma direta”, já que “as normas de segurança e saúde do trabalhador, ainda que bastante minuciosas, não alcançam todas as inumeráveis possibilidades de condutas” das partes em cada meio ambiente do trabalho específico, de modo que “como não é possível a norma estabelecer regras de comportamentos para todas as etapas da prestação dos serviços, abrangendo cada passo, variável, gesto, atitude, forma de execução ou manuseio dos equipamentos, exige-se um dever fundamental”, ou seja, a observância de “uma regra genérica de diligência, uma postura de cuidado permanente, a obrigação de adotar todas as precauções para não lesar o empregado”. (Obra citada, p. 161)

E é nessa ótica, aliás, que deve ser interpretado o subitem 31.3.3 da NR-31:

Cabe ao empregador rural ou equiparado:

[...]

b) realizar avaliações dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores e, com base nos resultados, adotar medidas de prevenção e proteção para garantir que todas as atividades, lugares de trabalho, máquinas, equipamentos, ferramentas e processos produtivos sejam seguros e em conformidade com as normas de segurança e saúde;

[...]

e) analisar, com a participação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho Rural - CIPATR, as causas dos acidentes e das doenças decorrentes do trabalho, buscando prevenir e eliminar as possibilidades de novas ocorrências;

[...]

l) adotar medidas de avaliação e gestão dos riscos com a seguinte ordem de prioridade:

1. eliminação dos riscos;

2. controle dos riscos na fonte;

3. redução do risco ao mínimo através da introdução de medidas técnicas ou organizacionais e de práticas seguras inclusive através de capacitação;

4. adoção de medidas de proteção pessoal, sem ônus para o trabalhador, de forma a complementar ou caso ainda persistam temporariamente fatores de risco. (grifos meus)

Acresce relevar que, a propósito do inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, assim ensina Sidnei Machado:

Embora o texto indique aparentemente a necessidade ou a possibilidade de regulamentação, o que se daria através de uma lei concretizadora, temos que a sua vinculação independe da intervenção legislativa.

A partir dos conceitos de conformação e concretização explicitados na seção anterior, pode-se compreender que a norma não tem necessidade de lei conformadora, ou seja, o direito pode ser integralmente compreendido e exercitado sem a intervenção legislativa. Ao propugnar a redução dos riscos inerentes ao trabalho, a norma indica, de forma clara, o direito fundamental, ou seja: reduzir os riscos do trabalho. A expressão “por meio de normas de saúde, higiene e segurança” apenas representa a possibilidade de ampliação do direito mediante intervenção legislativa, conferindo uma maior concreção à norma. As implicações práticas dessa leitura do texto constitucional é de que a norma possui eficácia, superando a interpretação de uma norma de conteúdo programático, ou seja, dependente de regulamentação.

Nas relações de direito privado, a redução dos riscos inerentes ao trabalho é norma e disposição que afetam o conteúdo do contrato de trabalho. Há, portanto, total vinculação do empregador à norma de direito fundamental, independentemente de regulamentação através de lei. O não atendimento do comando da norma pelo empregador autoriza o Judiciário, primando pela interpretação que confere máxima efetividade dos direitos fundamentais, a reconhecer e dar concretude à norma.

(In O direito à proteção ao meio ambiente do trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa, São Paulo: LTr, 2001. p. 86)

Quanto, aliás, ao delineamento do que se denomina mínimo existencial dos trabalhadores terceirizados no tocante à saúde e à segurança no trabalho, calham as palavras de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva:

[...] se se trata de direitos mínimos, essenciais à vida, ou seja, à própria sobrevivência da pessoa humana, bem como à qualidade de vida que lhe é garantida pelos instrumentos internacionais de proteção, têm de ser atendidos, a qualquer custo, exatamente por serem mínimos. Pode a Justiça do Trabalho desenvolver uma jurisprudência criativa muito importante nesse contexto [...].

(*In A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*, São Paulo: LTr, 2008. p. 73)

Em complemento, cita-se a lição de Ana Paola Santos Machado Diniz ao comentar acerca do referido inciso XXII do art. 7º da Carta Magna:

O vocábulo saúde é mais expressivo da proteção que a nova ordem pretende dar ao trabalhador, não se limitando a medidas técnicas de prevenção de acidentes abruptos (Segurança do Trabalho) ou alteração de condições que contribuam para as doenças ocupacionais (Higiene do Trabalho). Vislumbra a promoção do bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores; a prevenção dos danos que o abalo à saúde gerado pelas condições de trabalho poderá trazer; a adaptação do trabalho às aptidões fisiológicas e psicológicas do homem trabalhador, finalidades estas traçadas por comissão mista da Organização Internacional do Trabalho - OIT e Organização Mundial de Saúde - OMS.

(*In Saúde no trabalho*, São Paulo: LTr, 2003. p. 45)

Tudo a revelar ser improsperável a tese esposada na petição de embargos no sentido de que a sentença teria “constituído” norma cogente ao impor que a embargante “disponibilize” e “não permita”.

Lado outro, insta salientar, quanto à legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para figurar na angularidade processual, além do já exposto na sentença embargada, para que não paire nenhuma dúvida no espírito do jurisdicionado, que não existe a alegada inconstitucionalidade do inciso II do artigo 83 da Lei Complementar n. 75/93.

Isso porque dita norma conferiu ao *Parquet*, ao contrário do que equivocadamente entende a ré, uma legitimação extraordinária claramente prevista na Carta Magna. Com efeito, a melhor exegese do disposto nos arts. 127 e 129, IX, da Constituição Federal e arts. 1º, 21 e 90 do CDC, autoriza a conclusão segundo a qual, em consonância com interpretação sistemática, extensiva e teleológica, qualquer interesse individual homogêneo, dado o seu caráter social (e aqui reside a compatibilidade entre os direitos dos consumidores e os ocorrentes no Direito do Trabalho necessária a justificar a aplicação, em concreto, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública), representa matéria de ordem pública e interesse social, amoldando-se ao perfil institucional do Ministério Público. Nesse sentido, tem-se que o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos, de cunho trabalhista. No aspecto, também como razão de decidir, invoca-se o teor dos seguintes entendimentos jurisprudenciais:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA ESFERA TRABALHISTA.

[...]

2. Os precedentes mencionados na decisão agravada (RREE 213.015 e 163.231) revelam-se perfeitamente aplicáveis ao caso, pois neles, independentemente da questão de fato apreciada, fixou-se tese jurídica no sentido da legitimidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos na esfera trabalhista, contrária à orientação adotada pelo TST acerca da matéria em debate.

3. Agravo regimental improvido. (STF, 2ª Turma, RE 394.180-AgR/CE, Relatora Ministra Ellen Gracie, publ. D.J. de 10.12.2004);

Recurso extraordinário. Trabalhista. Ação civil pública. 2. Acórdão que rejeitou embargos infringentes, assentando que ação civil pública trabalhista não é o meio adequado para a defesa de interesses que não possuem natureza coletiva. 3. Alegação de ofensa ao disposto no art. 129, III, da Carta Magna. Postulação de comando sentencial que vedasse a exigência de jornada de trabalho superior a 6 horas diárias. 4. A Lei Complementar n. 75/93 conferiu ao Ministério Público do Trabalho legitimidade ativa, no campo da defesa dos interesses difusos e coletivos, no âmbito trabalhista. 5. Independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III). 6. Recurso conhecido e provido para afastar a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

(STF, 2ª Turma, RE 213.015/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, D.J. 24.05.2002)

Noutro giro, quanto às alegações no sentido de que: [...] a decisão deve ser esclarecida à luz do disposto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal e artigo 104 do Código Civil [...], “[...] a embargante não é autoridade e não tem poder de polícia. O contrato, fruto da livre negociação entre as partes, é a única forma de legitimar a força coercitiva da embargante justamente para garantir o cumprimento da lei pelo prestador de serviços. Neste ponto há que se consignar: uma coisa é o contrato não ser aplicável à luz do trabalhador, outra coisa é declarar nulo um ajuste de direito privado entre as partes [...]”, “[...] as cláusulas contratuais combatidas estão dentro da esfera de negociação ente as partes. Os contratos não se sobrepõem à lei e não dão à embargante a possibilidade de descumprir a lei ou ignorar as suas responsabilidades perante os empregados dos prestadores de quem toma serviços. Muito pelo contrário, o contrato apenas dita a chamada responsabilidade contratual e não legal - fornecendo ferramentas para que a embargante possa gerenciar a qualidade dos serviços a ela prestados, até para que, em caso de dispêndio de valores para garantir condições que seriam de responsabilidade do prestador - a embargante possa exercer legitimamente o seu direito de regresso. E mais: em caso de descumprimento, a título de exemplo, dos limites de jornada de trabalho, são essas cláusulas que permitem que a embargante possa tomar providências visando a não permitir tal irregularidade [...]”, “[...] Ainda que entenda que a embargante deva gerenciar o ambiente de trabalho, a decisão deve ser esclarecida à luz das disposições constitucionais

(artigo 170, inciso IV) e legais (artigos 2º, 3º e demais dispositivos da CLT) que atribuem ao empregador a obrigação de administrar a sua empresa, registrar seus empregados, efetuar o controle de jornada, pagar os salários de seus empregados e cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho. Não há na decisão e na lei fundamentos para ampliar a transferência dessa gestão de forma exclusiva ao tomador de serviços, conferindo ao prestador de serviços tratamento de parte hipossuficiente de forma generalizada e sem qualquer amparo legal [...]”, “[...] considerando a licitude dos serviços contratados, o entendimento jurisprudencial contido na Súmula 331 do TST, segundo o qual a empresa contratante, no caso, a embargante, deve responder subsidiariamente pelas obrigações a cargo da contratada, bem como o disposto na NR-31, segundo a qual seria a contratada responsável solidariamente pelas obrigações atinentes ao meio ambiente de trabalho, ainda que se possa questionar a solidariedade prevista na referida norma, porque não observa o artigo 265 do Código Civil; a decisão padece ainda de esclarecimentos quanto ao dispositivo legal que permite atribuir exclusivamente à embargante a conduta tida como abuso de direito [...]” “[...] autos de infração lavrados [...] Segundo a inicial seriam tais documentos suficientes ao ajuizamento da ação pelo *Parquet*, porque gozam de presunção de veracidade e que não seria necessário aguardar as decisões administrativas de tais autuações. A decisão é omissa, considerando o princípio constitucional esculpido no artigo 5º, LV e II, que assegura o amplo direito de defesa e o contraditório, inclusive nos processos administrativos [...]”, “[...] o Ministério Público requereu a condenação da embargante nas obrigações de fazer e não fazer descritas nos itens “2” a “33” da inicial, sem qualquer pedido relativo à declaração de nulidade das cláusulas constantes nos contratos de terceirização trabalhista de que tratam os autos [...]”, “[...] a r. decisão é omissa quanto aos critérios que serão utilizados para averiguação do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e quanto ao termo inicial da aplicação de eventual multa, considerando que os autos de infração, porventura lavrados, se sujeitam ao princípio do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, incisos LV e II, da Constituição Federal, e gozam apenas de presunção relativa de veracidade, que admite prova em contrário, bem como pelo fato de que a decisão, inclusive, determinou o seu cumprimento após o trânsito em julgado [...]”, “[...] Se a multa somente será devida na hipótese de descumprimento da decisão, projetando, portanto, obrigação futura condicional, a decisão, especificamente quanto à incidência de juros, deve ser esclarecida à luz dos artigos 389 e 390 do Código Civil, eis que pressupõe a existência de mora [...]”, “[...] no que diz respeito à condenação da embargante aos pedidos elencados nos itens “2” a “33”, a decisão reclama motivação, para demonstrar as razões e fundamentos de seu convencimento, encontrando previsão no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, eis que contraditória e omissa, conforme amplamente demonstrado [...]”, “[...] a r. decisão não esclarece acerca da compatibilidade existente entre os direitos dos consumidores e os ocorrentes no Direito do Trabalho que possa justificar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, pois o coletivo trabalhista não se confunde com os interesses difusos e coletivos da lei trabalhista e de proteção ao consumidor [...]”, “[...] não esclarece a compatibilidade existente com a Lei Complementar n. 75/93, quando o artigo

6º, inciso VII, da referida Lei Complementar 75, de 20.05.93, dispõe que a ação civil pública se destina exclusivamente à defesa dos interesses individuais indisponíveis difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor e dos interesses indisponíveis homogêneos sociais, difusos e coletivos [...], “[...] a r. sentença necessita de esclarecimentos quanto ao fato de que os direitos sociais trabalhistas, definidos no artigo 6º da Constituição Federal, não se confundem nem se igualam aos direitos sociais, não trabalhistas [...]”, “[...] não houve pronunciamento a respeito da alegação em contestação da embargante, que, para a defesa dos direitos sociais trabalhistas, o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal conferiu legitimidade processual extraordinária às entidades sindicais, quer na jurisdição contenciosa, quer na administrativa [...]”, “[...] Quanto à inexistência de norma regulamentadora do exercício da ação civil pública na Justiça do Trabalho, não houve pronunciamento judicial quanto ao disposto no artigo 114, IX, da Constituição Federal, ao dispor que “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” podem ser incluídas no seu âmbito, mas mediante lei. Ora! Se não há lei, o pronunciamento judicial se faz necessário ao passo que o artigo 114 da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça do Trabalho para apreciar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” que podem ser incluídas no seu âmbito, mas mediante lei. Não se pode admitir que seja por mera referência à Justiça do Trabalho”, verifica-se, diante do teor das insurgências manifestadas pela embargante, que o que ela está a pretender não é o saneamento de obscuridades, contradições ou omissões, as quais, aliás, não existiram porque o juízo adotou teses explícitas no particular (o acerto ou não dessas teses adotadas não corresponde às matérias previstas no art. 535 do CPC), mas sim o questionamento e a revisão da decisão, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Releva destacar que consta expressamente na decisão embargada a análise das questões propostas pelas partes com a devida fundamentação, tudo em conformidade com os arts. 2º, 128, 293 e 460, todos do CPC.

Não se olvide de que a obrigação de prestar a jurisdição não impõe ao juiz abordar todos os argumentos lançados pela parte. O ato de julgar rege-se pelo princípio do livre convencimento, o que, se não dispensa o magistrado de indicar os fundamentos da conclusão, obviamente, não o vincula a centrar-se unicamente nas teses desejadas pelos litigantes.

Sobre o tema, eis o que ensina a melhor jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - LIMITES E FINALIDADE. Os Embargos de Declaração constituem recurso de sede limitada e estreita (artigo 535 do CPC), não se prestando, assim, para o impertinente jogo de perguntas e respostas. Tipificam expediente processual disponível para esclarecer, aperfeiçoar, explicitar e completar a decisão e, não, alterar, rediscutir ou impugnar o seu conteúdo. Não cabe ao juiz decidir de forma a atender ao prequestionamento, no interesse da parte que vai recorrer. Sua função está na efetiva prestação jurisdicional a que está obrigado, devendo fazê-la de acordo com a lei, e não com a vontade da parte. (TRT 3ª R. - 4ª T - TRT n. 00682-2003-028-03-00-0 ED, Rel. Juiz Lucas Vanucci Lins - DJMG 09.04.2005, p. 11)

Ademais, quanto às alegações no sentido de que: “[...] foi farta a produção de prova documental e oral para demonstrar a capacidade econômica dos prestadores que prestam serviços à embargante [...]”, “[...] tendo em vista o comando da r. sentença, deve a mesma ser aclarada, considerando a contradição evidente, decorrente do fato de que a fiscalização posteriormente às autuações emitiu laudo de levantamento de interdição, no qual atestou o atendimento à lei. Por certo, se há presunção de que o relatório de fiscalização é legítimo, também assim é o relatório de desinterdição, evidenciando a regularidade da embargante [...]”, “[...] enquanto a sentença afirma que “a ré não demonstrou, ademais, ter exercido eficazmente, até a data da propositura da presente ação, semelhante gestão por si própria ou exigi-la das terceirizadas por ela contratadas [...]” não há na decisão fundamento e menção quanto a este fato superveniente [...]”, “[...] a sentença deve explicitar se a presunção de veracidade que recai sobre o laudo que levantou a interdição em menos de uma semana, especialmente nos pontos que demonstram que a empresa tomou providências exigidas, também não devem ser considerados e fundamentados para formar o convencimento desse MM. Juízo [...]”, “[...] qual o fundamento legal para a condenação da embargante aos pedidos deferidos na inicial quando a fiscalização atestou o cumprimento e levantou a interdição relativamente às infrações então consubstanciadas nos autos de infração? [...]”, “[...] se a autuação, que gerou os demais autos de infração, foi baseada na premissa equivocada de que as atividades da embargante não poderiam ser terceirizadas, como manter a presunção de veracidade declarada na sentença? [...]”, “[...] considerando que referido auto, capitulado no artigo 41 da CLT, deu origem aos demais autos de infração lavrados, que versam sobre jornada de trabalho, salários e meio ambiente, porque os trabalhadores foram todos considerados empregados da embargante, também não restaria, no mínimo, abalada a presunção de veracidade de toda a autuação? [...]”, “[...] A r. decisão entendeu que as provas produzidas pelo Ministério Público comprovaram que as empresas terceirizadas não têm condições de garantir aos empregados a saúde e segurança no trabalho, que os autos de infração e relatórios de fiscalização, bem como os elementos reunidos pelo Ministério Público durante a fase investigatória em audiência administrativa, em procedimento prévio investigatório, em inquérito civil, em operação especial de fiscalização, gozam de presunção *juris tantum* de certeza, cabendo à parte interessada fazer contraprova em juízo [...]”, “[...] a r. decisão deve ser esclarecida à luz do artigo 415 do Código de Processo Civil e do artigo 828 da CLT, considerando que não houve o devido compromisso judicial”. “Relativamente às provas produzidas pela embargante, esse MM. Juízo declarou que a ré não teria se desincumbido do ônus de comprovar as alegações da contestação relacionadas à preservação do meio ambiente dos empregados das prestadoras de serviços”. “No entanto, como bem mencionado na decisão, a presente ação até o momento conta com 46 (quarenta e seis) volumes de documentos, pelo que a decisão é omissa e deve esclarecer quanto à ausência de fundamentação relativamente aos seguintes tópicos e respectivas provas produzidas: que teria orientado seus prestadores de serviços a atuarem de forma a garantir que os intervalos em horários previamente estipulados fossem respeitados, bem como a que mensalmente fosse organizada escala de revezamento nos serviços com exigência de trabalho aos domingos “sob pena

inclusive de rescisão do contrato por culpa exclusiva do prestador” [...] que teria orientado e fiscalizado de maneira eficaz a realização de três paradas diárias, de dez minutos cada, mediante sinalização com buzina do ônibus; [...] que teria exercido efetiva fiscalização para que as escalas de revezamento dos prestadores de serviço permitissem o gozo de intervalos regulares para refeição e descanso, pausas durante a jornada, repousos semanais remunerados e intervalos interjornadas, observando para tanto a existência de número suficiente de empregados para o cumprimento de tais escalas; [...] que teria fiscalizado a aptidão dos empregados da área agrícola para a prestação de primeiros socorros emergenciais, em caso de acidentes ou mal súbito durante o trabalho [...] que teria adotado, de fato, o “Procedimento Básico em Caso de Acidente e Mal Súbito na Lavoura” contendo orientações aos prestadores de serviços de como proceder em semelhantes situações; que teria disponibilizado, nas frentes de trabalho, equipamentos, materiais necessários e equipes treinadas das diversas áreas para a prestação de primeiros socorros; [...] que teria disponibilizado materiais necessários aos primeiros socorros em caso de acidentes ou mal súbito; [...] que teria sempre fornecido equipamentos de proteção individual, eficazes aos riscos expostos, com fiscalização quanto ao efetivo uso dos mesmos; [...] que teria fiscalizado a revisão periódica das máquinas e equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços; [...] que teria providenciado, relativamente aos trabalhadores terceirizados, o cumprimento, pelas empresas terceirizadas, dos procedimentos de segurança adotados em relação aos seus empregados diretos; [...] que teria fiscalizado as prestadoras de serviços no que se refere a vários setores e atividades e por vários motivos, como, por exemplo, o uso de EPIs, jornada de trabalho, condições dos maquinários e outros; [...] A sentença não se manifestou acerca da f. 164 da defesa, em que se apresentou um quadro resumo dos Controles de Notificação dos Prestadores, que, ao contrário do alegado na decisão, comprova à saciedade a gestão de todos os itens mencionados, pelo que omissa a decisão, fazendo-se necessário ser aclarada também neste ponto; [...] que teria oferecido treinamento para todos os operadores de máquinas; [...] que teria garantido a saúde e segurança dos operadores de máquinas, equipamentos e implementos; [...] que teria orientado e promovido treinamentos para o uso de máquinas e equipamentos por instrutor qualificado; que teria treinado para a operação e a manutenção de colheitadeiras; que teria mantido política de rigorosa fiscalização e punição das empresas prestadoras de serviços, em caso de descumprimento de normas de segurança; [...] que teria feito cumprir normas internas de segurança aplicáveis no setor agrícola incluindo o corte mecanizado de cana-de-açúcar, adubação e aplicação de herbicidas; [...] que teria oferecido treinamento técnico, de segurança do trabalho e fiscalização para os trabalhadores, relativamente a procedimentos para a operação de queima de cana, aplicação de herbicida com apostilas e palestras; que havia pessoal treinado para realizar atendimentos de emergência; [...] que teria fiscalizado as eventuais irregularidades apresentadas nos veículos das prestadoras de serviços; [...] que teria realizado nos equipamentos utilizados *check list*, com a verificação quanto à ocorrência de eventuais irregularidades; [...] que teria disponibilizado, sempre, instalações sanitárias em todas as frentes de trabalho; [...] que teria sempre disponibilizado instalações sanitárias em todas as frentes de trabalho no campo,

com instruções expressas para o fiscal de campo para que estivessem devidamente montadas; [...] que teria disponibilizado áreas de vivências para proteção contra eventuais variações climáticas; [...] que teria oferecido áreas de vivência compostas de instalações necessárias e suficientes para atender e preservar o bem-estar, higiene, saúde física e psíquica e a dignidade humana de todos os trabalhadores; [...] que teria estendido o seu PPRA a todos os trabalhadores das prestadoras de serviços; [...] que teria aplicado, quando necessário, seu PCMSO às empresas terceirizadas; [...] que teria adotado livretos orientadores com regras a serem cumpridas mediante “Manual de Comunicação e Estatística de Acidentes e Incidentes do Trabalho”, “Política de Saúde e Segurança do Trabalho” e “Regras de Segurança”; [...] que teria aplicado, amplamente, com treinamento, conscientização e fiscalização rigorosa, normas internas como o “SGAS - Sistema de Gestão e Avaliação de Segurança”; [...] que teria feito cumprir um procedimento de política disciplinar para o efetivo cumprimento de normas de segurança, saúde, medicina do trabalho e meio ambiente ; [...] que teria garantido a segurança dos trabalhadores, produtos e instalações; que teria implantado, na sua totalidade, o denominado “Programa Nacional de Conscientização e Prevenção Trabalhista e Social” - Programa Fênix, no qual estariam incluídos orientação e acompanhamento com palestras, reuniões, treinamento, integração, diálogo de segurança e outros procedimentos visando fomentar a política de preservação de todos os trabalhadores terceirizados; [...] que teria fornecido caixas de isopor de 70 e 80 litros para garantir a guarda e conservação de alimentos em condições higiênicas; [...] que teria disponibilizado água potável e fresca, em recipientes adequados e em quantidade suficiente nos locais de trabalho, em condições higiênicas e em copos individuais; que teria realizado assepsia dos reservatórios de água e os mantido sempre limpos; que teria fornecido água potável fresca no início do turno de trabalho, com reposição nos três turnos de trabalho da frente ou sempre que necessário”; “[...] Neste sentido, a decisão deve ser esclarecida à luz do artigo 131 do Código de Processo Civil que dispõe sobre a livre apreciação da prova, pressupõe que sejam considerados os elementos existentes nos autos, de modo que o conjunto probatório deve ser analisado integralmente, não bastando simplesmente a afirmação de que a parte não teria se desincumbido do ônus da prova”, “[...] devem ser esclarecidos, ainda, considerando a vasta documentação apresentada pela embargante, a prova oral produzida em audiência e o único indício de prova do Ministério Público, qual seja, os autos de infração e o relatório de fiscalização, que, inclusive, permitem a prova em contrário, à luz do disposto no artigo 5º, *caput* (igualdade de tratamento), da Constituição Federal e no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária à Justiça Especializada [...]” verifica-se, diante do teor das insurgências manifestadas pela embargante, que o que ela está a requerer é a reapreciação de provas, o que também não é permitido na via estreita de embargos de declaração.

Não é outro, aliás, o entendimento esposado na seguinte manifestação jurisprudencial:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. A lei instrumental ordinária armou as partes do remédio legal apropriado para eliminar das decisões a contradição, a obscuridade e

a omissão, sendo certo que todos esses vícios devem corresponder a lacunas, duplos sentidos, divergência de afirmativas sobre temas semelhantes e falta de clareza. Os embargos de declaração não se destinam ao questionamento, revisão do *decisum*, ou à reapreciação da prova, mas tão-somente sanar as máculas indicadas no art. 535 do CPC. Inocorrendo quaisquer dos vícios apontados no referido dispositivo processual, a consequência é a rejeição do pedido declaratório.

(TRT 3ª R. - 4ª T - ED/5838/01 (RO/3014/01) Rel. Juiz Júlio Bernardo do Carmo - DJMG 30.06.2001, p. 08)

Os inconformismos da embargante, destarte, porque não ocorreram as alegadas omissões, obscuridades ou contradições na r. decisão embargada, estão a desafiar recurso outro e não a via estreita de embargos de declaração.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTES os presentes embargos de declaração.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00270-2010-043-03-00-2

Data: 27.06.2011

DECISÃO DA 1ª VARA DO TRABALHODE UBERLÂNDIA - MG

Juiz Titular: Dr. MARCEL LOPES MACHADO

Aos 27 de junho de 2011, às 17h38min, na 1ª Vara de Uberlândia - MG, o Dr. Marcel Lopes Machado, Juiz do Trabalho, julgou a reclamação proposta por Eduardo Ramos Pimenta contra BR Implementos Rodoviários Ltda. e Bradesco Vida e Previdência S/A.

I - RELATÓRIO

Eduardo Ramos Pimenta ajuizou reclamação contra BR Implementos Rodoviários Ltda. e Bradesco Vida e Previdência S/A e alegou: sofreu acidente típico do trabalho; sequela da paraplegia e lesão irreversível medular; sofreu danos morais e materiais. Formulou os correspondentes pedidos. Atribuiu à causa o valor de R\$500.000,00. Juntou docs. de f. 14/36 e f. 278, declaração de f. 37 e procuração de f. 38.

A 1ª reclamada apresentou defesa: arguiu denúncia da lide; no mérito, contestou todos os fatos e pedidos. Juntou procuração de f. 42, docs. de f. 62/270. A 2ª reclamada arguiu preliminar de incompetência; no mérito, contestou os fatos e pedidos. Juntou preposições de f. 312 e f. 383, docs. de f. 313/323, procurações de f. 327/328, f. 370/371 e f. 384, substabelecimentos de f. 329 e f. 385.

Documentação previdenciária às f. 330/336, acordo formalizado às f. 374/376 e homologado às f. 382/383. Encerrou-se a instrução processual.

Inconciliados em relação à 2ª reclamada, controvérsia jurídica remanescente.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 - Pressupostos processuais objetivos - Competência material trabalhista - Acidente típico de trabalho e corresponsabilidade contratual de seguradora

Rejeita-se a preliminar, porquanto é a Justiça do Trabalho competente para análise dos pedidos de reparação decorrente de acidente típico de trabalho, inciso VI do art. 114 da CR e art. 19 da Lei n. 8.213/91 (STF - T. Pleno - CC 7204-MG - Rel. Min. Carlos Ayres Britto - DJU 09.12.2005).

É irrelevante que a controvérsia tenha que ser dirimida à luz das normas de direito material cível, art. 8º da CLT c/c art. 186 da CC (STF - T. Pleno - CJ 6959-6-DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 22.02.1991), fundada na alegada corresponsabilidade, parágrafo único do art. 942 do CC, solidária da 2ª reclamada, art. 265 do CC, prevista em instrumento contratual de apólice de seguro, arts. 757 a 777 do CC, mas, sim, em dano acidentário subjacente à relação jurídica de emprego.

A origem e o fundamento da apólice de seguro residem justamente na preexistência da relação jurídica de emprego, arts. 2º e 3º da CLT, entre o reclamante e a 1ª reclamada, na qual resultou, como objeto do contrato de emprego, art. 444 da CLT, a obrigação acessória e anexa da contratação de apólice securitária a todos os empregados da 1ª reclamada.

II. 2 - Medidas saneadoras - Desnecessidade de prova pericial. Art. 420, parágrafo único, II/CPC. Livre convencimento motivado. Art. 131 do CPC - Poder jurisdicional da livre condução processual - Rápida solução dos litígios - Inciso LXXVIII do art. 5º da CR e inciso II do art. 125 do CPC - Indeferimento de pretensão probatória irrelevante e desnecessária - Art. 765 da CLT e art. 730 do CPC

Mantém-se a decisão do termo de audiência de f. 383 que indeferiu a realização de perícia médica pretendida pela 2ª reclamada, eis que compete ao magistrado velar pelo rápido andamento da lide, inciso LXXVIII do art. 5º da CR e inciso II do art. 125 do CPC e indeferir as pretensões probatórias irrelevantes e desnecessárias, art. 765 da CLT e art. 130 do CPC.

Neste caso específico, fatos incontroversos, incisos II e III do art. 334 do CPC, o acidente típico de trabalho, art. 19 da Lei n. 8.213/91, com sequelas permanentes e irreversíveis relativas à paraplegia do trabalhador, documentação médica especializada de f. 17/36.

Inclusive, o relatório médico de f. 20, não impugnado pela 2ª reclamada, é claro e contundente em afirmar a incapacidade de 100% dos membros inferiores, com a “fratura da vértebra lombar, traumatismo medular e paraplegia”, o que tornou incontroversa a incapacidade de trabalho do reclamante.

Portanto, desnecessária a realização da perícia médica para se aquilatar o nexo e o grau de incapacidade, em face da documentação médica especializada preexistente, inciso II do parágrafo único do art. 420 do CPC.

Indeferimento da prova pericial. Se o juiz se conduz segundo o princípio da persuasão racional, informador do CPC 131, concluindo à luz dos fatos e circunstâncias refletidos nas provas dos autos que a perícia é desnecessária, não há contrariedade ao CPC, 420, III.

(STJ - 3ª T. - Ag. 45.588 - Rel. Min. Nilson Naves - DJU 04.02.1994, p. 983)¹

Cumpra aos litigantes evitar incidentes temerários e dilações processuais indevidas, incisos II, III e IV do art. 14 e incisos II, V e VI do art. 17 do CPC, tomar consciência do caráter público do processo, instrumento ético de efetivação dos direitos materiais da cidadania, cujo Poder Judiciário é o maior interessado na rápida solução dos litígios com o objetivo de restabelecer a paz social momentaneamente abalada, inciso II do art. 125 do CPC, notadamente nos dissídios trabalhistas, que detêm relevante significado social, por se tratar o crédito alimentício, primário e substancial, de patrimônio jurídico mínimo dos trabalhadores, art. 5º, LXXVIII c/c art. 100, § 1º-A/CR e art. 186 do CTN, cujo estado de necessidade é premente no Direito do Trabalho. (SILVA, Antônio Álvares da. *In Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 82 e 83)

II. 3 - Mérito - Denúnciação da lide. Art. 70 do CPC - Obrigação solidária - Previsão contratual de apólice de seguro - Arts. 265 e 757 a 777 do CC - Relação jurídica material subjacente - Existência do contrato de emprego e fato típico incontroverso de acidente de trabalho

Com razão a 1ª reclamada em sua pretensão, porquanto o doc. de f. 239/253 demonstra a contratação de apólice de seguro com a 2ª reclamada, e, por consequência, é devida a indenização substitutiva contratual da apólice, cláusulas 1ª e 2ª de f. 240.

Ao contrário do que alega a seguradora em sua defesa, não há, na cláusula 2ª de f. 240, alíneas “a” a “e”, a restrição de pagamento da apólice de seguro somente a partir da 30 dias da vigência do contrato de emprego.

Ademais, de qualquer forma, ainda que se admitisse existente, a cláusula seria ilícita e antijurídica, por violação ao art. 9º da CLT, por violação ao direito fundamental da reparação da integridade física do reclamante, por violação ao art. 122 do CC, por se tratar de cláusula que sujeitaria a condição do negócio jurídico exclusivamente à manifestação impositiva da estipulação contratual da seguradora, e, por fim, por violação aos incisos V e XII do art. 39 do CDC, por se tratar de vantagem manifestamente excessiva e fixação do termo inicial de seu cumprimento exclusivamente a seu critério.

Ademais, a recusa injustificada e inescusável da seguradora ao pagamento da indenização da apólice violou o princípio da função social e equilíbrio dos contratos, da boa-fé objetiva e seus deveres anexos², arts. 421 e 422 do CC, normas

¹ In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 10. ed., 2007. p. 648.

² Enunciado 22 do STJ/CJF da 1ª Jornada de Direito Civil. Art. 421. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

de ordem pública, cogentes e imperativas, parágrafo único do art. 2.035 do CC, uma vez que o contrato, na clássica lição doutrinária, é instrumento que viabiliza a troca e circulação de riquezas na sociedade.

Ora, se a função do direito é o equilíbrio, a razão de ser do direito também é o equilíbrio, porque é isso que o direito melhor sabe proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a serenidade e a proporção perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. [...].

O injusto não há de ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito não pode conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, da perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que se não corra este risco, é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao compromisso de não fugir do roteiro ético que o valor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, na verdade, ele é o de busca de solução ética e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em expurgar o que é injusto da solução dada. [...].

O problema é que a realidade demonstra que nem sempre nas relações privadas há igualdade entre os sujeitos e que quando ela falta os critérios de justiça hão de ser outros: ou justiça distributiva, ou justiça social; mas não comutativa. Mas os técnicos de direito privado insistem em invocar a igualdade das partes, o princípio do *pacta sunt servanda*, para exigir a necessária fidelidade ao vínculo criado pelos sujeitos, quando é tão evidente a incoerência de hipótese verdadeira de vinculação livre e igualitária de vontades. E é essa lealdade intelectual que falta aos cientistas do direito, muitas vezes, quando se permitem olvidar da natureza verdadeira do vínculo jurídico e reconhecem a consequência jurídica dele, desprezando a desproporcionalidade de prestações, que torna, sem qualquer dúvida, impossível a realização do meio-termo, do justo.³

Portanto, tratando-se de obrigação contratual, a responsabilidade pelo pagamento da indenização com o reclamante é solidária, art. 265 do CC e inciso III do art. 71 do CPC, razão pela qual a 2ª reclamada pagará o valor da apólice de seguro, eis que coobrigada contratualmente com a empregadora, art. 275 do CC.

Enunciado 24 STJ/CJF da 1ª Jornada de Direito Civil. Art. 422. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Enunciado 26 STJ/CJF da 1ª Jornada de Direito Civil. Art. 422. A cláusula geral contida no art. 422 do Código Civil impõe ao Juiz interpretar, e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes.

³ NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juizes. In FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo e constituição*: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. RT, 2006. p. 423 e 428.

A cláusula 11^a de f. 245 é clara e contundente em prever a reparação securitária de TOTAL de 100% do valor do capital em caso de invalidez permanente, “perda total do uso de ambos os membros” e “perda total do uso de ambos os membros inferiores”, fato incontroverso, incisos II e III do art. 334 do CPC, e infeliz adimplido pelo reclamante, doc. de f. 20, no valor máximo da apólice de R\$15.000,00, doc. de f. 239 (R\$405.000,00/27), resguardado o direito de regresso da 1^a reclamada com a 2^a reclamada, arts. 283 do CC e inciso III do art. 71 do CPC, pelos danos já reparados, até esse limite.

II. 4 - Responsabilidade e “*dumping social*” - Potencial metaindividual da lesão securitária - Danos às categorias profissional e econômica pela inadimplência contratual

Na sociedade capitalista pós-moderna, cujos valores do neoliberalismo e da globalização com suas práticas de terceirização colocam as liberdades funcionais do mercado acima das políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural e, ao considerar os direitos humanos como “custos sociais” os vão suprimindo em nome da competitividade global e que tanto influencia o desmantelamento do welfare state, há necessidade de o Direito e de a Justiça do Trabalho exercerem o controle civilizatório de um patamar mínimo de proteção dos trabalhadores/consumidores e da própria essência da legislação de proteção no Estado do Bem-Estar Social, art. 1^o, IV, art. 7^o, arts. 170 e 193 da CR, frente às mutações dos sistemas produtivos⁴ e do capitalismo financeiro, porquanto a tutela jurídica diferenciada para compensar a desigualdade social foi sempre na história a finalidade do Direito do Trabalho.

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.⁵

O exercício da autonomia privada encontra limite nas regras de higiene, medicina e segurança do trabalho, normas de ordem pública, imperativas e cogentes relacionadas à proteção jurídica da integridade física dos trabalhadores, cujo objetivo é justamente a diretriz constitucional de redução dos riscos no meio

⁴ “As principais funções do Direito do Trabalho, afirmadas na experiência capitalista dos países desenvolvidos, consistem, em síntese, na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômico-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social, deste ramo jurídico, ao lado de seu papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo [...]”. In DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005. p. 121.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, p. 20/21.

ambiente de trabalho, inciso XII do art. 7º e inciso VIII do art. 200 da CR e, via de consequência, encontra necessidade, no caso concreto, de aplicação da eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais⁶, STF - 2ª T. - Votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa no REExt 201.809-RJ - DJU 26.04.2005, *In* Informativos STF n. 385 e 405.

E, o trabalho é direito fundamental do homem, de relevante significado social, inciso IV do art. 1º da CR, fundamento de toda ordem econômica/financeira e social da CRFB, art. 170, *caput*, VIII e art. 193 da CR, porquanto é o único meio lícito de inserção da pessoa humana no sistema capitalista de produção, e, via de consequência, meio de (re)socialização na sua busca de uma vida digna e proba, da promoção de seu bem-estar social, inciso III do art. 1º da CR.

Defender o direito a todo custo não é necessariamente defender a norma a todo custo. É defender o homem a todo custo, valor supremo da razão de ser do direito. Por isso se diz que o direito se acha na luta (Ihering), e essa ideia, expressa na obra de *Kampf um's Recht* do célebre autor, firmava o conceito de sentimento do direito (*Rechtsgefühl*).

Lutar pelo direito é "lutar pela conservação moral da pessoa".

Por isso dizemos que "é um aspecto essencial da *conditio humana* que nós procuremos a justiça, que não a encontremos no mundo e nem ao menos possuamos estereótipos fixos de Justiça: Justiça é uma tarefa, tanto como um problema eterno da definição do que é Justiça, quanto como uma tentativa de agir de maneira justa e de criar um mundo (relativamente) justo.

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*.⁷

Admitir o contrário será permitir o regresso aos primórdios do Direito do Trabalho nas Revoluções Inglesa/Industrial com a institucionalização da massificação acidentária na própria Justiça do Trabalho e violação ao princípio da eficácia vedativa ao retrocesso social.⁸

⁶ "A ideia de *Drittwirkung* ou de eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil privada segundo os valores de razão, justiça, progresso do Iluminismo. Este código de leitura - pergunta-se - não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade?". [...]

E, a partir de uma perspectiva racional, cumpre insistir, mais e mais, na luta pela implementação dos grandes valores do Iluminismo, de liberdade, igualdade, democracia e solidariedade". *In* SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. 2. ed., 2. tiragem, p. 44/45.

⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 429.

⁸ "A vedação do retrocesso, por fim, tem uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo

A recusa antijurídica e ilegítima da 2ª reclamada em pagamento da indenização securitária, pautada em política financeira do capital de “*Wall Street*”, onde o dinheiro nunca dorme”, caracteriza dano em contrato de adesão e cativo, constituiu prática ilegal e abusiva no mercado de consumo, art. 187 do CC, violação da função social⁹ contratual, art. 421 do CC, e à proteção da ordem econômica, inciso I do art. 20 e inciso I do art. 23 da Lei n. 8.884/94, fundada justamente nos valores sociais do trabalho, art. 170 da CR.

Nota-se, destarte, que a preocupação do direito ocidental moderno não é saber se determinada lei por ser boa (ou não), deve-se aplicar ao setor financeiro. Muito ao contrário, o moderno direito privado centra-se no capitalismo com ética, que deixou de lado o individualismo extremado e a liberdade ilimitada de contratar, e dá ênfase aos princípios contratuais da função social, igualdade material, boa-fé objetiva e equivalência contratual.¹⁰

Constitui ainda, e, principalmente, dano a toda uma coletividade indeterminada de consumidores, art. 81 do CDC, dos serviços do grupo econômico empresarial bancário, § 2º do art. 2º da CLT e art. 17 da Lei n. 8.884/94, tanto os empregados na frustração da fruição do direito contratual quanto os empregadores, na frustração da garantia contratual adquirida com o objeto constituição de prevenção da reparação acidentária, incisos XXII e XXVIII do art. 7º da CR, e, por fim, caracteriza até mesmo concorrência desleal no mercado, e que somente pode ser solucionada pelo Poder Judiciário.

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem

destes pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se fosse exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e ampliação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 379).”

⁹ “Ao lado da definição jurídica de contrato (contrato é o acordo entre duas ou mais partes para constituir, regular e extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial) e da definição clássica baseada em sua função econômica (contrato é negócio jurídico bilateral pelo qual as partes obrigam-se mutuamente à circulação de riquezas transferindo-a de um patrimônio para outro), ambas devem vir acompanhadas, agora, de outro elemento de magna importância, ou seja, a função social. Assim, circular riquezas, observada a função social desse acordo de vontades, com observância da boa-fé objetiva, da função social da empresa e da função social e ambiental da propriedade. Por isso falamos nos “fins econômicos - sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia”. Essa é a nova conformação do contrato civil e comercial, em sua tríplice vertente, jurídico - econômico - social, no sistema do Código Civil”. NERY JÚNIOR, Nelson. *In O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coords.) São Paulo: LTr, p. 415/416.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 440.

necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social. As decisões dos Tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida, de que os juizes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. (Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21)).¹¹

Razões pelas quais, em face da conduta abusiva de direito, art. 187 do CC, e contrária aos valores sociais do trabalho, do consumo, da ordem econômica e social, arts. 1º, IV, 5º, XXXII, 7º, e 170 da CR, condena-se a 2ª reclamada, alínea “d” do art. 652 da CLT c/c parágrafo único do art. 404 do CC, art. 84 do CDC e Enunciado n. 4 da 1ª Jornada de Direito Material/Processual do Trabalho TST/ANAMATRA, na indenização equivalente a R\$350.000,00 por “*dumping social*”, arts. 20, I e 23, I da Lei n. 8.884/94, a favor do reclamante e da 1ª reclamada, para cada um.

II. 5 - Honorários advocatícios - Sucumbência

Tratando-se de lide secundária à relação de emprego decorrente de acidente típico de trabalho, inciso VI do art. 114 do CR, denúnciação da lide da seguradora, e, sucumbente esta em sua pretensão, são devidos honorários advocatícios de sucumbência aos demais litigantes, arts. 389 e 395 do CC e art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST c/c Súmula n. 234 do STF, no percentual de 15%, § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50, incidentes sobre o valor líquido da condenação, OJ n. 348 da SBDI-I do TST, vedada, porém, a cobrança de honorários contratuais do reclamante, em face da extensão integral dos benefícios da justiça gratuita, arts. 3º, V, e 4º da Lei n. 1.060/50.

Há previsão nos arts. 389, 395 e 404 do CC, que versam sobre os efeitos jurídicos da inadimplência das obrigações privadas e o princípio da reparação integral do dano, da obrigação/condenação do devedor no pagamento dos honorários obrigacionais ao credor, Des. Antônio Álvares da Silva (TRT 3ª Reg. - 4ª T. - RO 01141-2008-107-03-00-1 - DEJT 10.05.2010), todos aplicáveis subsidiariamente ao Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT, que se sobrepõe, inclusive, às Súmulas n. 219/329 e IN 25/2007 do TST, em face do princípio da hierarquia das leis, art. 2º do LICC.

Ademais, a partir da EC n. 45/2004 que atribuiu nova competência à Justiça do Trabalho, são devidos os honorários de sucumbência, independentemente da assistência jurídica sindical gratuita ao trabalhador, porquanto inviável a discriminação jurídica proposta no art. 5º da IN 27/2005 do TST, uma vez que a relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho, ambas relações jurídicas contratuais de atividade, e, principalmente, porque o ius postulandi

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

consagrado nos arts. 791 e 839, “a” da CLT e nas Súmulas n. 219 e 329 do TST não possui validade/eficácia para ações de tramitação especial e recursos de competência do TST, Súmula n. 425 do TST.

Lado outro, a vedação de cobrança de honorários contratuais decorre da *ratio* e da finalidade social do Processo do Trabalho, art. 5º do LICC, que reside justamente na obrigatoriedade/necessidade da prestação de assistência jurídica gratuita ao trabalhador, aplicação analógica da alínea “b” do art. 514 da CLT c/c arts. 14 e 16 da Lei n. 5.584/80 e, principalmente, porque a concessão dos benefícios da justiça gratuita abrange inclusive os honorários contratuais, arts. 3º, V, e 4º da Lei n. 1.060/50.

II.6 - Hipoteca judiciária - Efeito secundário - Art. 466 do CPC

Nos termos do art. 466 do CPC, a sentença condenatória do réu ao pagamento de uma prestação valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária.¹²

O título constitutivo da hipoteca é efeito secundário da sentença, decorrente da própria legislação¹³, independente de requerimento da parte (TST - 7ª T. - RR 88074-2006-099-03-00-7 - Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho - DJU 07.03.2008).

Às vezes, produz a sentença certos efeitos, não porque o juiz tenha querido que se produzissem ou porque a sua produção tenha constituído objeto, declarado ou implícito, da decisão, mas porque, fora do campo no qual se pode confinar o poder de decisão do juiz, é a sentença considerada pela lei como fato produtor de efeitos jurídicos, preestabelecidos pela própria lei e não dependentes do comando contido na sentença. Poderemos falar nestes casos da sentença como fato jurídico em sentido restrito. [...]

Tem, pois, razão CALAMANDREI em considerar como efeito secundário a hipoteca judicial.¹⁴

Trata-se de norma processual que visa perquirir a efetividade da entrega da tutela jurisdicional, direito fundamental do jurisdicionado, inciso LXXVIII do art. 5º da CR/88, garantindo-se a concretude prática da sentença e atribuindo ao

¹² A hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do CPC, decorre da disposição do art. 824 do CC, de 1916, que atribui ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do executado. Este é, sem dúvida, um dos mais expressivos efeitos secundários da sentença condenatória e sua compatibilidade com o processo do trabalho parece-nos incontestável. (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A sentença no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 309)

¹³ Tais efeitos produzem-se tão só pelo fato de existirem sentenças dessas espécies, pouco importando o que nelas conste a respeito do tema. [...]. Efeito secundário é aquele que, embora independa de pedido da parte para que seja produzido, precisa estar contemplado na sentença para que se produza. Portanto, e assim como efeito principal, é uma consequência da sentença considerada como ato jurídico. (WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. v. I, p. 629)

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Editora Forense, p. 72 e 75.

credor o direito de prelação e sequela sobre o patrimônio do devedor (TRT 3ª Reg. - 4ª T. - RO 00536-2005-043-03-00-0 - Rel. Des. Antônio Álvares da Silva - DJMG 13.05.2006, p. 11).

Ainda, concede-se segurança jurídica e publicidade nas relações comerciais extrajudiciais, com a prévia ciência à sociedade pelo Poder Judiciário de existência de condenação, evitando-se discussões na fase de execução com embargos de terceiros eventualmente de boa-fé, dotando-se a sentença de caráter pedagógico e efeitos concretos, notadamente ao litigante habitual, visando à celeridade na entrega efetiva da prestação jurisdicional condenatória.

Deverá a Secretaria, arts. 653, "a", e 735 da CLT, expedir ofício aos Cartórios de Registros de Imóveis de Uberlândia - MG e São Paulo - SP, para que seja registrado à margem das matrículas dos imóveis do Banco Bradesco S/A e demais empresas integrantes de seu grupo empresarial, § 2º do art. 2º da CLT e art. 17 da Lei n. 8.884/94, o título constitutivo da hipoteca judiciária, art. 167, I, "2" da Lei n. 6.015/73 c/c inciso II do art. 1.489 do CC e art. 466 do CPC.

III - DISPOSITIVO

Ante ao exposto, e por tudo mais que consta da fundamentação, rejeitada a preliminar de incompetência material trabalhista, no mérito, julga-se PROCEDENTE o pedido de denunciação à lide de Bradesco Vida e Previdência S/A, para condená-la a pagar:

- a) indenização de R\$15.000,00 referente à apólice de seguro ao reclamante;
- b) indenização equivalente a R\$350.000,00 por "*dumping social*", arts. 20, I, e 23, I, da Lei n. 8.884/94, a favor do reclamante e da 1ª reclamada, para cada um;
- c) honorários advocatícios de sucumbência ao reclamante e 1ª reclamada, art. 389 e 395 do CC e art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST c/c Súmula n. 234 do STF, no percentual de 15%, § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50, incidentes sobre o valor líquido da condenação, OJ n. 348 da SBDI-I do TST, vedada, porém, a cobrança de honorários contratuais do reclamante, em face da extensão integral dos benefícios da justiça gratuita, arts. 3º, V, e 4º da Lei n. 1.060/50;
- d) resguardar o direito de regresso da BR Implementos Rodoviários Ltda. com o Bradesco Vida e Previdência S/A, arts. 283 do CC e inciso III do art. 71 do CPC, até o limite da apólice.

A correção monetária incidirá a partir da ciência inequívoca do acidente, 13.04.2009, Súmula n. 230 do STF e Súmulas n. 43, 54 e 278 do TST e os juros de mora, de 1% a.m., art. 39 da Lei n. 8.177/91 e OJ n. 382 da SBDI-I do TST, serão devidos desde a inicial, art. 883 da CLT, e incidirão sobre a importância corrigida, Súmula n. 200 do TST, até a data da efetiva quitação do crédito, Súmula n. 15 do TRT 3ª Região.

Nos termos do § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/91 e do § 9º do art. 214 do Decreto n. 3.048/99, são parcelas de natureza indenizatória e que não integram o salário de contribuição previdenciária: indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho (art. 214, § 9º, "m" do Decreto).

Nos termos do art. 6º da Lei n. 7.713/88 e do art. 39 do Decreto n. 3.000/99, são parcelas isentas à incidência fiscal do IRRF: indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho (inciso IV do art. 6º da Lei e inciso XVI do art. 39 do Decreto); juros moratórios (art. 404 do CC e OJ n. 400 da SBDI-I do TST).

Tornada líquida a conta, ao final, intime-se a Procuradoria Geral Federal, § 3º do art. 879 da CLT e § 3º do art. 16 da Lei n. 11.457/2007.

Concedidos ao reclamante a extensão integral dos benefícios da justiça gratuita, § 3º do art. 790 da CLT e art. 3º, V e 4º da Lei n. 1.060/50 c/c OJ n. 304 da SBDI-I do TST e OJ n. 08 do TRT da 3ª Região. Custas de R\$20.000,00, pela 2ª reclamada, calculadas sobre R\$1.000.000,00 arbitrados à condenação.

Ofício imediato, com cópia desta decisão, ao Ministério Público Estadual, Curadoria do Consumidor, em face da possibilidade de danos metaindividuais à ordem indeterminada de consumidores (empregados e empregadores) dos serviços securitários prestados pela 2ª reclamada, inciso III do art. 127 e art. 129 da CR e art. 81 do CDC.

Deverá a Secretaria, nos termos dos arts. 653, “a” e 735 da CLT, expedir ofício imediato aos Cartórios de Registros de Imóveis de Uberlândia - MG e São Paulo - SP, para que seja registrado à margem das matrículas dos imóveis do Banco Bradesco S/A e demais empresas integrantes de seu grupo empresarial, § 2º do art. 2º da CLT, o título constitutivo da hipoteca judiciária, art. 167, I, “2” da Lei n. 6.015/73 c/c inciso II do art. 1.489 do CC e art. 466 do CPC.

Atentem as partes, inciso III do art. 125 do CPC, que a decisão adotou tese explícita sobre todos os temas de conteúdo meritório e relevantes da lide, OJ n. 118/119 da SBDI-I do TST, e que não serão admitidos eventuais embargos declaratórios visando à reapreciação de fatos, provas e teses jurídicas ou alegação de prequestionamento em 1ª instância.

O prequestionamento é pressuposto objetivo dos recursos de natureza extraordinária aos Tribunais Superiores, inteligência da Súmula n. 400 do STF e Súmulas n. 221 e 297 do TST, eventual recurso ordinário devolverá ao TRT toda a matéria fática/jurídica objeto da controvérsia, em razão da amplitude/profundidade do seu efeito devolutivo, § 1º do art. 515 do CPC e Súmula n. 393 do TST.

Cientes, Súmula n. 197 do TST.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00630-2010-039-03-00-7

Data: 10.03.2011

DECISÃO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE SETE LAGOAS - MG

Juiz Substituto: Dr. GERALDO MAGELA MELO

JULIANA REIS MARTINS, reclamante, qualificada à f. 4, ajuizou, perante a Justiça Comum, ação trabalhista em face de JOÃO ALBERTO DE BARROS RIBEIRO, reclamado, igualmente qualificado, narrando que foi contratada pelo réu para trabalhar como doméstica; que seu contrato de emprego vigeu por 12 anos e seis meses, no período de “01.12.2005 a 15.08.2008”; que, anteriormente, trabalhou por 2 anos para outro empregador; que, somando-se os períodos dos dois contratos de trabalho, chega-se ao montante de 14 anos e seis meses de prestação de serviços; que o réu procedeu ao desconto, em sua remuneração, do valor referente às contribuições

previdenciárias de todo período contratual, mas não o repassou ao INSS; que, por essa razão, ficou impossibilitada de receber o benefício da aposentadoria; que ajuizou reclamação trabalhista contra o reclamado perante a 2ª Vara do Trabalho dessa Comarca (proc. n. 01064-2008-040-03-00-6), pleiteando o pagamento dos valores descontados de seu salário e não repassados ao Órgão Previdenciário; que as partes, naqueles autos, firmaram acordo, por meio do qual o réu comprometeu-se a realizar o pagamento dos encargos sociais a favor do INSS; que, ao réu, foi concedido parcelamento da dívida, “[...] não fazendo constar assim esse período trabalhado na contagem de tempo para aposentadoria”; que os fatos acima narrados lhe causaram sofrimento e constrangimentos, além de prejuízos financeiros e que tem direito ao recebimento de indenização por danos morais e materiais. Pretendeu o pagamento das verbas descritas no rol de f. 7. O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Sete Lagoas proferiu decisão, declarando a incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar a ação e determinou a remessa dos autos a esta Justiça Federal Especializada, o que foi cumprido. Audiência em 27.04.2010, oportunidade em que o Juízo determinou a expedição de ofícios à Agência da Previdência Social e à Receita Federal. Conciliação impossibilitada. O reclamado apresentou defesa em que argui preliminar de incompetência em razão da matéria e preliminar de conexão; no mérito, aduz que firmou Termo de Parcelamento da Dívida Fiscal perante a Receita Federal, o qual vem cumprindo rigorosamente; que a recusa à concessão do benefício de aposentadoria não se deu por culpa do réu; que não praticou ato ilícito capaz de ensejar o direito da autora à indenização por danos morais e que não se configurou nexos causal. Manifestação da reclamante, acompanhada de documentos (f. 95/104), a respeito dos quais o reclamado manifestou-se (f. 109/110). Audiência em 09.09.2010 e em 23.11.2010, nesta última foi determinada a juntada de recibos salariais, tendo sido colhido, ainda, o depoimento da reclamante e do reclamado. Na mesma assentada, a procuradora da autora requereu o aditamento da inicial, para incluir no polo passivo da lide o Instituto Nacional do Seguro Social e a União Federal e requerer a responsabilidade solidária de tais entes ao pagamento do pedido de indenização por danos morais, o que foi deferido (f. 145). Juntada de documentos pelo reclamado (f. 149/252) e pela reclamante (f. 253/315). A União Federal e o INSS apresentaram petições (f. 332/334 e f. 338/352), as quais foram desconsideradas (f. 336 e f. 392, respectivamente por estarem extemporâneas). Na audiência realizada em 28.02.2011, o INSS não compareceu e a União Federal apresentou defesa em que argui preliminar de ilegitimidade passiva e nulidade da citação. As partes declararam que não tinham provas a produzir. Encerrada a instrução. Razões finais remissivas. Conciliação inviabilizada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Da preliminar de incompetência

Suscita o 1º reclamado preliminar de incompetência absoluta deste Juízo para processar e julgar a presente reclamationária, ao argumento de que, se houve indeferimento, pelo INSS, do pedido de aposentadoria, deveria a reclamante ajuizar ação contra aquele órgão perante a Justiça Federal.

Vale lembrar que, para se qualificar uma competência jurisdicional, primeiro o aplicador do direito deve verificar se há regra de competência em razão da matéria, para distinguir entre os diversos ramos do Poder Judiciário; havendo regra de competência material, em que se enquadrem os elementos de uma demanda, com relevo a causa de pedir, tal ação será de competência da Justiça Especial que possui como atribuição a matéria trazida na *causa petendi*, pois, pelo critério objetivo, a competência em razão da matéria é inderrogável e prevalece em face da competência residual.

Interessante observar o julgamento do CComp. 7.204-1-MG, pelo Supremo Tribunal Federal, em que se sedimentou o entendimento pela competência da Justiça Laboral para as ações de acidente do trabalho em face do empregador, que atribui à Justiça Especializada as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, obrigação de respeito que inclusive também está prevista no anteriormente citado art. 19, da Lei de Benefícios.

No citado julgamento, o STF se embasou no princípio da unidade de convicção ou unidade de convencimento, sob o fundamento de que o mesmo fato deve ser apreciado por um mesmo Magistrado, para evitar a possibilidade de decisões conflitantes, o que se amolda com inteireza também ao caso presente, o que fere o princípio da segurança jurídica e da razoabilidade.

Ocorre que, conforme se vê da inicial, a reclamante não pretende, na presente ação, o benefício previdenciário acima mencionado, nem tampouco averbação do tempo de serviço e de contribuição, mas, sim, indenização por supostos danos morais e materiais sofridos em decorrência de seu contrato de emprego, o que demonstra que a demanda decorre da relação do trabalho, pois tem causa de pedir e pedido com fundamento nessa relação, ou seja, a competência é em razão da matéria; portanto, absoluta desta Justiça Especializada, nos termos dos incisos I e VI do art. 114, ambos da Constituição Federal e inciso III do art. 469 do CPC, o que afasta a competência em razão da pessoa disposta no inciso I do art. 109 da CF/88.

Calha sublinhar que um mesmo fato pode gerar diversas consequências, devendo um mesmo Estado-Juiz apreciar o fato e esses reflexos, com vistas a evitar a insegurança jurídica da possibilidade de decisões contraditórias não querida pelo legislador constituinte e fator de não promoção do direito fundamental de acesso à justiça.

Nesses termos, rejeito a preliminar de incompetência suscitada pelo 1º reclamado.

Da preliminar de coisa julgada

Ficou incontroverso nos autos que a reclamante ajuizou ação trabalhista contra o 1º reclamado perante a 2ª Vara do Trabalho dessa Comarca (proc. n. 01064-2008-040-03-00-6), pleiteando o pagamento dos valores descontados de seu salário a título de contribuições previdenciárias, os quais não foram repassados aos cofres da União Federal, bem ainda que as partes, naqueles autos, firmaram acordo, por meio do qual o réu comprometeu-se a realizar o pagamento dos encargos sociais a favor da União.

Nos presentes autos, a demandante, ao argumento de que não houve recolhimento integral das contribuições previdenciárias, pretende, entre outros, o pagamento “[...] do principal, ou seja, todas as parcelas vencidas dos encargos sociais junto a previdência [...]”, bem ainda que o 1º reclamado seja condenado “[...] para acompanhar todos os atos de reposição das parcelas vencidas, até o deferimento do pedido de aposentadoria da autora” (f. 7). Ora, tais pedidos referem-se, na verdade, ao pagamento pelo 1º réu das contribuições previdenciárias faltantes referentes ao contrato de emprego da autora.

Tem-se, pois, que, quanto às pretensões por último citadas, operou-se a tríplex identificação dos elementos da demanda.

Destarte, argui-se, de ofício, preliminar de coisa julgada, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito, com espeque no que dispõe o inciso V do art. 267 do CPC.

Da ilegitimidade passiva *ad causam*

A legitimidade passiva se revela na pertinência subjetiva da ação, vale dizer, quando a parte indicada como devedora na relação jurídica processual pode estar, abstratamente, vinculada à relação jurídica de direito material. No caso dos autos, como o provimento vindicado, se porventura acolhido, produzirá efeitos na órbita jurídica da União Federal, esta é, inegavelmente, parte legítima para figurar no polo passivo da lide.

Vale dizer que a autora arrolou a União no polo passivo não em razão de interpretação de normas, mas sim em razão da alegada omissão desta em fiscalizar o seu ex-empregador.

Ademais, a discussão que avança dessa fronteira, sobre a existência ou não de responsabilidade, prende-se ao mérito da causa, pelo que com este será decidida.

REJEITO a preliminar.

Da conexão

Conforme informado pelo próprio réu e confirmado pelos documentos de f. 75/79, as partes firmaram acordo, relativamente ao objeto da ação trabalhista referente aos autos do processo de n. 01064-2008-040-03-00-6. Não restam dúvidas, portanto, de que a matéria trazida nos autos por último citados já se encontra decidida.

Assim, nos termos do que dispõem o art. 105 do CPC e a Súmula n. 235 do STJ, não há que se falar em reunião dos processos por conexão.

Rejeito.

Da nulidade da citação

A 3ª reclamada argui nulidade da citação, ao argumento de que, como se trata, *in casu*, de questões relativas a termo de parcelamento de dívida fiscal, ela, a União Federal, deveria ter sido citada na pessoa do Procurador-Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional em Minas Gerais e não, como ocorreu, na pessoa do Procurador-Chefe da União no Estado de Minas Gerais.

Nos termos do inciso V do art. 12 da Lei Complementar n. 73, de 10.02.1993, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional representar a União nas causas de natureza fiscal. No caso dos autos, a reclamante pretende o pagamento de indenização por danos morais em decorrência de alegada omissão da União Federal na fiscalização do recolhimento das contribuições previdenciárias. Não se trata, pois, de pedido de pagamento de débitos de natureza fiscal.

Assim, não é o caso de citação da PGFN, mas, como as causas de pedir e pedido versam sobre responsabilidade patrimonial da União, é a Procuradoria da União a quem cabe a representação judicial.

Rejeito.

Do mérito

Dos protestos

Na audiência realizada em 09.09.2010 (ata de f. 129), o 1º reclamado informou que, no dia anterior, teria protocolizado, perante o Setor de Distribuição, petição acompanhada de documentos. Com isso, o Juiz determinou à Secretaria que confirmasse o ingresso de tal petição e, em caso positivo, procedesse a sua juntada aos autos, abrindo vista à parte contrária pelo prazo de 10 dias. A reclamante, insatisfeita com a determinação do Julgador, levantou protestos. Em consequência, o juiz revogou a determinação de abertura de vista, sob novos protestos da autora.

Observe-se que a chancela constante da petição de f. 131 ratificou a assertiva do réu de que, em 08.09.2010, ou seja, no dia anterior à data da audiência, ele protocolizou a petição antedita, a qual somente ingressou nesta Vara em 09.09.2010, tendo sido juntada aos autos em 10.09.2010 (certidão de f. 130-verso). Tem-se, pois, que referidos documentos foram juntados aos autos tempestivamente, até porque, naquele momento, ainda não se encontrava preclusa a oportunidade do réu de produzir provas. E, apesar de não ter havido qualquer irregularidade na juntada de tais documentos, cuja vista tinha sido concedida à autora pelo prazo de 10 dias, ela, ainda assim, registrou protestos. Na verdade, a reclamante adotou procedimento que se mostrou desnecessário e tumultuado.

Ademais, conforme interpretação conjunta do art. 130 do CPC e do art. 765 da CLT, o juiz tem ampla liberdade na direção do processo, determinando as provas necessárias à instrução do feito e indeferindo as diligências inúteis.

Em sendo assim, sem razão de ser os protestos levantados, em duplicidade, pela autora.

Da revelia do INSS

O 2º réu não atendeu ao pregão da audiência realizada em 28.02.2011 (f. 393). Sendo assim, o principal e normal efeito da revelia é induzir confissão quanto à matéria fática alegada pela autora e não contestada pelo réu. Prescreve, entretanto, o inciso I do art. 320 do CPC que tais efeitos não serão produzidos quando, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação. A interpretação que exsurge da norma legal leva à conclusão de que a regra tem aplicação quando houver fato comum ao réu atuante e ao litisconsorte revel.

Há que se salientar que no Processo do Trabalho o momento adequado para apresentação de defesa é em audiência, nos termos do art. 844 da CLT, não havendo autorização legal para a parte não comparecer, independentemente de possibilidade ou não de acordo.

Dessa feita, como o primeiro e o terceiro demandados contestaram os pleitos, a abrangência da contestação será apreciada em cada caso.

Da data de admissão

Na inicial, a reclamante alega que trabalhou para o 1º reclamado por mais de 12 anos, tendo sido contratada em “01.12.2005” (f. 4). Todavia, da análise dos autos, constata-se que, na verdade, ela foi admitida em 01.12.1995, fato, aliás, reconhecido pelo 1º réu (f. 49). Não restam dúvidas, portanto, tratar-se de erro material. Tem-se, pois, que o contrato de emprego da autora teve início de vigência em 01.12.1995.

Da indenização por danos morais

Pretende a autora o recebimento de indenização por danos morais e materiais, ao argumento de que, por culpa dos réus (conforme aditamento à inicial, f. 145), teve indeferido o benefício da aposentadoria, o que lhe causou sofrimento e constrangimento, além de prejuízos financeiros.

Restou incontroverso nos autos que o contrato de trabalho celebrado entre a reclamante e o 1º reclamado vigeu no período de 01.12.1995 a 15.08.2008, tendo ela exercido a função de doméstica, bem ainda que não houve integral recolhimento das contribuições previdenciárias.

Veja-se que o documento de f. 146 dá notícia de que o 1º reclamado procedeu ao recolhimento das contribuições anteditas, em momento próprio, relativamente ao período de dezembro de 1995 a março de 1998, exceto, dentro desse período, em relação à competência dos meses de junho de 1997 e de outubro a dezembro de 1997, para os quais não há comprovação de seu recolhimento. Referido documento registra, mais, que houve recolhimento, em atraso, das contribuições devidas à Previdência Social quanto aos meses de abril de 1998 e agosto de 2006, quitadas, respectivamente, nos meses de maio de 1998 e março de 2007, ou seja, quando, então, o contrato de trabalho ainda se encontrava em vigor.

Tem-se, portanto, que, embora o contrato de emprego da autora tenha vigorado por mais de 12 anos, o 1º reclamado procedeu ao recolhimento tempestivo das contribuições previdenciárias somente quanto a período inferior a 3 anos.

Já os recibos salariais juntados aos autos (f. 152/172 e f. 254/315) comprovam que o 1º réu descontou do salário da obreira os valores devidos à Previdência referentes a todo período contratual, inclusive quanto ao lapso temporal posterior a abril de 1998.

Diante de tais fatos, a reclamante ajuizou, ainda no ano de 2008, reclamação trabalhista contra o 1º reclamado perante a 2ª Vara do Trabalho dessa Comarca (proc. n. 01064-2008-040-03-00-6), pleiteando o pagamento dos valores descontados de sua remuneração e não repassados à União Federal, tendo as partes, naqueles autos, firmado acordo em 11.07.2008, por meio do qual o réu, após reconhecer o

não recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período posterior a abril de 1998, comprometeu-se “[...] a providenciar o recolhimento/parcelamento do restante, comprovando nos autos em 30 dias” (f. 14).

E, consoante ao que se vê dos autos, o 1º reclamado e a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB firmaram, em 15.9.2008, Termo de Parcelamento da Dívida Fiscal n. 60.456.604-2 (f. 60/65), mediante o qual foi deferido ao devedor, ora 1º réu, o parcelamento da dívida em 44 prestações mensais e sucessivas (cláusula 3ª, f. 60), vencíveis, cada uma delas, no dia 20 (vinte) de cada mês (cláusula 6ª, f. 61). Vale dizer que o ofício expedido pelo Chefe de Equipe da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sete Lagoas (f. 87) comprova que, ao contrário do que foi alegado pela autora (f. 98/100), o Termo de Parcelamento acima citado refere-se ao débito proveniente da ação trabalhista relativa aos autos do processo de n. 01064-2008-040-03-00-6. Nesse sentido, também, o ofício de f. 128.

Os documentos de f. 68/74 demonstram o pagamento, a partir de outubro de 2008, das parcelas de números 1 a 11, 14 e 17, estas duas últimas pagas em atraso (f. 73). Ressalte-se que a guia de f. 68 foi recolhida no código 4308, qual seja, pagamento de parcelamento administrativo. O documento de f. 128 noticia que houve “rescisão do parcelamento por inadimplência” (item 2), tendo o 1º reclamado solicitado, em 31.05.2010, novo pedido de parcelamento da dívida, oportunidade em que ele efetuou o pagamento das quantias de R\$935,60 e R\$3.455,02 (f. 119), as quais, de acordo com o documento de f. 120, referem-se respectivamente aos valores “da entrada” e “GPS segurado”. Da mesma forma, os documentos de f. 137/139 e de f. 402/404 comprovam o pagamento do parcelamento da dívida relativamente à competência do período de maio de 2010 a janeiro de 2011, o que ratifica a alegação do 1º réu de que, atualmente, o parcelamento da dívida fiscal se encontra em dia, apesar de o parcelamento não estar povoando o CNIS relativamente à autora, conforme se nota da f. 146.

Por outro lado, os documentos de f. 16/17 comprovam que o benefício da aposentadoria, requerido pela autora em 17.04.2009, foi indeferido pelo INSS em virtude do não cumprimento da “carência mínima exigida, ou seja, o mínimo de contribuições correspondentes ao ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, nos termos do art. 142 da Lei n. 8.213 de 24.07.1991”.

Não restam dúvidas, portanto, de que o ato omissivo praticado pelo 1º reclamado, consistente no não recolhimento, em época própria, das contribuições previdenciárias relativas a período superior a 10 anos, impossibilitou a autora de receber aludido benefício, fazendo-se necessário observar que o parcelamento da dívida fiscal concedido ao 1º reclamado em nada alterou a condição da reclamante, uma vez que, mesmo após o pagamento das primeiras parcelas em 2008 e 2009, o INSS manteve sua decisão quanto à negativa do benefício.

Ora, por óbvio, os fatos acima narrados trouxeram dor e sofrimento à autora, a qual, para fazer valer seu direito, passou por vários constrangimentos: primeiro, precisou ajuizar ação trabalhista contra o 1º réu a fim de que ele procedesse ao recolhimento das contribuições previdenciárias faltantes, devidas à União desde maio de 1998; segundo, mesmo concordando com a proposta de seu empregador em parcelar a dívida, foi surpreendida com o não cumprimento integral do referido acordo; terceiro, compareceu ao INSS por inúmeras vezes (cf., por

exemplo, doc. de f. 353 e 365) para requerer o benefício previdenciário; quarto, teve negado tal benefício, nada obstante os períodos dos contratos de trabalho anotados em sua CTPS, notadamente aquele celebrado com o 2º reclamado; por fim, voltou a trabalhar, conforme comprova o documento de f. 146 (vide recolhimento de contribuições a partir de março de 2010), já que não lhe foi concedida aposentadoria. Além da dor espiritual e psíquica, certamente tais constrangimentos acarretaram prejuízos financeiros à reclamante, já que ela, acreditando que teria seu requerimento acolhido, ficou sem trabalhar e, por conseguinte, sem remuneração por quase 2 anos.

Portanto, restaram comprovados os requisitos indispensáveis à imputação da responsabilidade civil ao 1º reclamado, quais sejam, dano moral sofrido pela trabalhadora (ofensa à sua dignidade), ato ilícito (não recolhimento das contribuições previdenciárias) e a culpa do 1º reclamado (negligência).

A esfera dos direitos da personalidade é inviolável, seja pelo Estado, seja pelos demais sujeitos de direito, correspondendo a um dever de abster-se. Nessa medida, violado o direito, a reparabilidade se impõe como medida educativo-punitiva, além de reparatória pela lesão causada nos direitos individuais.

Ab initio, cumpre esclarecer que o dano moral é a indenização devida em relação a um sofrimento humano que não seja oriundo de perda pecuniária; dita indenização faz-se necessária quando alguém imputa um sofrimento a outrem injustamente.

Quanto ao tema, lapidar é a lição do Professor Mauricio Godinho Delgado, *in verbis*:

As lesões acidentárias também podem causar dano moral ao trabalhador. Este, conforme visto, consiste em toda dor física ou psicológica injustamente provocada em uma pessoa humana. Nesse quadro, a doença ocupacional, a doença profissional e o acidente do trabalho podem, segundo sua gravidade, provocar substanciais dores físicas e psicológicas no indivíduo, com intensidade imediata ou até mesmo permanente, ensejando a possibilidade jurídica de reparação. Ressalte-se que tanto a higidez física, como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88).

Roberto Brebbia, por sua vez, conceitua o dano moral como aquela espécie de agravo constituída pela violação dos direitos inerentes à personalidade (*In El daño moral*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1950. p. 91). Inicialmente reconhecendo proteção ao direito à vida e à honra, a moderna doutrina e jurisprudência hoje englobam dentre os direitos personalíssimos passíveis de reparação o dano estético, o dano à intimidade, o dano à vida de relação (honra, dignidade, honestidade, imagem, nome, liberdade), o dano biológico (vida) e o dano psíquico. Inquestionavelmente todos esses tipos de violação de direitos personalíssimos encontram campo fértil de aplicação no Direito do Trabalho.

Sendo impossível demonstrar a extensão do dano moral, o parágrafo único do artigo 953 do CC deixa ao arbítrio do Juiz a fixação da indenização, a qual deve levar em consideração, dentre outros aspectos, a situação econômica dos envolvidos, de modo que a satisfação pecuniária não seja insignificante, mas também não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio.

Por esses fundamentos, e atentando para a conduta praticada, ao caráter pedagógico/sancionador da indenização e para a capacidade financeira do 1º demandado, defiro R\$20.000,00, a título de danos morais e materiais, em razão da dor vivenciada pela autora ao ter sua dignidade desrespeitada.

A reclamante vindica ainda “pensão por idade atrasada”.

Todavia, a autora relatou, em audiência (ata de f. 144), que ajuizou ação contra o INSS perante a Justiça Federal, requerendo o deferimento da aposentadoria. E, conforme pesquisa realizada no *site* daquele Órgão (processo n. 2825-10.2010.4.01.3812), as partes celebraram acordo, sendo que já foi expedida a requisição de pagamento, o que nos autoriza a concluir que a reclamante receberá os valores a ela devidos a título de aposentadoria. Indefiro, pois, tal pretensão.

Com fulcro no art. 942 do Código Civil, acolho o pedido formulado pela reclamante e declaro a solidariedade dos 2º e 3º reclamados quanto à presente condenação, na medida em que a União Federal, por meio da Receita Federal do Brasil, deixou de cumprir sua obrigação de fazer o lançamento tributário correspondente, prevista na determinação legal de que trata o art. 33 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991 e art. 142 do CTN, a saber, “[...] planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei” (grifou-se).

Calha frisar que o INSS, diante dos documentos a ele apresentados pela autora (CTPS, cópia do registro de empregados, cópia da ata de audiência realizada no proc. 1064/10, f. 353/59), tinha pleno conhecimento do vínculo de emprego da reclamante, bem ainda do Termo de Parcelamento da Dívida Fiscal solicitado pelo 1º réu, mas, a par disso, preferiu a Autarquia Federal, como, diga-se de passagem, reiteradamente age, indeferir o benefício, ao argumento que não se ter atingido o tempo mínimo de contribuição, desconsiderando o período de labuta da autora e a colocando em uma situação de Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, pois lhe impingiu a obrigação de cobrar do seu ex-patrão os recolhimentos não realizados, obrigação essa que não é da autora, mas sim da União Federal, por meio da Receita Federal, sempre omissa quanto à fiscalização dos vínculos domésticos.

Ressalte-se que o que a Receita Federal e o INSS fazem com o trabalhador/segurado que não teve seus recolhimentos repassados é ofensivo à dignidade humana, uma vez que uma não fiscaliza preventivamente e eficazmente e o outro simplesmente indefere o benefício e deixa o trabalhador em um limbo, porquanto não é dele tal obrigação de fiscalizar; teve seus recolhimentos descontados de seu suado salário e sequer recebe a consideração que merecia, principalmente em face da CTPS estar devidamente anotada.

Tem-se, pois, que o INSS e a União Federal, ao assim procederem, contribuíram com o sofrimento causado à autora, pessoa de idade avançada e que merecia todo o respeito do Estado.

Os juros e a correção monetária fluirão a partir desta decisão.

Dos honorários advocatícios

Em não estando a reclamante assistida pelo sindicato profissional da categoria, incabíveis os honorários advocatícios postulados, a teor do entendimento consolidado nas Súmulas n. 219 e 329 do C. TST.

Litigância de má-fé

Os atos enquadráveis como litigância de má-fé devem estar presentes de forma ostensiva, evidenciando a busca de vantagem fácil, com ânimo doloso. O ajuizamento da presente ação não demonstrou prática da reclamante que caracterizasse litigância de má-fé, mas sim o exercício do direito constitucional da ação.

Indevida a imposição de penalidades à autora.

Da justiça gratuita

A autora pleiteia os beneplácitos da justiça gratuita.
Com fulcro no § 3º do art. 790 da CLT, defiro o benefício.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, relativamente aos pedidos de pagamento “[...] do principal, ou seja, todas as parcelas vencidas dos encargos sociais junto a previdência”, bem ainda que o 1º reclamado seja condenado “[...] para acompanhar todos os atos de reposição das parcelas vencidas, até o deferimento do pedido de aposentadoria da autora” (f. 7), com espeque no que dispõe o inciso V do art. 267 do CPC; rejeito as preliminares de incompetência em razão da matéria, de ilegitimidade passiva e de conexão e julgo parcialmente procedentes os demais pedidos, para condenar os reclamados, de forma solidária, nos termos da fundamentação supra, que passa a integrar este dispositivo, como se aqui literalmente transcrita, nos seguintes termos:

- 1 - defiro R\$20.000,00, a título de indenização por danos morais e materiais;
- 2 - defiro justiça gratuita.

Liquidação de sentença por cálculos.

Os juros e a correção monetária fluirão a partir desta decisão.

Contribuição previdenciária e imposto de renda não incidem na presente condenação por tratar-se exclusivamente de verbas que não se amoldam à hipótese de incidência dos mencionados tributos.

Custas pelo 1º reclamado, no importe de R\$400,00 calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$20.000,00. INSS e UNIÃO estão isentos das custas.

Cientes a reclamante, o 1º e 3º reclamados (Súmula n. 197).

Intime-se o 2º réu.

Cumpra-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00766-2010-013-03-00-4*

Data: 03.02.2011

DECISÃO DA 13ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juiz Substituto: Dr. RONALDO ANTÔNIO MESSEDER FILHO

Reclamante(s): Felipe Henrique Teixeira da Silva Muneron Cunha

Reclamado(s): Vivo Participações S/A.

Vistos, etc.

Felipe Henrique Teixeira da Silva Muneron Cunha propôs ação trabalhista em face de Vivo Participações S/A., ambos qualificados, alegando que: exercia as mesmas funções dos paradigmas indicados na peça de ingresso, mas recebia salário inferior ao deles; trabalhava em jornada extraordinária e não recebia a devida contraprestação; aos sábados, domingos e feriados, os intervalos das pausas não eram observados; as pausas para ginástica nem sempre eram observadas, sobretudo nos feriados, finais de semana, dias de medição da ANATEL e duas vezes por semana; participava de cursos, treinamentos e reuniões, porém não recebeu tal lapso de tempo como hora trabalhada.

Pleiteou as verbas descritas às f. 13-14.

Atribuiu à causa o valor de R\$30.000,00.

Defendendo-se, o reclamado sustentou que: há inépcia da petição inicial; a pretensão de equiparação salarial é indevida, pois não estão preenchidos os requisitos legais; as pausas contratuais e legais eram observadas, descabendo falar em horas extras; teceu outras considerações e requereu a total improcedência dos pedidos.

Juntaram documentos.

Realizou-se perícia.

O reclamante apresentou impugnação à contestação.

Ouviram-se partes e testemunhas.

Razões orais finais remissivas.

As tentativas de conciliação fracassaram.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual.

Tudo visto e examinado. É o relatório.

Decido.

Tenho destacado, de início, em minhas decisões judiciais, sem pretensões de agir como censor ou pretor, de que já chegou o momento de os operadores do direito se tornarem mais simples no processo, sem se tornarem simplórios, contribuindo com a verdadeira efetividade e celeridade da Justiça do Trabalho.

A simplicidade é sem dúvida uma virtude; ela é a capacidade de expor sem rebuscamento, sem artifício, sem pretensão. O simples é aquele que não simula, não calcula, não emprega artimanhas nem segredos, agindo sem segundas intenções: o simples representa a sinceridade do discurso e a transparência das ideias.

* Sentença publicada no "Notícias Jurídicas".

Aquele que emprega a simplicidade no processo utiliza arte e inteligência, reduzindo o mais complexo ao mais simples, não o inverso. O agir com simplicidade traz ao processo a vida sem frases e sem mentiras, sem exagero e grandiloquência: o simples representa a verdadeira vida, o próprio real.

A racionalização e o bom funcionamento da Justiça do Trabalho no primeiro grau de jurisdição dependem, na atual conjuntura, por força de um quadro histórico retrógrado, do trabalho e dos esforços conjugados de advogados, servidores, partes e juízes. Vivencia-se, hoje, a sobrecarga desumana e despropositada do sistema jurisdicional do primeiro grau de jurisdição. As pautas de audiências demonstram, à saciedade, que há congestionamento no número de audiências diárias, fato que desagrada não só juízes e servidores, mas gera desconforto para partes e advogados, que cotidianamente são obrigados a aguardar por horas o início das sessões de audiências.

O número elevado de audiências, lastreado na grande quantidade de processos, tem trazido também desajuste para o trabalho das Secretarias dos Juízos. A necessidade de dar cumprimento às metas, sem o necessário aparato estrutural, tem levado à forte pressão no método de trabalho dos servidores, criando grande insatisfação para certos cargos, com debanda geral de bons servidores para funções de menor exigência técnica.

E o que é pior. Os juízes começam a se tornar reféns desse perverso sistema, pois estão sempre à volta de elevada quantidade de casos para serem solucionados em curto espaço de tempo, sem o necessário e indispensável tempo de maturação para avaliação e discussão dos processos. É preciso pontuar que a sentença constitui o ato mais importante do processo, já que com ela é que se propicia a indispensável e correta construção da justiça, consagrando valores, princípios e anseios da sociedade. A prestação jurisdicional, por isso, deve ser sempre de qualidade: toda sociedade que se preze deve cultivar o valor da justiça, sob pena de cair na descrença, na falta de esperança, no arbítrio e no descrédito.

Também as partes devem bem refletir sobre seu papel. Trazer somente a verdade para o processo é tarefa dos litigantes. O estrito cumprimento da lei é dever sobretudo das partes, evitando muitas vezes o injustificável acionamento da máquina estatal. Dizer a verdade, dar cumprimento fiel à lei, não criar embaraços à Justiça são questões simples que as partes podem zelar para o bom funcionamento da estrutura jurisdicional.

E mais: os advogados não só podem mas devem ser partícipes desse modelo de simplificação e racionalização do sistema. Transplantar o complexo mundo real para os autos do processo, de forma simples, é o primeiro passo relevante para o bom andamento e celeridade processuais. Através da indispensável participação dos advogados, que exercem indispensável função na administração da Justiça, é possível tornar as peças processuais (petição inicial e defesa) instrumentos mais racionais, objetivos, com argumentações que levem em conta a necessária concisão, adequação, clareza e relevância das ideias. É dever do advogado apresentar a petição inicial com racionalidade, relatando teses sem perda de foco e sem retóricas infundadas: o advogado deve ser sucinto sem ser omissivo, pontuar teses jurídicas sem sofismas, relatar os fatos sem evasivas, construir o pedido com precisão, lembrar-se de que a sentença é ato jurídico processual que é balizado na peça de ingresso, o que torna relevante a preocupação com a boa técnica jurídica.

E não é só. As peças defensivas devem ser racionalizadas. Em tempo de fácil acesso às informações, deve-se saber escolher e apresentar, coerentemente, o que há de relevante e essencial para o deslinde dos casos, trazendo à lide somente os aspectos jurídicos que são importantes e fundados, os documentos imprescindíveis, afastando-se de teses extensas que mais denotam cópias de peças-padrão e recortes de decisões.

Se é certo que a solução da problemática do primeiro grau de jurisdição passa por questões muito mais centrais e urgentes do que o modelo de simplificação do agir em juízo, não menos certo é que se encontra, no momento, como única ferramenta alternativa ao alcance (de advogados, servidores, juizes e partes) adotar a postura de simplificar o modelo de ação, de atos, teses, relatos, discussões, formatação, etc., para que haja racionalização e reconstrução do primeiro grau de jurisdição da Justiça do Trabalho.

Fica, pois, esse registro, principalmente após o detido exame da complexa e extensa defesa apresentada pela reclamada - 27 laudas, com muitos pormenores desnecessários, assim como após observar a grande quantidade de transcrições detalhadas do inteiro teor de diversas decisões judiciais realizadas pelo autor na impugnação à defesa.

Passo ao exame do processo.

Levantou-se, em defesa, uma série de hipóteses de inépcia.

Não concordo com nenhuma delas. A petição inicial deve narrar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido de forma clara o suficiente a permitir a perfeita compreensão da pretensão e exercício amplo da defesa e do contraditório.

A inicial não é inepta pois bem define o objeto da pretensão, possibilitando amplo direito de defesa. Ademais, a peça exordial atendeu aos requisitos exigidos no § 1º do artigo 840 da CLT, bem como possibilitou a produção de defesa útil pela reclamada, haja vista o teor da extensa contestação produzida.

Afasto a preliminar.

Ao mérito.

O reclamante alegou que realizava as mesmas funções que os paradigmas indicados na petição inicial, recebendo, contudo, salário inferior aos destes. Quer, por isso, diferenças salariais e reflexos daí decorrentes.

Do outro lado, a reclamada sustentou que reclamante e paradigmas nunca exerceram as mesmas funções e não implementam as condições do artigo 461 da CLT.

Antes de examinarmos as provas, cabe pontuar que o reclamante desistiu da equiparação salarial, com a concordância da reclamada, em relação ao paradigma Leonardo Ferreira Ferraz, solicitação esta que foi feita e atendida na audiência de instrução. Portanto, resta examinar a equiparação salarial apenas em relação ao outro paradigma declinado.

Pois bem. A equiparação salarial é instituto jurídico que visa precipuamente a assegurar a antidiscriminação no ambiente de trabalho. A equiparação é figura jurídica mediante a qual se garante ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador.

A equiparação salarial é construída, portanto, basicamente a partir da observação de quatro requisitos: identidade de função; identidade de empregador;

identidade de localidade de exercício das funções; simultaneidade nesse exercício.

No caso em exame, a testemunha trazida pelo reclamante esclareceu que reclamante e paradigma (Carla Francisca Soares Campos) exerciam as mesmas funções, tendo as mesmas atribuições, sem qualquer diferenciação nessa execução.

O fato de a testemunha da reclamada ter revelado outros aspectos dessa mesma situação fática, como a questão da promoção da paradigma, não tem o caráter de afastar a demonstração probatória realizada pelo demandante, visto que os documentos de f. 16-32 subsidiam a tese de que o reclamante executava funções de *call center* ativo e receptivo, sobretudo os aspectos mencionados como de *back office*.

Assim, a reclamada não demonstrou os fatores modificativos, impeditivos ou extintivos ao direito do autor, consoante seu ônus probatório (art. 818 da CLT).

Portanto, tenho por devida a equiparação salarial, razão pela qual condeno a reclamada a pagar ao autor as diferenças salariais existentes em relação à paradigma Carla Francisca Soares Campos, a se apurar em liquidação, tomando-se o salário-base, por todo o período contratual. Defiro, também, os reflexos decorrentes da equiparação nas seguintes verbas: 13º salários; férias + 1/3; horas extras; feriados e FGTS.

A reclamada deverá retificar a CTPS do autor, para que conste salário igual ao da paradigma, depois que apurada a diferença salarial em liquidação, sob pena de ser feita pela Secretaria da Vara.

Uma vez reconhecido o direito à equiparação salarial, por óbvio haverá integração dessas diferenças à remuneração do autor para todos os efeitos legais.

Examino agora os pleitos de horas extras.

O reclamante formulou pedido de horas extras pela realização de cursos e treinamentos obrigatórios que não eram remunerados.

Nenhuma das testemunhas ouvidas em juízo informou qualquer aspecto acerca dessa situação, não se podendo falar, por isso, que o reclamante se desincumbiu de seu ônus processual (art. 818 da CLT). Fica rejeitado o pleito.

Disse o reclamante que havia extrapolação da jornada sem a devida contraprestação, assim como o desrespeito aos intervalos intrajornadas.

Nesse ponto, não vejo qualquer aspecto que possa ser capaz de afastar a credibilidade dos cartões de ponto apresentados pela reclamada.

As testemunhas não discorrem sobre qualquer irregularidade nos cartões de ponto, merecendo, assim, credibilidade deste juízo.

Também não vejo aspectos de irregularidade nos intervalos concedidos. Ao contrário, as testemunhas indicam que os intervalos, para uso de banheiro, lanche e ginástica, eram sim respeitados, embora o de ginástica pudesse ser realizado em outros momentos, por força de circunstâncias excepcionais, em geral pela sobrecarga de serviço.

Não há horas extras não pagas, pelo que se observa dos autos, ainda mais quando o autor não demonstra haver diferenças a seu favor.

Rejeito os pleitos de horas extras e corolários.

Não há compensação a ser realizada, pois inexistem parcelas pagas e deferidas a idêntico título.

Declarada a pobreza, no sentido legal, pelo autor, defere-se-lhe o benefício da justiça gratuita, na forma do § 3º do art. 790 da CLT.

PELO EXPOSTO, decido rejeitar as preliminares; e, no mérito, ACOLHER, EM PARTE, os pedidos formulados na presente ação trabalhista, para condenar o reclamado, Vivo Participações S/A., a pagar ao reclamante, Felipe Henrique Teixeira da Silva Muneron Cunha, no prazo legal, nos termos da fundamentação supra, as seguintes parcelas:

- diferenças salariais existentes em relação à paradigma Carla Francisca Soares Campos, a se apurar em liquidação, tomando-se o salário-base, por todo o período contratual; reflexos decorrentes da equiparação nas seguintes verbas: 13º salários; férias + 1/3; horas extras; feriados e FGTS.

As verbas resultantes da sentença serão apuradas em liquidação, devendo os valores ser atualizados monetariamente, até a data do respectivo pagamento, observando-se o disposto na Súmula n. 381 do TST, incidindo juros de mora na forma da lei e da Súmula n. 200 do TST. O FGTS deverá ser corrigido utilizando-se os índices aplicados na Justiça do Trabalho.

Por expressa previsão legal, determina-se que sejam observados os descontos das contribuições previdenciárias e do Imposto de Renda, devendo a reclamada efetuar os recolhimentos legais, com efetiva comprovação nos autos, sob pena de execução dos valores devidos.

Para os fins do § 3º do artigo 832 da CLT, declara-se que as contribuições previdenciárias incidirão sobre as seguintes parcelas de natureza salarial: diferenças salariais e reflexos em 13º salários.

Benefício da justiça gratuita concedido.

Atendem as partes para a previsão contida nos artigos 17, 18 e 538, parágrafo único do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas ou a própria decisão ou, simplesmente, contestar o que foi decidido.

Custas pela reclamada, no valor de R\$160,00, calculadas sobre R\$8.000,00, valor arbitrado à condenação.

Cientes as partes, na forma do art. 834 da CLT e Súmula n. 197 do TST.

Encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00123-2011-138-03-00-6*

Data: 18.05.2011

DECISÃO DA 38ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juiz Substituto: Dr. ADRIANO ANTÔNIO BORGES

Aos 18 dias de maio de 2011, às 16h50min, com as graças de Deus, na sala de audiência desta 38ª Vara, sob a presidência do Juiz Adriano Antônio Borges, foram apregoadas as partes, que estavam ausentes.

Submetido o processo a julgamento, na forma da lei, foi proferida a seguinte sentença.

* Sentença publicada no "Notícias Jurídicas".

RELATÓRIO

Jussara Rodrigues Barbosa, qualificada na f. 02, ajuizou reclamatória trabalhista em face de Embraforte Segurança e Transporte de Valores Ltda., aduzindo, em síntese, invalidade da justa causa, labor extraordinário e descumprimento contratual, enumerando pedidos às f. 09/11.

A reclamante atribuiu à causa o valor de R\$60.000,00.

Regularmente notificada, a reclamada apresentou defesa, arguindo preliminares, contestando os pedidos, fazendo requerimentos. Juntou procuração, carta de preposição e outros documentos.

A reclamante manifestou-se sobre a defesa e os documentos.

Colhidas provas orais.

Conciliações rejeitadas.

Julgamento dentro de 10 dias.

É o breve relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

Incompetência absoluta

Tem razão a defesa, porquanto a competência desta Especializada, em sede de recolhimento de INSS, limita-se às verbas devidas pela condenação.

Extingue-se o pedido “f” sem resolução do mérito.

Mérito

Multa do § 8º do art. 477 da CLT

Tem razão a reclamante.

As verbas rescisórias pela justa causa somente foram pagas em 11.02.2011, em audiência, apesar de o contrato ter-se encerrado em 16.12.2010, f. 210.

Por outro lado, não há provas de que a reclamante tenha dado causa ao atraso no pagamento. Ainda que assim fosse, a reclamada deveria ter consignado o montante devido.

Procede.

Horas extras

O preposto confessou a ausência de intervalo intrajornada, já que a reclamante almoçava dentro da guarita onde trabalhava e tinha de almoçar observando o movimento.

Procede uma hora extra por dia efetivo de trabalho, com adicional de 60% e reflexos sobre RSRs, férias +1/3, 13º salário, FGTS + 40% e aviso.

A base do adicional de risco de vida, segundo a CCT, é o piso da categoria. Improcedem reflexos sobre referida verba.

Os excessos diários registrados em cartão, assim como a chegada

antecipada obrigatória de 15 minutos (fato provado pelas duas testemunhas), não eram pagos regularmente.

Procedem horas extras, considerando que o ingresso dava-se 15 minutos antes do horário contratual e o que exceder desse mesmo horário (contratual) na saída, conforme se apurar dos registros de ponto, compensando-se eventuais pagamentos de horas extras.

Defiro os mesmos reflexos e o mesmo adicional acima.

Não há provas de labor em tempo superior ao registrado na saída.

Férias

Não houve impugnação às férias pagas no TRCT de f. 210. Improcede o pedido “a” da inicial.

FGTS do contrato

Os documentos de f. 89/92 provam a ausência de recolhimento de FGTS em diversos meses.

Defiro o pagamento do FGTS durante os meses consignados nos referidos documentos, de forma simples, conforme se apurar.

RAIS e CAGED

A obviada alegada na defesa não restou provada.

Determino a entrega da RAIS e as informações ao CAGED de todo o pacto da reclamante, com comprovação nos autos, sob pena de ofício ao órgão competente.

Contudo, a indenização pleiteada é improcedente, visto que os salários da reclamante superam o teto máximo para percepção do PIS, máxime em face dos deferimentos aqui proferidos.

Piso da categoria

A autora não apontou diferenças nesse sentido.

Sem embargo, ela nunca ocupou a função de vigilante de carro forte.

Ademais, iniciou seu contrato na função de auxiliar de segurança.

Improcede.

Justa causa

Assisti ao vídeo e, data vênia, que banalidade!

Em razão do todo do processo e do ambiente de trabalho da autora, a justa causa não se sustenta.

Ao que se infere das alegações da defesa, da documentação posta e dos depoimentos das testemunhas, nem toda regra era observada pela maioria dos empregados, até porque era muito comum os vigilantes entrarem na guarita, porque essa norma não era exigida, mas, a partir de então, ficou proibido mesmo. Mais: ninguém cumpre a proibição de entrar com celular na empresa.

Sem embargo, dispensar um trabalhadora com vínculo de 04 anos por intencionar beijos ou mesmo beijar um colega, data vênica, chega a ser perverso. A propósito, Olavo Bilac:

Foste o beijo melhor da minha vida,
Ou talvez o pior... Glória e tormento,
contigo à luz subi do firmamento,
contigo fui pela infernal descida!

Morreste, e o meu desejo não te olvida:
queimas-me o sangue, enches-me o pensamento,
e do teu gosto amargo me alimento,
e rolo-te na boca malferida.

Beijo extremo, meu prêmio e meu castigo,
batismo e extrema-unção, naquele instante
por que, feliz, eu não morri contigo?

Sinto-me o ardor, e o crepitar te escuto,
beijo divino! e anseio, delirante,
na perpétua saudade de um minuto... (grifos nossos)

Data vênica, é risível a justa causa aplicada à autora, uma jovem mulher, 12 horas enclausurada numa sala, que não almoça, mas beija, porque a alma precisa mais de alimento que o corpo, pois o caminho para a transcendência dista mais que para a morte. Morte aliás que a reclamada sepultou ao coisificar a reclamante. Afinal, é mesmo estranho coisa beijar. Nisso a empresa tem razão. Cumpre lembrar que até mesmo o beijo de Judas não é mais condenado, pelo contrário, deve ser louvado, porquanto aquele gesto salvou a humanidade, uma vez que condição de possibilidade para a morte na cruz, símbolo da vitória humana contra o pecado.

Em sendo assim, desconstituiu a justa causa aplicada à reclamante, deferindo o pagamento do aviso indenizado; FGTS+ 40% sobre as verbas rescisórias e todo o contrato; 13º salário integral de 2010; 01/12 de férias proporcionais +1/3.

Improcede a multa da Lei n. 7.238/84, uma vez que a data-base da categoria é 1º de julho.

O saldo de salário de dezembro/10 foi pago. Improcede.

A controvérsia é razoável. Improcede a pena do art. 467 da CLT.

Justiça gratuita - Honorários advocatícios

Defere-se a justiça gratuita, eis que atendidos os pressupostos legais, notadamente a declaração de pobreza.

O crédito trabalhista, porque direito fundamental do empregado, é intangível e irrenunciável. Dessa forma, as honras pela sucumbência não podem ser suportadas pelo alimento do trabalhador e de sua família.

Em sendo assim, defiro 20% de honorários de sucumbência em favor do procurador da reclamante, observando-se o bruto da condenação.

CONCLUSÃO

Em face ao exposto, resolvo, nos termos da fundamentação retro, extinguir o pleito “f” sem resolução de mérito e, neste, julgar PROCEDENTES, em parte, os pedidos formulados por Jussara Rodrigues Barbosa em face de Embraforte Segurança e Transporte de Valores Ltda., para condenar a reclamada, a pagar à reclamante, no prazo legal, conforme se apurar em liquidação de sentença: multa do § 8º do art. 477 da CLT; 01 hora extra por dia efetivo de trabalho em razão da ausência de intervalo intrajornada e horas extras, considerando o ingresso 15 minutos antes do horário contratual e o que exceder desse mesmo horário (contratual) na saída, conforme se apurar dos registros de ponto, compensando-se eventuais pagamentos de horas extras, tudo com reflexos sobre aviso, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%; aviso indenizado; FGTS + 40% sobre as verbas rescisórias e todo o contrato; 13º salário integral de 2010; 01/12 de férias proporcionais +1/3; FGTS não depositado, conforme fundamentação.

Determino a entrega da RAIS e as informações ao CAGED de todo o pacto da reclamante, sob pena de ofício ao órgão competente.

Honorários de sucumbência em favor do procurador da reclamante, no importe de 20%, observando-se o bruto da condenação.

As parcelas acima deferidas, repita-se, observarão estritamente os termos da fundamentação.

Juros nos termos da Súmula n. 200 do TST.

Recolhimentos fiscais e previdenciários na forma da lei, devendo a reclamada reter as parcelas devidas pela reclamante. Para efeitos da Lei n. 10.035/00, reflexos sobre férias indenizadas e FGTS + 40%; FGTS não depositado; multa do art. 477 da CLT tem natureza indenizatória.

Oficie-se à SRTE/MG.

Intime-se a União.

Custas processuais pela reclamada, no importe de R\$600,00, calculadas sobre R\$30.000,00, valor arbitrado à condenação.

Cientes as partes.

Encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00953-2011-136-03-00-0*

Data: 22.06.2011

DECISÃO DA 36ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juíza Titular: Drª WILMÉIA DA COSTA BENEVIDES

Aos 22 dias do mês de junho do ano de 2011, às 16 horas, realizou-se audiência, na sede da 36ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, tendo como titular a Juíza Drª Wilméia da Costa Benevides, para julgamento da ação trabalhista ajuizada por Regiane Reis de Carvalho Faria em face de Conselho Regional de Medicina Veterinária de Minas Gerais - CRMV/MG -, relativa à extensão de licença-maternidade, etc., no valor de R\$500,00.

* Sentença publicada no “Notícias Jurídicas”.

Aberta a audiência, de ordem da MM. Juíza, foram apregoadas as partes, ausentes.

Vistos, etc.

RELATÓRIO

Regiane Reis de Carvalho Faria, já qualificada nos autos (f.02), ajuizou ação trabalhista em face de Conselho Regional de Medicina Veterinária de Minas Gerais - CRMV/MG -, também qualificado, alegando, em síntese: que é servidora pública federal, concursada desde 24.06.2002, para a função de Procuradora Jurídica do órgão, que já se encontra no final da gestação e, por meio do memorando n. 031/11, requereu a prorrogação da licença à gestante, por mais 60 dias, conforme dispõe a Lei n. 11.770, de 09.09.2008 e o Decreto n. 6.690, de 11.12.2008, que regulamentou aquela Lei; que o requerimento foi negado ao fundamento de inexistir previsão legal para a sua concessão, ao fundamento de que o Decreto n. 6.690/08, refere-se às servidoras estatutárias, regidas pela Lei n. 8.112/90, mas este não é o caso dos servidores da reclamada, que são regidos pela CLT; aduz que a negativa da reclamada não encontra respaldo legal, visto que o Decreto n. 6.690/08 não faz qualquer menção ao regime jurídico das servidoras públicas federais, mas estende o direito a todas as servidoras federais e autárquicas; que pede a tutela antecipada do pedido, que deve ser julgado procedente.

Deu à causa o valor de R\$500,00.

Com a inicial, os documentos de f. 08/23, inclusive declaração de pobreza e procuração.

Indeferiu-se o pedido de concessão de tutela liminarmente, para que fosse ouvida a parte contrária (f.25).

Regularmente citada, a reclamada apresentou defesa escrita (f. 28/29), arguindo, em síntese, que: o pedido da autora não pode ser atendido, por ausência de regulamentação do programa empresa cidadã, destinado à concessão da referida licença; que a entidade de cúpula do sistema é o Conselho Federal de Medicina Veterinária; que a reclamada é uma autarquia federal especial desvinculada da União, visto que não recebe qualquer recurso financeiro da União e que, por isso, não poderia se utilizar do incentivo fiscal por ser entidade pública; que a Lei n. 11.770, de 09.09.2008, faz referência expressa sobre o direito da pessoa jurídica de direito privado, tributada com base no lucro real, de poder descontar o benefício do imposto de renda sobre o seu lucro, no termos do art. 5º; que, em caso de se deferir o pleito, questiona acerca da aplicação do art. 3º, que autoriza a compensação dos 60 dias de prorrogação do auxílio-maternidade dos recolhimentos devidos à previdência social; que o art. 1º do Decreto-lei n. 968 de 1969 expressamente veda aplicação das normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais. Pede a improcedência dos pedidos.

Com a defesa vieram os documentos de f. 30/35.

Impugnação em audiência, à f. 26, aduzindo que: o CRMV Estadual, ora reclamado, possui autonomia para contratar mediante licitação, para admitir seus servidores e promover a cobrança de seus créditos tributários perante a Justiça Federal; que a legislação autoriza o deferimento de seu pleito; que o Decreto-lei

n. 968/69 não foi recepcionado pela Constituição Federal, uma vez que a alegação da reclamada de que não haverá compensação das contribuições não tem cabimento, visto que poderá fazê-lo requerendo perante o INSS, independentemente de lei que o determine expressamente.

Determinou-se a juntada de documentos apresentados pela autora, que foram autuados às f.36/64.

Preposição à f. 65 e procuração à f. 66.

À falta de outras provas, determinou-se, expressamente, o encerramento da instrução.

Razões finais orais.

Vãos os esforços conciliatórios.

FUNDAMENTAÇÃO

Questão de ordem

Por força do que determina a Lei n. 5.517/68, a reclamada cuida-se de uma autarquia federal, criada por lei, portanto. E, guardando a natureza de autarquia federal, por certo que o processo em que comparece no polo subjetivo não pode seguir o rito sumaríssimo, ainda que o valor atribuído à causa seja inferior a 40 salários mínimos, como é o caso.

Em sendo assim, apoiando-me no que determina o parágrafo único do art. 852-A da CLT, converto o rito sumaríssimo em ordinário, determinando que a Secretaria reveja seus registros.

Saliento às partes que a conversão não importa em qualquer prejuízo ao procedimento, visto que a matéria, por ser apenas de direito, não demandou a oitiva de testemunhas e de maior dilação probatória, o que autorizaria, por si, a antecipação do encerramento da instrução.

Aliás, o que mais se justifica pela natureza do pleito que envolve, pois, aqui, o que se pretende é a extensão do direito à licença-maternidade por 60 dias. A se demorar a decisão, para além do período regulamentar de licença e, a se conceder o pleito, estar-se-ia prorrogando a concessão do direito para além do momento em que teria verdadeira utilidade, na medida em que a referida licença pretende, em verdade, permitir que a mãe permaneça por mais tempo com o recém-nascido.

Do pedido

O pleito aqui formulado cuida da pretensão da autora em obter a extensão da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, por força do que determina a Lei n. 11.770/2008, que criou o Programa Empresa Cidadã. A regulamentação da matéria, para a esfera pública, dera-se com o Decreto n. 6.690/08, cujos artigos 1º e 2º determinam:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da licença-maternidade à gestante e à adotante.

Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à gestante e à adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

A autora pleiteou a concessão perante a administração da entidade, mas o requerimento fora negado ao fundamento de que a autarquia não teria regulamentado a matéria, como determina a Lei n. 11.770/08 e que, por ser a autora contratada sob a égide da CLT, a ela não se aplicaria o disposto no Decreto n. 6.690/08.

Inicialmente, convém esclarecer alguns pontos que antecedem qualquer análise de mérito.

Primeiro, esclareço que a reclamada é considerada autarquia federal, criada pela Lei n. 5.517/68. Por certo que se trata de uma autarquia especial, visto que é um Conselho que tem por objetivo a fiscalização e o controle do exercício profissional e, como tal, exerce função considerada tipicamente pública e, por isso, integra-se à Administração Pública, no caso Federal, por força de lei.

Em sendo assim, conclui-se que, embora de forma especial, a reclamada é uma entidade autárquica, que integra a Administração Pública Federal.

Quanto ao regime jurídico dos trabalhadores da entidade, embora a União tenha estabelecido o Regime Jurídico Único Estatutário para seus trabalhadores, a autarquia reclamada mantém o regime celetista para seus empregados, o que não está vedado por lei, desde que a contratação se faça mediante concurso público.

O que se extrai dos autos, mesmo porque a certidão n. 01/2011, de lavra da própria autarquia, não deixa dúvidas de que a autora é empregada concursada e que o fora mediante aprovação em concurso público.

Ultrapassadas, pois, essas questões, concluo que a reclamada é uma autarquia federal, integrante da Administração Pública Federal, e que a autora está regularmente contratada sob a égide da CLT.

Pois bem. Posta assim a questão, analiso o pleito propriamente dito.

A autora pretende, repita-se, beneficiar-se do direito conferido às empregadas gestantes e adotantes instituído na Lei n. 11.770/08. Ocorre que essa Lei, no art. 2º, determina que a Administração Pública direta, indireta e fundacional fica autorizada a instituir o programa.

Assim, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, fora editado o Decreto n. 6.690/08, instituindo o benefício para as servidoras públicas (art.1º).

No art. 2º do diploma referido define que o benefício agraciara as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal. E a autora é uma servidora pública federal (*lato sensu*), embora contratada sob a égide celetista.

Servidor é gênero do qual são espécies o servidor público (antigo funcionário público), os empregados e os contratados administrativamente. Enfim, empregada pública, contratada regularmente, está incluída na hipótese prevista no referido artigo.

Não se pode extrair outra conclusão, quando se lê o § 2º do art. 2º do Decreto n. 6.690/08, ao estabelecer, de forma expressa:

[...]

§ 2º A prorrogação a que se refere o parágrafo 1º iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no art. 207 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou do benefício de que trata o art. 71 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

Ora, o art. 71 da Lei n. 8.213/91 nada mais trata do que da licença da gestante, instituindo o salário-maternidade para o período, que é pago pelo empregador e compensado na forma como determina o § 2º do art. 72 do mesmo diploma legal.

Diante do que, não vejo como interpretar o Decreto n. 6.690/08 da forma restritiva pretendida pela reclamada. Sim, visto que, se a autora é celetista, por certo que seu recolhimento previdenciário é feito em favor da previdência social, perante o INSS. Não há impedimento, portanto, de concessão do benefício, pois todos os dispositivos legais acolhem a tese da autora.

Aliás, respondendo à dúvida da ré, esclareço que o art. 3º da Lei n. 11.770/08 expressamente determina que, no período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à remuneração nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência, ou seja, da mesma forma que a empregada recebe o salário-maternidade, na licença regulamentar, fará jus à prorrogação.

Enfim, por todos os ângulos pelos quais se analise a questão, não há como negar à autora o benefício pleiteado.

Em sendo assim, defere-se à autora, em caráter de antecipação de tutela, ou seja, independentemente do trânsito em julgado desta decisão, a prorrogação da licença-maternidade pelo prazo de 60 (sessenta) dias a iniciar-se no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no inciso XVIII do art. 7º da CR/88 e no art. 71 da Lei n. 8.213/91, conforme se apurar em liquidação, nos exatos termos do § 2º do art. 2º do Decreto n. 6.690/08 e art. 1º da Lei n. 11.770/08.

Esclareço que o pleito está sendo deferido em caráter de antecipação de tutela por se entender que, a se aguardar o trânsito em julgado da decisão, o provimento perderá por completo a utilidade prática dentro do processo, visto que o legislador pretendia, ao instituir esse benefício, dispensar ao recém-nascido o conforto e a segurança de contar com a mãe, por maior tempo, ao seu lado. Pelo tempo que pode durar o processo, e nós o sabemos, diante da ampla possibilidade de recursos, não só na fase de conhecimento, mas também e principalmente na execução, o escopo legislativo pode ser cabalmente frustrado.

Benefícios da justiça gratuita

A autora, embora não esteja assistida por advogado credenciado pelo sindicato representante de sua categoria, declarou-se pobre no sentido legal (f. 22). É o quanto basta para fazer jus aos benefícios da justiça gratuita, pedido que se defere.

CONCLUSÃO

À luz do exposto, resolve esta 36ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte - MG julgar procedentes os pedidos formulados por Regiane Reis de Carvalho Faria, na ação trabalhista ajuizada em face de Conselho Regional de Medicina Veterinária de Minas Gerais - CRMV/MG -, para condenar a reclamada a conceder à autora, em caráter de antecipação de tutela, ou seja, independentemente do trânsito em julgado desta decisão, a prorrogação da licença-maternidade pelo prazo de 60 (sessenta) dias a iniciar-se no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no inciso XVIII do art. 7º da CR/88 e no art. 71 da Lei n. 8.213/91, conforme se apurar em liquidação, nos exatos termos do § 2º do art. 2º do Decreto n. 6.690/08 e art. 1º da Lei n. 11.770/08.

Oficiem-se à SRTE e ao INSS.

Diante da natureza da verba deferida, não há comprovação de recolhimento previdenciário a se determinar.

Custas, pela reclamada, no montante de R\$20,00, calculadas sobre o valor da condenação, arbitrado em R\$1.000,00, isenta, na forma da lei.

Para publicação de sentença, inclua-se o feito na pauta do dia 22.06.2011, às 16 horas, intimando-se as partes.

Encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00984-2008-102-03-00-9*

Data: 09.06.2011

DECISÃO DA 2ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO MONLEVADE - MG

Juiz Titular: NEWTON GOMES GODINHO

Aos 09 dias do mês de junho do ano de 2011, às 16h45min, na sede da 2ª Vara do Trabalho de João Monlevade/MG, tendo como Juiz o Dr. NEWTON GOMES GODINHO, foi proferido julgamento da ação trabalhista ajuizada por NELSON DE SOUZA ROBERTO em face de DRC AUTOMÓVEIS DE ALUGUEL LTDA.

RELATÓRIO

NELSON DE SOUZA ROBERTO, conforme retificação de f. 38, ajuizou ação trabalhista em face de DRC AUTOMÓVEIS DE ALUGUEL LTDA., sustentando, em síntese, que foi admitido em 01.08.07 e dispensado em 23.10.08, tendo exercido a função de motorista. Alega que cumpria jornada de 08 horas diárias, em turno ininterrupto de revezamento, com intervalo de apenas 15 minutos. Aduz que os cartões de ponto não espelham a real jornada laborada. Afirma que laborava em condições insalubres e de risco, sem receber o respectivo adicional. Assevera que os locais de trabalho eram de difícil acesso e não servidos por transporte público compatível com a jornada exercida, não tendo, contudo, recebido as respectivas horas *in itinere*. Sustenta que foi arbitrariamente dispensado por justa causa,

* Sentença publicada no "Notícias Jurídicas".

requerendo a nulidade da dispensa efetivada. Pontua que a demissão, na forma como efetivada, causou-lhe irreparável abalo psicológico, encontrando atualmente dificuldades de arrumar novo emprego, na mesma função exercida. Formulou os pedidos constantes do rol de f. 05/06. Atribuiu à causa o valor de R\$38.195,76. Juntou documentos (f. 08/34) e procuração (f. 36).

A reclamada apresentou defesa escrita às f. 40/48, arguindo, preliminarmente, inépcia da inicial, alegando ausência de comprovação de tentativa de conciliação junto a Comissão de Conciliação Prévia. No mérito, sustenta que o instrumento normativo da categoria autoriza o labor em turno ininterrupto de revezamento, com jornada de oito horas diárias, incluído o intervalo de 1 hora para refeição e descanso. Afirma que o intervalo para refeição e descanso era devidamente observado, bem como eram anotados com rigor os horários de entrada e saída, sendo que eventual labor extraordinário era corretamente pago. Sustenta que o labor realizado em feriados ou dias de folga era sempre pago ou compensado. Pontua que o autor agiu de forma negligente ao conduzir o veículo que ficava aos seus cuidados, danificando gravemente o seu motor, o que culminou com a sua dispensa por justa causa. Pontua que não havia fornecimento de condução pela reclamada e que o local de trabalho é servido por transporte público regular. Alega que o autor não laborava exposto a condições insalubres ou de risco. Requer, por cautela, a compensação de todos os valores pertinentes e pugna, ao final, pela improcedência. Juntou documentos (f. 49/176 e f. 184/191), carta de preposição, instrumento de mandato e substabelecimento (f. 177/181).

Às f. 196/201, o reclamante manifestou-se sobre a defesa e documentos juntados.

O laudo que apurou as condições de trabalho do autor encontra-se às f. 232/243. Laudo de horas *in itinere* às f. 250/259.

Em audiência (ata de f. 283), determinou-se a reunião dos autos de n. 0001561/10 a este processo, em face da conexão de matérias.

Às f. 352/353, foi colhido o depoimento da reclamada e ouvida uma testemunha, encerrando-se a instrução do feito, com razões finais orais e nova tentativa conciliatória rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

Arquivamento - 1º reclamante

Conforme ata de f. 32, a reclamatória trabalhista foi arquivada em relação ao reclamante MARCOS ANTONIO COSTA FLAUSINO, ante a sua ausência injustificada à audiência inaugural.

Da inépcia da inicial

Sob o argumento de que o autor não cumpriu a condição prevista no art. 625-D da CLT, pugna a reclamada pela extinção do processo sem resolução de mérito.

Verifica-se dos autos, entretanto, que não há prova da existência de Comissão de Conciliação Prévia no local de prestação de trabalho do reclamante,

o que se faria imprescindível, na medida em que, no caso, não basta a simples previsão legal a respeito.

Assim sendo, rejeita-se a preliminar arguida.

Da litispendência

A litispendência arguida pela reclamada à f. 286 perdeu o objeto, ante a reunião do processo n. 0001561/10 aos presentes autos.

Rejeita-se, pois, a preliminar em epígrafe.

Da revelia e confissão

Requeriu o reclamante, à f. 196, a aplicação da revelia e pena de confissão à reclamada, ao argumento de que a carta de preposição juntada à f. 177, além de apresentar assinatura ilegível, não faz menção expressa daquele que teria condições de outorgar à preposta a representação processual.

Não questionada a condição de empregada da preposta, presente e devidamente identificada na audiência inaugural (ata de f. 38), deixa-se de aplicar a penalidade requerida pelo reclamante, uma vez que qualquer irregularidade na representação processual restou sanada pela presença da parte, que, na oportunidade, apresentou, inclusive, regular defesa.

Da prescrição

No caso específico destes autos, a prescrição total arguida pela reclamada à f. 285 é questão que passa, necessariamente, pelo exame da efetiva causa do rompimento contratual. Isso porque, a dispensa por justa causa se deu em 23.10.08, enquanto que a segunda ação veio a ser proposta em 25.10.10 (f. 270). Como o autor se insurge contra a justa causa, cuidar-se-á de saber se devido, ou não, o aviso prévio, com sua projeção no tempo de serviço, o que determinará o acolhimento, ou não, da prescrição arguida.

Em consequência, somente após decidir a questão acima é que o Juízo manifestar-se-á sobre a matéria prescricional.

Dos protestos

A reclamada apresentou o protesto registrado na ata de f. 352/353, fazendo-o ante o indeferimento da contradita então apresentada. Razão, porém, não lhe assiste, pois, a teor da Súmula n. 357 do TST, não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar esta litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador. E, quanto à alegada amizade íntima, a testemunha negou o fato e nenhuma prova foi produzida a respeito.

Da aplicabilidade do instrumento normativo

A impugnação meramente formal, apresentada pelo reclamante em relação ao instrumento normativo de f. 184/191, não lhe retira o valor probante, ainda mais,

por se tratar de documento comum às partes, não impugnado quanto ao seu conteúdo.

Assim, declaro aplicável à hipótese dos autos o acordo coletivo de trabalho firmado entre a reclamada e o Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Belo Horizonte, representante da classe operária, com vigência durante o período de 01.08.07 a 31.07.08.

Da causa da ruptura contratual - Parcelas rescisórias

Ao argumento de que foi arbitrariamente dispensado por justa causa, requer o reclamante a nulidade da dispensa efetivada, com o pagamento das parcelas decorrentes da dispensa injusta.

A reclamada, em defesa, afirma que o autor agiu de forma negligente ao conduzir o veículo que ficava aos seus cuidados, danificando gravemente o seu motor, o que culminou com a sua dispensa por justa causa.

A caracterização da justa causa depende de condições que devem estar presentes para sua admissibilidade, dentre elas a gravidade da falta e a culpa do trabalhador. E, por ser a maior pena imposta ao trabalhador, deve ser robusta e indubitavelmente comprovada (Inteligência do art. 818 da CLT e do inciso II do art. 333 do CPC).

Na hipótese dos autos, a reclamada sustenta que o reclamante, mediante conduta negligente, causou danos no motor do veículo que era por ele conduzido, juntando, como prova de suas alegações, a perícia de f. 98 e seguintes.

O conjunto da prova demonstra, entretanto, que a perícia em questão foi realizada por uma empresa contratada pela reclamada, da qual o reclamante não teve qualquer participação, tratando-se, portanto, de documento unilateral.

Com efeito, a própria preposta da reclamada declarou, *in verbis*, que:

[...] a empresa fez uma investigação e outros colegas de trabalho acusaram o reclamante e outros motoristas de terem danificado o veículo; que o reclamante prestava serviço no interior das minas de Brucutu e Gongo Soco; que havia parte asfaltada e parte de terra; que a constatação dos danos foi feita por uma empresa contratada pela reclamada; que não havia um veículo específico para cada motorista, sendo que os motoristas em geral poderiam, todos eles, dirigir um mesmo veículo; que inclusive os que acusaram o reclamante e outros motoristas também dirigiam o mesmo veículo; que havia um supervisor de manutenção, que, na época, era Jackson Miguel, sendo esta pessoa quem encaminhava os veículos para consertos; que o reclamante não foi chamado e não acompanhou a investigação sobre danos no veículo; que houve outros motoristas, que também dirigiam o veículo, que continuaram na reclamada; que os que foram investigados foram demitidos. (destaques nossos, f. 352)

Não bastasse, a testemunha Júlio Marcos Valentim, que trabalhou para a reclamada, exercendo a mesma função do reclamante, afirmou que:

[...] não sabe de advertência ao reclamante em virtude de problemas com os veículos dirigidos; que os motoristas dirigiam os vários veículos indistintamente; que era

frequente a quebra de carros; que, quando um carro estava quebrado, o motorista era mandado dirigir outro carro; que já aconteceu de o depoente receber carro com defeito na embreagem, o que determinou que fosse o veículo levado para a oficina; que transitavam em locais asfaltados e sem asfalto, sendo que a condição da estrada não era ruim; que, com o calor, havia muita poeira e, em tempo de chuva, havia muito barro; que dirigiam um veículo Ducato; que esse veículo não aguentava transpor o barro e 'fervia sempre'; que, no final de cada jornada, preenchiam um documento sobre o carro, sendo este documento entregue ao pessoal do escritório e o carro entregue ao motorista do turno seguinte; que, quando havia algum problema com o carro, como quebra de alguma peça esse fato era informado no documento [...]. (grifamos, f. 352/353)

Como se vê, a reclamada, sem observar qualquer gradação na aplicação de pena disciplinar, dispensou o reclamante por justa causa, frise-se, penalidade máxima, sob a alegação de que este, de forma culposa, causou-lhe danos patrimoniais, juntando como prova, que se exigia robusta, documento unilateral, imprestável para os fins colimados, mormente ante o conjunto da prova, que demonstrou, inclusive, que não era apenas o reclamante quem dirigia o veículo. E, se todos os motoristas, como evidenciado na prova oral, dirigiam todos os veículos, indistintamente, como se imputar a culpa por avarias no motor exclusiva e isoladamente a apenas um deles ou alguns deles?

Nesse contexto, afasto a justa causa aplicada (art. 131 do CPC), declarando injusta a dispensa efetivada e, em consequência, defiro ao reclamante o pagamento do aviso prévio indenizado, determinando à reclamada que proceda à retificação da data de saída anotada na CTPS obreira, para fazer constar, à luz da OJ n. 82 da SDI-I do TST, o dia 23.11.11.

Em consequência do que acima se decidiu, afasta-se a prescrição total arguida pela reclamada, ressaltando-se que a projeção do aviso prévio, ao contrário do que sustenta a reclamada, é computada como tempo de serviço, para todos os efeitos legais (§ 1º do art. 487 da CLT e OJ n. 82 da SBDI-I do C. TST).

À míngua de comprovação do pagamento respectivo, defiro o pagamento de 4/12 de férias proporcionais acrescidas de 1/3, considerando-se a projeção do aviso prévio indenizado; 11/12 de 13º salário proporcional/2008, considerando-se a projeção do aviso prévio indenizado.

Os documentos de f. 86/87 comprovam o pagamento das férias vencidas acrescidas de 1/3. Assim, não tendo o reclamante negado o respectivo pagamento, indefiro o pedido de férias vencidas mais 1/3.

O documento de f. 86 não foi devidamente homologado pelo Sindicato de Classe, formalidade indispensável no caso dos autos, considerando-se que o autor conta com mais de 1 ano de prestação de serviço. Assim, defiro o pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT, no valor de um salário do reclamante.

A reclamada deverá entregar ao autor as guias TRCT, código 01, respondendo pela integralidade dos depósitos de FGTS mais multa de 40%, sob pena de pagamento em pecúnia, bem como as guias CD/SD, sob pena de indenização substitutiva, caso dê causa ao não recebimento do benefício pelo obreiro.

Ante a controvérsia estabelecida, indefiro a aplicação da multa prevista no art. 467 da CLT.

Das horas extras e reflexos

Alega o reclamante o labor em turno ininterrupto de revezamento, com cumprimento de jornadas de oito horas, nos horários de 07h às 15h, 15h às 23h e de 23h às 07h, sem a quitação das horas excedentes à sexta, pleito contra o qual se bateu a reclamada, sustentando a existência de norma coletiva respaldando o cumprimento de oito horas diárias.

Com efeito, o ACT juntado às f. 184/191, com vigência durante o período de 01.08.07 a 31.07.08, autoriza o labor em turno ininterrupto de revezamento, com jornada de oito horas, estando previsto, ainda, o adicional de turno em percentual de 7%, cujo pagamento era devidamente observado pela empresa, conforme se infere dos recibos salariais juntados.

Nesse contexto, considerando-se que a jornada cumprida pelo reclamante, durante o período de 01.08.07 a 31.07.08, está respaldada pelo instrumento coletivo da categoria, o qual deve ser obedecido, por força do disposto no inciso XXVI do art. 7º da CF, não há falar em pagamento da sétima e oitava horas, como extras, durante o período em questão, ressaltando-se que os demonstrativos salariais juntados demonstram o pagamento de horas extras excedentes à oitava hora, não tendo o autor, por sua vez, apontado, de forma específica, a existência de diferenças a seu favor.

Quanto ao período contratual remanescente (01.08.08 a 23.10.08), considerando-se a ausência de instrumento normativo a respaldar o cumprimento de oito horas diárias, em turno ininterrupto de revezamento, defere-se ao autor o pagamento das horas extras excedentes à sexta diária, conforme se apurar pelos controles de ponto juntados às f. 49/61, não desconstituídos quanto aos registros de entrada e saída, considerando-se que, apesar de a testemunha Júlio Marcos Valentim afirmar que os horários não eram preenchidos pelos próprios empregados e que não conferiam os horários que eram anotados nos cartões de ponto, estes demonstram o registro de labor extraordinário, em jornada superior, inclusive, àquela informada pela testemunha em questão.

As horas extras deferidas deverão ser acrescidas do adicional de 50%, ante a ausência de instrumento normativo a respaldar o pagamento de outro mais elevado, durante o período de deferimento, com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS mais 40%.

Indeferem-se os vindicados reflexos sobre a multa do art. 477 da CLT, por falta de amparo legal.

Ante o princípio que veda o enriquecimento sem causa, deverão ser compensadas as horas extras comprovadamente pagas, observando-se a identidade de adicional.

Do intervalo intrajornada - Rol de f. 276

Corroborando as alegações da inicial, a testemunha Júlio Marcos Valentim, em depoimento firme e convincente (art. 131 do CPC), declarou que os intervalos eram de 15/20 minutos, no máximo, não prevalecendo, portanto, os registros constantes dos controles de ponto, no particular.

Assim, defere-se ao autor o pagamento de 1 hora por dia, como extra, durante todo o período contratual, com o acréscimo do adicional normativo, durante o

período de vigência da norma coletiva e durante o período não abarcado por esta, do adicional de 50%, com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS mais 40%. Indeferem-se os vindicados reflexos sobre a multa do art. 477 da CLT, por falta de amparo legal.

Dos domingos e feriados laborados

Verifica-se dos controles de ponto juntados, válidos para os fins colimados, que o reclamante, conforme declarado na inicial, usufruía folgas semanais, as quais nem sempre recaíam em domingos, o que se justifica em face da própria peculiaridade do labor em escala de revezamento. Assim, indefere-se o pedido de dobra pelo labor em domingo, ressaltando-se que a folga semanal deve ser preferencialmente aos domingos e não necessariamente (inciso XV do art. 7º da CF/88).

Quanto ao labor em feriados, o autor não logrou demonstrar, à luz dos documentos juntados, a existência de labor durante esses dias, que não tenham sido pagos ou compensados, ônus que lhe incumbia.

Indefere-se, pois, o pedido em epígrafe.

Das horas *in itinere* - Reflexos

O pedido em questão foi objeto de prova técnica, tendo sido apurado pelo *expert* que o reclamante prestava serviços na Mina de Gongo Soco, área interna da CVRD, localizada no município de Barão de Cocais, sendo conduzido para o local de trabalho em transporte fornecido pela reclamada, despendendo no trajeto, diariamente, 01 hora e 20 minutos.

Informou o perito que, apesar de existir condução pública servindo parte do trajeto entre o local de embarque e os locais de trabalho do reclamante, este não poderia daquela utilizar, em razão da incompatibilidade entre os horários da condução pública e os horários de trabalho do obreiro (laudo, f. 254).

Assim sendo, faz jus o reclamante ao pagamento das horas *in itinere*, frisando-se, no caso, que o tempo apurado deve prevalecer em relação ao percurso total diário, uma vez que o perito, como visto, deixou clara a incompatibilidade entre os horários de transporte público e aqueles que eram cumpridos pelo autor.

Defere-se, pois, ao autor o pagamento de 1 hora e 20 minutos *in itinere* por dia, devendo tais horas ser acrescidas do adicional convencional, durante o período de vigência da norma coletiva e, durante o período não abarcado pela norma coletiva, do adicional de 50%, com reflexos em aviso prévio, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS mais 40%.

Sucumbente no objeto da perícia, pagará a reclamada os honorários periciais, no importe de R\$1.200,00, atualizáveis a partir desta decisão, na forma da Orientação Jurisprudencial n. 198 da SDI-I.

Do adicional de insalubridade/periculosidade e reflexos

Segundo o laudo pericial de f. 232/243, as atividades exercidas pelo reclamante não são ensejadoras de insalubridade, uma vez que as exposições ao agente físico ruído, proveniente do veículo que era por ele conduzido,

encontram-se abaixo do Limite de Tolerância (LT) estabelecido no Anexo 01 da NR-15, redação dada pela Portaria n. 3.214/78.

O perito apurou ainda que o reclamante, durante o exercício de suas atividades, não esteve exposto e nem permaneceu em área de risco, concluindo pela descaracterização da periculosidade.

Em suma, acolhem-se *in totum* as conclusões a que chegou o perito, indeferindo-se o pedido constante do item II do rol de f. 05.

Honorários periciais, no importe de R\$1.000,00, a cargo do reclamante, a quem se concedem, em face da declaração constante de f. 06, os benefícios da justiça gratuita, circunstância que, na forma da lei, isenta-o do pagamento.

Da indenização por dano moral e material

Alega o reclamante, às f. 272/275, que foi dispensado por justa causa, juntamente com outros empregados do mesmo setor, sem que lhe fosse proporcionado o direito de resposta e defesa ante as acusações que lhe foram feitas. Afirma que a conduta da reclamada, inclusive quanto às informações a seu respeito, causou-lhe lesões de ordem moral e patrimonial.

Na hipótese dos autos, o dano moral não restou comprovado, a ele não se podendo chegar, tão-somente, a partir do rompimento contratual por justa causa. E, quanto aos danos materiais, também não há elementos suficientes para caracterizá-los, sendo certo que as reparações pecuniárias decorrentes da rescisão contratual estão sendo asseguradas nesta decisão. São improcedentes, assim, os pleitos formulados em decorrência dos alegados danos.

Da expedição de ofícios

Indefere-se o pedido de expedição de ofícios, porquanto desnecessários.

CONCLUSÃO

À luz do exposto, nos autos da reclamação trabalhista movida por NELSON DE SOUZA ROBERTO contra DRC AUTOMÓVEIS DE ALUGUEL LTDA., julgo PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, observada a compensação autorizada, conforme se apurar em liquidação:

- aviso prévio indenizado;
- 4/12 de férias proporcionais acrescidas de 1/3;
- 11/12 de 13º salário proporcional/2008;
- multa prevista no art. 477 da CLT, no valor de um salário do reclamante;
- horas extras excedentes à sexta diária, durante o período de 01.08.08 a 23.10.08, conforme se apurar pelos controles de ponto juntados às f. 49/61, com acréscimo do adicional de 50% e reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS mais 40%;
- 1 hora por dia, como extra, durante todo o período contratual, com o acréscimo do adicional normativo, durante o período de vigência da norma coletiva e durante o período não abarcado por esta, do adicional de 50%;

com reflexos em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS mais 40%;

- 1 hora e 20 minutos *in itinere* por dia, com acréscimo do adicional convencional, durante o período de vigência da norma coletiva, e durante o período não abarcado pela norma coletiva, do adicional de 50%, com reflexos em aviso prévio, férias mais 1/3, 13º salários e FGTS mais 40%.

A reclamada deverá proceder à retificação da data de saída anotada na CTPS obreira, para fazer constar o dia 23.11.11.

Deverá ainda entregar ao autor as guias TRCT, código 01, respondendo pela integralidade dos depósitos de FGTS mais multa de 40%, sob pena de pagamento em pecúnia, bem como as guias CD/SD, sob pena de indenização substitutiva, caso dê causa ao não recebimento do benefício pelo obreiro.

Tudo nos termos da fundamentação supra, que integra esta conclusão.

Incidem juros e correção monetária, observando-se, quanto a esta, a Súmula n. 381 do TST.

Arcará a reclamada com o pagamento dos honorários periciais relativos à perícia de horas *in itinere*, no importe de R\$1.200,00, atualizáveis a partir desta decisão, na forma da Orientação Jurisprudencial n. 198 da SDI-I.

Honorários periciais, relativos à perícia que apurou as condições de trabalho do autor, no importe de R\$1.000,00, a cargo do reclamante, isento.

Autorizam-se os descontos legais, devendo a reclamada comprovar o recolhimento dos encargos legais, sob pena de execução, declarando-se a natureza salarial das parcelas deferidas, à exceção das férias mais 1/3, dos reflexos sobre férias mais 1/3 indenizadas e FGTS, além da multa prevista no art. 477 da CLT.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$160,00, calculadas sobre R\$8.000,00, valor arbitrado à condenação.

Em face do valor da condenação, dispensa-se a intimação da União/Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei n. 11.457/07.

Cientes as partes.

Intime-se o perito que apurou as condições de trabalho do autor.

Encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00035-32.2011.503.0012*

Data: 24.02.2011

DECISÃO DA 12ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juíza Substituta: Drª CARLA CRISTINA DE PAULA GOMES

Aos vinte e quatro dias do mês de fevereiro de 2011, às 17h56min, na sede da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, a MM. Juíza Substituta do Trabalho, Drª CARLA CRISTINA DE PAULA GOMES, em sede de audiência de julgamento da reclamação trabalhista ajuizada por BRUNO DE OLIVEIRA ROSA em face de EMPA S.A. SERVIÇOS DE ENGENHARIA, proferiu decisão.

* Sentença publicada no "Notícias Jurídicas".

Aberta a audiência, por ordem da MM. Juíza, foram apregoadas as partes, ausentes.

Decido.

1. RELATÓRIO

BRUNO DE OLIVEIRA ROSA ajuizou reclamatória trabalhista em face de EMPA S.A. SERVIÇOS DE ENGENHARIA, partes qualificadas, alegando, em síntese que: é profissional de engenharia, com pós-graduação em engenharia de projetos e se submeteu a processo de seleção para os quadros de empregados da reclamada; foi selecionado e convocado para a admissão, vindo a pedir demissão do emprego anterior, que ocupava na empresa Lafarge Brasil S/A, onde percebia remuneração de R\$7.000,00 e benefícios de previdência privada, plano de saúde, vale-alimentação mensal, transporte e refeições custeados por essa empregadora; após as tratativas, que se iniciaram em 05.04.2010, com o superintendente de obras da reclamada, Sr. Juarez, fez outros contatos com esta, submetendo-se a exames médicos e entrevistas, após o que pediu demissão de seu emprego (com cumprimento de aviso prévio até o dia 23.07.2010) e se apresentou para o novo trabalho, já em campo (na obra São Sebastião do Alto) no dia 02.08.2010, retornando no dia 04.08.2010 - por orientação da ré -, quando foi comunicado por funcionários (Jacinto e Júlio César) que não mais seria contratado. Em face disso, sofreu danos de ordem moral, inclusive por problemas familiares, material (acréscimos de despesas médicas, em face do estado gravídico de sua esposa, ante a contratação de plano particular de saúde), e lucros cessantes, com o desemprego desde 17.07.2010. Formulou os pedidos constantes do rol de f. 30/31 e os benefícios da gratuidade da justiça. Conferiu à causa o valor de R\$700.000,00 (setecentos mil reais). Juntou documentos (f. 32/109), procuração e substabelecimento (f. 110/111).

Devidamente notificada, compareceu a reclamada e, inconciliadas as partes, apresentou defesa escrita, aditada oralmente, ocasião em que se colheu declaração pessoal do reclamante, com a determinação de juntada de documentos (ata de f. 119).

A reclamada, em sua peça de defesa (f. 120/134), impugnou a pretensão do obreiro, aduzindo que, a despeito da qualificação profissional do reclamante, que lhe apresentou currículo diferenciado, não houve a promessa ou a sua contratação informal, ou verbal, mas apenas um processo de seleção, o qual restou infrutífero. Aduziu que não praticou nenhum ato ilícito passível de indenização a títulos morais ou materiais, impugnando os documentos e, postulando, ao final, a improcedência dos pedidos. Juntou preposição (f. 135), procuração e substabelecimentos (f. 114/116) e atos constitutivos (f. 117/118).

Impugnação à defesa, pelo reclamante (f. 137/139), ocasião em que atendeu ao comando judicial e juntou documentos (f. 141), dos quais se conferiu vista regular à reclamada, com sua respectiva manifestação (f. 144/145).

Em sede de audiência de instrução, frustrada novamente a conciliação, foi colhido o depoimento pessoal do preposto da reclamada (ata de f. 147).

Dispensada a produção de outras provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais orais pelas partes, reiterados os argumentos da exordial, pelo reclamante.

Conciliação recusada.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Providência saneadora - Impugnação aos documentos

Os documentos apresentados pelo reclamante não padecem de quaisquer vícios de conteúdo que possam comprometer a sua validade, sendo inábil a insurgência da reclamada para a sua descaracterização, mormente porque lhe foi conferida a oportunidade para sua efetiva impugnação, garantido, pois, o devido processo legal, o que afasta a ocorrência de vício processual passível de declaração.

Rejeito.

2.2. Emprego - Seleção - Admissão - Formalização - Prejudicialidade - Danos morais e materiais - Perda de uma chance

A controvérsia da lide versa sobre a alegação do reclamante de que teria sido admitido pela reclamada e, liminarmente, dispensado, sem qualquer percepção de parcelas, ocasionando-lhe o suporte de danos materiais e morais, contra o que se insurgiu a reclamada, ao fundamento de que o obreiro participara apenas de processo de seleção, não havendo a obrigatoriedade de sua contratação, o que lhe obstaría o alcance das reparações vindicadas.

Pois bem.

Devidamente instruído o feito e compulsado o caderno processual, constato que assiste razão ao reclamante.

Isso porque, ao contrário do que equivocadamente pretende fazer prevalecer a reclamada, os fatos denunciam não apenas um processo de seleção, mas uma efetiva contratação do reclamante, que se frustrou por ato unilateral daquela, sem qualquer justificativa hábil, e que, assim, autoriza o alcance da pretensão obreira, nos limites definidos nesta decisão.

Senão vejamos.

O reclamante trabalhou, de fato, para a empresa Lafarge Brasil S/A, conforme registros em sua CTPS (f. 36), pelo período de 4 de agosto de 2008 a 23 de julho de 2010, com salário inicial de R\$6.500,00, e alterações salariais (R\$6.695,00 e R\$6.962,80 - f. 37), formalizada a ruptura contratual nesta data, conforme dados do TRCT (f. 42), em que consta o motivo daquela - pedido de demissão, e a última remuneração para fins rescisórios (R\$6.926,80).

Em 5 de abril de 2010, iniciou-se o contato do reclamante com um dos funcionários da reclamada, cujo endereço eletrônico (juarez@empa.com.br) indica a sua vinculação a essa empresa, sendo que os contatos persistiram entre remetente e destinatários diversos, inclusive com o Sr. Wagner Schulz da Costa, responsável pela área técnica da ré e pela funcionária Nathalia Belan de Oliveira e Silva, que solicitou ao reclamante que comparecesse na sede da empresa, em Belo Horizonte, para fazer uma entrevista (f. 51, 53/54, 56, 61, 62/65).

De início, ressalto que o fato de um desses empregados ter sido posteriormente dispensado pela ré, conforme se afere da inicial (f. 8/9), não retira eventual responsabilidade da empregadora quanto a essas tratativas, já que, nos termos do inciso III do artigo 932 do CCb, o empregador responde pela reparação civil dos atos praticados por seus empregados e prepostos, o que corrobora todas as tratativas feitas pelos funcionários da reclamada (Juarez, Júlio, Wagner e Nathalia) com o reclamante.

O deslocamento do reclamante, que reside no Estado do Rio de Janeiro, e a hospedagem em Belo Horizonte foram custeados pela empresa reclamada, conforme envio de bilhete aéreo eletrônico e indicação de hotel, em sede de novas comunicações eletrônicas entre aquele e a ré (f. 70/73 e 88), o que possibilitou a realização de entrevista e exames médico e psicológicos do obreiro.

O documento de f. 38 indica que o reclamante preencheu ficha de procedimento seletivo, em 31.05.2010 (quando ainda trabalhava para a empresa Lafarge, vide CTPS, f. 36), com a indicação da pretensão salarial (R\$11.000,00) e a descrição de seu histórico funcional. Esse documento (f. 3/40) também contém a síntese da entrevista feita com o candidato, por meio de profissional da área de recursos humanos (f. 40), em que foram declaradas as condições pessoais e profissionais do obreiro, as quais me permito o destaque:

[...] Alega que ainda está avaliando a proposta da Empresa, pois hoje se encontra numa posição confortável dentro da Lafarge e sabe que lá eles estão com planos ambiciosos para ele, por se tratar de uma multinacional. (f. 39)

Competências desenvolvidas: bom potencial intelectual, controle de suas emoções, condições de atuar sobre rotinas, atenção concentrada, metódico e organizado em suas tarefas, qualidade nos trabalhos, adaptável a novos contextos;

Parecer final: INDICADO: Adequado para o cargo proposto na Empa. (f. 40)

Em 10 de junho de 2010, nova comunicação eletrônica, sendo que nesta um dos funcionários da reclamada atestara ao reclamante que a sua contratação só dependeria dele (f. 83), tendo este derivado de comunicação interna travada entre dois funcionários (Zélia e Juarez) - f. 92/93, em que foi ressaltada a potencialidade do candidato e implementação de ganhos para a empresa.

Após novas comunicações, em que o reclamante indica sua pretensão salarial e benefícios (f. 96), e o funcionário da reclamada autoriza a sua contratação (f. 97) com a indicação da obra onde iria trabalhar: PCH - SAN, em Bom Jardim - RJ, sendo essas datadas em 5 e 6 de julho de 2010, após o que houve a remessa de currículo (em 12.07.2010, f. 102) e a resposta de outro funcionário para a relação de documentos a serem entregues e comparecimento àquela obra (em 16.07.2010, f. 103/104).

Esses documentos foram discriminados na solicitação da funcionária Cristina Espindola, do departamento de Recursos Humanos, sendo datados de 16 de julho de 2010, para que o reclamante se apresentasse na obra de São Sebastião do Alto no dia 02.08.2010, portando documentos para admissão, entre os quais sua CTPS, carteira de identidade, certidão de casamento e de nascimento de filhos (f. 41), o que indica que não se trata de documento unilateral produzido pelo obreiro, mas que este compunha o anexo daquele último *e-mail* referido acima.

Chamo a atenção que o reclamante trabalhou em prol de sua antiga empregadora, Lafarge, até o dia 23.07.2010 (com cumprimento de aviso prévio trabalhado), o que indica que ele se desligou, efetivamente de seu antigo emprego, ante a resposta positiva da reclamada quanto à sua admissão, designada para o dia 02.08.2010, quando deveria procurar os funcionários Jacinto ou Adilson, chefes administrativos da obra 223 e do complexo, respectivamente, sendo que a funcionária Cristina ficaria responsável por orientar o obreiro quanto à abertura de conta no Banco Itaú e assistência médica (documento de f. 23).

Ocorre que, ao chegar para laborar, em 2 de agosto de 2010, foi orientado para retornar no dia 4, sendo que, ao fazê-lo, teve ciência de que não mais seria contratado, recusa essa que se concretizou no dia seguinte (05.08.2010) - conforme relatos da inicial e que, no particular, não restaram impugnados pela reclamada, em sua defesa, o que consolida a não efetivação do obreiro no quadro de empregados daquela, sem motivo justo.

Ressalto que o fato de, em 05 de agosto de 2010, o reclamante ter declarado em *e-mail* que entendia a situação por não ter tido a oportunidade de contratação (f. 106) não afasta o impedimento perpetrado pela reclamada quanto à não efetivação ao emprego - a despeito de sua prévia informação àquele - que, inclusive, cuidou de postular pedido de retratação junto a empresa, já naquela oportunidade declarando sua situação pessoal (desempregado, com um filho de 5 anos, e uma esposa grávida).

Somem-se a tudo isso as declarações do preposto da reclamada, primeiramente, seu desconhecimento sobre os fatos acima indicados (ata, f. 146/147):

- elaboração de um parecer sobre a entrevista do reclamante (documento de f. 38/40);
- o motivo do cancelamento da vaga de emprego (sendo que este decorreu, segundo relatos do obreiro, não impugnados pela reclamada, em virtude de não realização da obra para a qual ele seria contratado). Ocorre que esse fato não pode ser suportado pelo reclamante, sendo certo que, mesmo em fase pré-contratual, e em tratativas, que, *in casu*, se consolidaram quanto à confirmação da admissão do obreiro (que restou frustrada imotivadamente), o empregador responde pelo ônus de seu empreendimento, a teor do artigo 2º da CLT, não podendo transferir a seus empregados os riscos desse.
- comunicações eletrônicas de f. 97/99 (*e-mails* trocados pelo reclamante com os funcionários Juarez e Zélia, esta, gerente da reclamada, e aquele, fora engenheiro encarregado das obras da ré, nos termos da declaração desse preposto);
- comparecimento do reclamante em complexo de obra da reclamada (não obstante conste essa solicitação ao autor, pela funcionária da reclamada, Srª Cristina, f. 103);
- abertura de conta bancária ou sua solicitação ao reclamante (a despeito de ter informado que “[...] no processo de seleção é verificado aos candidatos a existência de contas bancárias, sendo-lhes demandado a abertura de conta em banco conveniado à empresa, o que ocorre após a admissão do novo empregado” e também em face do teor do documento de f. 103, em que fora informada à funcionária Cristina ser o reclamante correntista do Banco Itaú);

O desconhecimento do preposto quanto a esses fatos enseja a sua confissão, a teor do § 1º do artigo 843 da CLT, que corrobora a sua veracidade, mormente quando o caderno processual indica que, efetivamente, o reclamante submeteu-se à entrevista de seleção; teve demandada a entrega de documentos; submeteu-se a exame médico admissional - que, no caso da reclamada, é feito apenas para os novos empregados (última declaração do preposto, f. 147); informou ser correntista de conta bancária para a percepção do salário contratado e, sem justo motivo, teve interrompida sua contratação.

Essa conduta da reclamada causou prejuízos ao reclamante, revelando-se em conduta ilícita que, por certo, nos termos do artigo 186 do CCb, é passível de indenização a título de danos morais e materiais.

Isso porque a situação aferida na lide reporta-se, tipicamente, à perda de uma chance, ao óbice, injustificado, de uma possibilidade (real) que a reclamada fez com o que o reclamante suportasse, causando-lhe danos de ordem moral e material e que, portanto, na seara da responsabilidade civil, tem a obrigação de reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral, a teor do artigo 186 c/c artigo 927 do CCb.

Ora, submeter o reclamante a processo de seleção e concretizá-lo, confirmando a sua admissão e solicitando que ele comparecesse a campo, munido de documentos para a sua ficha funcional, colhendo dados pessoais, inclusive bancários, para a percepção de salários, e impedi-lo de trabalhar, alegando eventual não concretização da obra onde iria prestar serviços, na condição de engenheiro, enseja a reparação ao reclamante pelos danos materiais e imateriais suportados.

O fato autoriza a indenização ao reclamante de todas as reparações pelos danos suportados, aqueles vivenciados e comprovados nos autos, no que se refere aos danos materiais, sendo que, quanto ao dano moral, especificamente, ele prescinde dessa prova, bastando a ocorrência do ato ilícito e que, nesse feito, se consolidou no impedimento à prestação de serviços do obreiro em favor da reclamada, não obstante já confirmada a sua admissão.

Ressalto que, quanto aos danos materiais, não de ter sido efetivamente comprovados nos autos, para a sua reparação, sendo certo que, para a indenização alusiva à perda de uma chance, e de danos morais, basta a ocorrência do ato ilícito, *in casu*, incontroverso.

Ante ao exposto, da análise da pretensão obreira, e dos danos materiais e moral que afloraram nestes autos e que conduzem à sua reparação, julgo PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos vindicados na exordial (itens 1 a 5 do rol de pedidos, f. 30/31, e condeno a reclamada a pagar ao reclamante, observados os parâmetros definidos na decisão:

a) indenização pela perda de uma chance, cujo valor arbitro em R\$86.300,00 (oitenta e seis mil e trezentos reais).

Esclareço que foram considerados para essa indenização a última remuneração percebida pelo reclamante no emprego anterior - (R\$6.962,80, TRCT, f. 42), pelo período de seis meses, bem como a remuneração a ser auferida na reclamada, considerado também igual período - 6 meses, e a pretensão salarial de R\$11.000,00, constante do relatório, f. 38, que, não obstante contestada por uma funcionária da reclamada, f. 92, foi corroborada em comunicação eletrônica

(f. 95/96) e assim confirmada (f. 97), sem qualquer ressalva a esse valor. Somados, esses valores alcançariam o valor de R\$107.776,80, que reduz o percentual de 20%, alcançando novo valor de R\$86.221,44.

Isso porque a indenização pela perda de uma chance não alcança toda a vantagem pecuniária que o reclamante obterá se tivesse continuado a trabalhar no emprego anterior, ou mesmo que tivesse sido efetivado, realmente, no quadro de empregados da reclamada, pois o que se está a indenizar não é a vantagem perdida (no emprego anterior ou no novo emprego), mas a perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, *in casu*, a contratação e prestação de serviços em prol da reclamada, cuja não realização repercutiu reflexos na seara patrimonial do obreiro, o que autoriza a abrangência dos salários que, em tese, deixou o reclamante de auferir no antigo emprego, como também do novo salário que perceberia, considerada a redução fixada.

Acrescento que não há que se falar em inclusão na reparação a esse título de valores de aluguel, ou carro, combustível e pedágio (f. 97), sendo que estes últimos seriam todos custeados pela reclamada, não sendo suportados pelo obreiro, e o valor alusivo à moradia também seria objeto de ressarcimento ou pagamento subsidiado pela reclamada.

Tampouco a projeção dos valores há de alcançar o pretendido pelo reclamante, no parâmetro tempo futuro, no que se refere ao ressarcimento pretendido por ele, uma vez que, já em 05.10.2010, obteve novo emprego, com a empresa CNS Cimentos, que perdurou até 19.11.2010, com a percepção de salário de R\$9.000,00, e, posteriormente, com a empresa Jotum Brasil Importação, Exportação e Indústria de Tintas, com admissão em 10 de novembro de 2010, e percepção de salário de R\$9.615,39, estando ainda o contrato em vigor e já expirado o período inicial de experiência (conforme registros na CTPS do autor, f. 18/19 e 49 da carteira, colacionados à f. 141 dos autos).

b) indenização, a título de danos materiais, em virtude dos valores que deixou de auferir em decorrência de seu pedido de demissão junto à Lafarge do Brasil S.A., sendo certo que a demissão do emprego anterior ocorreu em face da confirmação de sua contratação pela reclamada, e que não se consolidou. Nesses termos, são devidos ao reclamante os valores de aviso prévio indenizado (R\$6.962,80); e de FGTS mais indenização compensatória de 40%, considerando-se que com o pedido de demissão o reclamante viu-se preterido do levantamento desses depósitos, e, também, do alcance da indenização incidente sobre eles.

O parâmetro para a indenização do aviso prévio teve como base de cálculo a última remuneração percebida (R\$6.962,80, TRCT, f. 42), e não o salário de R\$7.500,00 informado na inicial. Para os valores de FGTS e indenização compensatória de 40%, deve ser observado o período contratual (de 04.08.2008 a 23.07.2010), a evolução salarial do obreiro - salário inicial de R\$6.500,00, suas alterações (R\$6.695,00 e R\$6.962,80 - f. 37), e a última remuneração para fins rescisórios (R\$6.926,80), tudo apurado em sede de liquidação de sentença por cálculos.

IMPROCEDE, quanto aos danos materiais, o reembolso do valor de R\$22.731,21, em tese descontado na rescisão contratual, (pedido item 4, f. 30), já

que o TRCT de f. 42 não indica esse desconto, sendo certo que os valores descontados que ali foram discriminados (*desc adt quis resc, desc restaurante e desc aux aliment*) não suportam a causa de pedir declinada na inicial (item VII, f. 29), e, portanto, não autorizam, também, o alcance do obreiro de seu reembolso, uma vez que não comprovado que teriam ocorrido, unicamente, em face da demissão, ônus do qual ele não se desincumbiu a teor do artigo 818 da CLT.

c) indenização a título de danos morais, no importe de R\$27.140,00 (vinte e sete mil, cento e quarenta reais).

Esclareço que, para os danos morais, foram considerados a situação pessoal do reclamante e os períodos em que deixou de trabalhar para o antigo empregador (23.07.2010, f. 42), em que teve obstada a sua contratação na reclamada (05.08.2010), deixando de perceber salários, e em que obteve novo emprego (19.10.2010).

Nessa esteira, os documentos de f. 43/49, alusivos a atestados médicos referentes à esposa do reclamante, não têm o condão de influir na decisão da lide. Registro que não se está a desprezar a condição do estado gravídico, àquela ocasião, da mulher do reclamante, mas em se tratando de dano material e moral, de ordem personalíssima, decorrentes de eventual ilícito havido em fase pré ou contratual de trabalho, as lesões e suas repercussões hão de ser analisadas, apenas, em face do reclamante e da reclamada.

No presente feito, inegável que a não consolidação da admissão do reclamante, que restara confirmada pela reclamada, importou-lhe danos que produziram alteração em seu bem-estar psicofísico, na normalidade da vida, causando mudança em seu estado de ânimo, trazendo-lhe dor, medo, angústia, mormente porque se viu desempregado, tendo de suprir sua família (esposa grávida e filho de cinco anos), situação essa que exige inequívoca reparação.

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso X, prescreveu que

[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por seu turno, o CCb, em seu artigo 186, normatizou que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Diante do exposto, a conduta ilícita do reclamado e a dor suportada pelo reclamante (na forma relatada nestes autos) autorizam o acolhimento do pedido de danos morais.

Para seu arbitramento, registro que a tipificação do ilícito não se mede pela intensidade. A extensão do dano é relevante para a fixação do valor da indenização, conforme art. 944 do Código Civil, não para a sua caracterização.

Observam-se para a reparação os parâmetros que norteiam a estipulação do *quantum* indenizatório, quais sejam, a extensão do fato inquinado (número de pessoas atingidas - o reclamante e a dor suportada diante de sua família); a permanência temporal (que, no caso, perdurou desde a demissão até a nova contratação por terceiros, na forma já indicada nesta decisão); a intensidade

(gravidade do ato ilícito que se cristalizou no óbice injustificado à contratação do reclamante); os antecedentes do agente (não ventilados neste feito) e a situação econômica do ofensor e razoabilidade do valor (consideráveis ambas as condições das partes), nos dizeres de João de Lima Teixeira Filho (*in Revista LTr*, v. 60, n. 09, setembro de 1996, p. 1.171).

Considerados esses parâmetros, a lesão que demanda reparação que guarde razoável proporcionalidade entre o dano causado, a sua extensão, e repercussão sobre a vida interior da vítima, e ainda coíba o culpado a não repetir o ato, tudo com intuito preventivo, punitivo e educador, tenho por razoável que a indenização por danos morais suportada pela reclamada seja fixada em R\$27.140,00 (vinte e sete mil, cento e quarenta reais), que fica condenada ao pagamento de indenização, a esse título.

IMPROCEDE o pedido do item 2 do rol de pedidos (indenização correspondente a 24 vezes o salário do autor, no antigo emprego, compreendidos os benefícios - a título de lucros cessantes), uma vez que, caso tivesse restado infrutífero o processo de seleção e a admissão do reclamante na reclamada, tal fato não teria o condão de determinar que ele ficaria vinculado ao antigo empregador, Lafarge Brasil S/A, por 24 meses a mais, ainda que se tratasse de profissional qualificado e bem alocado naquela empresa.

A ruptura contratual é inerente a qualquer um dos sujeitos da relação de emprego, inclusive através de resilição unilateral por iniciativa do empregador (dispensa imotivada, sem justa causa), o que poderia se verificar a qualquer momento, propiciando ao empregado a percepção das parcelas salariais inerentes a essa modalidade de término do contrato.

E mesmo que se assim não fosse, essa reparação já foi contemplada na indenização pela perda de uma chance, consideradas tanto a continuidade no emprego anterior quanto a sua vinculação à reclamada, sendo desautorizada a sua repetição, sob pena de *bis in idem*.

2.3. Honorários contratuais

O reclamante pretende, ainda, a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, sucumbenciais, para o devido reembolso das despesas havidas com seu patrono, cuja contratação se fez necessária para que pudesse vindicar, em Juízo, o pagamento das parcelas rescisórias.

De início, ressalto que não se trata de honorários assistenciais, prescritos nas Súmulas n. 219 e 329 do TST, quando o autor da ação conta com os benefícios da gratuidade da justiça (hipótese dos autos) e é assistido por seu sindicato profissional, ressalvada a ocorrência de lide de relação de trabalho, a teor da Resolução Normativa n. 27/05 do TST.

O reclamante postula, por ora, honorários advocatícios sucumbenciais, que se prestam a custear despesas decorrentes da contratação de patrono para defender seus interesses em Juízo.

A imposição dessa obrigação é totalmente plausível, e não se suporta, apenas, na Resolução n. 27/2005, e tampouco nas hipóteses elencadas nas Súmulas n. 219 e 329 do C. TST, referentes aos honorários assistenciais.

Não se descarta do entendimento sumulado referido, entretanto, não pode

passar despercebida a demonstração do prejuízo imposto ao reclamante que, não obstante vitorioso, ainda que parcialmente, em sua pretensão, tem parte de seu crédito comprometido com o pagamento dos honorários de quem patrocinou a sua causa.

Entretanto, nos presentes autos, não cuidou o reclamante de demonstrar o dispêndio de numerário com seus ilustres procuradores, sequer colacionando contrato de prestação de serviços com eles firmado, com a estipulação, inclusive, do percentual devido a título de honorários, peça imprescindível para que fosse reembolsado dessas despesas.

Ausente a demonstração do dispêndio de honorários advocatícios com a contratação de advogados, inviável o seu reembolso, a título de honorários sucumbenciais, razão pela qual JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO de condenação da reclamada em honorários advocatícios (item 6 do rol de pedidos, f. 31).

2.4. Justiça gratuita

O reclamante declarou, por seu procurador, sua condição de pobreza (f. 2 e 110), no que restou impugnado pela reclamada (f. 133).

Assiste razão à reclamada.

Considerando-se que o reclamante conta, atualmente, com emprego, no qual percebe o salário de R\$9.615,39 (CTPS, f. 141), não vislumbro que preencha, efetivamente, os pressupostos para que alcance o benefício da gratuidade da justiça, nos termos do § 3º do artigo 790 da CLT, c/c § 1º do artigo 14 da Lei n. 5.584/70, razão pela qual INDEFIRO o pedido de justiça gratuita, sem prejuízo de sua renovação, a teor do artigo 6º da Lei n. 1.060/50.

2.5. Liquidação de sentença - Contribuições fiscais e sociais - Juros e correção monetária

Para fins do cômputo das parcelas reconhecidas em favor do reclamante, não de ser considerados os valores arbitrados a título de indenização por danos materiais, perda de uma chance e danos morais, detendo essas parcelas natureza indenizatória, nos termos da Lei n. 8.212/91, sem incidência de contribuições sociais.

Fica obrigado o reclamado a efetuar os recolhimentos fiscais, nos moldes dos Provimentos n. 01/96 e 03/05 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sob pena de oficiamento à Receita Federal, quanto às parcelas fiscais, deduzidas as parcelas devidas pelo empregado, por se tratar de obrigação legal. O imposto de renda incidirá sobre as parcelas tributáveis (artigo 46 da Lei n. 8.541/92) do valor total da condenação.

Os juros terão incidência a partir do ajuizamento da ação, ao percentual de 1% (um por cento) ao mês, *pro rata die* (artigo 883 da CLT e § 1º do artigo 39 da Lei n. 8.177/91), sobre o valor da condenação, já corrigida monetariamente (Súmula n. 200 do TST), observando-se, para a correção monetária dos créditos trabalhistas, o termo *a quo* alusivo ao seu arbitramento (data desta decisão), e termo *ad quem* para a incidência dos juros e correção monetária conforme disposto na Súmula n. 15 de nosso Regional.

3. DISPOSITIVO

Pelos fundamentos expostos, rejeito a impugnação a documentos e, no mérito, JULGO PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos deduzidos por BRUNO DE OLIVEIRA ROSA em face de EMPA S.A. SERVIÇOS DE ENGENHARIA, para condenar a reclamada ao cumprimento de obrigação de pagar, no prazo de 5 dias a contar do trânsito em julgado desta decisão, nos termos da fundamentação, que integram este dispositivo, as seguintes parcelas:

a) indenização pela perda de uma chance, cujo valor arbitro em R\$86.300,00 (oitenta e seis mil e trezentos reais);

b) indenização, a título de danos materiais, compreendidos os valores de aviso prévio indenizado (R\$6.962,80); e de FGTS mais indenização compensatória de 40%, conforme parâmetros constantes da fundamentação, que integram este dispositivo;

c) indenização a título de danos morais, no importe de R\$27.140,00 (vinte e sete mil, cento e quarenta reais).

Contribuições fiscais, juros e correção monetária, na forma e modo traçados na fundamentação, que integram este dispositivo.

Custas processuais, pela reclamada, no importe de R\$2.600,00 (dois mil e seiscentos reais), calculadas sobre R\$130.000,00 (cento e trinta mil reais), valor que se arbitra à condenação a teor do inciso I do artigo 789 da CLT.

Cientes as partes (Súmula n. 197 do TST).

Encerrou-se a audiência.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00945-2010-158-03-00-0*

Data: 18.02.2011

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE PONTE NOVA - POSTO AVANÇADO DE VIÇOSA

Juíza Substituta: Dr^a ROSÂNGELA ALVES DA SILVA PAIVA

Aos dezoito dias do mês de fevereiro de dois mil e onze, às 17h05min, a Juíza do Trabalho ROSÂNGELA ALVES DA SILVA PAIVA proferiu o julgamento da reclamação ajuizada por JÚLIO CÉSAR SOARES em face da HIPER LIMPE CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. e UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA.

Aberta a audiência, foram apregoadas as partes. Ausentes.

Proferiu o Juízo a seguinte decisão:

1 - RELATÓRIO

JÚLIO CÉSAR SOARES, qualificado na exordial, aviou reclamação trabalhista em face de HIPER LIMPE CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. e UNIVERSIDADE

* Sentença publicada no "Notícias Jurídicas".

FEDERAL DE VIÇOSA, alegando, em síntese, que: foi contratado para laborar como servente; trabalhou para a primeira reclamada, prestando serviço à segunda, desde 22.04.08; foi injustamente dispensado em 07.05.10; prestou serviços de pintor e pedreiro e nos últimos seis meses laborou como auxiliar de electricista; não recebeu verbas e documentos rescisórios e não obteve anotação da data de saída em CTPS; recebia salário inferior ao mínimo legal e ao piso da categoria previsto para os cargos efetivamente assumidos; não recebeu reajustes salariais; não recebia vales-transporte e tickets-alimentação; faz jus à multa da cláusula 50ª da CCT; trabalhou submetido a agentes insalubres, sem uso de equipamentos de proteção e sem percepção do correlato adicional; foi obrigado pela primeira reclamada a cadastrar senha da conta utilizando os quatro últimos dígitos de seu CPF, situação que caracteriza dano moral; existem diversas irregularidades na prestação de serviços da primeira ré que estão sendo analisadas por uma comissão constituída pela segunda reclamada. Pleiteou as parcelas e providências elencadas em f. 09/10. Deu à causa o valor de R\$78.523,88 e juntou os documentos às f. 11/74.

Conciliação recusada.

A primeira ré defendeu-se em f. 50/58, alegando, em suma, prescrição; não recebimento dos serviços prestados à segunda reclamada; o reclamante passou a trabalhar para a empresa que sucedeu a defendente, abandonando o emprego; o autor não trabalhava em condições insalubres; não há como pagar as verbas rescisórias sem o repasse da tomadora de serviços; o saldo de salário foi quitado. Contestou todos os pedidos, ofereceu parâmetros a serem observados em eventual condenação e pugnou pela total improcedência. Vieram documentos, carta de preposto e instrumento de mandato.

A segunda reclamada contestou em f. 88/99, alegando, em resumo, que: a responsabilidade deve ser imputada à primeira reclamada; impugnou pedidos de dano moral, aviso prévio, saldo de salário, natalinas, férias, FGTS e multas; pugnou pela exclusão das multas, em caso de responsabilização.

A primeira reclamada se comprometeu a entregar TRCT, no código 01, bem como a proceder à baixa na CTPS.

O reclamante manifestou-se sobre defesa e documentos.

Foram juntadas cópias do laudo pericial produzido no proc. 921/10 e dos depoimentos testemunhais colhidos no processo 790/10, a serem usados como prova emprestada, com a concordância das partes.

Foi expedido alvará para levantamento do FGTS.

Encerrou-se a instrução do feito, com razões finais orais pelo autor e pela segunda reclamada e proposta final de conciliação recusada.

É o relatório.

2 - FUNDAMENTOS

A segunda reclamada foi indicada como devedora subsidiária pela sua condição de tomadora de serviços, o que basta para legitimá-la como parte. Afaste-se a questão preliminar suscitada.

A primeira ré se dispôs a entregar as guias TRCT/01 e a anotar a data de saída na CTPS do autor. De conseguinte, os pedidos correlatos ficam extintos, com exame do mérito, com fulcro no inciso II do art. 269 do CPC c/c art. 769 da CLT.

Não há prescrição a declarar, considerando que o ajuizamento da reclamatória se deu em 24.06.10 e o contrato de trabalho perdurou de 08.04.08 a 07.06.10 (f. 48).

Não obstante intimada para comparecer à audiência em prosseguimento, sob pena de confissão, a primeira ré não atendeu ao chamado judicial, razão por que é reconhecida a sua confissão quanto à matéria de fato.

Ressalta-se, entretanto, que a confissão não elide a prova pré-constituída nos autos e não impede a segunda reclamada de produzir provas acerca dos fatos veiculados em sua defesa, a teor do disposto no item II da Súmula n. 74 do TST.

A despeito de alegar abandono de emprego, a primeira ré concordou em entregar o TRCT no código equivalente à dispensa injusta. Assim agindo, admitiu a dispensa na modalidade informada pelo autor, sepultando qualquer discussão acerca do tema.

A ausência de pagamento das verbas rescisórias não foi negada.

A segunda ré aduziu que o aviso prévio é indevido, pois o autor foi admitido imediatamente após a dispensa, pela empresa contratada em substituição à primeira ré; houve quitação do saldo de salário, natalinas, férias e FGTS; o pagamento e o gozo das férias ocorreram dentro do prazo legal.

Inexiste norma legal e não foi demonstrada a existência de norma convencional autorizadora da subtração do direito do autor ao aviso prévio.

Não socorre a primeira ré a alegação de inexistência de responsabilidade de pagamento de verbas devidas após março de 2010, em razão da ausência de pagamento da prestação de serviço por parte da segunda ré. As eventuais dificuldades financeiras, independentemente de sua origem, inserem-se no risco do empreendimento e por isso devem ser suportadas pelo empregador, tudo segundo o princípio da alteridade que rege o Direito do Trabalho.

Por fim, não há nos autos prova de quitação e época de pagamento das parcelas rescisórias pleiteadas.

Desse modo, condena-se a primeira reclamada a pagar ao reclamante: aviso prévio indenizado; férias integrais do período de 2009/2010, de forma singela, enriquecidas com 1/3, 2/12 de férias proporcionais acrescidas de um terço, já incluída a projeção do aviso prévio; 6/12 de natalinas proporcionais de 2010, já incluída a projeção do aviso prévio e indenização do FGTS de todo o contrato acrescido da multa de 40%, autorizada a dedução do valor levantado por meio de alvará, o qual deverá ser comprovado nos autos, no prazo de cinco dias da publicação desta sentença.

Não quitadas as verbas rescisórias no prazo legal, defere-se a multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT no importe de um salário mensal do reclamante.

Diante da incontrovérsia quanto ao débito das parcelas rescisórias, procede o pleito de aplicação da penalidade prevista no artigo 467 da CLT, em montante equivalente a 50% sobre o valor do aviso prévio indenizado, natalinas, férias acrescidas de um terço e multa de 40% sobre o FGTS.

Ao aduzir que cumpria as normas previstas nas convenções coletivas mencionadas na exordial, a primeira reclamada acabou por admitir a aplicação dos instrumentos normativos ao presente caso. Portanto, são aplicáveis ao autor as convenções coletivas firmadas pelo SINTICOMV, a partir de 01.06.08.

O reclamante alega que, embora contratado como servente, sempre exerceu as funções de pedreiro e pintor e, nos últimos seis meses, atuara como auxiliar de eletricista.

As reclamadas não impugnaram o desvio de função alegado.

Por consequência, têm-se como verdadeiras as respectivas alegações.

O contrato de prestação de serviços de f. 31/35, firmado entre as rés, prevê salário de oficial II para os pedreiros, oficial I para o pintor e servente II para o auxiliar de eletricista (vide f. 31 e verso).

Considerando que o autor não delimitou os períodos em que exerceu as funções de pedreiro e pintor, para fim de fixação do salário, tem-se que o autor exerceu predominantemente a função de pintor e fará jus, então, ao salário de oficial I. Nos últimos seis meses, o autor faria jus ao salário de servente II. Ocorre que o salário de oficial I é superior ao previsto convencionalmente para o servente II e, diante da impossibilidade da redução salarial, observar-se-á para o autor o salário de oficial I durante todo o contrato de trabalho. De consequente, por força de lei (art. 29 da CLT), os registros da CTPS do autor devem ser retificados no tocante à função, devendo constar a de oficial I e, no tocante ao salário, que deve observar a variação salarial prevista nas CCTs para o oficial I.

Examinando-se os holerites colacionados pelo autor, verifica-se que o reclamante recebeu por diversas ocasiões salário inferior ao piso previsto nas CCTs aplicáveis para oficial I, cargo em que o reclamante se enquadra conforme acima decidido.

Por amostragem, cita-se o mês de outubro de 2008, em que o reclamante recebia salário equivalente a R\$420,00 por mês (f. 22) e o previsto na convenção coletiva era da ordem de R\$715,00 (verso da f. 36).

De consequente, deferem-se diferenças salariais entre os valores comprovadamente recebidos e aqueles previstos nas CCTs para o cargo de oficial I, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Condena-se a primeira ré a retificar os registros da CTPS do autor para constar a função de pintor - oficial I e a variação salarial prevista nas CCTs no mesmo cargo, no prazo de cinco dias a contar da intimação específica a ser expedida após trânsito em julgado, sob pena de fazê-lo a Secretaria da Vara.

Os pisos salariais previstos nos instrumentos coletivos nada mais são, neste caso, do que o resultado da aplicação dos reajustes sobre salários anteriormente previstos. Assim, ao deferir as diferenças salariais, já se consideraram os salários reajustados. Por consequência, o deferimento acima já contempla o pedido de diferença de salário contido na alínea I do petítório.

Fica prejudicada a análise das diferenças de salário decorrentes da inobservância do salário mínimo legal.

Não há, nas convenções coletivas colacionadas aos autos, cláusula garantindo tíquetes-alimentação aos integrantes da categoria. Destarte, indefere-se o pedido correlato.

Verificada a inobservância das disposições convencionais no pertinente ao valor dos salários, defere-se a pretensão de multa convencional estabelecida pela CCT, em valor equivalente a um dia de salário do autor, conforme cláusula 50ª.

As partes avençaram utilizar a prova pericial realizada no processo 00921/10 como prova emprestada. O laudo pericial foi juntado aos autos e, nele, o perito concluiu

pela existência de insalubridade em grau médio (20%) durante o pacto laboral. Não havendo impugnação ao laudo pericial, condena-se a primeira reclamada a pagar ao reclamante adicional de insalubridade em grau médio (20%), durante todo o contrato de trabalho.

Diante da impossibilidade de se utilizar como base de cálculo do adicional em comento o salário mínimo, em razão da Súmula Vinculante número 04 editada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em 09/05/08, estabelece-se como base de cálculo o salário contratual efetivo do empregado (piso previsto na convenção coletiva), aplicando-se por analogia a disposição do art. 193 da CLT, quando trata da base de cálculo do adicional de periculosidade. Os adicionais de insalubridade e periculosidade apresentam semelhanças relevantes, cuidando ambos de vantagens pagas por serviços realizados em condições gravosas, tratados de igual forma pela Constituição Federal no seu art. 7º, inciso XXIII.

Meros consectários, deferem-se as repercussões do adicional de insalubridade em natalinas, férias mais um terço, aviso prévio indenizado e FGTS mais 40%.

A primeira ré asseverou que o autor não declarou que necessitava de vale-transporte, quando de sua admissão. A segunda ré, por sua vez, limitou-se a alegar que o obreiro não fazia jus ao benefício.

Na f. 76, há uma declaração de dispensa de vales-transporte assinada pelo reclamante.

Coube inicialmente a este provar a existência de vícios no documento referido e a reunião de condições para o recebimento do benefício.

Entretanto, na audiência em que deveria fazer a correlata prova, a empregadora se fez ausente, embora intimada sob pena de confissão.

Reconhece-se então a confissão da mesma quanto à matéria de fato que deveria ser provada. Foi por essa razão que se indeferiu o pedido de produção de prova pelo autor na audiência de f. 139.

A segunda reclamada, sabedora da confissão da primeira ré, deveria ter feito prova de suas alegações, mas silenciou-se na audiência de instrução (f. 139).

Acresça-se a isso que, em sindicância realizada pela segunda reclamada para verificação das irregularidades praticadas pela prestadora de serviço (a primeira ré), há declaração de tratamento diferenciado para os trabalhadores no tocante ao fornecimento de vales-transporte (f. 62)

De consequente, deferem-se ao autor quatro vales-transporte por dia trabalhado, durante todo o período contratual, no valor unitário de R\$1,50, autorizada a dedução de 6% do salário básico da autora, conforme parágrafo único do art. 4º da Lei n. 7.418/85.

Para fins de cálculo, observar-se-á a evolução salarial do autor, conforme convenções coletivas colacionadas aos autos, acrescido do adicional de insalubridade.

O demandante pleiteia indenização por danos morais, alegando que a reclamada violou o sigilo que envolve as operações bancárias e a sua privacidade.

As reclamadas impugnaram o pedido de indenização por danos morais. A segunda reclamada aduziu que não há prova do dano moral, bem como afirmou que a senha composta de letras é fornecida pelo próprio sistema de segurança bancário.

Nesse ponto, o autor e a segunda ré carregaram cópias de depoimentos testemunhais prestados no processo n. 790/10, a serem utilizados como prova emprestada.

O exame da prova falada permite a constatação de que a reclamada, através da funcionária Marli, tinha conhecimento da senha numérica dos empregados. Esse fato, por si só, constitui ato ilícito e, conseqüentemente, é passível de condenação por danos morais. Veja que a tomadora de serviços chega a alegar em sua defesa que a empresa fornece à CEF os 04 últimos números do CPF.

O fato de o reclamante não ter percebido movimentação financeira a cargo de terceiros em sua conta não altera a violação da privacidade.

Ademais, a reclamada impôs aos empregados a abertura de conta bancária em agência localizada em outra cidade, Belo Horizonte, conforme se depreende do depoimento da testemunha Antônio Márcio França Fonseca, ouvida a rogo da primeira reclamada por carta precatória, o que gerou toda a confusão.

A indenização por danos morais, a qual, a um só tempo, é um lenitivo para o sofrimento experimentado pelo ofendido no seu íntimo e uma punição à autora do dano para que não torne a incorrer no mesmo ilícito, não pode ser tão elevada a ponto de configurar o enriquecimento sem causa e incentivar a indústria da indenização, nem tão irrisória de modo a compensar a prática da conduta danosa.

Portanto, levando-se em conta esses referenciais e ainda, sem perder de vista a condição econômica da autora do dano e a gravidade de sua conduta, arbitra-se a indenização pelos danos morais em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Tem-se o valor acima como hábil a compensar as agruras morais sofridas pelo demandante e de fazer entender à empregadora que deve cumprir suas obrigações e deveres, servindo ainda como alerta para que não incorra novamente no ilícito praticado.

O autor persegue a responsabilização subsidiária da tomadora dos seus serviços, a segunda reclamada.

A questão da responsabilidade da Administração Pública, nos casos de terceirização de mão de obra, deve ser analisada agora à luz da decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade número 16 pelo Supremo Tribunal Federal, em 24.11.2010. Por votação majoritária, aquela Suprema Casa declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo legal prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Entretanto, a despeito da declaração de constitucionalidade do artigo 71 e seu § 1º da mencionada Lei, como vem sendo divulgado na própria página eletrônica do STF, houve consenso no sentido de que a Justiça do Trabalho não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Com efeito, ao contratar uma empresa prestadora de serviços, a contratante tem o dever de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que é o beneficiário direto dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizado subsidiariamente pelo dano causado aos trabalhadores, por ocorrência de culpa *in*

vigilando (ausência de fiscalização), nos termos dos artigos 186 e 927 do CCb.

A Administração Pública não está isenta do dever de fiscalizar a empresa contratada. Pelo contrário, a ela está obrigada por força do artigo 67 da Lei n. 8.666/93, que determina que o administrador exija da empresa contratada a comprovação mensal dos registros dos funcionários e o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, cabendo à Administração Pública, em decorrência da inexecução do contrato, aplicar sanções à contratada, como a suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (incisos III e IV do artigo 87 da Lei de Licitações).

No presente caso, a segunda reclamada contratou a primeira para prestação de serviços de manutenção de imóveis e instalações prediais e, posteriormente, houve descumprimento de diversas obrigações trabalhistas por parte da contratada (primeira reclamada), devendo a segunda ré responder subsidiariamente pelo inadimplemento, uma vez que se beneficiou diretamente da força de trabalho do autor e foi omissa quanto ao seu dever de fiscalizar.

A culpa da segunda reclamada está cabalmente demonstrada pelos documentos de f. 58/59 e 60/73, não impugnados. Estes últimos trata-se de relatório final da comissão instalada pela UFV para avaliação e parecer sobre a execução dos contratos mantidos com a primeira reclamada. Desse relatório se extrai que foram constatadas diversas irregularidades, tais como atrasos de pagamento de salários, inobservância de pisos salariais previstos em instrumentos coletivos e até mesmo do salário mínimo legal, desvios de função, reclamações constantes quanto ao tratamento dispensado pela terceirizada aos funcionários, falta de isonomia quanto à concessão de vales-transporte, falta de concessão e pagamento de férias.

Os depoimentos a seguir mencionados encontram-se registrados no relatório da comissão instalada pela segunda reclamada constante de f. 60/73.

O depoimento do Sr. Alexandre Signorelli, procurador da primeira reclamada, prestado à referida comissão revelou, entre outras coisas, que a UFV tem demorado até seis ou oito meses para liberar valores pleiteados; que a UFV mantém ingerência nas contratações de funcionários da empresa terceirizada, inclusive solicitando emprego para parentes e amigos; que os desvios de função foram denunciados oficiosamente ao gestor do contrato e ao procurador da UFV.

Por sua vez, o gestor do contrato, Sr. Luiz Antônio Gomes, também prestou depoimento à comissão da UFV, afirmando que não foi orientado acerca de suas responsabilidades como gestor; que a UFV não dá nenhum suporte aos gestores; que tem conhecimento dos desvios de função de funcionários da HL (primeira ré) na UFV em grande parte provocados pelos interesses da Universidade, muitas vezes solicitados por administradores e atendidos por encarregados.

Também o ex-gestor do contrato, Sr. Natalino Guilherme Ferreira, relata que não recebeu nenhuma informação básica do que é ser gestor ou que tenha sido treinado para tal e que apenas assumiu por ter sido indicado e a título de colaboração; que infelizmente as providências por ele exigidas e que foram encaminhadas à Procuradoria da UFV, em que o Procurador Frederico Pena Leal, às vezes, não tomava as providências que o caso requeria, dificultando a gestão que o processo requeria; que, ao exercer o cargo de gestor, não se encontrava

preparado para fazê-lo; que tem conhecimento de vários desvios de função dos funcionários da HL prestando serviço dentro da UFV e que essa situação é do conhecimento de ambas as partes. O Sr. Júlio Mário de Magalhães, ex-presidente da comissão de licitação e chefe do serviço de licitação, afirmou, entre outras coisas, que os gestores nomeados para acompanhar processo deveriam passar por um treinamento específico para tal.

Já, em meados de 2009, a segunda reclamada tomou conhecimento que "foi detectada uma falha primordial referente à saúde financeira da empresa, que, conforme afirmado em vários depoimentos, inclusive pelo próprio procurador da empresa, Sr. Alexandre Signorelli, ela não possui reservas capazes de lhe garantir honrar seus compromissos de salários e encargos sociais de seus funcionários, se não houver o imediato repasse financeiro por parte da contratante." (*Breves comentários sobre a instrução do processo* - f. 70).

Por fim, a comissão fez recomendações à Procuradoria da UFV (f. 72-verso), entre as quais estão compromisso de ajuste de conduta da prestadora de serviços (primeira ré), abstenção de ingerências no pessoal das empresas terceirizadas, salvo as acordadas; criação de curso de treinamento de gestores, qualificando-os para essa tão importante tarefa, e de um conselho de gestores; aperfeiçoamento dos editais de pregões e contratos, de forma a tornar mais claras as condições que possam levar a um rompimento imediato de contrato, bem como as responsabilidades sociais por parte da empresa contratada.

E infelizmente não há prova, sequer notícia, de que a segunda reclamada tenha tomado as providências recomendadas ou qualquer outra que pudesse evitar que, um ano depois (meados de 2010), a situação se tornasse uma calamidade, com a dispensa de mais de duzentos funcionários, sem o devido pagamento das verbas trabalhistas, além de outras irregularidades, e que a situação tornasse a se repetir com as novas empresas contratadas, fato de conhecimento deste juízo.

A segunda reclamada foi conivente com situação irregular da sua prestadora de serviços, ao deixar de treinar gestores, desatender às solicitações dos gestores, promover ingerência na contratação e lotação de pessoal terceirizado com o fito de beneficiar parentes e amigos, enfim tomar medidas enérgicas que assegurassem a preservação da dignidade humana dos trabalhadores que lhe prestavam serviços, bem como ao não implementar as salutares recomendações da comissão implantada com a finalidade de por cobro a essa situação tão reprovável e indesejável do ponto de vista social e jurídico e que parece não ter fim e não terá, se o intérprete do direito não tiver um olhar mais atento e responsável para a questão.

Com efeito, os entes da Administração Pública não estão isentos de responsabilidade pelo fato de a prestadora de serviços ter participado do processo licitatório. Não! O seu dever não termina no momento que finaliza o processo licitatório.

Nesse sentido está a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NÃO VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (SÚMULA VINCULANTE N. 10). A decisão que atribui a responsabilidade

subsidiária do Estado, pelo inadimplemento contratual pela prestadora, não gera violação da cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante n. 10), porque não afasta a incidência da norma inserta no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Ainda que seja declarada a constitucionalidade do referido dispositivo, pela ADC em tramitação no STF, não haverá implicações para a responsabilização subsidiária da Administração, porque a interpretação do artigo em comento deve estar restrita a seu âmbito de aplicação, o que fica muito claro, após a interpretação sistemática da ordem jurídica, inclusive no que tange à função social dos contratos administrativos. Não coube à Lei n. 8.666/93 dispor sobre a responsabilidade pelo pagamento dos créditos sonegados dos trabalhadores que executaram o serviço em prol do interesse público. O escopo da Lei de Licitações, expresso em seu preâmbulo, é regulamentar o art. 37, inciso XXI, da CR/88 e instituir normas para licitações e contratos com a Administração Pública, ou seja, regular a relação do Poder Público contratante com a empresa contratada. Da mesma forma, ao exame da função social dos contratos firmados pela Administração, que eles buscam o atendimento do interesse público, da forma que melhor realiza o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88). E, como decorre da própria Lei de Licitações, a contratação de terceiros para realização de serviços públicos se destina, entre outros, a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, o que só se compreende se for selecionada empresa que cumpra o contrato, em todos os termos pactuados, inclusive no que tange ao pagamento dos créditos trabalhistas, já que não condiz com a função gestora do Estado pactuar com particulares, em desfavor do interesse público, nele incluída a justa contraprestação a quem trabalha em prol do desenvolvimento social. Afinal, se a contratação de terceiros servir para institucionalização do calote aos trabalhadores que desempenham os serviços públicos, onde está a vantagem para a Administração? (0000923.35.2010.5.03.0012 - RO - 1ª TURMA - RELATOR: MANUEL CÂNDIDO RODRIGUES - PUBLICADO EM 05.11.2010)

Cumpra ainda esclarecer que a responsabilidade do tomador é ampla e irrestrita, incluindo as verbas rescisórias e multas aplicadas. Assim, como decorre da culpa *in vigilando* da tomadora dos serviços, bem como daqueles aspectos acima referidos, deve esta última responder por todas as obrigações trabalhistas de caráter pecuniário que foram objeto de inadimplemento por parte da empregadora.

Esclareça-se que o disposto no parágrafo único do art. 467 da CLT, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, é aplicável apenas na hipótese em que os entes públicos ali mencionados ostentarem a condição de empregador, não servindo para a finalidade de afastar a sua responsabilidade quando forem tomadores de serviço e incorrerem em culpa *in vigilando*, caso dos presentes autos.

Portanto, declara-se a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada para responder pelas obrigações de pagar, fixadas nesta decisão.

Deferem-se ao reclamante os benefícios da gratuidade de justiça, diante da declaração de miserabilidade jurídica contida nos autos, arrimo no § 3º do art. 790 da CLT.

Sobre os valores apurados em liquidação de sentença incide correção monetária, na forma prevista na Súmula n. 381 do Colendo TST. A atualização do FGTS seguirá a Orientação Jurisprudencial n. 302 da SDI-I do TST. Em qualquer

caso, incidirão juros de mora de 1% ao mês, a partir da propositura da presente demanda, aplicados na forma determinada na Súmula n. 200 do TST.

Observar-se-ão, entretanto, as regras previstas no art. 100 da Constituição da República e no art. 87 do ADCT, para a execução da segunda reclamada.

Em face das irregularidades cometidas pelas rés e apuradas neste processo, após o trânsito em julgado, expeçam-se ofícios à Superintendência Regional do Trabalho, ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público Federal, ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas da União, para as providências cabíveis, com cópia desta sentença, informando-se os CNPJs e os endereços das reclamadas.

3 - DISPOSITIVO

Isso posto, o Juízo da Vara do Trabalho de Ponte Nova - MG - Posto Avançado de Viçosa - resolve, nos termos da fundamentação supra, que integra este *decisum*, afastar a preliminar arguida, extinguir o feito com exame do mérito em relação aos pedidos de entrega das guias TRCT, chave de conectividade e de anotação de saída na CTPS, a teor do disposto no inciso II do art. 269 do CPC; afastar a prescrição e julgar PROCEDENTES, EM PARTE, os demais pedidos aviados por JÚLIO CÉSAR SOARES em face da HIPER LIMPE CONSERVAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. e UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA, para condenar as reclamadas, a segunda de forma subsidiária, a pagar ao autor, em oito dias, conforme se apurar em liquidação de sentença, as seguintes parcelas:

1. aviso prévio indenizado;
2. férias integrais do período de 2009/2010 enriquecidas com 1/3;
3. 3/12 de férias proporcionais acrescidas de um terço, já incluída a projeção do aviso prévio;
4. 6/12 de natalinas proporcionais de 2010, já incluída a projeção do aviso prévio;
5. indenização do FGTS de todo o contrato acrescido da multa de 40%, autorizada a dedução do valor levantado por meio de alvará;
6. multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT no importe de um salário mensal do reclamante;
7. penalidade prevista no artigo 467 da CLT, em montante equivalente a 50% sobre o valor do aviso prévio indenizado, natalinas, férias acrescidas de um terço e multa de 40% sobre o FGTS;
8. diferenças salariais, durante o contrato de trabalho, porém limitadas ao período de 01 de junho de 2008 a 31 de dezembro de 2010;
9. multa convencional estabelecida pela cláusula quinquagésima da mesma CCT, em valor equivalente a um dia de salário do autor;
10. adicional de insalubridade, em grau médio (20%), durante todo o contrato de trabalho, com repercussões do adicional de insalubridade em natalinas, férias mais um terço, aviso prévio indenizado e FGTS mais 40%;
11. indenização de quatro vales-transporte por dia de trabalho, observando o valor de R\$1,50 por vale, durante o contrato de trabalho, autorizado o desconto da parcela devida pelo reclamante, por força de lei;
12. indenização pelos danos morais em R\$10.000,00 (dez mil reais).

O reclamante deverá comprovar nos autos o valor levantado a título de FGTS, em cinco dias, para fim de dedução.

Condena-se a primeira ré a retificar os registros da CTPS do autor para constar a função de pintor - oficial I e a variação salarial prevista nas CCTs no mesmo cargo, no prazo de cinco dias a contar da intimação específica a ser expedida após trânsito em julgado, sob pena de fazê-lo a Secretaria da Vara.

Concedem-se ao autor os benefícios da gratuidade de justiça.

Os demais pedidos são improcedentes.

Incidem correção monetária e juros, na forma explicitada na fundamentação.

A reclamada recolherá as contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas de natureza salarial deferidas, comprovando a operação nos autos, no prazo legal, sob pena de execução, nos termos do disposto no inciso VIII do art. 114 da CF/88. Procederá ainda à retenção e recolhimento do IRRF, comprovando nos autos, no prazo legal, sob as penas da lei, nos termos da Consolidação de Provimentos do Colendo TST.

Autorizam-se as deduções previdenciárias e fiscais a cargo do obreiro.

Em atendimento ao disposto no § 3º do art. 832 da CLT, declaram-se de natureza indenizatória as seguintes parcelas: aviso prévio indenizado, férias integrais e proporcionais com 1/3, FGTS mais 40%; indenização por danos morais; indenização do vale-transporte; multa convencional; reflexos de adicional de insalubridade em FGTS mais 40%, aviso prévio indenizado e férias indenizadas com 1/3.

Expeçam-se ofícios, conforme fundamentos.

Intime-se a União, ao final (§ 5º do art. 832 da CLT).

Custas no importe de R\$800,00, calculadas sobre R\$40.000,00, valor da condenação, pelas reclamadas, isenta a segunda, nos termos do inciso I do art. 790-A da CLT.

Oportunamente, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Câmara Recursal de Juiz de Fora para o reexame necessário.

Cientes o autor e a segunda ré.

Intime-se a primeira reclamada por edital.

Encerrou-se.

- **ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES ESPECIALIZADAS DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT DA 3ª REGIÃO**
- **SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO**

ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA 1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI) DO TRT DA 3ª REGIÃO

01 - PREVENÇÃO. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.

Para os fins do artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil, considerar-se-á prevento o juízo onde se processou a desistência da ação, seu arquivamento ou a extinção do processo sem exame do mérito. PUBLICAÇÃO: DJMG 17.07.2004, 20.07.2004 e 21.07.2004; DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

02 - MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DINHEIRO OU CRÉDITO. CABIMENTO.

Penhora, bloqueio ou qualquer outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou de crédito é passível de exame por meio de mandado de segurança. PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

03 - MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DINHEIRO OU CRÉDITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL PELO RELATOR. POSSIBILIDADE.

Ainda que verificada penhora, bloqueio ou outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou crédito (OJ n. 02/1ª SDI/TRT da 3ª Região), poderá o relator indeferir, de plano, o processamento do mandado de segurança, caso detectado defeito processual grave ou seja manifestamente incabível o pedido. PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

04 - MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXAME DO MÉRITO. POSSIBILIDADE.

Em face do disposto no art. 8º da Lei n. 1.533/51, pode o juiz relator, no exame da admissibilidade do processamento do mandado de segurança, verificar, além de outros requisitos formais, a existência de direito líquido e certo do impetrante, bem como a existência de ilegalidade do ato impugnado ou de abuso de poder da autoridade impetrada. PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

05 - BEM PENHORADO. REMOÇÃO. POSSIBILIDADE.

Em face do que dispõem os arts. 765 e 878 da CLT, o juiz da execução pode determinar a remoção do bem penhorado, a requerimento do credor, e até mesmo de ofício (CPC, art. 666). PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

06 - SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. POSSIBILIDADE.

Em face do que dispõem os arts. 765, 878 e 889 da CLT, e o art. 15, II, da Lei n. 6.830/80, o juiz da execução pode determinar a substituição dos bens indicados à penhora ou penhorados, principalmente por dinheiro, até mesmo de ofício, respeitada, em caso de execução provisória, a restrição quanto à penhora de dinheiro. PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

- 07 - MANDADO DE SEGURANÇA. VALOR DA CAUSA. INALTERABILIDADE.**
O valor dado à causa pelo autor não pode sofrer modificação, uma vez que a ação mandamental não se insere na regra contida no art. 259 do CPC, mas, sim, naquela estabelecida no art. 258, porquanto, na maioria das vezes, não tem conteúdo econômico imediato.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 08 - MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE CONTA BANCÁRIA. VALORES RESULTANTES DE SALÁRIO OU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.**
Fere direito líquido e certo da pessoa física impetrante a determinação de penhora ou bloqueio de valores existentes em sua conta bancária, quando resultantes de salário ou benefício previdenciário, por lei considerados absolutamente impenhoráveis (incisos IV e VII do artigo 649 do CPC).
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 09 - MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE AUTORIDADES COATORAS. NÃO CABIMENTO.**
Em caso de multiplicidade de processos ajuizados contra devedor comum, não se processa mandado de segurança único impetrado contra atos praticados por Juízes de Varas do Trabalho distintas, por ensejar incabível litisconsórcio passivo de autoridades coatoras, ainda que impugnada penhora, bloqueio ou outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou crédito.
PUBLICAÇÃO: DJMG 04.08.2007, 08.08.2007 e 09.08.2007
- 10 - MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO NO CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS (CNIS).**
Na esteira da OJ 57 da SBDI-II do TST, conceder-se-á mandado de segurança para cassar ato judicial trabalhista que determina ao INSS o registro da data de início e/ou de término do contrato de trabalho no CNIS.
PUBLICAÇÃO: DEJT/TRT3 10.09.2010, 13.09.2010 e 14.09.2010

ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA 2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI) DO TRT DA 3ª REGIÃO

01 - NOTIFICAÇÃO POSTAL. PROVA DO NÃO RECEBIMENTO.

Em face da presunção referida na Súmula n. 16/TST, cabe ao destinatário comprovar o não recebimento da notificação postal, ainda que tenha sido remetida sem comprovação do SEED.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURAÇÃO SEM ESPECIFICAÇÃO DE PODERES PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. JUNTADA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA PARA A RECLAMATÓRIA.

Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando o autor, instado a juntar a procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ação rescisória, deixa de fazê-lo, remanescendo nos autos, tão-somente, a procuração com poderes para o foro em geral conferida na ação cuja sentença se pretende rescindir.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

03 - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. NULIDADE DA SENTENÇA RESCINDENDA POR VÍCIO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a sentença rescindenda que declara a competência da Justiça do Trabalho para instruir e julgar as ações sobre indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a Constituição Federal de 1988, considerando principalmente que a matéria era controvertida.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

04 - AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE.

É desnecessária a juntada de certidão de trânsito em julgado, quando se pretende rescindir a própria sentença homologatória do acordo.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO

- 01 - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE - PARCELAS SALARIAIS. (CANCELADA)**
Aplica-se o índice após o 5º (quinto) dia útil do mês seguinte ao trabalho. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 124 da Seção de Dissídios Individuais - Subseção I do E. Tribunal Superior do Trabalho.
(Res. Adm. n. 199/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 89/2005, 05.08.2005 - DJMG de 11,13 e 17.08.2005)
- 02 - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - HORAS EXTRAS. (RETIFICADA)**
Independentemente da forma de contratação do salário, as horas trabalhadas, além da 6ª (sexta) diária, no turno ininterrupto de revezamento, devem ser pagas tomando-se o valor do salário-hora, apurado pelo divisor 180 (cento e oitenta) e acrescidas do adicional de horas extras.
(Res. Adm. n. 200/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
PUBLICAÇÃO: DEJT/TRT3 15.09.2011, 16.09.2011 e 19.09.2011
- 03 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. (CANCELADA)**
A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho. Permanecendo o empregado trabalhando forma-se novo contrato, que não se comunica com aquele anterior, extinto pela jubilação.
(Res. Adm. n. 201/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 181/2006, 15.12.2006 - DJMG de 20, 21 e 23.12.2006 e 16.01.2007)
- 04 - HORA NOTURNA REDUZIDA - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO.**
É devida a redução da hora noturna em turnos ininterruptos de revezamento.
(Res. Adm. n. 202/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
- 05 - INTERVALO PARA ALIMENTAÇÃO E DESCANSO NÃO GOZADO.**
O intervalo para alimentação e descanso não concedido, ainda que não tenha havido elástico da jornada, deve ser remunerado como trabalho extraordinário, com o adicional de 50% (cinquenta por cento). Inteligência do art. 71, § 4º da Consolidação das Leis do Trabalho.
(Res. Adm. n. 203/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)

06 - HORAS EXTRAS - COMPENSAÇÃO.

É válido o acordo individual para compensação de horas extras, desde que observada a forma escrita. Inteligência do art. 7º, XIII da Constituição da República.

(Res. Adm. n. 204/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)

07 - PETROBRÁS - PETROS - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PL/DL 1971/82.

Não compõe a base de cálculo do salário contribuição, para fins de complementação de aposentadoria devida pela PETROS, a parcela de participação nos lucros que, por força do Decreto-lei 1.971, de 30.11.1982, passou a ser paga pela PETROBRÁS, mês a mês, sob a rubrica "PL/DL 1971/82".

(Res. Adm. n. 12/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 15, 21, 22 e 23.03.2001)

08 - HORAS EXTRAS - MINUTOS - CARTÕES DE PONTO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 23 DA SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - PROVA EM CONTRÁRIO PELO EMPREGADOR. (CANCELADA)

Inaplicável é a Orientação Jurisprudencial 23, da Seção de Dissídios Individuais do E. Tribunal Superior do Trabalho, quando o empregador demonstra, por qualquer meio de prova, que o empregado não se encontra trabalhando ou à sua disposição.

(Res. Adm. n. 34/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 177/2004, 10.12.2004 - DJMG de 16, 17 e 18.12.2004)

09 - MINERAÇÃO MORRO VELHO LTDA. - ACORDO COLETIVO - VALIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - TEMPO DE EXPOSIÇÃO. (CANCELADA)

Dá-se validade à cláusula do acordo coletivo firmado entre a Mineração Morro Velho Ltda. e a categoria profissional, que limita o pagamento do adicional de periculosidade ao tempo de exposição ao agente perigoso.

(Res. Adm. n. 35/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 205/2011 - DEJT de 17, 18 e 19.11.2011)

10 - TELEMAR - HORAS EXTRAS - BASE DE CÁLCULO - ANUÊNIOS.

Para fins de apuração do valor das horas extras, os anuênios pagos pela TELEMAR compõem a base de cálculo do salário hora normal.

(Res. Adm. n. 36/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

11 - TELEMAR - CESTA BÁSICA - NATUREZA INDENIZATÓRIA.

Ao custo compartilhado e não fixando a norma coletiva a natureza jurídica da "cesta básica" paga pela TELEMAR a seus empregados, não detém essa parcela caráter salarial, não se integrando aos salários para nenhum fim legal.

(Res. Adm. n. 47/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 31.05.2001, 01 e 02.06.2001)

- 12 - RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA - APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º DA CLT. (CANCELADA)**
Mesmo havendo séria controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e sendo este reconhecido apenas em Juízo, aplica-se ao empregador a multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias.
(Res. Adm. n. 60/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16, 17 e 18.05.2002)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 68/2007, 23.08.2007 - DJMG de 30 e 31.08.2007 e 01.09.2007)
- 13 - HONORÁRIOS PERICIAIS - JUSTIÇA GRATUITA. (CANCELADA)**
A Gratuidade Judiciária concedida à parte considerada pobre em sentido legal não abrange os honorários periciais por ela eventualmente devidos.
(Res. Adm. n. 96/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 03, 04 e 05.07.2002)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 159/2002, 24.10.2002 - DJMG 01, 05 e 06.11.2002)
- 14 - PRESCRIÇÃO - INTERRUÇÃO - AJUIZAMENTO ANTERIOR DE AÇÃO.**
A interrupção da prescrição pelo ajuizamento anterior de demanda trabalhista somente produz efeitos em relação às pretensões referentes aos direitos postulados naquela ação.
(Res. Adm. n. 97/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 03, 04 e 05.07.2002)
- 15 - EXECUÇÃO - DEPÓSITO EM DINHEIRO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS.**
A responsabilidade do executado pela correção monetária e juros de mora incidentes sobre o débito exequendo não cessa com o depósito em dinheiro para garantia da execução, mas sim com o seu efetivo pagamento.
(Res. Adm. n. 137/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 20, 21 e 24.09.2002)
- 16 - MULTA DE 40% DO FGTS - DIFERENÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.**
O empregador é responsável pelo pagamento da diferença da multa de 40% do FGTS decorrente da aplicação sobre o saldo da conta vinculada dos índices inflacionários expurgados pelos Planos Econômicos do Governo Federal e reconhecidos ao trabalhador após a rescisão contratual.
(Res. Adm. n. 93/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 04, 05 e 06.06.2003)
- 17 - MULTA DE 40% DO FGTS - DIFERENÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - PLANOS ECONÔMICOS - PRESCRIÇÃO - PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.**
O prazo da prescrição para reclamar diferença da multa de 40% do FGTS, em decorrência dos expurgos inflacionários, conta-se do reconhecimento ao empregado do direito material pretendido (complementos de atualização monetária do FGTS), seja por decisão judicial transitada em julgado, seja pela edição da Lei Complementar n. 110/01. Irrelevante a data da rescisão contratual.
(Res. Adm. n. 189/2003/TRT 3ª R./STP. DJMG de 30.09, 01 e 02.10.2003)

18 - TELEMAR NORTE LESTE S/A - REDES DE TELEFONIA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - LEI N. 7.369/85.

O trabalho habitualmente desenvolvido em redes de telefonia não integrantes do sistema elétrico de potência, mas próximo a este, caracteriza-se como atividade em condições de periculosidade, nos termos do Decreto n. 93.412/86.

(Res. Adm. n. 218/2003/TRT 3ª R./STP. DJMG de 05, 06 e 07.11.2003)

19 - EMPREGADO DOMÉSTICO - FÉRIAS PROPORCIONAIS - ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

As férias são um direito constitucional do empregado doméstico, sendo-lhe aplicáveis as disposições da CLT que preveem o seu pagamento proporcional.

(Res. Adm. n. 217/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 05.11.2003, Rep. DJMG 06, 07 e 08.11.2003)

20 - INTERVALO INTRAJORNADA - REDUÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - VALIDADE. (CANCELADA)

É válida a redução, mediante negociação coletiva, do intervalo mínimo para repouso e alimentação previsto no artigo 71, *caput*, da CLT.

(Res. Adm. n. 249/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 17, 18 e 19.12.2003)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 106/2004, 06.08.04 - DJMG de 11,13 e 14.08.2004)

21 - INTERVALO INTRAJORNADA - DURAÇÃO - HORAS EXTRAS. (CANCELADA)

A duração do intervalo intrajornada para repouso e alimentação é determinada pela jornada legal ou contratual do empregado, independentemente da prestação de horas extras.

(Res. Adm. n. 32/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 02, 03 e 04.03.2004)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT3/STPOE n. 54/2010 - DEJT/TRT3 17, 24, 29 e 30.06.2010)

22 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXECUÇÃO - COMPETÊNCIA - VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO EM SENTENÇA OU ACORDO JUDICIAL. (CANCELADA)

Reconhecido o vínculo de emprego em juízo, a competência da Justiça do Trabalho para executar a contribuição previdenciária abrange todo o período contratual objeto da decisão judicial, não se restringindo às parcelas salariais constantes da condenação ou acordo.

(Res. Adm. n. 178/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 162/2005, 09.12.2005 - DJMG de 15, 16 e 17.12.2005)

23 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - BASE DE CÁLCULO - ACORDO JUDICIAL FIRMADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA - PROPORCIONALIDADE COM OS PEDIDOS INICIAIS.

A fixação das parcelas integrantes do acordo judicial constitui objeto de negociação, em que as partes fazem concessões recíprocas para a solução do litígio. Inexigível, para fins de cálculo da contribuição previdenciária, a observância de proporcionalidade entre as verbas acordadas e as parcelas salariais e indenizatórias postuladas na inicial, sendo possível que apenas parte do pedido seja objeto da avença.

(Res. Adm. n. 179/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)

24 - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS - EXECUÇÃO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ART. 114 DA CR/1988.

A Justiça do Trabalho é incompetente para executar as contribuições arrecadadas pelo INSS, para repasse a terceiros, decorrentes das sentenças que proferir, nos termos do art. 114 da Constituição da República.

(Res. Adm. n. 180/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)

25 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCLUSÃO NO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

A comprovada inclusão do débito previdenciário exequendo no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei 9.964/00, extingue a sua execução na Justiça do Trabalho.

(Res. Adm. n. 110/2005/TRT 3ª R./STP, DJMG de 21,22 e 23.09.2005)

26 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. (CANCELADA)

Não são cabíveis honorários advocatícios em favor do Sindicato vencedor da ação, nos termos da Lei n. 5.584/70, quando figurar como substituto processual.

(Res. Adm. n. 67/2007/TRT 3ª R./STPOE, DJMG de 30 e 31.08.2007 e 01.09.2007)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 172/2011 - DEJT de 15, 16 e 19.09.20011)

27 - INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO - CONCESSÃO PARCIAL - PAGAMENTO DO PERÍODO INTEGRAL.

A concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo gera para o empregado o direito ao pagamento, como extraordinário, da integralidade do período destinado ao repouso e alimentação, nos termos do § 4º do artigo 71 da CLT e da Orientação Jurisprudencial n. 307 da SBDI-1/TST.

(Res. Adm. n. 108/2007/TRT 3ª R./STPOE, DJMG de 31.10.2007, 01 e 06.11.2007)

28 - PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL/PREVIDENCIÁRIO - LEIS N. 10.522/02, 10.684/03 E MP N. 303/06 - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

A comprovada inclusão do débito executado em parcelamento instituído pelas Leis n. 10.522/02, 10.684/03 e Medida Provisória n. 303/06 enseja a extinção de sua execução na Justiça do Trabalho.

(Res. Adm. n. 91/2009/TRT 3ª R./STPOE, DEJT 12, 13 e 14.08.2009)

29 - JORNADA DE 12 X 36 - ADICIONAL NOTURNO - SÚMULA N. 60, II, DO TST.

No regime acordado de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, é devido o adicional noturno sobre as horas laboradas após as 5h da manhã, ainda que dentro da jornada normal, em sequência ao horário noturno cumprido, nos termos do item II da Súmula n. 60 do TST.

(Res. Adm. n. 134/2009/TRT 3ª R. / DEJT 10, 11 e 12.011.2009)

30 - MULTA DO ART. 475-J DO CPC. APLICABILIDADE AO PROCESSO TRABALHISTA.

A multa prevista no artigo 475-J do CPC é aplicável ao processo do trabalho, existindo compatibilidade entre o referido dispositivo legal e a CLT.

(Res. Adm. n. 135/2009/TRT 3ª R. / DEJT 10, 11 e 12.11.2009)

31 - PENHORA - VEÍCULO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.

Não se admite, no processo do trabalho, a penhora de veículo gravado com ônus de alienação fiduciária.

(Res. Adm. n. 99/2010/TRT 3ª R. / DEJT/TRT3 15, 16 e 19.07.2010)

32 - LITISPENDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO INDIVIDUAL. CONFIGURAÇÃO.

A ação coletiva ajuizada pelo substituto processual induz litispendência para a ação individual proposta pelo substituído com o mesmo pedido e causa de pedir.

(Res. Adm. n. 143/2010/TRT 3ª R. / DEJT/TRT3 14, 15 e 18.10.2010)

ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

- AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO - MEIO DE AMBIENTE DE TRABALHO - GESTÃO DE ITENS DE SAÚDE E SEGURANÇA OCUPACIONAL - ABUSO DE DIREITO - BOA-FÉ OBJETIVA
Valmir Inácio Vieira 339
- *DUMPING* SOCIAL - ACIDENTE DE TRABALHO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - CORRESPONSABILIDADE DA SEGURADORA
Marcel Lopes Machado 408
- EMPREGADA DOMÉSTICA - IRREGULARIDADE DE REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS AO INSS - BENEFÍCIO APOSENTADORIA INDEFERIDO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS
Geraldo Magela Melo 418
- EQUIPARAÇÃO SALARIAL - PROVA - DIFERENÇA SALARIAL E REFLEXOS
Ronaldo Antônio Messeder Filho 428
- JUSTA CAUSA - TRABALHADORA ACUSADA DE BEIJAR COLEGAS NO LOCAL DE TRABALHO
Adriano Antônio Borges 432
- LEI N. 11.770/2008 - PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE - AUTARQUIA FEDERAL ESPECIAL
Wilméia da Costa Benevides 436
- MOTORISTA - JUSTA CAUSA - NÃO CONFIGURAÇÃO
Newton Gomes Godinho 441
- RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MATERIAIS E MORAIS
Carla Cristina de Paula Gomes 449
- RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO
Rosângela Alves da Silva Paiva 459

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

- AÇÃO CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ORDINÁRIO
- AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS
Márcio Ribeiro do Valle 301

- DANO MORAL - PESSOA JURÍDICA - LESÃO À HONRA OBJETIVA DA
EMPRESA
Maria Cristina Diniz Caixeta 309

- DIREITOS AUTORAIS - “NAMETONES” - RINGTONES - INDENIZAÇÃO
POR DANOS MORAIS
Anemar Pereira Amaral 317

- EMPREGADO PÚBLICO - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA -
MOTIVAÇÃO DO ATO
Denise Alves Horta 326

- PENHORA SOBRE BENS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA
PROFISSÃO
Vitor Salino de Moura Eça 331

