

ISSN 0076-8855

50
anos

Arquivo Museu Abílio Barneto - Reprodução Bethi Sánchez



1ª sede da Justiça do Trabalho da 3ª Região - 1941/1943 - Av. João Pinheiro, 276

REVISTA

do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região

n. 91

janeiro a junho de 2015



CONSELHO EDITORIAL

Desembargador JÚLIO BERNARDO DO CARMO- **Presidente do TRT**

Desembargador LUIZ RONAN NEVES KOURY - **2º Vice-Presidente do TRT e
Diretor da EJ**

Juíza MARIA RAQUEL FERRAZ ZAGARI VALENTIM - **Coordenadora
Acadêmica da EJ**

Desembargadora DENISE ALVES HORTA - **Coordenadora da Revista**

Juiz RICARDO MARCELO SILVA - **Coordenador da Revista**

Juiz MARCEL LOPES MACHADO - **Coordenador da Revista**

Juiz LUIZ EVARISTO OSÓRIO BARBOSA - **Coordenador da Revista**

Desembargadora MÔNICA SETTE LOPES

Juíza MARIA CRISTINA DINIZ CAIXETA

Ministro JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro MAURICIO GODINHO DELGADO

Desembargador CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR

Desembargador MÁRCIO TÚLIO VIANA

Desembargadora MARIA LÚCIA CARDOSO DE MAGALHÃES

Desembargador SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA

Juiz ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS

Juíza GISELE DE CÁSSIA VIEIRA DIAS MACEDO

Juíza MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT

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 Nellla
Universita di Roma Tor Vergata

MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II - Panthéon - Assas.



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

ESCOLA JUDICIAL

Secretária

Rejane de Paula Dias

SEÇÃO DA REVISTA

Bacharéis

Isabela Márcia de Alcântara Fabiano

Maria Regina Alves Fonseca

Editoração de texto, Normalização e Diagramação

Patrícia Côrtes Araújo

REDAÇÃO: Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3228-7169
e-mail: revista@trt3.jus.br
escola@trt3.jus.br

CAPA: Patrícia Melin - Secretaria de Comunicação Social

IMPRESSÃO: Global Print Editora Gráfica
globalprinteditora@yahoo.com.br
Telefone: (31) 3198-1100

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região / Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região; n. 1, (1965 -). Belo Horizonte, 1965.

v. 60, n. 91, jan./ jun. 2015

Semestral.

Periodicidade irregular até 1998, a partir do volume 59 de 1999 passa a ser semestral. Disponível também na *internet* (www.trt3.jus.br/escola/revista/apresentacao.htm) a partir do volume 64 de 2004

ISSN 0076-8855

1. Direito do Trabalho - Periódico. 2. Processo trabalhista - Brasil 3. Justiça do Trabalho - Brasil. 4. Jurisprudência trabalhista - Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região).

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

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA TERCEIRA REGIÃO**

BIÊNIO: 2016/2017

Desembargador **JÚLIO BERNARDO DO CARMO**
Presidente

Desembargador **RICARDO ANTÔNIO MOHALLEM**
1º Vice-Presidente

Desembargador **LUIZ RONAN NEVES KOURY**
2º Vice-Presidente

Desembargador **FERNANDO ANTÔNIO VIÉGAS PEIXOTO**
Corregedor

Desembargador **CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR**
Vice-Corregedor

PRIMEIRA TURMA

Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior - **Presidente da Turma**

Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault

Desembargador Emerson José Alves Lage

Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto

SEGUNDA TURMA

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

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros

Desembargador Lucas Vanucci Lins

TERCEIRA TURMA

Desembargador Luís Felipe Lopes Boson - **Presidente da Turma**

Desembargadora Emília Facchini

Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler

Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida

QUARTA TURMA

Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho - **Presidente da Turma**

Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães

Desembargadora Denise Alves Horta

Desembargadora Paula Oliveira Cantelli

QUINTA TURMA

Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal - **Presidente da Turma**

Desembargador Marcus Moura Ferreira

Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes

Desembargador Manoel Barbosa da Silva

SEXTA TURMA

Desembargador Rogério Valle Ferreira - **Presidente da Turma**
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jorge Berg de Mendonça

SÉTIMA TURMA

Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto - **Presidente da Turma**
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Marcelo Lamego Pertence
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

OITAVA TURMA

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle - **Presidente da Turma**
Desembargador Sércio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas

NONA TURMA

Desembargadora Mônica Sette Lopes - **Presidente da Turma**
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos

DÉCIMA TURMA

Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima - **Presidente da Turma**
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires

TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA

Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco - **Presidente da Turma**
Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Juiz Antônio Carlos Rodrigues Filho (convocado)

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo (Presidente)
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem (1º Vice-Presidente)
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury (2º Vice-Presidente)
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto (Corregedor)
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior (Vice-Corregedor)
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador Marcus Moura Ferreira

Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargador Sérgio da Silva Peçanha

SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS COLETIVOS (SDC)

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo - Presidente
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Marcus Moura Ferreira
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

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

Desembargador Jales Valadão Cardoso - Presidente
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Marcelo Lamego Pertence
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos
Desembargador Sérgio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargador Manoel Barbosa da Silva
Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros
Desembargador Lucas Vanucci Lins
Desembargadora Paula Oliveira Cantelli
Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Juiz Antônio Carlos Rodrigues Filho (convocado)

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

Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal - Presidente
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Emerson José Alves Lage

Desembargador Rogério Valle Ferreira
Desembargadora Mônica Sette Lopes
Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho
Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco
Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima
Desembargador Luís Felipe Lopes Boson
Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida
Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires

Diretor-Geral: Ricardo Oliveira Marques

Diretora Judiciária: Telma Lúcia Bretz Pereira

Secretário-Geral da Presidência: Douglas Eros Pereira Rangel

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

CAPITAL

01ª Vara de Belo Horizonte	Paula Borlido Haddad
02ª Vara de Belo Horizonte	João Alberto de Almeida
03ª Vara de Belo Horizonte	Erdman Ferreira da Cunha
04ª Vara de Belo Horizonte	Clarice dos Santos Castro
05ª Vara de Belo Horizonte	Flânio Antônio Campos Vieira
06ª Vara de Belo Horizonte	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
07ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Nascimento dos Santos
08ª Vara de Belo Horizonte	Cristina Adelaide Custódio
09ª Vara de Belo Horizonte	Denise Amâncio de Oliveira
10ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
11ª Vara de Belo Horizonte	Érica Martins Júdice
12ª Vara de Belo Horizonte	Vitor Salino de Moura Eça
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
15ª Vara de Belo Horizonte	Gastão Fabiano Piazza Júnior
16ª Vara de Belo Horizonte	Flávia Cristina Rossi Dutra
17ª Vara de Belo Horizonte	Helder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Leonardo Passos Ferreira
20ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
21ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Márcio José Zebende
24ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
25ª Vara de Belo Horizonte	Maria Tereza da Costa Machado Leão
26ª Vara de Belo Horizonte	Laudenicy Moreira de Abreu
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues
29ª Vara de Belo Horizonte	André Figueiredo Dutra
30ª Vara de Belo Horizonte	
31ª Vara de Belo Horizonte	Marcos César Leão
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Fróes Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Márcio Toledo Gonçalves
34ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
35ª Vara de Belo Horizonte	Marco Túlio Machado Santos
36ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
37ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Espi Cavalcanti
38ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
39ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Alves Viotti
40ª Vara de Belo Horizonte	Denízia Vieira Braga
41ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva

42ª Vara de Belo Horizonte
43ª Vara de Belo Horizonte
44ª Vara de Belo Horizonte
45ª Vara de Belo Horizonte
46ª Vara de Belo Horizonte
47ª Vara de Belo Horizonte
48ª Vara de Belo Horizonte

Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
Jaqueline Monteiro de Lima
Marcos Penido de Oliveira
Antônio Gomes de Vasconcelos
Rodrigo Ribeiro Bueno

Danilo Siqueira de Castro Faria

INTERIOR

1ª Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
2ª Vara de Alfenas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Almenara	Ana Carolina Simões Silveira
Vara de Araçuaí	Anselmo Bosco dos Santos
1ª Vara de Araguari	Christianne de Oliveira Lansky
2ª Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Fabiana Alves Marra
1ª Vara de Barbacena	Anselmo José Alves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
1ª Vara de Betim	June Bayão Gomes Guerra
2ª Vara de Betim	Renata Lopes Vale
3ª Vara de Betim	Daniel Gomide Souza
4ª Vara de Betim	Marcelo Ribeiro
5ª Vara de Betim	Silene Cunha de Oliveira
6ª Vara de Betim	Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Vara de Bom Despacho	Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Vara de Caratinga	Jônatas Rodrigues de Freitas
Vara de Cataguases	Tarcísio Corrêa de Brito
Vara de Caxambu	Agnaldo Amado Filho
Vara de Congonhas	Célia das Graças Campos
Vara de Conselheiro Lafaiete	Rosângela Pereira Bhering
1ª Vara de Contagem	Maritza Eliane Isidoro
2ª Vara de Contagem	Marcelo Oliveira da Silva
3ª Vara de Contagem	Jésser Gonçalves Pacheco
4ª Vara de Contagem	Paulo Emílio Vilhena da Silva
5ª Vara de Contagem	Érica Aparecida Pires Bessa
6ª Vara de Contagem	João Bosco de Barcelos Coura
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Daniela Torres Conceição
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
3ª Vara de Coronel Fabriciano	Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira
Vara de Diamantina	Edson Ferreira de Souza Júnior
1ª Vara de Divinópolis	Marina Caixeta Braga
2ª Vara de Divinópolis	Bruno Alves Rodrigues
1ª Vara de Formiga	André Luiz Gonçalves Coimbra
2ª Vara de Formiga	Marco Antônio Silveira
Vara de Frutal	Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti
1ª Vara de Governador Valadares	Rosângela Alves da Silva Paiva
2ª Vara de Governador Valadares	Renata Batista Pinto Coelho Frões de Aguiar
3ª Vara de Governador Valadares	Geraldo Hélio Leal
Vara de Guanhães	Walder de Brito Barbosa
Vara de Guaxupé	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
1ª Vara de Itabira	Cristiano Daniel Muzzi
2ª Vara de Itabira	Adriano Antônio Borges

Vara de Itajubá	Cláudia Rocha Welterlin
Vara de Itaúna	Valmir Inácio Vieira
1ª Vara de Ituiutaba	Marcel Lopes Machado
2ª Vara de Ituiutaba	Fernando Rotondo Rocha
Vara de Iturama	Alexandre Chibante Martins
Vara de Januária	Neurisvan Alves Lacerda
1ª Vara de João Monlevade	Fabiano de Abreu Pfeilsticker
2ª Vara de João Monlevade	Ronaldo Antônio Messeder Filho
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
Vara de Lavras	Raquel Fernandes Lage
Vara de Manhuaçu	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Monte Azul	Thais Macedo Martins Sarapu
1ª Vara de Montes Claros	Rosa Dias Godrim
2ª Vara de Montes Claros	Júlio César Cangussu Souto
3ª Vara de Montes Claros	Felipe Clímaco Heineck
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	José Ricardo Dily
1ª Vara de Nova Lima	Mauro César Silva
2ª Vara de Nova Lima	Vicente de Paula Maciel Júnior
Vara de Ouro Preto	Graça Maria Borges de Freitas
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	Ézio Martins Cabral Júnior
1ª Vara de Passos	Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
2ª Vara de Passos	Maria Raimunda Moraes
Vara de Patos de Minas	Luiz Carlos Araújo
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
1ª Vara de Pedro Leopoldo	Maria Irene Silva de Castro Coelho
2ª Vara de Pedro Leopoldo	Solange Barbosa de Castro Coura
Vara de Pirapora	Júlio Corrêa de Melo Neto
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Márcio Roberto Tostes Franco
1ª Vara de Pouso Alegre	Ana Paula Costa Guerzoni
2ª Vara de Pouso Alegre	Eliane Magalhães de Oliveira
3ª Vara de Pouso Alegre	Andréa Marinho Moreira Teixeira
Vara de Ribeirão das Neves	Marcelo Moura Ferreira
Vara de Sabará	Orlando Tadeu de Alcântara
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Edmar Souza Salgado
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Adriana Farnesi e Silva
1ª Vara de Sete Lagoas	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Sete Lagoas	Gláucio Eduardo Soares Xavier

3ª Vara de Sete Lagoas
Vara de Teófilo Otoni
Vara de Três Corações
Vara de Ubá
1ª Vara de Uberaba
2ª Vara de Uberaba
3ª Vara de Uberaba
4ª Vara de Uberaba
1ª Vara de Uberlândia
2ª Vara de Uberlândia
3ª Vara de Uberlândia
4ª Vara de Uberlândia
5ª Vara de Uberlândia
6ª Vara de Uberlândia
Vara de Unai
1ª Vara de Varginha
2ª Vara de Varginha
Viçosa

Cleber José de Freitas
Juliana Campos Ferro Lage
Luiz Olympio Brandão Vidal
David Rocha Koch Torres
Cleyonara Campos Vieira Vilela
Henrique Alves Vilela
Karla Santuchi
Flávio Vilson da Silva Barbosa
Marco Aurélio Marsiglia Treviso
Tânia Mara Guimarães Pena
João Rodrigues Filho
Marcelo Segato Moraes
Cristiana Soares Campos
Fernando Sollero Caiaffa
Simey Rodrigues
Henoc Piva
Leonardo Toledo de Resende
Luiz Cláudio dos Santos Viana

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriano Marcos Soriano Lopes
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Gonçalves de Toledo
Alexandre Pimenta Batista Pereira
Alexandre Reis Pereira de Barros
Alfredo Massi
Aline Paula Bonna
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
Anderson Rico Moraes Nery
André Barbieri Aidar
André Vitor Araújo Chaves
Andréa Buttler
Andréa Rodrigues de Moraes
Andressa Batista de Oliveira
Anielly Varnier Comério Menezes Silva
Anna Elisa Ferreira de Resende
Arlindo Cavalaro Neto
Augusto Pessoa de Mendonça e Alvarenga
Camila César Correa
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carlos Adriano Dani Lebourg
Carolina Lobato Goes de Araújo Barroso
Celso Alves Magalhães
Cláudia Eunice Rodrigues
Daniel Chein Guimarães
Daniel Cordeiro Gazola
Daniel Ferreira Brito
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Danusa Almeida dos Santos Silva
Diego Alírio Oliveira Sabino
Ednaldo da Silva Lima
Fábio Gonzaga de Carvalho
Fabrício Lima Silva
Fernanda Cristine Nunes Teixeira
Fernanda Garcia Bulhões Araújo
Fernando Saraiva Rocha
Filipe de Souza Sickert
Flávia Fonseca Parreira Storti
Francisco José dos Santos Júnior
Geraldo Magela Melo
Glauro Rodrigues Becho

Hadma Christina Murta Campos
Haydee Priscila Pinto Coelho de Sant'ana
Helena Honda Rocha
Henrique de Souza Mota
Henrique Macedo de Oliveira
Isabella Silveira Bartoschik
Jane Dias do Amaral
Jéssica Grazielle Andrade Martins
José Barbosa Neto Fonseca Suett
Josias Alves da Silveira Filho
Júnia Márcia Marra Turra
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Lenício Lemos Pimentel
Leonardo Tibo Barbosa Lima
Lilian Piovesan Ponssoni
Liza Maria Cordeiro
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciano José de Oliveira
Luís Henrique Santiago Santos Rangel
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Fernando Gonçalves
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Manuela Duarte Boson Santos
Marcelo Alves Marcondes Pedrosa
Marcelo Marques
Marcelo Palma de Brito
Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Marcos Vinícius Barroso
Maria José Rigotti Borges
Mariana Piccoli Lerina
Marisa Felisberto Pereira
Matheus Martins de Mattos
Melania Medeiros dos Santos Vieira
Murilo Franco Camargo
Natália Azevedo Sena
Nelson Henrique Rezende Pereira
Ordenísio César dos Santos
Osmar Rodrigues Brandão
Patrícia Vieira Nunes de Carvalho
Pedro Mallet Kneipp
Pedro Paulo Ferreira
Priscila Rajão Cota Pacheco
Rafaela Campos Alves
Raíssa Rodrigues Gomide
Renato de Paula Amado
Ricardo Gurgel Noronha

Ricardo Luís Oliveira Tupy
Rodrigo Cândido Rodrigues
Rosério Firmo
Sandra Carla Simamoto da Cunha
Sérgio Silveira Mourão
Sheila Marfa Valério
Simone Soares Bernardes
Sofia Fontes Regueira
Solainy Beltrão dos Santos
Stella Fiúza Cançado
Tatiana Carolina de Araújo
Thaísa Santana Souza Schneider
Thiago Saco Ferreira
Tiago dos Santos Pinto da Motta
Uilliam Frederic D'Lopes Carvalho
Vanderson Pereira de Oliveira
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Verena Sapucaia Silveira Gonzalez
Victor Luiz Berto Salomé Dutra da Silva
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vitor Martins Pombo
Wanessa Mendes de Araújo
Washington Timóteo Teixeira Neto
William Martins

SUMÁRIO

1 DOUTRINA

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER PUNITIVO DO EMPREGADOR X DIREITO DE DEFESA= <i>THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PUNITIVE POWER OF EMPLOYER X RIGHT TO DEFENSE</i> Antônio Álvares da Silva, Geraldo Magela Melo	31
AONU E SEU SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNO: BREVES ANOTAÇÕES Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt	49
A PROVA DO FATO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (C.I.J.): CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL= <i>LA PREUVE DU FAIT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (C.I.J.): CONTRIBUTIONS DU DROIT INTERNATIONAL</i> Tarcísio Corrêa de Brito	65
A RESCISÃO CONTRATUAL COMO PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA CONTRA O EMPREGADO DOENTE Maria Cecília Alves Pinto	93
AUTILIZAÇÃO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA= <i>DOCUMENT USE AS EVIDENCE ELECTRONIC MEDIA</i> Lílian Sandra Soares	99
DEDUÇÃO DO SEGURO NAS INDENIZAÇÕES POR ACIDENTE DO TRABALHO Sebastião Geraldo de Oliveira	113
DEFICIÊNCIA VISUAL E CONCURSO PÚBLICO EM FACE DA SÚMULA N. 377 DO STJ: NECESSIDADE DE REVISÃO= <i>STARE DECISIS NUMBER 377 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: VISUAL IMPAIRMENT AND QUOTAS FOR DISABLED PEOPLE IN PUBLIC SERVICE IN BRAZIL. THE NEED FOR REVISION</i> Yehuda Waisberg, Verena Moura Waisberg	123
DESAFIOS NA ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO NO SETOR PÚBLICO Francisca Eulália Camurça Citó, Meire Divina Pereira Oliveira	131
ENTRE A OBRIGAÇÃO SIMPLES E OATO COMPLEXO: A NATUREZA DA MULTA PREVISTA NO § 8º DO ARTIGO 477 DA CLT= <i>BETWEEN SIMPLE AND COMPLEX OBLIGATION: THE NATURE OF THE PENALTY PROVIDED FOR IN § 8 OF ARTICLE 477 OF CLT</i> Alexandre Pimenta Batista Pereira	145

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E O PROCESSO DO TRABALHO Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Jr.	163
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SEUS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO Luiz Ronan Neves Koury	179
O DIREITO CIVIL E A SUA APLICAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO: ABORDAGEM HISTÓRICA E DOGMÁTICA Angelo Antonio Cabral, Mariana Del Mônico	191
O <i>DUMPING</i> SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO - FORMAS DE COMBATE Enoque Ribeiro dos Santos	209
O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUAS REPERCUSSÕES NA CAPACIDADE CIVIL Taisa Maria Macena de Lima	223
POR UM DIREITO DO TRABALHO DE SEGUNDA GERAÇÃO: TRABALHADOR INTEGRAL E DIREITO DO TRABALHO INTEGRAL Cleber Lúcio de Almeida	235
RAZÃO E CONSCIÊNCIA DO DANO SOCIAL: RELATO LITERÁRIO E HISTÓRICO Jorge Luiz Souto Maior	257
REFLEXOS PSICOSSOCIAIS DAS TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO= <i>PSYCHOSOCIAL EFFECTS OF THE TRANSFORMATION OF WORK</i> Giuseppe Ludovico	283
2 DECISÃO PRECURSORA	313
Decisão proferida no Processo n. 03/0972/99 Juiz Relator: Dr. Mauro César Silva Comentário: Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida	
3 JURISPRUDÊNCIA	327
ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	
4 DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	381
5 ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	417
6 ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	421
NORMAS EDITORIAIS	423

APRESENTAÇÃO

O número 91 da *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* resulta da convergência de duas linhas de trabalho que se complementam ao se encontrarem. Uma é a da orientação administrativa do TRT que se findou em dezembro de 2015, e sob a qual teve início esta edição. Outra é a da atual gestão do Tribunal e da Escola Judicial eleita para o biênio 2016/2017, que lhe deu continuidade.

A Revista permanece com o eixo tradicional de apresentar aos leitores: doutrina substanciosa, de excelência, assinada por professores, juízes, desembargadores e juristas comprometidos com o trabalho produzido, dedicados ao estudo de temas relevantes e de interesse dos que militam na seara jurídica, em especial a trabalhista; decisão precursora, comentada, que antecipa entendimento jurídico posteriormente pacificado; decisões que se destacam pela importância de suas abordagens.

Editada no momento em que o país atravessa sensível crise política, econômica, social e institucional, e, ao mesmo tempo, no âmbito jurídico-processual, passa a vigorar o novo Código de Processo Civil, a Revista apresenta gama variada de análises doutrinárias, com incursões nos campos do Direito Constitucional, do Direito do Trabalho, do Direito Internacional, do Direito Administrativo, do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Processual do Trabalho e traz, ainda, a contribuição do professor italiano Giuseppe Ludovico, da Universidade de Milão, sobre “Reflexos Psicossociais das Transformações do Trabalho”.

Os acórdãos e sentenças publicados na íntegra espelham o resultado de embates do cotidiano laboral trazidos ao Judiciário Trabalhista mineiro que, como é cediço, prima pela qualidade e celeridade dos julgamentos.

A decisão precursora sobre a competência material da Justiça do Trabalho para examinar e decidir indenizações decorrentes de acidentes de trabalho revela a sensibilidade dos magistrados trabalhistas e sua essência transformadora, capaz de influência decisiva no aprimoramento do direito posto, seja material ou processual.

Conhecer e compreender exigem compartilhamento e essa interação com o leitor, a lançar novas luzes sobre sua reflexão, é o desafio a que se propõe a Revista, pois, para o cultor e profissional do Direito, refletir é instrumento de trabalho.

LUIZ RONAN NEVES KOURY

Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da
3ª Região, Ouvidor e Diretor da Escola Judicial

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora e Coordenadora da Revista

DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO*

Assim devo principiar minha fala.

Houve época em que por mais de uma vez tentei galgar o posto ápice desta Egrégia Corte de Justiça, respaldado em meu passado límpido de bons serviços dedicados a esta Instituição.

Mas nada acontece fora de sua hora.

O exemplo dessa assertiva é bíblico e encontra-se no livro Eclesiastes 3.

Ali se diz: “tudo tem seu tempo determinado e há tempo para todo propósito debaixo do céu. Há tempo de plantar e de colher, como há tempo de rir e de chorar.”

Nada pode ser feito no momento em que adversidades invencíveis conspiram contra nosso ideal.

Assim, de nada adianta fazer a caiação da casa, alvejando-a, se é tempo de borrasca, porque a tempestade cai e com ela vai-se o fruto de nosso trabalho.

De nada adianta lançar sementes ao solo se o mesmo é pedregoso e infértil porque o trabalho, por mais árduo que seja, não gerará frutos.

Então, cômico de que a prudência recomendava aguardar o tempo azado, simplesmente recolhi para o âmago de meu ser tais pretensões e, inspirando-me nas sábias palavras de T.S. ELIOT:

Eu disse à minha alma,
fica tranquila e espera.
Até que as trevas sejam luz,
e a quietude seja dança.

E assim foi que dentro do tempo certo minha vontade concretizou-se.

De fato, na sessão plenária do dia 15 de outubro de 2015, meus ilustres pares, os nobres desembargadores deste Egrégio Sodalício, por aclamação, guindaram-me ao mais elevado posto desta Egrégia Corte de Justiça.

Ressalto que minha eleição levou em consideração, além de meus méritos pessoais, o fato de que eu era o desembargador mais antigo regimentalmente elegível, muito embora não seja necessariamente o mais velho ou decano desta Casa.

Reconheço que é da essência do Estado Democrático de Direito a ampla liberdade que todos ostentam de propugnar por novas ideias e diretrizes que possam efetivamente contribuir para o aprimoramento de nossas Instituições.

Isto vem acontecendo ultimamente no âmbito dos tribunais do país, quando se reivindica que a escolha dos ocupantes dos cargos de direção seja feita com a participação igualmente de nossos juízes de primeira instância (juízes titulares e substitutos), a par de ser revogado o comando emergente da Lei da Magistratura Nacional (LOMAN) que apenas privilegia os desembargadores mais antigos, sendo que, com tal desiderato, todos os desembargadores da Corte de Justiça seriam

* Discurso proferido pelo Desembargador Presidente Júlio Bernardo do Carmo no dia 17/12/2015. Biênio 2016/2017.

elegíveis, independentemente de sua antiguidade.

Esta é uma matéria que, mais cedo ou mais tarde, nosso Egrégio Plenário há de enfrentar com a serenidade que lhe é peculiar.

No meu modesto entendimento, penso que o respeito à antiguidade continua sendo o melhor critério para a escolha dos desembargadores que desejam guindarse a postos diretivos, além de ser o critério que de forma mais altaneira atende à concretização e alcance do aperfeiçoamento de nossas Instituições.

A uma porque evita e afugenta as comoções intestinas cujo efeito mais desastroso é quebrar a unidade política da vontade da Instituição, fracionando-a em vozes dissonantes e com isso possibilitando a ascensão e a instalação do sectarismo e dos grupos opostos, que em nada engradece a Instituição.

E ainda porque o critério da antiguidade nada mais representa do que o antecipado reconhecimento do mérito daqueles desembargadores que, ao longo dos anos, com denodo e exaçação, cumprem religiosamente suas obrigações funcionais, a par de possibilitá-los a ir preparando o caminho para melhor servir o Tribunal, ao chegar o momento de culminância.

Dito isso, posso afirmar que estou plenamente consciente da elevada responsabilidade que recai sobre meus ombros e de meus companheiros de administração, sabido que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região sempre foi considerado um dos melhores do país, em todos os aspectos, muito embora estejamos convictos de que sempre é possível melhorar a qualidade de nossos serviços institucionais.

Este Tribunal Regional do Trabalho tem toda uma história de contínuo aperfeiçoamento desde sua criação até os nossos dias, onde valorosos magistrados guindados aos postos diretivos deixaram aqui o contributo imorredouro de seu labor, não sendo preciso declinar nomes porque todos eles estiveram imbuídos do elevado espírito de aperfeiçoar cada vez mais nosso querido Tribunal, fazendo-o merecedor dos aportes econômicos que o sustentam.

Recentemente e nos dois últimos mandatos tivemos com as ilustres desembargadoras Deoclécia Amorelli Dias e Maria Laura Franco Lima de Faria a oportunidade de regozijarmos com a conquista histórica de contemplar duas mulheres, guarnecidas de talento ímpar, gerindo com extrema perfeição e devotamento o destino desta Corte de Justiça.

Sem qualquer demérito às administrações anteriores, pudemos constatar a força e o brilhantismo dessas duas desembargadoras que com esmerado tirocínio ultimaram de forma brilhante seus respectivos mandatos, deixando todo um legado de conquistas que notoriamente contribuíram e continuarão contribuindo para que nosso Tribunal tenha sempre uma gestão democrática, participativa, eficiente e de excelente qualidade.

O mesmo elogio estendo às ilustres desembargadoras Denise Alves Horta e Emília Facchini, que deixam de forma indelével na história desta Casa, cada qual em seu posto, um extenso currículo de formidáveis serviços prestados à Instituição.

Mas como dizia alhures estou plenamente consciente de minhas responsabilidades e procurarei desempenhá-las da melhor forma possível, com extrema humildade, mas com uma vontade enorme de aqui também deixar o legado de minha colaboração.

A conjuntura nacional e internacional mostra um quadro desolador para o cenário do mundo do trabalho.

A ideologia neoliberal, preocupada com a crise do capitalismo mundial, procura usar o trabalhador como bode expiatório, visualizando-o como a peça defeituosa da engrenagem capitalista e, atropelando direitos sociais históricos, procura remodelar o mercado de trabalho às suas exigências, mas em detrimento da ética social e da dignidade da pessoa humana.

Houve, inclusive, um arremedo de introdução de uma política social ultraliberalizante em nosso país, onde a ideia fixa era simplesmente substituir o legislado pelo negociado.

A ideia execrável era extirpar da Carta Constitucional os direitos sociais dos trabalhadores, arduamente conquistados desde os primórdios da revolução industrial, para substituí-los pela negociação coletiva, como se o Brasil fosse um país onde a força sindical apresenta-se nacionalmente homogênea e com capacidade de discutir, em pé de igualdade, os conflitos sociais entre patrões e empregados.

Passado o perigo e ao que parece arquivada a ideia ultraliberalizante (que agora retoma novo alento no Congresso Nacional), o fenômeno socioeconômico da terceirização ressurgiu com força total no cenário nacional, já que, sendo um processo indissociável da evolução e do aperfeiçoamento do capitalismo selvagem, procura libertar-se das amarras que lhe foram impostas pela salutar construção pretoriana, preconizando a ideia de que qualquer trabalho pode ser abertamente terceirizado, esteja ele atrelado à atividade-meio ou à atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

Penso que o fenômeno econômico-social da terceirização veio para ficar, mas é preciso traçar balizas para que o mesmo não ofenda a dignidade da pessoa humana do trabalhador, porque, ferindo-se o mínimo ético social, corre-se o risco de reinventarmos o escrupuloso mecanismo jurídico da “marchandage”, transpondo o trabalhador do século XXI para os umbrais da servidão e do regime semiescravocrata do liberalismo econômico dos séculos XVII e XVIII, como se a questão social fosse um fenômeno que estivesse nascendo hoje e não uma fase amarga da história, urdida no bojo da revolução industrial, que já está superada, máxime à luz do princípio constitucional da vedação do retrocesso a condições degradantes de trabalho.

A terceirização pode sim render bons frutos desde que regulamentada de forma a respeitar sempre a dignidade da pessoa humana do trabalhador e a valorização de sua energia laboral, o que poderia ser feito garantindo-lhe uma remuneração mais próxima possível daquela que é usufruída pelos trabalhadores efetivos da empresa tomadora dos serviços.

Dados estatísticos demonstram que se mostra preocupante o nível de desemprego em nosso país, agravado pelo crescimento desmesurado do trabalho informal, razão pela qual a regulamentação escorregia da terceirização poderá contribuir sobremaneira para reverter este quadro de caos social.

Ocorre-me uma ideia simplista, mas passível de implementação, qual seja: para o trabalho menos qualificado, a lei deveria reservar uma cota prioritária para os trabalhadores do mundo informal de nossa economia ou dos laboristas egressos do trabalho escravo.

Ou seja: o trabalhador seria dali retirado, requalificado e, mediante um processo de reinserção social, retornaria ao mercado de trabalho com todas as garantias trabalhistas, inserindo-se em uma faixa salarial que lhe fosse peculiar, mas em percentual minimizado se contraposto ao trabalhador efetivo da empresa tomadora.

Quanto mais qualificado for o trabalhador guardará sua faixa salarial uma estreita isonomia com o trabalhador congênere efetivo da empresa tomadora de serviços.

Outro aspecto que igualmente merece ser destacado é o contínuo esforço que devemos envidar para tornar mais efetivos os direitos materiais garantidos aos trabalhadores, quando do exercício de nossa tarefa diuturna de aplicação do Direito.

Aqui devem ser priorizadas duas vertentes jurídicas: uma de ordem hermenêutica e a outra revestida de natureza estritamente processual.

Na vertente hermenêutica, deveremos todos nós, os aplicadores do direito, estarmos cônscios de que a era do positivismo clássico já foi sepultada.

Prepondera, hodiernamente, a corrente do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, que partem do pressuposto de que os princípios constitucionais têm prioridade na solução dos conflitos sociais, eis que inseridos na vertente da força normativa da Constituição, cujo desiderato mais sensível é garantir sempre a plena realização do direito material deduzido no processo, priorizando-se acima de tudo a dignidade da pessoa humana do trabalhador e seus direitos fundamentais.

A preocupação constante com a efetiva proteção do direito material deduzido em juízo contribui sobremaneira com a celeridade e com a qualidade da prestação jurisdicional, tornando realidade o comando constitucional da razoável duração do processo.

É preciso incentivar ao máximo as técnicas alternativas de solução de conflitos, dentre elas a mediação, a arbitragem e a conciliação, agora previstas em lei federal específica, inclusive com aplicação na seara trabalhista.

Dentro deste enfoque, o novo Código de Processo Civil, nos artigos 165 a 175, em sua Seção V, trata dos conciliadores e mediadores judiciais.

O art. 165 determina que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Nosso Tribunal já colocou em prática as determinações inovadoras do novo CPC, tendo sido criada a Central de Conciliação de 1º Grau, em julho de 2015, que tem rendido bons frutos, contribuindo assim sobremaneira para a pronta satisfação dos litígios trabalhistas, através da via salutar da conciliação.

A Lei n. 13.015/14, ao impor obrigatoriamente que os tribunais regionais do trabalho uniformizem sua jurisprudência em consonância com o entendimento jurisprudencial atual e iterativo do Colendo TST, irá, tenho certeza, contribuir sobremaneira para solucionar a morosidade do julgamento dos litígios trabalhistas, mormente os que desaguam na Corte Ápice Trabalhista, já que, uniformizada a jurisprudência, restringe-se a possibilidade de veiculação do recurso de revista.

Pedindo vênias pela longa exposição dessas minhas ideias, ressalto que, agradecendo a Deus, chego amadurecido ao cargo de Presidente deste Sodalício.

No mês de julho transato, meus colegas de concurso público, dentre eles o ilustre desembargador José Murilo de Moraes, aqui presente, completamos 35 (trinta e cinco) anos de serviços ardorosamente dedicados à Justiça do Trabalho.

Na primeira instância foram 19 (dezenove) anos de labuta árdua e intensa, a princípio como juiz substituto e depois como juiz presidente, isso naquela época em que nosso Regional abarcava além de Minas Gerais, Goiás e o Distrito Federal.

Como juiz presidente, atuei nas antigas Juntas de Conciliação e Julgamento de Montes Claros, João Monlevade, Divinópolis e nas 8ª, 15ª e 26ª Juntas, hoje Varas do Trabalho de Belo Horizonte.

Guindado, por merecimento, ao cargo de desembargador em 1999, já ostento mais de 16 (dezesseis) anos em segunda instância, tendo passado por inúmeras turmas, sendo o atual presidente da 4ª Turma e da 2ª SDI, além de ter participado de forma contínua do Tribunal Pleno e do Órgão Especial.

Em suma, o sangue desta Instituição já corre de longa data em minhas veias, porque, ao lado da família, sempre procurei encarar minha carreira judicante como uma verdadeira profissão de fé, um sacerdócio, espinhoso, porém, extremamente gratificante, porque aqui acabei de moldar meu caráter abeberando-me nas virtudes e qualidades de meus pares, sendo que também aqui amalhei, com o doce suor de meu trabalho, todo o patrimônio de que disponho.

Como todos podem ver, é impossível não amar esta Instituição.

Sei que dirigir este Tribunal não será tarefa fácil e por isso fio-me igualmente na capacidade, brilhantismo e devoção de meus companheiros de Administração desta Corte, eminentes colegas Ricardo Antônio Mohallem (1º Vice-Presidente), Luiz Ronan Neves Koury (2º Vice-Presidente), Fernando Antônio Viégas Peixoto (Corregedor) e César Pereira da Silva Machado Júnior (Vice-Corregedor), todos eles ostentando um largo currículo de bons serviços prestados a esta Instituição.

Sabemos que as dificuldades serão imensas, principalmente porque o cenário econômico brasileiro no momento mostra-se bem desfavorável, inclusive com imposição governamental de sensível redução de nossa verba orçamentária, o que demonstra à sociedade que, mais do que nunca, teremos de, como gestores públicos, priorizar com ênfase radical os princípios administrativos da eficiência e da economicidade, os quais nos impõem o dever impostergável de com um recurso orçamentário mínimo alcançarmos o máximo possível em prestação de bons serviços públicos à sociedade.

Dentro deste contexto de arrocho orçamentário, abro parênteses para externar um desabafo.

O projeto de Lei Orçamentária para o ano de 2016 (PL 7/15 e PLOA-2016), de relatoria do deputado Ricardo Barros, propõe ajustar despesas do Poder Judiciário, sendo que, em relação à Justiça do Trabalho, apresenta as seguintes proposições: cancelamento de 50% das dotações para custeio e 90% dos recursos destinados a investimentos.

Na versão do nobre deputado relator, a estrutura da Justiça do Trabalho, falaciosamente, é tida como um balão que a cada ano infla cada vez mais, porque, em verdadeiro círculo vicioso, demanda a cada ano a implantação de mais Varas do Trabalho e mais instalações, nomeação de mais servidores e de juízes.

O projeto marginado lança a crítica de que as regras atuais do complexo normativo trabalhista estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, pois

seriam extremamente condescendentes com o trabalhador.

Para justificar o fenomenal corte orçamentário, o insigne relator imputa ao Poder Judiciário trabalhista os seguintes delitos omissivos de lesa-majestade: a ausência da sucumbência parcial, a tendência generosa de atribuição de justiça gratuita que deveria ater-se ao trabalhador que se encontra sob o pálio sindical; arbitramento de indenizações vultosas que a rigor deveriam ser reduzidas ao patamar máximo de 12 (doze) salários mínimos; o protecionismo do trabalhador que, mesmo tendo sua reclamação trabalhista arquivada, pode repropô-la no prazo prescricional de dois anos, incentivando-se a litigiosidade, ao passo que o empregador ausente é sancionado inexoravelmente com a revelia e confissão ficta; o generoso prazo de prescrição fatal de dois anos, que deveria ser encurtado; a homologação da rescisão contratual perante o sindicato de classe deve ostentar a natureza de quitação irreversível; a ausência de incentivação de mediação e arbitragem; os honorários periciais devem ser suportados pelo trabalhador vencido, dedutíveis de seu crédito trabalhista, sem imputá-lo ao erário nacional.

Em suma, justifica o assombroso corte orçamentário porque a Consolidação das Leis do Trabalho estaria obsoleta e esclerosada, impondo-se sua imediata e radical revisão, pois, a seu ver, apenas uma modernização profunda da legislação do trabalho poderia diminuir substancialmente os litígios trabalhistas, enfatizando que os resíduos de processos trabalhistas não julgados crescem assustadoramente a cada ano.

Logo depois, com extrema audácia, anuncia-se que o corte substancial do orçamento tem o propósito de dar uma lição à Justiça do Trabalho e estimular compulsoriamente, sob o modo mais cruel, dado o seu viés sancionatório, uma reflexão sobre a urgência de tais alterações legislativas.

O curioso de tudo isso é que o corte orçamentário nababesco foi direcionado intencionalmente à Justiça do Trabalho, escolhida como o bode expiatório justificador da contundente crise econômica nacional.

A justificativa para um corte tão gigantesco no orçamento do Poder Judiciário trabalhista mostra-se visivelmente pueril.

Não compete aos juízes que, no Estado Democrático de Direito, devem irrestrita obediência às leis da República, inovar práticas judicantes com o propósito de minimizar a crise econômica nacional.

Juízes são juízes, não são legisladores.

A Constituição da República veda que o juiz invada a seara restrita reservada ao legislador positivo, não podendo suprir, *motu proprio*, imperfeições da legislação trabalhista, sob pena de cometimento de um ativismo judicial censurável.

No Estado Democrático de Direito, os poderes da República são independentes e harmônicos, sem intromissão irresponsável de um sobre o outro.

Glosar o orçamento do Poder Judiciário trabalhista em proporções inéditas, a ponto de asfixiar seu regular funcionamento, é sanção extrema não condizente com o Estado Democrático de Direito.

É salutar desejar que a União promova, pelos canais competentes, a reformulação de nossa legislação trabalhista, mas tudo deve ser feito dentro da ambiência constitucional, onde as casas legislativas ostentam com exclusividade tal mister.

Corretíssima, portanto, a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, que,

pela sua Presidência, determinou o envio de nota técnica às Presidências do Senado e da Câmara dos Deputados, onde é proposta com transparente lucidez a revisão do calote orçamentário que se deseja impingir à Justiça do Trabalho.

Fecho os parênteses abertos e retomo o fio de minha fala para enfatizar que conto igualmente com a valiosa colaboração dos juízes de primeira instância, nossos verdadeiros soldados do “Front Judiciário” que, com competência e denodo, malgrado as deficiências estruturais e logísticas, procuram a tempo e modo resolver os conflitos sociais da melhor maneira possível.

Todo esforço será empreendido para valorizar ainda mais a primeira instância, sendo que, através de um diálogo sadio com os juízes e com a AMATRA-3, haveremos de alcançar o necessário ponto de equilíbrio, dando especial realce à duração razoável do processo.

Aos nossos valorosos servidores, agradecendo sempre a eficiência e a boa qualidade dos serviços prestados a esta Casa, prometemos travar diálogos com os escalões superiores da Administração Pública para valorizar a carreira e lutar pela concessão de reajustes condignos.

O nosso mais elevado anseio é administrar esta Casa atentos aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que já implica o irrestrito respeito no trato da coisa pública.

Assim faremos porque a atividade administrativa deve sempre andar em direção ao bem comum.

Hodiernamente, a coletividade vem pagando impostos desmotivadamente.

O retorno do investimento deve se materializar no atingimento do interesse público de forma cada vez mais eficiente.

A Administração Pública deve sempre bem servir a sociedade que a custeia.

É nossa intenção dar plena continuidade ao nosso planejamento estratégico, manter inalteradas (embora aperfeiçoáveis) todas as conquistas até agora alcançadas, priorizar, valorizar e aperfeiçoar a utilização do processo judicial eletrônico, agora introduzido em todas as Varas do Trabalho de Minas Gerais.

Neste contexto, é preciso lembrar que em matéria de Administração Pública não há produto ao acaso, a nova gestão pública é tarefa de todos e principia pela atitude e pelo grau de responsabilidade de cada um de nós.

Dentro desta premissa básica, esta gestão há de ser realizada de forma transparente, democrática e participativa, de maneira que todos nós, desembargadores, juízes e servidores, estejamos harmonicamente unidos na conquista de um mesmo ideal que deverá ser sempre identificado com o contínuo aperfeiçoamento de nossa Instituição.

Em suma: preservar e respeitar a continuidade do serviço público, dentro do especial enfoque de nossa missão estratégica, que consiste em solucionar os conflitos decorrentes das relações de trabalho de forma efetiva e célere, contribuindo para a harmonia social, granjeando assim o reconhecimento da sociedade.

Para alcançar tão nobres propósitos, conto com a valiosa colaboração do Ministério Público e da Advocacia, nossos parceiros indissociáveis, com os quais procuraremos manter um diálogo de cooperação, firme, cordato, sempre haurido no tratamento respeitoso e nas boas regras de urbanidade.

Relembro a esta altura de minha fala, que já é longa, as palavras do insigne poeta lusitano Fernando Pessoa:

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma de nosso corpo. E esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia. E se não ousarmos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem de nós mesmos.

Hoje é dia de nova travessia e faço-a agradecendo a Deus, pois chego à Presidência com o apoio unânime de meus pares, mostrando-se mais fácil neste doce momento de calma trilharmos novos caminhos que deságuem sempre no contínuo aperfeiçoamento de nossa Casa.

Finalmente meus últimos agradecimentos.

Agradeço profundamente a meus pais, João Barbosa do Carmo e Maria Bernardo do Carmo, que da extrema pobreza retiraram força, ânimo e muita luta renhida para educar seus oito filhos: Joana, Tereza, Maria de Lourdes, Francisco, Júlio, Maria das Graças, Sônia e Edison.

Uma homenagem especial aos irmãos Sônia e Francisco que já partiram para outra esfera cósmica e não puderam presenciar este sublime momento de minha, aliás, de nossas vidas.

Agradeço aos zelosos servidores de meu gabinete, Douglas, Eriane, Adriana, Samantha, Olda, Paula, Solange, Terezinha, Priscila e Álvaro, exemplos paradigmáticos de formidáveis servidores totalmente dedicados à sublime causa da Justiça.

Meu agradecimento mais intenso vai para minha querida esposa Helen que, nas minhas andanças pelo interior de Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal, como juiz substituto, durante largos anos tomou para si, com denodo, coragem, desvelo e extrema competência a criação de nossos filhos Erick, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e bacharel em Ciências Aeronáuticas pela Faculdade Fumec; Igor, bacharel em Publicidade e Propaganda pela UNA; e Nádia, bacharela em Comunicação Social pela UNA, que me honram com sua presença.

Obrigado, meus filhos, pela compreensão de minha ausência em momentos cruciais de suas vidas e pelo excelente caráter e personalidade que ostentam, filhos maravilhosos, que tornam muito orgulhosos seus pais.

Um agradecimento especial à nora Flávia, agora nossa filha do coração, pelo doce convívio e pela alegria que trouxe às nossas vidas.

Agradeço também profundamente sensibilizado as elogiosas palavras proferidas pelo desembargador José Murilo de Moraes, ao fazer minha saudação; pelo Doutor Luís Cláudio Chaves, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais; e pelo Juiz Glauco Rodrigues Becho, Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Terceira Região.

Confesso finalmente que não foi fácil trilhar o caminho que me levou ao presente momento de culminância na carreira.

Foram muitas as adversidades, os abrolhos e as pedras espalhadas pelo caminho, mas o que interessa é que, ao superar cada obstáculo, procurei me transformar em uma pessoa melhor, mais compreensivo e mais preparado para enfrentar os embates da existência, estando hoje plenamente maduro para arrostar mais esta instigante travessia de minha vida.

Muito obrigado.

DOCTRINA

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER PUNITIVO DO EMPREGADOR X DIREITO DE DEFESA

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PUNITIVE POWER OF EMPLOYER X RIGHT TO DEFENSE

Antônio Álvares da Silva*
Geraldo Magela Melo**

RESUMO

Os direitos fundamentais são uma conquista histórica e devem estar sempre a caminho de um avanço na sua efetivação. Tais garantias eram visualizadas como a proteção do cidadão perante o Estado. Contemporaneamente, devem ser vistos como o parâmetro de validade de qualquer conduta, seja do Estado, seja dos entes privados, em razão da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A Constituição irradia seus valores fundamentais também para o Direito Privado, por isso o ordenamento jurídico deve ser lido à luz da Constituição; portanto, o Direito do Trabalho não está ao largo das proteções constitucionais. A subordinação do trabalhador não implica supressão contratual de direitos fundamentais. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007) garante aos acusados em geral o direito ao contraditório e ampla defesa, em qualquer seara, seja ela pública ou privada. Tal prerrogativa gera repercussão e é eficaz também em face do empregador. Antes de se aplicar uma punição por falta grave ao trabalhador, torna-se cogente a concessão ao acusado do direito de defesa, ainda que por meios singelos, sem os formalismos próprios do direito público, na medida em que nenhum cidadão pode, no Estado Democrático de Direito, ser acusado e nem ser ouvido.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito de defesa. Poder disciplinar.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a necessidade de concessão do direito de defesa ao empregado acusado de cometer falta grave antes da aplicação de uma pena pelo empregador, em razão da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas laborais, na busca de uma solução amparada no Direito Constitucional e nas normas internacionais, como medida de fortalecimento ao espectro de proteção do Direito do Trabalho.

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1965) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1976). Atualmente é Desembargador do Trabalho Aposentado do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região e Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais.

** Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Privado, com ênfase em Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Professor Universitário e de Pós-Graduação. Ex-Auditor Fiscal da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil.

Hodiernamente, a doutrina em Direito Constitucional tem dividido a eficácia dos direitos fundamentais em eficácia vertical, a clássica, que se caracteriza pela exigência de que o Estado respeite os direitos dos cidadãos, e eficácia horizontal, a qual se refere à obrigação de que, nas relações privadas, os cidadãos se tratem de maneira a garantir os valores constitucionalmente consagrados, pois a Constituição (BRASIL, 2010) irradia seus valores para todos os negócios jurídicos entabulados.

Dentre as relações privadas, uma das que mais proliferam zonas grises de interação ou agressão aos direitos fundamentais são as relações de trabalho; por isso é preciso visualizar o grande plexo de aplicabilidade dos direitos fundamentais na questão trabalho humano, com o intuito de fortalecer os fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam, o primado da dignidade da pessoa humana do trabalhador e o valor social do trabalho frente à força pujante do capital (incisos III e IV do art. 1º da Constituição da República de 1988) (BRASIL, 2007).

DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em uma primeira acepção, os direitos fundamentais foram teorizados e efetivamente aplicados como um espectro de proteção para o cidadão em relação ao Estado; essa foi a concepção clássica advinda da Revolução Francesa, como marco divisório entre o Estado Absolutista e a afirmação no mundo jurídico de direitos da personalidade imantados de garantias em face do Poder Estatal.

Todavia, a sociedade contemporânea, com a multiplicidade de fatos e relações jurídicas, acabou gerando situações concretas que emergiram a necessidade de se visualizar a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas, nos contratos cotidianos entre os próprios cidadãos.

Dita premência de avanço dos direitos fundamentais surge com a passagem do estado absenteísta para o estado do bem-estar social, o que começou a impingir que as forças governamentais comesçassem a se preocupar a gerir também as relações negociais não públicas, com vistas a evitar abusos do poder econômico que ferissem os valores humanos imantados de indisponibilidade.¹ Tendo a doutrina constitucional denominado tal vinculação, agora para o direito privado, de eficácia horizontal ou eficácia externa, isto é, os direitos fundamentais possuem força normativa também às relações privadas, sendo tais parâmetros o patamar civilizatório mínimo esperado em um Estado Democrático de Direito.

Assim, elucida Bernardo Gonçalves Fernandes:

Nesses termos, a relação que se dá entre Estado, de um lado, e particular, de outro - agora chamada de eficácia vertical dos direitos fundamentais - continua a existir, porém, além dessa perspectiva, surge a necessidade de defender, com base no catálogo de direitos fundamentais, o particular nas suas relações com outros particulares, fazendo-se com que nesse novo quadro seja repensada toda a dinâmica

¹ Ora, se direitos fundamentais são imprescritíveis para seus titulares, poderíamos falar também na impossibilidade de subtração (abolição ou revogação) ou mesmo de diminuição (amesquinamento) dos mesmos (a intitulada "proibição de retrocesso"). (CUNHA JUNIOR, p. 607, 2009).

posta para a aplicação dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, fala-se em eficácia horizontal ou de direitos fundamentais nas relações privadas. (FERNANDES, 2012, p. 336, grifo nosso).

Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes nos elucidam que o propulsor de tal tema foi Hans Carl Nipperdey, colacionamos:

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade erga omnes. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

A teoria de Nipperdey foi retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner, em tese de cátedra referente ao tema, na qual advogou a ideia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais. (SARMENTO; GOMES, 2011, grifo nosso).

Tal teoria foi inicialmente aplicada também no Poder Judiciário da Alemanha, como esclarece Gilmar Mendes:

O primeiro caso apreciado pela Corte Constitucional alemã sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é conhecido como o caso Luth, de 1958. Luth convocara o público alemão a boicotar os filmes, mesmo produzidos depois de 1945, por Veit Harlan, que fora proeminente diretor de cinema nazista. O tribunal de Hamburgo afirmou que incitar o boicote correspondia a infringir a legislação civil alemã sobre a ordem pública, já que obstava o soerguimento social do diretor, depois de ter passado por processo de desnazificação. O Tribunal constitucional, porém, entendeu que a proposta de Luth se ajustava ao âmbito normativo da liberdade de expressão e que esse direito haveria de ser ponderado com outras considerações constitucionais pertinentes, devendo a legislação civil ser interpretada, no caso, de acordo com essa ponderação. A Corte estimou que, no caso, a liberdade de expressão teria prioridade, atendendo, assim, à queixa deduzida por Luth. O precedente ilustra a doutrina de que os direitos fundamentais também podem ser invocados em relações entre particulares, alargando-se, portanto, por todas as áreas do Direito, e enfatiza que, em havendo colisão, não há se escapar de um juízo de ponderação. (MENDES, 2013, p. 176, grifo nosso).

O Tribunal Constitucional alemão foi paradigmático na implementação efetiva da ampliação ao respeito dos direitos fundamentais para além do Poder Estatal, mas também para o poder privado, quiçá atualmente até mais agressivo e limitador que o próprio Estado; realmente foi uma mudança de paradigma na efetivação dos

direitos da pessoa humana que acabou sendo o norte para vários outros países que passaram a dar concretude às relações privadas de garantias e direitos basilares previstos nas suas respectivas cartas constitucionais. Comentando o aniversário de 50 anos da referida decisão, Jacco Bomhoff assim nos elucida:

O julgamento, em primeiro lugar, está na origem da fenomenal difusão da aceitação das doutrinas sobre o “efeito horizontal” das normas constitucionais. Com a sua resposta afirmativa baseada em princípios sobre “a questão fundamental de saber se as normas constitucionais afetam o direito privado”, o Tribunal Constitucional Alemão-FCC pôs em movimento uma expansão da esfera de influência dos direitos que percorreu países tão diversos como África do Sul e Canadá e que, indiscutivelmente, culminou na decisão dos últimos anos do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre o “efeito horizontal” das regras comunitárias relativas à livre circulação. (2008, tradução nossa).²

No Brasil, o acórdão paradigmático quanto à influência desta teoria no direito pátrio foi o prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 201819, assim, vejamos:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere

² *The judgment, first of all, stands at the origin of the phenomenal spread in the acceptance of doctrines on the “horizontal effect” of constitutional norms. With its principled and affirmative answer to “the fundamental question of whether Constitutional norms affect private law”,² the FCC set in motion an expansion of the sphere of influence of rights that has rippled through countries as diverse as South Africa and Canada,³ and that has arguably culminated in last year’s decision of the Court of Justice of the European Communities on the “horizontal effect” of Community rules on freedom of movement.*

aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. Recurso extraordinário desprovido.

(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821, grifo nosso)

A Corte Constitucional brasileira também possui precedente em que acolheu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais expressamente às relações de trabalho, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*. II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

(RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19.12.1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756, grifo nosso)

Frente aos ensinamentos retro, nota-se que existe uma posição doutrinária e jurisprudencial forte, especialmente no Brasil, no sentido de que os direitos fundamentais possuem força normativa vinculante direta não apenas para o Estado nas relações com seus cidadãos, mas também em face dos próprios cidadãos nas relações cotidianas entre si, em especial, com seus tomadores de serviço, na moderna concepção de eficácia horizontal ou irradiante dos direitos da personalidade.

Dessa feita, estão as relações de trabalho jungidas ao espectro de proteção dos direitos fundamentais, sendo o vetor da dignidade da pessoa humana³, na sua dimensão substancial, o parâmetro de validade de todas as condutas empregatícias em relação aos trabalhadores, tendo um caráter de efetiva barreira ao voraz e costumeiro exercício abusivo do poder empregatício⁴, em razão de ser uma relação de poder, o que pode implicar a caracterização de um abuso e, por isso, ocorrência de um ato ilícito, nos moldes do art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2008).

DO DIREITO DE DEFESA E A PUNIÇÃO DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR

A temática central desdobra-se em uma questão importante, a saber, se o empregador, ao acusar um empregado de ter cometido falta grave, se antes de realizar a punição, por exemplo, justa causa, teria que assegurar ao trabalhador acusado da conduta transgressora o direito prévio de defesa?

Tal questionamento nos impingiu, inicialmente, a analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, para melhor visualizar a possibilidade de lesão aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa nas punições praticadas pelo empregador, com o intuito de se verificar quais seriam as balizas do sistema jurídico, na busca incessante do fortalecimento das garantias dos trabalhadores, com respaldo do Direito Constitucional, com vistas ao instigante trabalho de convencimento dos atores sociais, juízes, advogados, acadêmicos e sindicatos para se atentarem para o problema em xeque e traçar soluções, à luz do parâmetro de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2007).

Nesse íterim, vale notar que, na prática cotidiana laboral, vem se tratando a acusação de falta grave pelo patronato sem que se atente para o novo paradigma constitucional do contraditório; por isso é preciso refletir sobre o tema para se atribuir maior densidade normativa aos direitos fundamentais do trabalhador, com o viés da eficácia progressiva dos valores sociais, como nos alude Daniela Muradas Reis:

³ Por força da sua excelência própria, deve o Estado, bem como a ordem internacional, assegurar à pessoa uma existência digna, deferindo-lhe proteção para que, tanto individual quanto socialmente, goze de condições de vida, nas quais possa efetivar a igualdade e a liberdade (tanto no sentido formal quanto no concreto). (REIS, 2010, p. 73).

⁴ Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. (DELGADO, 2011, p. 616).

Os direitos humanos, com lastro nos valores universais da dignidade da pessoa, liberdade, igualdade e fraternidade que figuram como conquistas históricas definitivas da humanidade, reclamam uma tutela vigorosa. Relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais exige-se ainda uma realização sempre progressiva, razão pela qual acerca destes direitos não se pode admitir o retrocesso. (2010, p. 126, grifo nosso).

O sistema jurídico internacional é bastante estruturado na questão de proteção das liberdades fundamentais, em diversas searas, porém, na intrincada relação jurídica trabalhista brasileira não há uniformidade de leitura da valoração da força normativa da Constituição (BRASIL, 2007), com entendimentos que, por vezes, atribuem eficácia excessiva ao poder diretivo do empregador.⁵

Cumpra-se notar que há diversos negócios jurídicos em que as partes contratantes não estão em idêntico patamar de igualdade fática, pois, corriqueiramente, acontece de um dos contratantes ser hipossuficiente em relação ao outro, na maioria dos casos economicamente, o que gera uma desigualdade de poderes contratuais, como ocorre, por exemplo, na aplicação da justa causa, em que o empregado é acusado de uma falta grave, sem nenhuma obrigação por parte do acusador de minimamente ouvir o acusado, ante a disciplina prevista no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2010).

Vale frisar que todos os ramos do Direito têm uma matriz constitucional e com o Direito do Trabalho a questão não é diferente; por isso, como fator de legitimação social e jurídica desse ramo, propugna-se por uma nova leitura no que se refere ao Poder Punitivo do Empregador⁶, que se consubstancia em um desdobramento do poder diretivo, à luz da função social da propriedade e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Urge interpretarmos institutos históricos do Direito do Trabalho, com o enfoque moderno da eficácia prospectiva dos direitos fundamentais, ou seja, a aplicação dos direitos da pessoa humana com o fito de galgar maior grau de efetividade, com uma interpretação da Constituição Republicana (BRASIL, 2007) que propicie maior dignidade ao trabalhador, em uma visão dinâmica e democrática do conceito de defesa, na busca incessante do fim último de valorização do trabalho humano e de respeito aos direitos do hipossuficiente trabalhador, em especial a sua presunção de inocência, lapidada no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007).

Calha notar que a tecnologia e a globalização⁷ criam situações novas não pensadas pelo Direito posto; assim, cabe ao intérprete, tendo em mente a ideia de

⁵ O poder de direção que tem por fundamento legal o art. 2º, *caput*, da CLT pode ser conceituado como aquele que autoriza o empregador a organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços pelo empregado, a que ocorre, assim, de forma subordinada. (GARCIA, p. 323, 2009).

⁶ Tendo em vista que o empregado é subordinado juridicamente ao empregador, pode o obreiro sofrer as seguintes sanções disciplinares: advertência (verbal ou escrita), suspensão disciplinar (CLT, art. 474) e dispensa por justa causa. (SARAIVA, 2010, p. 251).

⁷ Há ainda uma última tendência que vamos indicar: no contexto do capitalismo mundializado, dado pela transnacionalização do capital e de seu sistema produtivo, a configuração do mundo do trabalho é cada vez mais transnacional. (ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni, 2004).

Estado Democrático de Direito, buscar a ponderação de valores que melhor atenda e garanta a máxima efetividade dos direitos fundamentais, com a mínima restrição, com o intuito hercúleo de se alcançar uma sociedade contemporânea cada vez mais justa e solidária, com menos autoritarismos e respeito ao trabalhador na sua condição de cidadão, principalmente em face da constatação fática de que o excessivo liberalismo econômico não trouxe efetivos benefícios na desigualdade social⁸, apesar de assim o prometer.⁹

O Professor José Afonso da Silva nos esclarece acerca do Estado Democrático de Direito:

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana. (2004, p. 120, grifo nosso).

Nessa senda, o exercício regular do Direito Fundamental de Propriedade que, na seara trabalhista, encontra como um de seus pontifcados no poder disciplinar patronal¹⁰, implica o fato de que, ao realizar a punição de um cidadão/trabalhador, o empregador encontrará limites na proteção dos direitos fundamentais, em especial na ampla defesa e contraditório, por justamente estarmos em um Estado Democrático de Direito, onde não pode haver condutas não democráticas.

Nesse contexto, essa vinculação também da esfera privada aos direitos fundamentais obriga aos empregadores conceder o direito de defesa aos empregados que estão sendo acusados de uma falta grave, antes da aplicação da penalidade, por exemplo, uma justa causa, nos moldes previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 inciso “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 2007, grifo nosso).

A Constituição foi pródiga e cristalina. Frise-se, todo e qualquer acusado, em qualquer esfera da vida contemporânea, tem direito de se defender antes da aplicação de uma punição, é um direito básico e fundamental do ser humano; por isso os empregadores não podem demitir um empregado por justa causa, em razão de uma acusação de falta grave, por exemplo, improbidade, ou seja, desonestidade (alínea “a” do art. 482 da CLT) (BRASIL, 2010) sem a mínima oitiva da parte acusada.

⁸ [...] os Estados Unidos dos anos de 2010 se caracterizam, antes de tudo, por uma desigualdade recorde das rendas do trabalho (mais elevadas do que em todas as sociedades observadas na história, incluindo aquelas caracterizadas por fortes disparidades de qualificação do trabalhador). (PIKETTY, 2014, p. 259).

⁹ Da mesma forma, a maior liberdade em prol do capital, assim como a primazia de seus interesses, não ocasionou a retomada do crescimento econômico sustentado tal qual propugnado, mas intensificou a concentração mundial e reforçou a preponderância do capital financeiro sobre o produtivo. (COUTINHO, 2010, p. 160).

¹⁰ Há o entendimento de que o poder de direção se funda no direito de propriedade. O empregador, justamente por ser o titular do empreendimento empresarial, teria o poder de organizar, controlar e disciplinar os fatores de produção, no caso, o trabalho prestado pelos empregados. (GARCIA, 2009, p. 324).

O direito de defesa prévio é necessário, ainda que seja de forma simples, sem os formalismos do processo penal ou civil, mas o trabalhador tem o direito de ser ouvido, de expor a sua versão dos fatos, as razões que o levaram ou não a tomar determinada atitude, ilação essa decorrente também dos corolários da boa-fé e respeito mútuo entre os contratantes, conforme instrumentalizado no art. 422 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2008).

Tal postura de não ouvir o operário é herança dos regimes ditatoriais e vai de encontro com a ideia de democracia contemporânea¹¹, de respeito ao próximo, de Estado Democrático de Direito e de observância, ainda que de forma ponderada, sem os rigores do Direito Penal, do Princípio da Presunção de Inocência.¹²

Comentando o Princípio do Contraditório, Ada Pellegrini Grinover assim nos alude:

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem. (CINTRA, 1990, p. 57).

Nessa linha, sequer questionar o trabalhador se ele realmente cometeu a falta, requerer a ele uma explicação, ouvir a versão dos fatos, simplesmente nada, o empregador pune e pronto, como está na CLT desde os idos de 1943, é uma total demonstração de uma herança do Estado inquisitorial ou ditatorial, em que a vontade do soberano era posta sem contestação, o que não se coaduna com a visão moderna de estado democrático e de função social da propriedade.¹³

Vale notar que os agentes sociais do trabalho, *ex vi*, juízes, advogados, sindicatos e universidades, têm papel fundamental na construção da edificação do respeito aos direitos fundamentais em todos os ramos, em especial na seara laboral em que se visualiza a exploração do homem pelo homem, por vezes de forma subumana.

Nesse quadrante, seria de muito bom tom que o legislador infraconstitucional adequasse o texto do Diploma Celetista (BRASIL, 2010) aos valores constitucionais. Contudo, enquanto o ideal não ocorre, cabe, por exemplo, ao Poder Judiciário ter um papel fundamental nessa consolidação, pois, ao se construir uma jurisprudência calcada na Teoria dos Direitos Fundamentais, impinge-se o costume dos operadores do direito no trato do respeito às garantias constitucionais, como aconteceu com a Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2012), que veda a dispensa discriminatória do portador de HIV, que acabou se consolidando na recente

¹¹ Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem [...]. (SILVA, 2010, p.125).

¹² Outro importante princípio é a presunção de inocência (art. 5º, LVII), que se traduz em uma presunção constitucional da não culpabilidade (garantia constitucional de não culpabilidade), vedando-se qualquer forma de prejulgamento por parte do aparato estatal e da própria sociedade, bem como dos órgãos do Poder Judiciário. (FERNANDES, 2012, p. 437, grifo nosso).

¹³ A propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade uma maior utilidade, dentro da concepção de que o social orienta o individual. (CARVALHO, 2006, p. 533).

Lei n. 12.984, de 2 de junho de 2014, a qual acabou inclusive definindo como crime a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS, em especial, para fins da relação de emprego.

Aos sindicatos, grande motor da construção do Direito do Trabalho¹⁴, impõe-se a luta pela implementação de normas coletivas que inovem o mundo jurídico para determinar o respeito às prerrogativas fundamentais. A título de exemplo de uma importante conquista em sede de negociação sindical e que serve de parâmetro para os demais empregadores, traz-se à baila o Acordo Coletivo de Trabalho dos Metroviários-SP de 2011/2012:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCEIRA - SINDICÂNCIA SOBRE EMPREGADOS. O METRÔ comunicará o fato ao empregado envolvido em sindicância, por escrito, especificando o assunto, com antecedência de 2 (dois) dias úteis, sempre que houver necessidade de seu depoimento no referido processo. O empregado poderá convocar um representante do SINDICATO para assistir à sindicância, sem que haja qualquer manifestação desse representante no desenrolar dos trabalhos.

Parágrafo Único - O empregado convocado para a sindicância terá direito de arrolar até 3 (três) empregados que possam prestar esclarecimentos sobre a matéria.

IGUALDADE DE OPORTUNIDADE

CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUARTA - AÇÕES AFIRMATIVAS

O METRÔ terá como prática implementar política para promoção de ações afirmativas. (Sindicato dos Metroviários de São Paulo, 2011, grifo nosso).

Também relevante, apesar de ter um conteúdo mais simples, a Convenção Coletiva dos Metalúrgicos de Belo Horizonte, na qual, pelo menos, se evita a desarrazoada não oitiva do trabalhador e a sua dispensa sem explicitação dos motivos, colacionamos:

71ª) PUNIÇÃO DISCIPLINAR Antes de aplicar as medidas disciplinares de advertência, censura ou suspensão, as empresas deverão solicitar previamente por escrito que o empregado justifique, também por escrito, seu comportamento faltoso.

§ 1º - O empregado poderá apresentar sua justificativa até 1(uma) hora antes do final da sua jornada normal de trabalho do dia em que for cientificado pelo empregador, desde que a comunicação do empregador tenha ocorrido até 4 horas antes do término da jornada. § 2º - Na hipótese de a comunicação do empregador ocorrer quando faltar menos de 4(quatro) horas para o final da jornada, o empregado deverá apresentar sua justificativa na primeira hora da jornada do dia imediato. § 3º - Findo o prazo mencionado no parágrafo 1º ou 2º, conforme o caso, sem que tenha havido justificativa ou não se convencendo da razoabilidade da justificativa, o empregador poderá adotar a medida disciplinar que julgar adequada, facultado ao empregado, caso não concorde com a punição, postular reclamação perante a Justiça do Trabalho. § 4º - A inobservância das formalidades acima implicará nulidade da medida disciplinar eventualmente adotada. (2013, grifo nosso).

¹⁴ O sindicato ajudou a criar o direito de dois modos diferentes: pressionando os homens que faziam as leis e negociando suas próprias "leis" com os patrões. Além disso, com suas greves e ameaças, fez o Direito ser mais respeitado e cumprido. (VIANA, 2013).

Apesar de a derradeira cláusula possuir um prazo ínfimo e desarrazoado, mas diante das cláusulas supra, nota-se o papel reformador do Sindicato, ao construir uma norma, ainda que não seja um primor de efetividade dos direitos fundamentais, mas que viabilize ao menos um esboço inicial do respeito ao direito sagrado do cidadão/trabalhador de ser ouvido e apresentar a sua versão para os fatos reprováveis a que está sendo acusado; trata-se de corolário de um ideal republicano e respaldado no inciso XXVI do art. 7º da CF/88 (BRASIL, 2007).

Outro não é o pensamento de Aldacy Rachid Coutinho em obra coletiva: “Não há que se pensar, portanto, em favor, ou proteção do mais débil, mas em reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão-trabalhador, fortalecido em um Estado Democrático de Direito.” (2010, p. 167).

Cumpra-nos lembrar ainda de que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (2015) elenca expressamente tal prerrogativa aos trabalhadores, e inclusive tal norma internacional foi ratificada por diversos países de destaque internacional, tais como: França; Espanha; Portugal e Austrália e, apesar da discussão da validade da denúncia da referida norma pelo Governo brasileiro¹⁵, há que se verificar o teor da paradigmática orientação, conforme consta na obra de um dos autores deste artigo, Antônio Álvares da Silva, em A Convenção n. 158 da OIT, *verbis*:

Art. 7º Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade. (SILVA, 1996, p. 73, grifo nosso).

Veja-se que a norma da OIT é bastante ponderada, bem simples, exige apenas o básico, que antes de se aplicar uma punição seja assegurado o direito ao trabalhador de se defender, de expor uma eventual explicação ou mesmo de permanecer calado. Porém, simplesmente retirar de um cidadão tal prerrogativa, com fundamento no direito de propriedade privada e no dever de obediência, em razão da subordinação do trabalhador, é alijar o contrato de trabalho da proteção jurídica constitucional, o que não se coaduna com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.¹⁶

Nem se alegue que os princípios do contraditório e ampla defesa seriam normas programáticas e que não teriam força cogente, haja vista que tal visão encontra-se suplantada pela doutrina e jurisprudência pátrias, a um, porque o texto constitucional não tem normas sem valor jurídico; a Carta diz e deve ser cumprida por todos os que estão sob sua égide; a dois, em razão do texto expresso do § 1º do art. 5º da CF/88 (BRASIL, 2007), que nos alude: “§ 1º As normas definidoras

¹⁵ ADI 1625-3.

¹⁶ [...] c) princípio da máxima efetividade: na interpretação das normas constitucionais devemos atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade; [...] f) princípio da força normativa da Constituição: na interpretação constitucional devemos dar primazia às soluções que, densificando as suas normas, as tornem eficazes e permanentes. (COELHO, p. 91-92).

dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹⁷ (grifo nosso). Portanto, urge o cumprimento do ordenamento constitucional por todos os operadores do direito.

Cabe salientar que a maioria das justas causas aplicadas acabam gerando demandas no Poder Judiciário, já tão sobrecarregado. Assim, uma mera concessão de prévia oitiva do trabalhador, com implementação a ele do direito fundamental de se explicar, com um prazo razoável, poderia evitar a demanda judicial, pois, por vezes, a decisão do empregador é tomada no calor das discussões e dos fatos, o que não é a maneira mais razoável e ponderada de se decidir um conflito, em especial uma rescisão abrupta de um contrato que pode afetar a subsistência do operário, em razão do caráter alimentar do salário.

É bom lembrar que uma ação judicial implica custos para o empregador, pois fatalmente ele irá contratar um advogado, custear os honorários contratuais, sendo que, em havendo a reversão da pena, o Magistrado condenará nas verbas rescisórias e muito provavelmente imputará ainda danos morais pela punição vexatória (arts. 159 e 927 do Código Civil, BRASIL, 2008), o que corriqueiramente acontece nessas contendas, conforme nos demonstra o minucioso acórdão abaixo retratado:

[...] 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. IMPROBIDADE. REVERSÃO EM JUÍZO. [...] Tratando-se, porém, de enquadramento em ilícito trabalhista e também ilícito criminal - tal como ocorre com o ato de improbidade referido pelo art. 482, "a", da Consolidação -, a jurisprudência extrai consequências jurídicas distintas. Pode, sim, ensejar reparação por dano moral ou à imagem (art. 5º, V e X, CF/88) a acusação, pelo empregador ao empregado, da prática de ato ilícito, especialmente o capitulado no art. 482, "a", da CLT. Notadamente se feita esta acusação de modo despropositado ou leviano, sem substrato probatório convincente, ou se feita de maneira descuidada, com alarde e publicidade, ainda que informais. Mesmo que não transpareçam essas características circunstanciais descritas (leviandade, descuido, publicidade), a mera acusação de ato ilícito, por afrontar gravemente a honra e a imagem da pessoa humana, pode ensejar danos morais, caso não comprovada. [...] Nesse contexto, a acusação de ato ilícito pelo Reclamado sem qualquer comprovação acabou por afrontar gravemente a honra e a imagem da Reclamante, ao ponto de, inclusive, deixá-la depressiva, o que enseja a indenização por danos morais. Recurso de Revista conhecido e provido. (ARR - 531-16.2010.5.03.0103, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 4/3/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6/3/2015, grifo nosso)

A doutrina também aponta no sentido do aresto supra ventilado:

Na eventual conflituosidade entre a necessidade de tutela do trabalhador e da

¹⁷ [...] Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. [...] 4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º) [...] (RE 986, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/8/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 5/10/2007 DJ 5/10/2007 PP-00021 EMENT VOL-02292-01 PP-00030, grifo nosso).

empresa, nenhuma dificuldade deve surgir em definir-se em favor da proteção do cidadão. A tutela da honra do trabalhador determina a inviabilidade de se tornar pública a sanção imposta. Há de se declarar nula a sanção se determinar qualquer desatendimento ao princípio da igualdade, bem como se for discriminatória por motivo de religião, raça, sexo, idade ou credo, bem como se ferimento à liberdade de consciência, de opinião. É a preferência da tutela do homem sobre o capital ou a propriedade. (COUTINHO, 1999, p. 167).

Há que se mencionar ainda que as punições por falta grave acarretam para o trabalhador perdas remuneratórias consideráveis, na medida em que, na suspensão disciplinar, o trabalhador não receberá os dias parados e nem os descansos semanais remunerados - DSR respectivos, art. 6º da Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949. Por sua vez, na justa causa o trabalhador terá perdas ainda maiores de direitos patrimoniais e sociais, porquanto não receberá as férias proporcionais, 13º proporcional, aviso prévio, multa de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não tem o saque imediato do saldo do FGTS (art. 20 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990) e muito menos recebe a habilitação para o benefício estatal do seguro-desemprego (art. 2º da Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990), o que demonstra o quão prejudicial ao cidadão pode se tornar uma punição aplicada sem que ele sequer tenha exercido um valor fundamental básico, qual seja, ser ouvido, se explicar.

O desemprego é desestruturante no seio familiar, um homem sem trabalho perde sua condição de subsistência, não tem crédito, não tem valor para o capitalismo e põe em situação de risco social todo um conjunto de pessoas ao seu redor, o que um dos autores deste arrazoado, Antônio Álvares da Silva, na obra *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*, demonstra apontando os graves danos sociais que podem sobejar em face de uma rescisão, colacionamos:

O desemprego tem profundas consequências de ordem material e psíquica sobre o trabalhador. Além da diminuição do salário, que importa em rebaixamento do nível de vida, há efeitos psíquicos que prejudicam a autoimagem pois o desemprego é sempre seguido de um sentimento de frustração e derrota. (1991, p. 17).

Oskar Heinz Vetter e José Martins Catharino, citados por Silva, em sua obra *Co-gestão no estabelecimento e na empresa, ipsis litteris*, nos instigam, respectivamente:

A democracia não pode limitar-se ao Estado. Deve existir igualmente em todos os setores da vida social não podendo esbarrar-se às portas de nossas empresas e da administração.

O Estado da empresa denota evidente contradição com o regime político democrático. Temos uma democracia política defeituosa embora, mas, dentro da empresa, nenhuma temos.(1991, p. 6).

Certa feita, um dos autores, Antônio Álvares da Silva (1991), ainda ressaltou a questão de que as empresas devem se valer do inciso XI do art. 7º da Constituição para implementar a cogestão dentro dos ambientes de labor. Nesse quadrante,

cabe nos inferir que as comissões de empresa poderiam atuar na justa causa e viabilizar o direito de defesa aos trabalhadores porventura acusados de falta grave, em uma atuação avançada e democrática do poder empresarial, abandonando a ideia autoritária da subordinação para se adotar uma reengenharia empresarial de coparticipação de todos os atores sociais envolvidos na questão trabalho.

Com alinhar similar, Teixeira e Varela (2013):

Outrossim, é possível que o empregador constitua internamente uma comissão voltada para apurar os fatos e assegurar o contraditório e a ampla defesa, utilizando como parâmetro o procedimento administrativo. Assim procedendo, e concluindo a comissão pelo cometimento de falta grave e pela responsabilidade do empregado, poderá efetivar a despedida motivada, rescindindo o contrato de trabalho.

Ao nosso sentir, parte da doutrina juslaborista, de certa forma, indiretamente, tem justificado e até respaldado a desigualdade fática e jurídica existente nas relações de trabalho. Vejamos:

Já o mesmo não ocorre, evidentemente, quando a falta é praticada pelo empregador e o direito de resolução cabe ao empregado. Desta diferença decorre uma importante consequência: a resolução do contrato pelo empregador, estando compreendida na esfera de seu poder disciplinar, opera independentemente da intervenção judicial. A resolução do contrato pelo empregado, ao revés, não repele a ideia de se fazer *ope judicis*. (MARANHÃO, p. 232).

E com o mesmo alinhar:

Pela própria natureza da relação de trabalho a obrigação de disciplina é unilateral: o empregado é quem se subordina ao empregador. Desta diferença óbvia do caráter específico da resolução contratual na relação de trabalho, quando exercida pelo empregador ou pelo empregado, resulta uma consequência de grande significação prática. Por isso que a resolução do contrato de trabalho pelo empregador é uma pena disciplinar, a pena máxima, a condição resolutive tácita, opera, sempre, em tal caso, *ipso jure*: a lei lhe dá a mesma força da condição resolutive expressa no direito comum. A resolução do contrato pelo empregador, salvo no caso de estabilidade, independe, necessariamente, do pronunciamento do juiz. Já a resolução do contrato pelo empregado, por motivo de inexecução faltosa das obrigações do empregador, não tendo o sentido de penalidade disciplinar, não repele, por sua natureza, normalmente, o pronunciamento do juiz. (SÜSSEKIND *et al.*, 2000, p. 597).

A par da envergadura dos ensinamentos supra, com todas as vênias necessárias, de certa forma, tais lições justificam e legitimam a desigualdade e acabam fortalecendo o poderio empresarial, obviamente sem a intenção de fazê-lo, na medida em que, por exemplo, se o empregado for acusado de improbidade, o empregador simplesmente o dispensa e não tem a obrigação de ouvi-lo, a rescisão contratual estará perfeita e juridicamente válida.

Todavia, se o empregador foi o improprio e, por hipótese, furtar algum pertence do trabalhador, este terá que percorrer a via-crúcis do processo judicial e aguardar

uma resposta da jurisdição, na maioria das vezes bastante demorada, tendo o empregador toda a demanda judicial para se defender e produzir as provas que lhe aprouver e só depois, eventualmente, acaso o trabalhador consiga produzir provas robustas de tal conduta de seu patrão e após este ter sido devidamente ouvido, é que se poderia ventilar uma rescisão contratual por falta grave do patronato, o que, no nosso modesto entendimento, trata-se de uma notória discriminação e desigualdade de poderes contratuais, o que vai de encontro com os prementes pilares do Estado Democrático de Direito. O estudioso americano LOUIS HENKIN assim já se manifestou:

Implícito na ideia de direitos humanos é um compromisso com o valor individual. O indivíduo conta e conta independentemente da comunidade. A ideia sugere igualdade dos seres humanos, não hierarquia entre eles. (1989, tradução nossa).¹⁸ (2015)

Vale notar que as hipóteses de rescisão indireta são praticamente as mesmas da justa causa, a diferença é basicamente quem as pratica, empregador ou empregado, tanto que a própria CLT os dispôs um na sequência do outro nos arts. 482 e 483 (BRASIL, 2010). Assim, ambos são exemplos de rescisão contratual por falta grave de uma das partes do contrato, ou seja, trata-se de punições contratuais, não podendo as partes serem vistas como se uma fosse superior à outra juridicamente, sem uma razão razoavelmente considerável, ainda mais em se atentando para a comum superioridade econômica do empregador e a existência de lesão a garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, por meio de art. 5º, em seu inciso LV (BRASIL, 2007), garantiu a qualquer acusado o direito de ser ouvido, de apresentar suas razões contrárias ou mesmo assumir eventual falta. Assim, como o Direito do Trabalho não é um gueto ileso aos direitos fundamentais, mas um ramo propício à imperatividade dos valores sociais essenciais, cabe a aplicação do direito de defesa prévio ao trabalhador, antes da implementação de uma punição pelo empregador que acusar um cidadão/trabalhador de ter cometido falta grave, com supedâneo nos princípios da força normativa da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais, do valor social do trabalho, da função social da propriedade, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, especialmente, em razão dela, pela imperatividade do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Fundamental rights are a historic achievement and should always be on the way to a breakthrough in its execution. Such guarantees were viewed as the protection of the citizen against the State. Contemporaneously, should be seen as

¹⁸ *Implicit in the idea of human rights is a commitment to individual worth. The individual counts, and counts independently of the community. The idea suggests equality of human beings, not hierarchy among them.*

the parameter validity of any conduct, both for the State and for private entities, because the so-called horizontal effectiveness of fundamental rights. The Constitution radiates its core values also for Private Law, since the legal system must be read in the light of the Constitution, so Labor Law is not off the constitutional protections. The worker subordination does not imply contractual suppression of fundamental rights. The art. 5º, section LV, of the Federal Constitution of 1988 (BRAZIL, 2007) guarantees the accused the right to generally contradictory and full defense in any field, whether public or private. Such prerogative generates repercussions and is effective in the face of the employer as well. Before applying a punishment for the worker misconduct, it is cogent to grant the accused the right of defense, although by simple means without the proper formalities of public law, but no citizen can under the democratic rule of law be accused and even be heard.

Keywords: *Fundamental rights. Defense law. Disciplinary power.*

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. *As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital*. Educ. Soc., Campinas, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.
- BOMHOFF, Jacco. *Lüth's 50th Anniversary: some comparative observations on the german foundations of judicial balancing*. German Law Journal, Vol. 09, n. 02. 2008. Disponível em: <https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No02/PDF_Vol_09_No_02_121-124_Articles_Bomhoff.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2015.
- BRASIL. Código Civil. *Código Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949. *Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 de janeiro de 1949.
- BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 14/5/1990.
- BRASIL. Lei n. 12.984, de 2 junho de 2014. *Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS*. Diário Oficial da União, Brasília, 03 jun. 2014.
- BRASIL. Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990. *Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 12/1/1990.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 443. DISPENSADISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO* - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012.

- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27/10/2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19/12/1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756.
- BRASÍLIA. TST. E-RR - 278000-91.2008.5.12.0001, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/11/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 2/12/2011.
- BRASÍLIA. TST. ARR - 531-16.2010.5.03.0103, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 4/3/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6/3/2015.
- CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição - direito constitucional positivo*. 12. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1997.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 1999.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Juspodium, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.
- HENKIN, Louis. *Louis Henkin On*. 2015. Disponível em: <<http://www.law.columbia.edu/louis-henkin/54950>>. Acesso em: 17 ago. 2015.
- LEÃO, Celina Gontijo. Poder diretivo do empregador X direitos da personalidade do empregado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.673, 26 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17709>>. Acesso em: 22 out. 2013.
- LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1960.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- Nipperdey, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. In: Nipperdey, H. C. (Hsgeb). *Festschrift für Erich Molitor*. München; Berlin: C. H. Beck, 1962.
- OIT. A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. *CONVENÇÃO n. 158. Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador*. Aprovada em 1982. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2014.
- PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2011-vol.-77>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora RTM, 1996.
- _____. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE BELO HORIZONTE. *Convenção coletiva de trabalho - 2013/2015*. Disponível em: <http://www.sengemg.com.br/downloads/acordos_convencoes/metalurgica/CCT_Fiemg_2013-2015.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2015.
- SINDICATO DOS METROVIÁRIOS DE SÃO PAULO. *Acordo coletivo de trabalho - 2011/2012*. Disponível em: <<http://www.metroviarios.org.br/site/images/documentos/acordocoletivo2011-2012.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2014.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <http://www.tffadvogados.com.br/artigos/nov_2011/direito_desconexao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2013.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Editora LTr, 2000.
- REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2010.
- TEIXEIRA, Silvia Isabelle Ribeiro; VARELA, Maria da Graça Antunes. O devido processo legal na despedida por justa causa: um convite a uma nova hermenêutica. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. Salvador, Ano II, n. 3, out. de 2003. Disponível em: <<http://www.flip3d.com.br/web/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=102208>>. Acesso em: 01 jul. 2015.
- VIANA, Márcio Túlio. *70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/35179/2013_viana_marcio_tulio_70_anos_clt.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 jul. 2014.

A ONU E SEU SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNO: BREVES ANOTAÇÕES

Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNO: POR QUÊ? - A QUESTÃO DA IMUNIDADE DA ONU

3 O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNO: COMO? - O FUNCIONAMENTO

4 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

RESUMO

Em razão da imunidade que lhe é assegurada, a ONU instituiu um sistema de justiça interno, reformulado em 2007, como forma de assegurar o respeito ao direito de seus funcionários, tal como instituído nas regras aplicáveis. O sistema tem como objetivo prestar a jurisdição de forma independente, profissionalizada, célere, transparente, descentralizada, com ênfase na solução de conflitos por meios informais, antes de desaguar no sistema formal. Aplicável a cerca de 52 mil pessoas, esse sistema de justiça interno conta com serviços de *Ombudsman* e de mediação, que buscam a solução informal e consensual. Essas etapas, que suspendem o prazo para a propositura da ação, e a avaliação de gerência são geralmente necessárias ou úteis antes do ajuizamento formal da ação. Após esse, o processo segue pelo Tribunal de Disputas e tem grau de recurso no Tribunal de Apelação.

Palavras-chave: ONU. Sistema de justiça interno. Imunidade de jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

Uma ONU forte para um mundo melhor. Esse é o *slogan* usado para comemorar os 70 anos das Nações Unidas em 2015. Essa mesma frase pode servir, de outro lado, para lembrar que desde 1945, data de sua criação, a ONU tem por objetivo agir em questões que coloquem em risco a humanidade.¹

* A autora é Juíza Titular da 3ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito pela *Université de Paris II - Panthéon-Assas*, diploma reconhecido pela UFMG. Professora de cursos de graduação e pós-graduação. Ex-Conselheira da Enamat (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho) e da Escola Judicial do TRT-MG. Eleita para o cargo de juíza do Tribunal de Apelação da ONU em novembro/2015, com o maior número de votos, para mandato de 2016 a 2023, após processo de seleção nas línguas inglesa e francesa pelo Conselho de Justiça Interno, o qual contou com avaliação de *curriculum vitae*, exemplo de julgamento, carta de motivação, atestados nacionais e internacionais de integridade moral e profissional, seguida de exame escrito e de entrevista realizada na cidade de Haia-Holanda. *E-mail:* marthahalfeld@yahoo.com

¹ O preâmbulo da Carta das Nações Unidas menciona os objetivos da Organização: "Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da

Com efeito, a ONU tem sido compreendida como organismo internacional imprescindível à convivência pacífica e à cooperação entre os povos. Possui objetivos que não poderiam ser atingidos sem a colaboração dos membros da sociedade internacional, mas não se confunde com os Estados-membros que a compõem. É constituída por ato internacional voluntário (Carta das Nações Unidas) e possui ordenamento jurídico interno próprio.

No século XXI, tais objetivos são, dentre outros, paz e segurança, direito internacional, trabalho infantil, mudança climática, desenvolvimento sustentável, direitos humanos, desarmamento, terrorismo, emergências humanitárias e sanitárias, igualdade de gênero, governança, descolonização, produção de alimentos. A ONU conta hoje com 193 países-membros no mundo e o Brasil é um de seus membros fundadores.²

O principal instrumento para atingir seus objetivos é o diálogo entre os Estados-membros e o acolhimento das negociações. A ONU é, pois, um fórum para expressar opiniões e colher sugestões com o objetivo de resolver problemas comuns de forma consensual. A cooperação internacional e a harmonização das ações são essenciais para a consecução dos objetivos, com respeito à igualdade soberana de todos seus membros e ao cumprimento de boa-fé dos compromissos da Carta das Nações Unidas, seu estatuto máximo.

Para atingir seus múltiplos objetivos, a ONU conta com diversos órgãos, dentre eles o Secretariado, que conta com o trabalho de cerca de 52 mil pessoas nos diversos lugares do mundo, inclusive em seus diversos órgãos, programas e políticas.³

Os poderes que lhe conferem a Carta fundadora e o seu caráter internacional

guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de 'Organização das Nações Unidas'."

² A propósito, em 1957, o Brasil ofereceu às Nações Unidas os murais "Guerra" e "Paz", de Cândido Portinari, reinaugurados em 2015 após restauração. Estão expostos na entrada da Sala da Assembleia Geral, o espaço mais importante da sede da ONU, cujo projeto de 1947 contou com importante colaboração de Oscar Niemeyer.

³ O site da ONU, presumivelmente mais atualizado, menciona 52 mil pessoas em 600 postos de trabalho (<http://www.un.org/depts/OHRM/salaries_allowances/common.htm>), enquanto que o site da ONU Brasil menciona 44 mil pessoas (<<https://nacoesunidas.org/vagas/>>).

único autorizam a ONU a exercer suas atividades em escala universal, com um raio de atuação mais vasto em comparação às organizações regionais.

O objetivo do presente ensaio de artigo é brevemente expor a razão de ser do sistema de justiça interno das Nações Unidas, bem como fornecer linhas gerais de seu funcionamento.

2 O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNO: POR QUÊ? - A QUESTÃO DA IMUNIDADE DA ONU

A Carta das Nações Unidas de 1945, incorporada no mesmo ano ao ordenamento jurídico brasileiro, estabelece, em seu artigo 2.2, o dever do Estado-membro de cumprir de boa-fé as obrigações por ele assumidas, e, nos artigos 55 e 56, o compromisso com a cooperação internacional econômica e social.

No artigo 105, prevê a favor da Organização, frente ao território de cada país-membro, privilégios e imunidade necessários à realização de seus propósitos.⁴

Por outro lado, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades (incorporada nacionalmente pelo Decreto 27.784/1950) garante a imunidade absoluta de jurisdição e de execução frente às autoridades judiciárias dos países-membros.

No que toca ao Brasil, o Decreto n. 59.308/1976, que deu vigência nacional ao Acordo de Assistência Técnica com as Nações Unidas e suas Agências Especializadas, estabelece expressamente, no artigo V, 1.a, a necessidade de o Brasil respeitar a Convenção sobre Privilégio e Imunidade da ONU.

O objetivo da imunidade assegurada à ONU é o resguardo efetivo da independência de sua atuação no território dos países-membros, circunstância que justifica o fato de que o regime jurídico aplicável ao pessoal contratado pela ONU e seus órgãos no território dos países-membros não é o do local da contratação ou da prestação de serviços, mas o regime jurídico interno das Nações Unidas.

Essa solução, além de corresponder aos anseios dos Estados signatários da Carta das Nações Unidas e da Convenção sobre Privilégios e Imunidades, parece ser a que melhor se adequa às necessidades sociais das Nações Unidas, que exerce importantes funções em centenas de países.

Nesse sentido, já se argumentou que, se tivesse que se submeter às multidiversas disposições nacionais nessas atividades, a eficiência de sua missão poderia ser seriamente comprometida pelo significativo comprometimento dos recursos disponíveis pela Organização no gerenciamento do pessoal.

Embora este último argumento pragmático seja relativizado no mundo globalizado atual, permanece firme o aspecto finalístico da criação e funcionamento da ONU. Com efeito, a imunidade é garantia de independência de funcionamento

⁴ Artigo 105:

1. A Organização desfrutará, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos.
2. Os representantes dos membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização desfrutarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente de suas funções relacionadas com a Organização.
3. A Assembleia Geral poderá fazer recomendações com o fim de determinar os pormenores da aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste artigo ou poderá propor aos membros das Nações Unidas convenções nesse sentido.

da Organização nos territórios dos países onde atua, já que a ONU não possui território próprio...

É bem verdade que essa imunidade já chegou a ser questionada em ações judiciais no Brasil, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, como se tem notícia da decisão do Tribunal Pleno a seguir, de 1988:

Ementa: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE QUE DESFRUTA ORGANIZAÇÃO DE AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (ART. 267, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). ORGANISMO INTERNACIONAL VINCULADO À ONU, DA QUAL FAZ PARTE O BRASIL. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS. LEGÍTIMA É A ALEGAÇÃO DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF, ACi 9703, APELAÇÃO CÍVEL, Relator: Min. DJACI FALCÃO, Julgamento: 28/9/1988, Tribunal Pleno, Publicação DJ 27/10/1989)

O assunto da imunidade de jurisdição da ONU voltou à pauta do STF, que vem reiteradamente seguindo a sua jurisprudência, consoante se infere das decisões a seguir, a primeira de seu Tribunal Pleno:

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU/PNUD). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). APLICAÇÃO. 1. Segundo estabelece a "Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas", promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16 de fevereiro de 1950, "A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas". 2. Esse preceito normativo, que no direito interno tem natureza equivalente à das leis ordinárias, aplica-se também às demandas de natureza trabalhista. 3. Recurso extraordinário provido.

(RE 578543 / MT - MATO GROSSO, Relator(a.): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 15/5/2013, Tribunal Pleno, Publicação 27/5/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU/PNUD). PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). PRECEDENTE DO PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784/1950: "A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas". II - No âmbito do direito interno, a referida convenção tem

natureza equivalente à das leis ordinárias e é aplicável às lides trabalhistas. Constitucionalidade declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 578.543/MT. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 599076 AgR / MT - MATO GROSSO, AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 24/6/2014, Segunda Turma, Publicação 14/8/2014)

Para o Excelso Pretório, o artigo 114 da Constituição de 1988, ao atribuir à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo, não provocou alteração na imunidade jurisdicional da ONU. Esse dispositivo constitucional promoveu tão somente uma redefinição de competência, que, na ordem constitucional pretérita, era atribuída à Justiça Federal Comum, podendo ser inexercitada e pressupondo que as partes sejam “jurisdicionáveis”.

No âmbito da jurisprudência trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 416, nos seguintes termos:

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16/2/2012): As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.

Esse entendimento de imunidade absoluta de jurisdição, “[...] inclusive em relação aos atos de gestão, nos quais estão inseridas as relações de trabalho [...]”, vem prevalecendo, como se conclui de julgados recentes da Corte Superior Trabalhista, como os que se seguem:

RECURSO DE REVISTA. ORGANISMO INTERNACIONAL. AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS DAS NAÇÕES UNIDAS. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO 1. As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional (Orientação Jurisprudencial n. 416 da SbDI-1 do TST). 2. A imunidade de jurisdição das Agências Especializadas vinculadas à Organização das Nações Unidas - ONU - está amparada em normas de cunho internacional, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro mediante a promulgação dos Decretos n. 27.784/50 e 59.308/66. 3. Decisão regional em que se relativiza a imunidade de jurisdição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO-, para o fim de submetê-la à jurisdição pátria, viola o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. 4. Recurso de revista da União de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 88000-63.2007.5.15.0009 Data de Julgamento: 9/12/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2015)

RECURSO DE REVISTA. ORGANISMO INTERNACIONAL. ONU/PNUD (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO). IMUNIDADE ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO. OJ-SBDI-1-TST-416. 1. Hipótese em que o Tribunal regional entendeu que “a primeira Reclamada [ONU/PNUD], ao contratar empregados brasileiros, renunciou tacitamente à imunidade de jurisdição, sendo que a Constituição Federal assegura que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Acrescente-se que a Recorrente não praticou atos de império, mas de gestão, equiparando-se ao empregador particular, razão pela qual não pode se escudar em suposta imunidade de jurisdição, em sede de reclamação trabalhista ajuizada por empregada brasileira, cujo direito de ação encontra-se assegurado pela Magna Carta Constitucional”. 2. A teor da OJ 416/SDI-I/TST, “As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional”. 3. Na hipótese, deve ser observada a imunidade absoluta de jurisdição da ONU/PNUD - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, em vista da ratificação pelo Brasil da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, incorporada à legislação brasileira pelos Decretos 27.784/50 e 52.288/63, e que preveem a referida imunidade, em cumprimento ao disposto no art. 5º, § 2º, da CF/88. 4. Processo extinto, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, IV e VI, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 134900-10.2004.5.02.0062, 1ª Turma TST - Rel. Min Hugo Carlos Scheuermann, publicação 15/4/2014)

No primeiro julgado mencionado, perante a 4ª Turma do TST, o Ministro Relator assim discorreu:

O conteúdo e o alcance da imunidade de jurisdição concedida aos Estados estrangeiros e aos Organismos Internacionais têm sido objeto de longos debates nesta Justiça Especializada.

A atual jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho orienta-se no sentido de relativizar a imunidade jurisdicional dos Estados soberanos na hipótese em que a controvérsia refere-se a direitos oriundos de contrato de emprego firmado no Brasil, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, com empregado brasileiro.

O fundamento para a construção da chamada “teoria da relativização” da imunidade de jurisdição é o de que, ao contratar empregado brasileiro, sob a égide da CLT, o Estado estrangeiro pratica “ato de gestão”, intervindo em domínio essencialmente particular e desnudando-se, portanto, dos privilégios conferidos aos entes públicos internacionais.

Não obstante, as prerrogativas e os privilégios atinentes aos Organismos Internacionais revestem-se de certas peculiaridades que os diferenciam dos demais entes de Direito Internacional Público, mormente dos Estados estrangeiros, no que concerne à imunidade de jurisdição.

No que tange à Organização das Nações Unidas, especificamente, a questão merece

apreciação por contornos diversos, uma vez que sua imunidade baseia-se em acordo internacional bilateral, no qual se objetivou garantir ao referido ente de Direito Público Externo a independência necessária à consecução de seus objetivos.

A República Federativa do Brasil promulgou, por meio do Decreto n. 27.784 de 16/2/1950, a “Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas”, a qual dispõe, em seu art. II, Seção 2, *in verbis*:

“A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão da imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas.” (grifo nosso)

Da mesma forma, mediante o Decreto n. 59.308/66, foi promulgado o “Acordo Básico de Assistência Técnica entre os Estados Unidos do Brasil e a organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, a Organização de Aviação Civil Internacional, a Organização Mundial de Saúde, a União Internacional de Telecomunicações, a Organização Meteorológica Mundial, a Agência Internacional de Energia Atômica e a União Postal Universal assinado no Rio de Janeiro”.

Conforme o art. V, 1, “b”, do aludido Decreto n. 59.308/66, “o Governo, caso ainda não esteja obrigado a fazê-lo, aplicará aos Organismos, a seus bens, fundo e haveres, bem como a seus funcionários, inclusive peritos de assistência técnica [...] com respeito às Agências Especializadas, a ‘Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas’.”

Ao analisar a extensão dos acordos internacionais em apreço, e diante da reiterada discussão quanto ao alcance da imunidade ora em debate, esta Corte trabalhista consolidou entendimento, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 416 da SbDI-1, no sentido de reconhecer aos Organismos Internacionais a absoluta imunidade de jurisdição quando amparados por norma internacional devidamente incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, situação verificada nos presentes autos.

Nessa altura, é preciso fazer uma distinção quanto à imunidade dos Estados estrangeiros, que tem sido relativizada pelos tribunais nacionais (deixou, pois, de ser absoluta), porque baseada exclusivamente no direito consuetudinário.⁵ No caso

⁵ Foi no célebre julgamento Apelação Cível 9.696, de 23/2/1989, cujo voto condutor é da lavra do Ministro Francisco Rezek e cujos fundamentos foram acolhidos por unanimidade (decisão plenária de 31/5/1989), que se afastou a imunidade de um Estado estrangeiro que a ela não havia renunciado, o que permitiu o prosseguimento da ação trabalhista ajuizada em face da Embaixada da República Democrática Alemã.

O STF, desde então, não mudou sua orientação, como se vê do julgamento do AI 139671 AgR, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 20/6/1995, Primeira Turma, Publicação DJ 29/3/1996: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ESTADO ESTRANGEIRO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR EMPREGADOS DE EMBAIXADA - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - CARÁTER RELATIVO - RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DOMÉSTICA DOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS - AGRAVO IMPROVIDO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. CONTROVÉRSIA DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. - A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em

da ONU, porém, a imunidade é garantida por normas escritas, desde a Carta de 1945, ratificadas pelo Brasil, que, portanto, renunciou sua jurisdição sobre o organismo internacional.

Nesse sentido, a internalização dos tratados por norma expressa de direito interno com *status* de lei ordinária não pode ser ignorada sem haver declaração

consequência, não impedirá que os juízes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente. ATUAÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA DE ORDEM PRIVADA. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL RELATIVA OU LIMITADA. - O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no âmbito do direito comparado, permitiu - ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente - que se construísse a teoria da imunidade jurisdicional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a natureza do ato motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que deixa de prevalecer, ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, sempre que o Estado estrangeiro, atuando em matéria de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho àquele em que se praticam os atos *jure imperii*. Doutrina. Legislação comparada. Precedente do STF. A teoria da imunidade limitada ou restrita objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilícitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial - necessariamente estranho ao específico domínio dos *acta jure imperii* - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro. OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A DOCTRINA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO RELATIVA OU LIMITADA. Os Estados Unidos da América - parte ora agravante - já repudiaram a teoria clássica da imunidade absoluta naquelas questões em que o Estado estrangeiro intervém em domínio essencialmente privado. Os Estados Unidos da América - abandonando a posição dogmática que se refletia na doutrina consagrada por sua Corte Suprema em *Schooner Exchang v. McFaddon* (1812) - fizeram prevalecer, já no início da década de 1950, em típica declaração unilateral de caráter diplomático, e com fundamento nas premissas expostas na *Tate Letter*, a conclusão de que “tal imunidade, em certos tipos de caso, não deverá continuar sendo concedida”. O Congresso americano, em tempos mais recentes, institucionalizou essa orientação que consagra a tese da imunidade relativa de jurisdição, fazendo-a prevalecer, no que concerne a questões de índole meramente privada, no *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976). DESISTÊNCIA DO RECURSO. NECESSIDADE DE PODER ESPECIAL. Não se revela lícito homologar qualquer pedido de desistência, inclusive o concernente a recurso já interposto, se o Advogado não dispõe, para tanto, de poderes especiais (CPC, art. 38). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A jurisprudência dos Tribunais e o magistério da doutrina, pronunciando-se sobre a ausência de manifestação do Ministério Público nos processos em que se revela obrigatória a sua intervenção, tem sempre ressaltado que, em tal situação, o que verdadeiramente constitui causa de nulidade processual não é a falta de efetiva atuação do *Parquet*, que eventualmente deixe de emitir parecer no processo, mas, isso sim, a falta de intimação que inviabilize a participação do Ministério Público na causa em julgamento. Hipótese inócua na espécie, pois ensejou-se à Procuradoria-Geral da República a possibilidade de opinar no processo.

prévia e formal de sua inconstitucionalidade pelo órgão plenário do Tribunal ou, se for o caso, de sua não-recepção por norma constitucional superveniente.⁶

Intrigante é a questão relativa ao motivo do surgimento da controvérsia acerca da existência da imunidade jurisdicional da ONU. Apesar de não haver atual questionamento - o qual exigiria, para sua superação, como visto, a revisão ou a denúncia de tratados internacionais ou a declaração formal de sua inconstitucionalidade ou não-recepção -, a questão talvez tenha sido suscitada em virtude de interesses sociais relevantes, decorrentes de possível falha no sistema interno anteriormente adotado no seio da ONU.

Com efeito, a alínea “a” da Seção 29 do Artigo VIII da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas determina à ONU o estabelecimento de processos adequados de solução para “[...] as controvérsias em matéria de contratos ou outras de direito privado nas quais a Organização seja parte.” Normalmente, os contratos celebrados entre a ONU e seus trabalhadores previam a resolução dos conflitos por forma amigável ou por arbitragem, mas ainda assim permanecia a preocupação com possível “limbo jurídico” dos trabalhadores em atividades internacionais.

Com o objetivo de aperfeiçoar seu sistema de justiça interno, a Assembleia Geral da ONU decidiu que o Secretário-Geral deveria constituir um grupo de especialistas externos, independentes para revisar e possivelmente redesenhar o sistema de administração da justiça das Nações Unidas. O grupo foi constituído em 2006 e adotou um relatório submetido à apreciação da Assembleia Geral, que aprovou um novo sistema de administração da justiça em 2007. O objetivo era de instituir um sistema independente, profissionalizado, célere, transparente, descentralizado, com ênfase na solução de conflitos por meios informais, antes de desaguar no sistema formal. O novo modelo entrou em vigor em 1º de julho de 2009.

3 O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNO: COMO? - O FUNCIONAMENTO

O vasto leque de áreas de atuação da ONU exige a presença de servidores em diferentes funções, departamentos, cidades e organizações. As atividades variam desde monitoramento de eleições e desarmamento até coordenação de ajuda humanitária em situações de crise, suporte administrativo e apoio logístico.

Como toda organização em grande escala, há normas e procedimentos a serem observados como *common standards* de comportamento e ação, de forma a contribuir para atingir os objetivos comuns da Organização. De outro lado, a assembleia geral considera importante a ONU ser um “empregador exemplar”.

As Regras e Regulamentos do Pessoal das Nações Unidas estabelecem, além do salário, que tende a ser equivalente ao mais alto pago aos serviços públicos nacionais, outros benefícios e prêmios variados como parte das condições de trabalho, como ajudas de custo, alocações para cônjuge e filho dependente, prêmio-educação para si ou para

⁶ A não observância dessa prévia declaração de inconstitucionalidade pelo órgão plenário foi objeto da Súmula Vinculante 10 do STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.”

o dependente, alocações para viagem de serviço, de estadia no país natal ou para visitar a família, gratificação por lugares perigosos e por proficiência em língua estrangeira, por mobilidade ou serviço difícil, auxílio-aluguel, auxílio para subsistência em missão, gratificação por término do trabalho (morte, repatriação, término do contrato).

Há também licenças para tratamento de saúde, repouso e recuperação, após trabalho perigoso, estressante ou difícil, pensões por aposentadoria, invalidez e morte, auxílio para ajuste ao custo de vida no novo local de trabalho, etc. Esse sistema comum evita grandes discrepâncias nas condições de trabalho, além de diminuir a competição interna e facilitar intercâmbio de pessoal. Diversos atos administrativos regulam as disposições aplicáveis ao pessoal.

Dos cerca de 52 mil servidores no mundo, 40% estão nas sedes de Nova York, Genebra, Viena e Nairobi e os demais nos demais escritórios e projetos por todo o mundo.⁷ Essa diversidade permite que os funcionários da Organização, de um lado, sejam de origem diversa, e de outro, possam trabalhar em equipes multiculturais com pessoas de todas as origens.

O sistema de justiça interno estabelecido em 2009 leva em conta essa descentralização, necessária para propiciar adequado acesso à justiça. Reconheceu a Assembleia Geral, em 2007, que o sistema então em funcionamento era ineficiente, tanto pela falta de celeridade quanto pela falta de profissionalismo dos seus integrantes.

Decidiu então a Assembleia estabelecer um novo, independente, transparente e profissionalizado sistema de administração de justiça, com ênfase na solução informal dos conflitos e com dois graus de jurisdição para o sistema formal, consistente com as regras do direito internacional e os princípios do Estado de Direito e devido processo legal.

A resolução da Assembleia Geral reforçou o serviço de solução informal e criou o serviço de mediação descentralizada, não somente na sede das Nações Unidas, mas também perto do local de trabalho, os quais estão atualmente situados em Bangkok, Genebra, Entebbe (Uganda), Kinshasa, Nairobi, Santiago e Viena.

O sistema informal é prestado pelo *Ombudsman* (espécie de ouvidoria), que é contatado voluntariamente pelo funcionário, mesmo aposentado, que não esteja satisfeito com a ONU em algum aspecto. A assistência é imparcial e confidencial e tem por objetivo analisar a situação de várias perspectivas, sempre sob o ângulo da justiça e com o intuito de facilitar uma solução aceitável para as partes, a fim de que o interessado identifique a melhor opção para agir.

O *Ombudsman* pode obter informações e realizar pesquisas informais, com a concordância do interessado, bem como promover entrevistas diplomáticas em separado entre as partes, até que estejam elas em condições de dialogar conjuntamente para encontrar melhor entendimento e atingir uma solução adequada.

O *Ombudsman* está disponível para realizar apresentações, sessões de formação e pode sua participação ser importante para detectar disfunções no funcionamento da Organização, assim como para fazer recomendações com o fim de corrigir essas deficiências. Se o caso for recomendável para mediação, o *Ombudsman* pode indicá-la.

⁷ Disponível em: <http://www.un.org/depts/OHRM/salaries_allowances/common.htm> e <<https://nacoesunidas.org/vagas/>>.

Esquemáticamente, o *site* da ONU descreve⁸:

Como a mediação funciona?

A mediação funciona porque o processo de mediação:

- Ajuda as pessoas em uma disputa ou conflito a se comunicar umas com as outras;
- Auxilia as partes envolvidas no entender uma a outra;
- Encoraja as partes envolvidas a tentar encontrar um denominador comum;
- Reconhece e respeita que cada pessoa terá seu próprio ponto de vista;
- Incide sobre os interesses subjacentes ou reais das partes;
- Concentra-se em ambos o futuro e o passado;
- Ajuda as partes a encontrar soluções criativas;
- Coloca a responsabilidade sobre as partes para decidir o resultado;
- Auxilia as partes a chegar a acordos que satisfaçam as necessidades de todos.

O que acontece após a mediação?

Os seguintes resultados são possíveis:

- Se as partes acordam em resolver, um acordo pode ser assinado e será juridicamente vinculativo, como um contrato;
- Se as partes não concordarem em resolver, eles estão livres para explorar processos adicionais de resolução de litígios ou buscar uma decisão dos tribunais das Nações Unidas.

Os elementos-chave da mediação:

Confidencial

- A mediação pode ajudar a proteger a sua privacidade porque, ao contrário de juízos ou tribunais, a mediação é um processo confidencial;

Informal e flexível

- A mediação não é como um tribunal, que é formal e segue regras estritas;

Sem prejuízo

- O processo é confidencial. Assim, os debates realizados durante a mediação, proposições apresentadas e documentos produzidos com a finalidade da mediação não podem ser usados mais tarde como prova em um tribunal. Além disso, nem o mediador nem os participantes podem testemunhar em tribunal sobre o que aconteceu durante a mediação;

Controle

- As partes permanecem no controle; só há acordo se ambas concordarem com os seus termos;

⁸ Disponível em: <<http://www.un.org/en/ombudsman/medservices.shtml>>. Tradução livre da autora.

Seguro

- O mediador não é um juiz e não pode forçar ou impor uma decisão sobre as partes.

Benefícios da mediação:

A mediação tem um número de vantagens sobre os processos de litígios:

Abrangência de conflitos ou disputas

- Muitos tipos de conflitos podem ser resolvidos com êxito através da mediação;

Sucesso

- Organizações que usam a mediação alcançam taxas de acordos de mais de 70% e os participantes dão índices de satisfação de mais de 85%, mesmo se o acordo não é alcançado.

Rápido

- A mediação pode ser organizada de forma rápida e, se as partes estão disponíveis, o processo de mediação formal geralmente dura apenas um ou dois dias;

Informal

- O objetivo da mediação é para resolver casos entre a administração e os funcionários e entre colegas de categoria igual ou similar em um ambiente informal;

Tempo eficiente

- A mediação reduz a quantidade de tempo de gestão com conflitos ou disputas no local de trabalho;

Redução do estresse

- A mediação reduz o estresse dos funcionários e melhora o ambiente de trabalho para todos os colegas relacionados com as partes;

Harmonização

- A mediação pode ajudar a manter relações de trabalho harmoniosas ou a reparar disfunções de relações no trabalho;

Capacitando (*Empowerment*)

- Mediação dá às partes confiança, porque têm o controle sobre o processo e os resultados;

Ampla variedade para acordo

- Uma grande variedade de opções de acordo pode ser alcançada na mediação, além e acima de acordos monetários.

As questões que podem ser objeto de mediação são de natureza variada. As mais comuns são as relacionadas a remuneração e benefícios, relações interpessoais, entre pares e hierárquicas, respeito, comunicação, clima da equipe, processos de seleção e progressão na carreira, transferência e rupturas contratuais, assédio, discriminação, medidas disciplinares, condições de trabalho, bem-estar geral e estresse, condições para pessoas deficientes, problemas com saúde,

segurança, ações administrativas e de pessoal, clima organizacional, moral, cultura, comunicação, gerenciamento de mudanças, problemas com a liderança, questões relacionadas com os valores fundamentais das Nações Unidas, código de ética, dentre outras.

De modo geral, o processo perante o *Ombudsman* ou o serviço de mediação é rápido e demanda apenas alguns dias e durante ele há suspensão dos prazos para o acionamento do sistema formal de justiça interno. Se o resultado não for satisfatório, o interessado pode iniciar uma ação formal perante os órgãos de justiça interna da ONU. O *Ombudsman* tem condições de fornecer as informações necessárias e confidenciais para tanto. Embora seja amplamente utilizada com resultados satisfatórios, a passagem pelo *Ombudsman* ou pelo serviço de mediação não é condição da ação perante o sistema formal de administração de justiça interna.

O sistema formal é, pois, o meio pelo qual o funcionário da ONU requer a preservação ou o restabelecimento de direito que entende violado por alguma decisão administrativa. Há um Estatuto e um Regulamento de Regras de Procedimento para disciplinar o funcionamento do Tribunal de Disputas e do Tribunal de Apelação das Nações Unidas, ambos estabelecidos por Resolução da Assembleia Geral da ONU em 2008 e 2009, respectivamente.

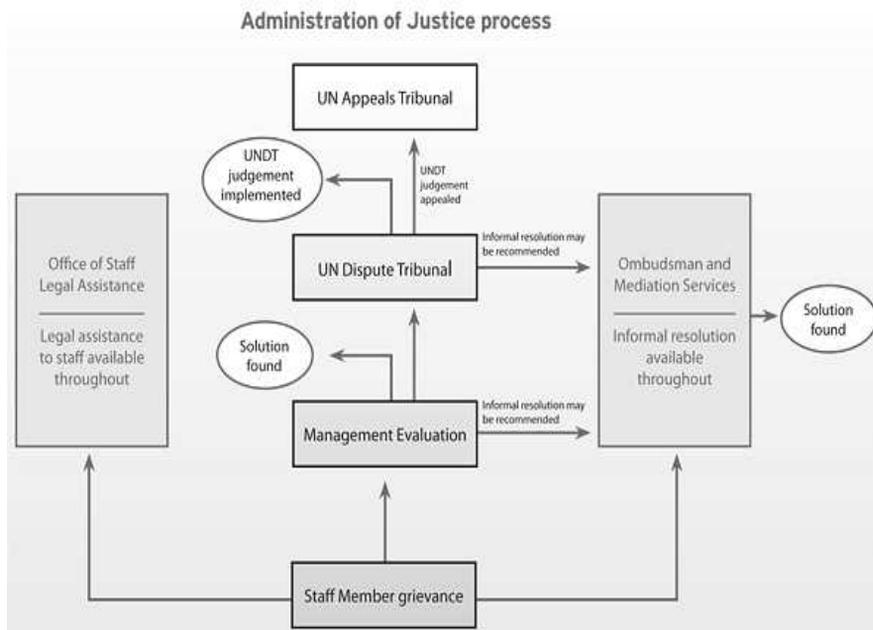
O primeiro passo, entre os procedimentos a seguir com prazos a observar, é solicitar uma *management evaluation*, um pedido fundamentado de revisão da decisão tomada, porque estaria contrária às regras aplicáveis. Esse pedido de revisão - que não se aplica em casos de medidas disciplinares ou de decisões baseadas em pareceres colegiados - deve ocorrer no prazo de 60 dias na notificação da decisão contestada e normalmente é resolvido dentro de 45 dias (30 dias para a sede de Nova Iorque).

Caso a decisão administrativa tenha sido equivocada, a gerência providenciará a revogação dela ou a medida apropriada de ressarcimento. Em alguns casos, chega-se a um acordo por via da mediação. Os objetivos dessa etapa são conceder à administração a oportunidade de rever sua própria decisão e diminuir o número de casos encaminhados ao sistema formal de justiça.

Se o caso não é resolvido pelos meios informais, nem pela revisão da gerência, o funcionário pode acionar o Tribunal de Disputas (*United Nations Dispute Tribunal - UNDT*), que é o primeiro grau de jurisdição do sistema interno de justiça. O segundo grau de jurisdição é o Tribunal de Apelação (*United Nations Appeals Tribunal - UNAT*), para onde são dirigidas as apelações do funcionário ou da administração, em casos de alegação de julgamento além dos limites da jurisdição, negativa de prestação jurisdicional, erro de fato ou de direito (material ou processual). O UNAT também é competente para decidir ações ajuizadas por outras entidades e cujo conteúdo envolveria acordo especial do Secretário-Geral da ONU e suas decisões são, em todos os casos, vinculativas.

Em ambos os graus de jurisdição, o funcionário poderá obter assistência judiciária gratuita do *Office of Staff Legal Assistance (OSLA)*, disponível na sede de Nova Iorque, assim como nas de Genebra, Nairobi, Addis Ababa e Beirute, embora também conserve direito ao *jus postulandi*, ou de obter aconselhamento de voluntários ou de qualquer outro funcionário não atuante no OSLA, bem como de contratar advogado particular de sua livre escolha.

O site das Nações Unidas traz o seguinte esquema visual facilitador do entendimento⁹:



A marca desse sistema de administração de justiça é a independência. Interessa às Nações Unidas o bom funcionamento da máquina de administração judiciária interna, com a prestação célere, profissionalizada e transparente, de modo a manter a credibilidade e a eficiência do seu sistema interno de justiça.

Segundo o último relatório publicado pelo *Bureau d'administration de justice*, houve um crescimento do número de casos recebidos em 2014 pelo UNDT de cerca de 42% (de 281 para 411), o que contribuiu para o aumento do congestionamento e do número de casos pendentes.

O número de decisões interlocutórias no UNAT saltou de 39 para 84, subindo cerca de 215% em 2014. Essas decisões abrangeram questões ligadas a prorrogações de prazo, novas provas e pedidos, greves, confidencialidade, audiências, desistência de alguns pedidos, execução de julgamentos e pedidos de reconsideração.

A seleção de juízes do UNDT e do UNAT é, desde a reforma de 2007, realizada pelo Conselho de Justiça Interno, que tem importante papel no sistema de administração da justiça. Ele é composto de três juristas externos e dois funcionários especialistas. Dois membros são nomeados pela administração e dois pelos funcionários. O Presidente é o quinto membro, escolhido pelos quatro primeiros.

⁹ Disponível em: <<http://www.un.org/en/oaj/unjs/overview.shtml>>.

A principal missão do Conselho de Justiça Interno é fornecer pareceres e recomendações à Assembleia Geral a respeito de candidaturas de juízes para preenchimento de vagas no Tribunal de Disputas e no Tribunal de Apelação das Nações Unidas, assim como sugestões na implementação do novo sistema.

Na última seleção, da qual participou a autora, havia 182 candidaturas de 51 países diferentes para o UNAT. Ao final, após a rigorosa seleção, em que se observaram “[...] as qualificações de escrita e o poder de análise judicial necessários para que sejam excelentes juízes [...]”, o Conselho recomendou 8 juízes, para 4 vagas à Assembleia Geral.¹⁰ O Brasil, pela primeira vez, terá representante ocupante de cadeira no sistema de justiça interno da ONU.

O Conselho de Justiça Interno também preparou o código de condutas dos juízes¹¹, adotado pela Assembleia Geral, o qual adotou como valores e princípios os seguintes: independência, imparcialidade, integridade moral, propriedade (inclusive quanto à confidencialidade, discrição, cortesia), transparência, justiça no procedimento, competência e diligência.

4 CONCLUSÃO

No desempenho de seu mandato, as Nações Unidas contam com o trabalho de cerca de 52 mil pessoas em diversas partes do mundo. Como em todo ambiente de trabalho, surgem conflitos que podem ser de natureza diversa como relacionados a exercício do poder disciplinar, renovação de contratos, igualdade de tratamento, promoções, discriminação, assédio sexual e moral, entre outros aspectos. Na ONU, há ainda a diversidade cultural e linguística, aliada à geográfica.

No exercício de seu mister, os juízes integrantes do sistema de justiça interno devem observar vários princípios, como a não-discriminação, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, a confiança no sistema de justiça interno, a autoridade moral das decisões, a coerência e a integridade das decisões, assim como a discrição, o segredo profissional, dentre outros, tudo como garantia da preservação da imunidade da ONU.

Com a revisão do pacote de benefícios a que fazem jus os funcionários da ONU, aprovada em dezembro de 2015, novas questões podem ser trazidas à apreciação do sistema interno de administração de justiça, que terá esse e outros desafios a enfrentar diante do mundo cada vez mais globalizado.

Abstract

Because of its immunity, the United Nations set up an internal justice system, redesigned in 2007, in order to ensure respect for the right of its employees, as established in the rules. The system aims to provide an independent, professionalized, expedient, transparent, decentralized jurisdiction, with emphasis on conflict resolution through informal means, before entering the formal system. Applicable to about 52 thousand people, this system of internal justice is provided

¹⁰ A/70/190, de 14 de agosto de 2015.

¹¹ Disponível em: <<http://www.un.org/en/oaj/unjs/pdf/Code%20-%20judges%20%28EN%29.pdf>>.

with Ombudsman and mediation services, which seeks informal and consensual resolution. These steps, which suspend the deadline for filing the lawsuit, and management evaluation are usually necessary or useful before formal court action. After that, the process goes to the Dispute Tribunal and, if an appeal is filed, it goes to the Appeals Tribunal.

Keywords: *UN. System of internal justice. Sovereign immunity.*

REFERÊNCIAS

- FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da; ESCOREL DE MORAES, Maria Luisa; UZIEL, Eduardo (Org.). *O Brasil e as Nações Unidas: 70 anos*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. New York: Department of Public Information, United Nations, NY.
- *Site internet da ONU*: <www.un.org>.

A PROVA DO FATO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ): CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL

LA PREUVE DU FAIT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ): CONTRIBUTIONS DU DROIT INTERNATIONAL

Tarcísio Corrêa de Brito*

RESUMO

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, um dos modos de formação do Direito Internacional, para analisar o fato jurídico relevante, baseia-se em três pilares: coerência, estabilidade e previsibilidade. Enquanto órgão judiciário principal da Organização das Nações Unidas, a atuação da Corte é influenciada tanto pela regra incitativa do artigo 33 da Carta da ONU quanto pelo exercício de seus poderes implícitos. Essa atuação objetiva garantir a estabilidade do sistema jurídico internacional, principalmente, ao interpretar o Direito Internacional Geral. Contudo, na consideração dos pressupostos de sua criação que permitem a sua operacionalidade (voluntarismo e consenso de Estados soberanos igualmente formais), impõe-se saber se subsiste a necessidade de flexibilizar as regras de procedimento para convencer os Estados a submeterem seus conflitos jurídicos a este método específico de solução de controvérsias internacionais. Este é o desafio.

Palavras-chave: Direito à prova. Jurisdição permanente. Corte Internacional de Justiça. Consensualismo. Estatuto. Regulamento. Prova judiciária objetiva. Prova judiciária subjetiva. Juiz internacional. Delimitação marítima e territorial. Efetividades. Comportamentos ilícitos. *Fair process*. Lógica de princípio. Lógica de finalidade.

INTRODUÇÃO

De uma maneira geral, as Cortes e os Tribunais internacionais adotam uma determinada e controlada política jurisdicional¹ que não pode ser negligenciada. Orientada por princípios gerais e específicos do Direito Internacional, as jurisdições permanentes internacionais elaboram um sistema ordenado e coordenado de atos administrativos internos, a partir de seu ato constitutivo (tratado), que é a expressão do consensualismo primário dos Estados em sua criação, até os regulamentos

* Juiz do Trabalho - TRT 3ª Região. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Paris II. Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá.

¹ “[...] *international adjudication is, historically, deeply rooted in particular national legal experiences and national legal thought-way, both as to its procedural forms an practice, and also as to its overriding philosophy and political raison d’être or justification [...] a plurality of different patterns and traditions offering alternative choices for application and adjustment to rapidly changing political conditions in the world community.*” (MCWHINNEY, 1983, p. 567).

gerais de procedimento, manifestação de seu consensualismo secundário. Estes últimos acabam por explicitar as regras de conduta das partes e dos juízes no litígio internacional, subsidiando a sua prática interna. Por certo, essas manifestações do consensualismo, pedra de toque do Direito Internacional, norteiam-se, de uma maneira relativizada, pelos princípios previstos na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) e pelos próprios tratados de constituição da jurisdição permanente. O objetivo parece muito simples: responder, via de regra, à necessidade de uma boa administração da justiça internacional e da equidade entre as partes, preferencialmente, os Estados. É, de fato, o canal derivado da prática internacional.²

Não se pode apreender a prática jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça (CIJ) quanto à prova dos fatos, sem considerar esse contexto para a sua produção e para a sua interpretação à luz das regras do Direito Internacional (DI). Se há uma efetiva contribuição dos Estados litigantes na “construção” consensual do procedimento da Corte, por outro lado, a posição a ser defendida tanto por ela quanto pelos juízes que nela atuam, na apreensão do fato juridicamente relevante, sofre as contingências do artigo 38³ de seu Estatuto, que contribuem para a interpretação do Direito Internacional Geral.

O objetivo deste trabalho, um dos resultados de uma pesquisa geral sobre o tema das jurisdições internacionais que se desenvolve há mais de 10 (dez) anos, é apreender em que medida a CIJ, na interpretação do DI, particulariza, caso a caso, a prova do fato jurídico internacionalmente relevante. A sua jurisprudência, ainda como modo auxiliar de formação do Direito Internacional, pode fornecer indicações relevantes para que se apreenda a complexidade da identificação e da aplicação das regras jurídicas referentes a determinados institutos do DI.

Na primeira parte deste estudo, procuraremos abordar, no contexto do sistema da ONU, os aspectos gerais do Estatuto e do Regulamento de procedimentos. Na segunda parte, apresentaremos os aspectos mais específicos do direito à prova no âmbito da Corte Internacional, na tensão entre os limites de sua demonstração e de sua interpretação pelos juízes internacionais, a partir de exemplos extraídos da jurisprudência da própria Corte.

PARTE I - A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONFLITO INTERNACIONAL - NOÇÕES GERAIS

Desde as convenções de Haia de 29 de julho de 1899 e de 18 de outubro

² CHAZOURNE. Laurence Boison de. *Qu'est-ce que la pratique en droit international*. In S.F.D.I (Colloque de Genève), 2004, p. 37.

³ Artigo 38 do Estatuto da CIJ: “1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias a que sejam submetidas, deverá aplicar: as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier as partes.”

de 1907, a partir de uma base puramente voluntarista⁴ e do respeito ao princípio da soberania, os Estados resolveram estabelecer uma regra geral que se impunha a todos, no sentido de exortá-los a recorrer a processos pacíficos de solução de controvérsias internacionais.⁵ Ambas as convenções reconheciam que a segurança dos Estados repousava sobre os princípios da equidade e de direito, procurando estender o império do direito e fortalecer o sentimento de justiça internacional, primeiramente, com a arbitragem internacional e, em seguida, com o estabelecimento das jurisdições internacionais permanentes.⁶

Esse fenômeno de institucionalização da controvérsia internacional⁷ possibilitou ao DI transformar-se em uma *law in the true sens*. De igual maneira, esse processo contribuiu para a criação da Corte Permanente de Arbitragem (CPA) em 1889 e da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) em 1921 (no seio da Liga das Nações). Não se poderia negligenciar, ainda, a sua efetiva participação no desenvolvimento de uma teoria dos modos de formação do DI, aí incluída a própria jurisprudência internacional.⁸

⁴ Segundo Carlo Santulli, o consensualismo representa o primeiro princípio geral relativo à formação “*de l’engagement juridictionnel*.” SANTULLI, 2005, p. 107.

⁵ Na decisão Concessões Mavrommatis na Palestina (Grécia v. Reino Unido), de 30 de outubro de 1924, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) entendeu o termo controvérsia (*différend*), para fins de exercício de sua competência estatutária, como sendo o desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas. “*La Cour se rend bien compte de toute l’importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que des affaires qui ne sont pas susceptibles d’être réglées par négociations; elle reconnaît, en effet, qu’avant qu’un différend fasse l’objet d’un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques.*” (Competência): Coleção CPJI, A2, p. 15. Para a Corte Internacional de Justiça (CIJ), sua sucessora e órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU), no Parecer consultivo sobre a interpretação dos tratados de paz concluídos com a Bulgária, a Hungria e a Romênia, primeira fase, de 1950, Coleção 1950, p. 74, citado na Decisão Genocídio, 1996, parágrafo 29, deve ser considerada, também, para os fins do conceito: “*une situation dans laquelle les points de vues de des parties, quant à l’exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant d’un traité, sont nettement opposés.*”

⁶ De acordo com Louis Delbez, o caráter jurisdicional do procedimento consiste no poder “*dévolu à un tiers, arbitre ou juge, de trancher le débat, sur une base du droit existant, par une décision juridiquement obligatoire.*” DELBEZ, 1962, p. 12. Acrescenta, ainda, que a via jurisdicional acaba por representar um aspecto limitado, enquanto instrumento de manutenção da paz, apesar de exercer uma tripla função: (a) despolitizar, com base no acordo entre as partes em litígio, o conflito; (b) resguardar a igualdade jurídica dos Estados, e (c) contribuir para o desenvolvimento do direito internacional. Deve ser destacada, ainda, a posição de Decendière-Ferrandière ao afirmar que não se pretende, por intermédio desse método de solução de controvérsias internacionais “*acheter la paix au rabais [...] qui implique (pour les États) le sacrifice des intérêts particuliers qu’au profit de l’intérêt general.*” DECENDIÈRE-FERRANDIÈRE, 1934, p. 177-178.

⁷ “[...] *une institution où s’incorpore la fonction judiciaire [...] dont la protection peut lui imposer l’utilisation de pouvoirs [...] celle-ci implique pour sa bonne exécution.*” GELAS, 2004, p. 471-473. “*C’est de l’institutionnalisation de la juridiction que découle la perception de son efficacité.*” (CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre. *L’efficacité de la justice internationale*. In SFDI, Colloque de Tunis, 2000: 40.

⁸ Sem a qual o direito estaria desprovido de precisão e de substância. THIERRY, 1991:81.

I. A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ) NO CONTEXTO DO SISTEMA ONUSIANO

A partir de 1945⁹, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu preâmbulo, exortou os “POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS” a criarem as condições necessárias para a manutenção da justiça¹⁰ e do respeito às obrigações originadas dos tratados internacionais e de outros modos de formação do DI. O objetivo central, nos termos do artigo 2.4 da Carta, é a manutenção da paz e da segurança internacionais. Para tanto, estabelece que os Estados, na observância desses princípios-regras, devem ajustar-se pacificamente para a solução de conflitos e de situações de caráter internacional, susceptíveis de conduzir à ruptura da paz, conforme os princípios de justiça e do DI.¹¹

É nesse sentido que a previsão do artigo 33¹² da própria Carta da ONU estabelece uma obrigação geral¹³, de forte conteúdo moral e de caráter meramente incitativo, ao deixar à livre escolha dos Estados o método pacífico de solução de

⁹ No âmbito regional americano, por exemplo, a Convenção de Montevideu sobre direitos e deveres dos Estados de 1933, em seu artigo 10, já havia estabelecido que o interesse primário dos Estados é a conservação da paz. Via de consequência, as controvérsias internacionais devem ser solucionadas por métodos pacíficos reconhecidos.

¹⁰ “[...] (*P*)uisque l’obligation naturelle à la justice entre les différents Etats n’est pas aussi puissant qu’entre les individus, il faut que l’obligation morale qui en résulte partage sa faiblesse, [...] Cela peut servir de preuve convaincante que tous les hommes ont une notion implicite du fondement de ces règles morales relatives à la justice naturelle et civile, et qu’ils ont conscience qu’elles naissent uniquement des conventions humaines, et de l’intérêts que nous avons à préserver la paix et l’ordre.” HUME, David. *Traité de la nature humaine, ano (extrait)*. In RAMEL, CUMIN, 2002:204-205.

¹¹ A referência ao princípio de justiça acaba por destacar a natureza valorativa do ordenamento jurídico internacional, tornando o sistema dele derivado uma ordenação axiológica e teleológica na realização de escopos e de valores. CANARIS, 1996:66. O fio condutor dessa argumentação considera, de certa maneira, a *ratio hominis* que, “[...] em si mesma é fonte de toda norma jurídica.” (BOSON, 1994:80) resgatando, na perspectiva filosófica, a justiça como sendo uma qualidade, uma obrigação natural (Hume), relativa ao homem em sociedade (Hobbes). É a nossa razão que nos conduz à paz (Pufendorf), identificada, afinal, com o interesse social que possuímos para a sua preservação e da ordem.

¹² Artigo 33 da Carta da ONU: “1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.” Na realidade, a base do “contencioso internacional” é mais complexa do que um simples ajuste facultativo aos métodos propostos de solução de controvérsias, conforme prevê incitativamente o artigo 33 da Carta. Trata-se de um “consequente” institucional da negociação interestatal, de onde retira sua importância e o seu reconhecimento. Por certo, a operacionalização das jurisdições internacionais autorizada por seus respectivos tratados constitutivos, na realização de seus objetivos institucionais consentidos, inclusive quanto às normas a serem aplicadas *interna corporis*, estrutura-se e desenvolve-se, de maneira particular.

¹³ É importante ressaltar, desde já, que à obrigatoriedade contrapõe-se o caráter facultativo do mecanismo de solução de controvérsias, de acordo com a vontade política dos Estados que dele se utilizarem, de acordo com a sua própria conveniência.

controvérsias de sua preferência, inclusive, de acordo com o artigo 2.6¹⁴ da Carta, para os Estados não-membros da Organização. Confirma-se, portanto, o entendimento da Corte Internacional de Justiça tal como explicitado na decisão Competência em matéria de pesca, 1974, parágrafo 56, quando esclarece que:

[...] aceitando ou não a jurisdição da Corte, os Estados tornam-se responsáveis pelos atos que violam os direitos de outros Estados que lhes serão imputáveis. Toda controvérsia a esse respeito deve ser solucionada por intermédio de meios pacíficos, cuja escolha permanece com as partes, em conformidade com o artigo 33 da Carta.¹⁵

Em que pese a incorporação à sociedade internacional de novos sujeitos de DI¹⁶, prevalece, ainda, o interestatismo como a pedra angular do sistema internacional. Por um lado, uma espécie de ordem jurídica idealizada impõe-se, definindo o sistema como “[...] um conjunto de atos e de normas que emanam dos sujeitos de direito internacional e que se aplicam a suas relações.”¹⁷ Por outro lado, essa mesma ordem acaba por moldar-se pela noção mesma de soberania estatal (ou, mais modernamente, de administração de interdependências). De fato, a partir do livre consentimento de cada Estado para a formação das regras no ordenamento jurídico internacional, um fenômeno dual de articulação e de vinculação (a partir do exercício das competências estatais) dessas ordens impõe-se.¹⁸

De forma sintética, pode-se afirmar, pois, que o exercício pelos Estados da opção pelo método jurisdicional de solução de controvérsias é construído sobre duas bases: o consensualismo (primário - para a sua criação por intermédio de um tratado constitutivo; secundário - para o cumprimento dos fins institucionais da jurisdição permanente, por intermédio da operacionalização do regulamento de procedimento e atos subsequentes), e a conveniência/opportunidade objetivando resguardar os interesses particulares dos Estados, da jurisdição internacional assim criada e de suas exigências procedimentais (do ponto de vista de sua eficácia)¹⁹

¹⁴ Artigo 2.6 da Carta da ONU: A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

¹⁵ Decisão Competência em matéria de pesca, 1974, parágrafo 56. Pois, a subsidiariedade do método jurisdicional de solução reconhece, portanto, que uma jurisdição internacional permanente será acionada apenas após um esforço conjunto dos Estados para concretizarem, por si próprios e de comum acordo, negociações prévias.

¹⁶ Inclusive, no que diz respeito à concepção do francês George Scelle (a pessoa humana enquanto sujeito essencial do Direito Internacional) e às pesquisas sobre a subjetividade dos indivíduos no DI. MASTROMARTINO, 2010, p. 414 e ss. Merece, ainda, referência a atuação das organizações internacionais e das organizações não governamentais, empresas transnacionais e, em direitos humanos, de uma (nova) concepção que considera os animais como sujeitos do direito internacional. Nesse trabalho adotou-se a concepção clássica do Direito Internacional, que também é compartilhada em Relações Internacionais, por sua concepção realista da sociedade internacional.

¹⁷ SUR, 1985:928.

¹⁸ Do ponto de vista concreto, a relação entre as normas “*tirent leur validité commune de leur conformité à un mode de formation uniforme.*” (COMBACU, 1986:95).

¹⁹ O conceito de eficácia é instrumental, nele integrando-se as seguintes noções: a duração e o custo do processo; a qualidade e o conteúdo da decisão final; o modo de apresentação

para o processo internacional).²⁰

Consideradas, portanto, enquanto resultado desse processo dinâmico de vontades soberanas, tendentes a resguardar um interesse geral, as Cortes e os Tribunais internacionais vão atuar no limite de certo consenso sobre quais regras jurídicas (normas e princípios) devem ser aplicadas²¹, bem como o alcance de sua respectiva interpretação, na busca da unidade e da coesão de sua própria jurisprudência.

II. A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A ESTRUTURAÇÃO DOS ATOS DE PROCEDIMENTO

Pode-se afirmar que a instituição de uma justiça internacional permanente em 1921, com a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no âmbito da Sociedade das Nações, contribuiu para a elaboração de uma teoria das fontes do direito internacional (com base no artigo 38 do Estatuto da CPJI) e para a formação de uma autêntica jurisprudência internacional²², nos limites que importam para este estudo.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), sucessora da CPJI, é o órgão judiciário principal da ONU (artigo 92 da Carta), perante a qual devem ser submetidas as controvérsias de ordem jurídica²³, nos termos do artigo 36.3 da Carta, desde que aceita a sua jurisdição pelos Estados litigantes²⁴ (referência à cláusula facultativa de jurisdição obrigatória). Nos termos do artigo 36.1 do Estatuto da Corte:

da controvérsia, um contato imediato com os elementos da prova e a credibilidade da prova. TARUFFO, Michel. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In CARPI, ORTELLS, 2008.

²⁰ O francês Gilbert Guillaume afirma que “*en réalité les gouvernements ne se demandent pas, dans un cas determine, si un différend est juridique ou politique. Il est Presque toujours l'un et l'autre. En revanche, il s'interrogent sur la nature meme de l'affaire, les intérêts qu'elle met en cause, les passions qu'elle suscite, les risques qu'elle comporte [...] Reste que le choix des États est fonction, non seulement de leur politique juridique à l'égard du règlement des différends et des litiges existants ou prévisibles, mais encore, des modalités possibles de règlements.*” GUILLAUME, 2003:5.

²¹ “[...] *When issues are debated in legal terms, the terms of debate, the substance of the rules invoked and the materials cited, are remarkably uniform. Differences of interpretation may acute, but the elements of the rules invoked are approached in a substantially uniform way.*” BROWNLIE, *Problems concerning the unity of international law*. In GIUFFRÉ (ed.), 1987.

²² Confira-se THIERRY, H. *L'évolution du droit international*, Hague, 1991:81. Decendière-Ferrandière considerava a CPJI uma instituição inútil, tendo em vista que as intenções particulares dos Estados prevaleciam sobre as situações gerais, dependendo a instituição da justiça internacional de sua boa vontade.

²³ Tendo por objeto: a interpretação de um tratado; qualquer ponto de direito internacional; a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; e a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional (artigo 36.2 do Estatuto).

²⁴ A própria Carta da ONU possibilita tanto à Assembleia Geral, sob reserva de seu artigo 12, quanto ao Conselho de Segurança, de acordo com o artigo 24 da Carta, formularem recomendações quanto aos procedimentos e aos métodos de ajustamento apropriado à evolução do conflito.

A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

Se a Corte possui a competência de sua competência, o artigo 30 do seu Estatuto, parte integrante da Carta, reconhece-lhe, igualmente, o poder de solucionar suas atribuições e o seu procedimento, inclusive, proferindo decisões sobre o andamento do processo, a forma e o tempo em que cada parte exporá suas alegações, adotando as medidas para a apresentação dos meios de prova por ela admitidos (artigo 48 do Estatuto).

De uma maneira geral, a CIJ pronuncia-se sobre um conjunto de situações de fato, não somente determinando a sua pertinência, mas também tem a liberdade de recusar relevância a determinados fatos que não se encontram incluídos no quadro anterior. Ao indicar às partes os pontos suficientemente debatidos e ainda solicitar-lhes esclarecimentos, a Corte acaba por orientá-las quanto ao exercício do direito à prova. A autora Ruth Teitelbaum reconhece nessa orientação da Corte o implemento de uma obrigação institucional, principalmente, no controle da importância que a CIJ poderá atribuir ao “*fact-finding*” de outras jurisdições.²⁵

Nesse sentido, é necessário apreender o alcance do Estatuto e do Regulamento enquanto exercício pela Corte de seus poderes implícitos na elaboração de seus atos de procedimento. Esses poderes são funcionalmente vinculantes e interpretativamente úteis, como explicitado na página 182 da decisão da CIJ Reparações, 1949. Podem, ainda, encontrar-se na base dos princípios gerais que dizem respeito à equidade, à independência e à imparcialidade na jurisdição. Assim, na interpretação de seu ato constitutivo, a jurisdição internacional deve problematizar a tensão real que existe entre, de um lado, a vontade das partes em litígio, enquanto sujeitos do ato jurisdicional (Estados soberanos), e, do outro lado, os poderes que são reconhecidos à jurisdição, a ela outorgados consensualmente para regular seu procedimento.

O mínimo que se pretende é resguardar, tanto às partes quanto aos juízes, o respeito aos procedimentos jurídicos pertinentes e a observância das exigências quanto à equidade. Tal pertinência pode ser constatada pelo estabelecimento de certas técnicas e de determinadas garantias procedimentais, ressalvado o “valor relativo dos critérios formais”²⁶, dependendo do tratado ou do ato a ser considerado. Mais uma vez, ressalta-se que a racionalidade das regras de procedimento no âmbito da Corte, enquanto flexibilidade no interesse da solução adequada da controvérsia, evidencia uma certa funcionalidade coerente e instrumental do procedimento no âmbito dessa jurisdição permanente, o que sugere que ela se encontra virtualmente considerada ou abertamente reconhecida: seja, previamente, no Estatuto, seja no Regulamento ou nos atos derivados.

Contudo, uma advertência faz-se necessária: em nenhum desses “atos” encontram-se estabelecidos pormenorizadamente os princípios gerais do direito à prova, mas apenas regras gerais de procedimento, em caráter indicativo. Esses

²⁵ TEITELBAUM, 2007:125-126, 157.

²⁶ PHILLIP & DE CARA. *Nature et évolution de la juridiction internationale in SFDI*, 1986:8-9.

princípios apenas serão “desvelados” quando a Corte administra e valora os meios de prova para a comprovação das alegações e dos fatos relevantes e pertinentes, bem assim das exceções.

II.1 Conhecendo os atos: o estatuto da CIJ

De maneira geral, o Estatuto da CIJ especifica o processo de escolha dos juízes e dos auxiliares de justiça, bem assim os limites da competência judiciária e consultiva da Corte, além de esboçar os aspectos gerais do processo. Entendemos, na mesma linha argumentativa defendida por Coussirat-Coustère *et* Eisemann²⁷, que esses atos, derivados do exercício controlado do poder reconhecido à jurisdição permanente, vinculam as partes, em virtude dos textos convencionais que instituíram a jurisdição, dos quais retiram o seu conteúdo e a sua validade. São, efetivamente, necessários para uma boa direção do procedimento, de maneira geral, e para resguardar determinadas garantias processuais reconhecidas às partes, mais especificamente.

O Estatuto da CIJ integra a Carta das Nações Unidas, por força do seu artigo 92, apenas podendo ser modificado por um processo negociado de revisão da própria Carta. É desse instrumento internacional que o Estatuto retirará seu caráter objetivo e constitutivo por semelhança, que condicionará as possibilidades conferidas à jurisdição para estabelecer e para modificar as regras de procedimento; circunscreverá os poderes da Corte; e, prescreverá a conduta que os Estados observarão.²⁸ Tais regras devem ser apreendidas, no seu sentido instrumental, para a realização efetiva do objeto e do fim da CIJ considerado em seu conjunto, ressaltando seu aspecto construtivo e evolutivo.²⁹

De fato, o Estatuto não objetiva empreender um trabalho de codificação do direito processual internacional ou de seus princípios essenciais revelados pelas jurisdições nacionais, com o que concorda Von Mangoldt.³⁰ Contudo, não se pode negligenciar a possibilidade de a Corte, na avaliação de declarações elaboradas pelas partes, ser governada nessa atividade por um certo número de princípios reconhecidos pelos Estados *in foro domestico*.³¹ Via de consequência, ao lado daquele caráter vinculativo reconhecido ao Estatuto, ela se posicionará no sentido de guardar uma certa flexibilidade controlada, com o objetivo de contribuir para

²⁷ COUSSIRAT COUSTÈRE *et* EISEMANN, 1986:119.

²⁸ Demanda de exame da situação a título do parágrafo 63, de 20 de dezembro de 1974, na Decisão sobre testes nucleares (Nova Zelândia v. França), CIJ. Coleção 1995, p. 288, parágrafo 51. Na opinião individual do juiz internacional M. Shahabuddeen, ele ressaltou que, apesar de a Corte não usufruir da plenitude dos poderes judiciais reconhecidos aos tribunais nacionais, ao administrar a justiça com base no direito, sua conduta pode pautar-se por princípios gerais de justiça.

²⁹ Para esse fim, a CIJ na Decisão LaGrand reconheceu que “*l’objet et le but du Statu sont de permettre à la Cour de remplir les fonctions qui lui sont dévolues par cet instrument, et en particulier de s’acquitter de sa mission fondamentale, qui est le règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires conformément à l’article 59 du Statut.*” LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos da América), 2001, parágrafo 102.

³⁰ VON MANGOLDT, 1980:559.

³¹ CHENG, 1994:303. MAHONEY, GOERTZ, 2003.

uma solução adequada da controvérsia, dada a necessidade de manter uma certa coerência interna (os limites impostos pelo próprio tratado constitutivo), uma pretendida estabilidade (garantida a unidade do sistema ou do subsistema no qual se insere) e uma desejada previsibilidade para as partes (garantida a possibilidade de recurso à jurisdição permanente como um dos métodos de solução de controvérsias internacionais).

O Estatuto garante, igualmente, à Corte um poder de direção do processo, no limite da tensão entre os princípios inquisitório e acusatório. Nesse sentido, a título ilustrativo, são os artigos 49³² e 50³³ do Estatuto da CIJ. Reconhece-se igualmente às partes um poder convencional derivado matizado para participarem do estabelecimento, da interpretação e da inovação dessas mesmas regras. Deve, portanto, limitar-se o Estatuto a estabelecer regras gerais que serão complementadas e explicitadas pelo Regulamento do procedimento e pelos atos deles derivados.

II.2 Conhecendo os atos: o regulamento de procedimentos

O Regulamento de procedimento encontra-se vinculado ao Estatuto, aos objetivos e aos fins do tratado³⁴ que instituiu a CIJ. Por certo, deve-se observar uma determinada autonomia institucional a ser exercida com discrição, visto que os Estados não se expõem ao acaso e que é, também, da vontade deles que essa autonomia resulta.³⁵

O juiz M. Koretsky da CIJ, na declaração anexa à Decisão Camarões Setentrional, 1963³⁶, reconheceu que não se pode atribuir às regras de procedimento um caráter puramente técnico, sendo certo que se lhes reconhece a fixação tanto do modo de proceder quanto dos direitos processuais das partes, estando a Corte impedida de modificá-las casuisticamente. Nesse sentido, conclui que qualquer revisão do Regulamento deve ser informada às partes, previamente.

O Regulamento, portanto, é o instrumento derivado por intermédio do qual a Corte, nos limites do Estatuto, rege o processo, organizando a sua função

³² Ainda antes de começar uma visita, a Corte pode pedir aos agentes que produzam qualquer documento ou deem qualquer explicação. Se negarem fazê-lo, será proferida uma reclamação formal.

³³ “A Corte poderá, em qualquer momento, confiar a qualquer indivíduo, companhia, comissão ou outra organização, à sua escolha, a tarefa de proceder a um inquérito ou a uma perícia.”

³⁴ “[...] *le pouvoir réglementaire est dérivée de la volonté étatique qui varie selon le cadre d'intervention de la juridiction.*” Gelas, 2004:432.

³⁵ Tem-se que a questão jurídica submetida à Corte pode ser introduzida por compromisso ou por requisição individual, exclusivamente pelos Estados (artigo 34 do Estatuto), bem assim por solicitação de parecer consultivo (artigo 65 do Estatuto) de qualquer órgão ou organismo especializado da ONU.

³⁶ Decisão Camarões Setentrional (Camarões v. Reino Unido - Exceções preliminares) Decisão de 2 de dezembro de 1963: CIJ. Coleção 1963, p. 15: “*Par conséquent, la Cour aurait dû, conformément à son Règlement, déterminer en premier lieu si elle avait - ou non - compétence en l'affaire, sans préjuger sa décision éventuelle quant au fond, et, dans le respect de son Règlement, elle aurait dû passer alors au stade suivant de la procédure concernant l'examen au fond des demandes de la République du Cameroun.*”

jurisdicional. Modo geral, para os limites que aqui interessam, acaba por moldar as regras preexistentes no referido Estatuto, ou, ainda, por inserir regras novas, permitindo desvelar-se a política jurisdicional da Corte e a formalização de determinados princípios gerais do direito à prova.

Se é certo, por exemplo, que o artigo 30 do Estatuto da CIJ reconhece-lhe o poder de regular suas atribuições e o seu procedimento, a regra do artigo 101 do Regulamento de procedimento reconhece a possibilidade de as partes apresentarem proposição, em cada caso, para a modificação *lato sensu* das regras de procedimento contencioso, desde que julgadas apropriadas pela Corte. Demais disso, o alcance do artigo 19 do Regulamento deve ser no sentido de afirmar que a prática interna da Corte é definida, em linhas gerais mínimas, pelo Estatuto e pelo Regulamento de procedimento em conjunto. Esse segundo tem como objetivo completar as regras gerais enunciadas pelo Estatuto e especificar as medidas a serem adotadas para a Corte conformar-se a ele.

E é a partir desse contexto que se desenvolverá o direito à prova do fato no âmbito da CIJ.

PARTE II - O DIREITO À PROVA NA JURISPRUDÊNCIA DA CIJ

Para a ciência jurídica, o exercício do direito à prova é “*déterminer ce qui peut être tenu pour établi aux fins du procès*”³⁷, inclusive, enquanto princípio reconhecido por diversos sistemas jurídicos contemporâneos. Exortar as partes em um litígio a demonstrar a verdade dos fatos juridicamente relevantes e controvertidos para a sua devida solução demanda apreender, inequivocamente, os elementos que integram o conceito mesmo de controvérsia internacional³⁸ para os fins do presente estudo.

I - CONCEITOS RELEVANTES - DEMONSTRAR E CONVENCER

Provar, do latim *probare*, significa, de uma maneira geral, demonstrar fatos juridicamente relevantes ou situações (determinadas ações ou omissões) para convencer acerca da verdade de uma afirmação. Enquanto elemento central da função judicial, evidenciam-se, portanto, duas condutas complementares nesse direito probatório reconhecido a cada uma das partes: demonstrar, enquanto ônus processual do litigante³⁹, com o objetivo de convencer o destinatário juiz.

A demonstração diz respeito à apresentação de elementos probatórios pertinentes, que fundamentam as pretensões formuladas por cada uma das partes

³⁷ SANTULLI, 2005:499.

³⁸ Na decisão *Mavrommatis*, 1924 (CPJI) e na decisão *Sudoeste africano*, 1962 (CIJ) a controvérsia internacional foi entendida como sendo todo desacordo existente sobre determinado ponto de fato ou de direito, ou seja, toda oposição de interesses ou de teses jurídicas entre dois Estados (ou eventualmente grupos de Estados) ou Organizações Internacionais. Mazzuoli vai recordar, ainda, que esse desacordo pode ser de natureza política, econômica, cultural, científica, religiosa, dentre outras. MAZZUOLI, 2013:1.096.

³⁹ Alguns doutrinadores reconhecem a prova como um “[...] direito humano e fundamental das partes do processo judicial.” ALMEIDA, 2013:171 e ss.

no litígio.⁴⁰ Nesse sentido, uma delas poderá afirmar a existência de uma ação, de uma omissão ou de um comportamento ilícito imputáveis à parte adversa e que, ao serem pré-qualificados juridicamente, podem gerar prejuízos que devem ser reparados. Pode tratar-se, igualmente, da apresentação de uma queixa, de uma pretensão ou de um protesto em face da conduta da parte contrária que viola, flagrantemente, por exemplo, as obrigações internacionais que devem ser adimplidas, desde que por ela reconhecidas e aceitas.

Caberá, via de consequência, à parte a quem se imputa determinada prática contestar, rejeitar ou negar a validade dessa prática, contribuindo, igualmente, com a devida apresentação dos elementos que apoiarão a pretensão resistida. Por esse motivo, toda pretensão terá por fundamento um ponto de fato (ação, omissão ou comportamento ilícito) contestado, dele extraindo-se consequências jurídicas, a partir de um processo instrutório que se exterioriza por um procedimento probatório (prova judiciária no sentido objetivo).

O segundo elemento do núcleo conceitual trata-se do convencimento do juiz. Ainda que se permita, no plano internacional, uma certa flexibilidade na apresentação dos meios de prova para fins de demonstração do alegado⁴¹, a necessidade de convencer o juiz internacional sugere a existência de um controle implícito da conduta procedimental das partes.

Será, dessa maneira, a partir da prova assim produzida que o juiz internacional formará sua convicção sobre esses mesmos fatos (prova judiciária no sentido subjetivo), em busca do estabelecimento da verdade processual. O objetivo das partes pretenderá buscar uma “verdade-correspondência com a realidade”⁴², no sentido de sua aceitabilidade para traduzir a verdade judicial, enquanto valorada pelo juiz internacional.⁴³ Este último, igualmente responsável

⁴⁰ Na decisão *Delimitação marítima no mar do Norte (Romênia v Ucrânia)*, 2009, parágrafo 68, a CIJ entendeu, via de regra, que incumbe o *onus probandi* à parte que alega a existência de um elemento de fato em apoio à sua pretensão. Conferir, igualmente: *Malásia/Singapura*, 2008, parágrafo 45; *Bósnia Herzegovina v. Sérvia e Montenegro*, 2007, parágrafo 204; *Nicarágua/EUA competência e admissibilidade*, 1984, parágrafo 101. Para Carlo Santulli, reconhece-se às partes tanto uma obrigação (de boa-fé) quanto um poder para o estabelecimento da verdade. SANTULLI, 2005:512.

⁴¹ Não se reconhecendo, pois, a existência de um sistema da prova legal ou tarifada no âmbito das jurisdições internacionais permanentes.

⁴² JOUANNET, E. *La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale*. In RUIZ FABRIZ et SOREL, 2006:242.

⁴³ Para Chaim Perelman, o sistema jurídico sofre constantemente o influxo do contexto cultural e social no qual se insere, sendo que a *policy of courts* é elaborada, necessariamente, no âmbito de um consenso sobre valores, visando a corresponder às preocupações do meio que a deve aceitar. PERELMAN, 2000:114 e ss. Para MARINONI e ARENHART, 2011:58, “[...] os juízos de valor, agregados pela persuasão racional na fala discursiva, não inibem o fato de que a aceitação desses argumentos parte da premissa de sua aceitação lógica pelos demais sujeitos envolvidos no diálogo interativo; e, como é evidente, essa aceitação parte de critérios de racionalidade também lógicos.” Procuram, pois, responder à objeção de que o convencimento judicial não é apenas argumentativo, baseando-se, igualmente, em juízos de valor. Para MARTINEAU, 2004:177, a interpretação “*permet [...] de faire apparaître une signification possible d’une énoncé [...] signification (proposé au magistrat) et qui devra présenter les caractères de justesse et de validité qui pourront entrainé la*

pela direção do processo, revelará e resguardará a aplicação, caso a caso⁴⁴, do direito à prova que julgar pertinente, reforçando o caráter convencional desse poder-interpretação⁴⁵, inclusive, e, principalmente, a partir do Estatuto e do Regulamento de procedimentos, como já analisado anteriormente.

Portanto, pode-se afirmar que a natureza do direito à prova é “*composite*”, representando, ao mesmo tempo, o resultado do consenso estatal que se encontra na origem da criação da Corte e o exercício, pelos juízes e pela própria jurisdição permanente internacional, dos poderes implícitos a eles reconhecidos para o exercício de sua atividade e para a consecução dos fins e dos objetivos institucionais, respectivamente.

Contudo, é importante reconhecer que os fatos não possuem um caráter absoluto e determinante para a conclusão do raciocínio jurídico do juiz internacional, da mesma forma que são considerados pelas jurisdições nacionais. Para sustentar essa afirmação, entendemos, primeiramente, que o exercício desse direito-prerrogativa reconhecido às partes para a sua produção em juízo, por certo, deve ser exercido “*par un legitime souci d’efficacité*”⁴⁶, com vistas a demonstrar exatamente o que se pretende. Em uma segunda aproximação, a prova deve ser entendida como o “*resultado da interpretação*”⁴⁷, do sentido do qual os fatos brutos encontram-se carregados, sabendo-se, contudo, que “[...] a interpretação da norma e a interpretação dos fatos interpenetram-se.”⁴⁸ Nesse caso, a CIJ considerará o fato pertinente tão somente como por ela interpretado, de acordo com o juízo de admissibilidade da prova que prevalecer.

II. PROPRIAMENTE A PROVA DO FATO JURÍDICO NA CIJ

O direito à prova encontra-se fundamentado, portanto, na busca pelos fatos

persuasion [...].” Segundo TARUFFO, 2009:80-81, “[...] o tema da prova é o que apresenta mais profundas e mais numerosas implicações culturais, na tensão entre os seus sentidos ritualístico e heurístico [...]” “[...] (S) *si le droit est par lui-même une culture, il faut aussi partir de la culture de la société à laquelle il s’applique [...]*.” in CADIET, 2010.

⁴⁴ “[...] (I) *n’est pas douteux que, dans la mesure où les textes qui la régissent le permettent, la Cour s’efforce d’adapter sa procédure aux circonstances des affaires qui lui sont soumises et, tout particulièrement, aux exigences du maintien de la paix.*” PELLET, Alain. *Le gaive et la Balance in DINSTEIN, TABORY*, 1989:560.

⁴⁵ Com o objetivo de facilitar a adaptação do direito à evolução das necessidades e dos conceitos, o que acaba por ser benéfico (VIRALLY. *A propos de la “lex ferenda” in BARDONNET et al.* (ed.), 1981). Deve-se interpretar, de maneira evolutiva, os conceitos, qualificando-se as várias situações (SALMON. *Les contradictions entre fait et droit en droit international*, 1979:344). Torna-se desejável que a decisão pareça “*comme raisonnable et juste grâce à une compréhension pédagogique de la démarche du juge*” de acordo com a Decisão Sentença arbitral, 1960, parágrafo 10. Essas prerrogativas são outorgadas às partes, para o benefício da instituição na perspectiva de sua eficácia (BURGELIN *et al.*, 2000:263).

⁴⁶ GOBEAUX. *Le droit à la preuve*, in PERELMAN, FORIES, 1981:278 e 285.

⁴⁷ JOUANNET, Emmanuelle. *La preuve comme reflets des évolutions majeure de la société internationale*. In RUIZ FABRI *et SOREL*, 2006:241.

⁴⁸ RICOUER, 1995:181. De fato, a seleção dos fatos e do direito é guiada por intermédio de sua interação mútua, e por um terceiro elemento: o potencial para a sua apresentação em um tribunal. BALL, 1975:89-90.

jurídicos (e não pelo simples fato-fato⁴⁹), ou seja, na demonstração da existência do bem fundado da afirmação resistida sobre a sua existência (ou a ocorrência de um evento), seguindo-se a sua determinação (enquanto relevante para sustentar o que restou afirmado) e a interpretação (que se confunde com a própria valoração pela jurisdição e pelo juiz internacional). Modo geral, o estabelecimento dos fatos compreende a produção, a admissibilidade, a avaliação e a determinação de sua existência ou não⁵⁰, lidando a justiça internacional com questões mistas de fato e de direito.

Vale observar que o exercício desse direito é um dos fatores importantes para que as partes possam calcular a probabilidade de sucesso perante a jurisdição internacional, demonstrando os fatos relevantes, a partir de referências aos tratados, à doutrina internacional qualificada e à jurisprudência internacional na matéria.⁵¹ Esse *background* vai influenciar na qualificação dos fatos, submetendo-os ao peso da valoração que lhes atribuirá a Corte. Segundo a redação do parágrafo 468 da Decisão Líbia, 1990, que sintetiza esse entendimento, tem-se que:

[...] the procedure of the Court requires proof of the facts and a convincing demonstration of the elements of law behind a given contention or plea, in particular when the other party rejects those alleged.

A prova do fato⁵² encontra-se no limite da tensão entre a liberdade de sua produção pela parte e de sua apreciação pelo juiz internacional. Pronunciar-se sobre os fatos relevantes determina necessariamente uma avaliação das provas, e, para uma boa administração da justiça internacional, a CIJ deve, de maneira concorrente, pronunciar-se sobre os fatos pertinentes e determinar aqueles que “encarnam” um valor probante com relação àqueles fatos alegados.⁵³

[...] the Court should give, on a case-by-case basis, more guidance to the parties in terms of evidence. This guidance should be in the form of preliminary orders on questions such as burden of proof, the type of evidence admissible, the scope of

⁴⁹ Não se considera o fato existente em si, a realidade da coisa ou do evento, mas, sim, a sua existência tal como assumida pelo direito, a partir de uma técnica de autoneutralização e de autoativação, operacionalidade que acaba por depender dos problemas inerentes ao ônus da prova e ao poder reconhecido ao juiz para interpretar os fatos, valorando-os.

⁵⁰ Segundo Mosk, citando Sandifer, o procedimento no âmbito das jurisdições internacionais considera, na avaliação e na determinação dos fatos, que as partes são Estados soberanos, principalmente, no que diz respeito à apreciação quanto às consequências de um erro ou de uma omissão na verificação dos fatos pertinentes para a decisão. MOSK, *Recueil des Cours*, 2003:41-42, acrescentando que “[...] *Lauterpach has put this point tersely in saying that the importance of the interests at stake precludes excessive or decisive reliance upon formal and technical rules.*”

⁵¹ ALFORD, 2000:162.

⁵² A existência do fato no discurso jurídico dependerá “[...] *des contraintes de la preuve [...] du fait donnant sa spécificité au système. [...] C’est la nature du litige qui conditionnera son mode de preuve et partant sa preuve. [...] La technique probatoire réfléchit [...] sur l’existence juridique du fait.*” FORIES. *Introduction au droit de la preuve*, in PERELMAN e FORIERS, 1981:9-13.

⁵³ Decisão atividades militares no território do Congo, 2001, parágrafo 58.

*public knowledge, and the weight the Court will give to fact-finding by outside commissions and judicial bodies.*⁵⁴

Por certo, a “exigência” de determinada prova pode conduzir o direito a recusar apreender uma situação de fato mesmo certa que, contudo, não o é sob o plano do direito. O risco de um raciocínio jurídico irresponsável é iminente, visto que todo erro de fato pode determinar uma denegação de justiça que é, inclusive, uma regra do Direito Internacional Costumeiro.⁵⁵ Essa consequência será tão mais grave em processo internacional considerando-se serem, via de regra, as partes em litígio Estados soberanos. Nesse caso, o erro ou a omissão na verificação adequada dos fatos pode produzir significativo risco a futuras escolhas pelo método jurisdicional de solução de controvérsias pelos Estados, na gestão de seus conflitos.

Ao alerta do professor Mosk⁵⁶, segue-se que o peso reconhecido à prova dos fatos pela CIJ deve depender, conjuntamente, dos objetivos institucionais da jurisdição, do alcance da aplicação interpretativa de suas regras de procedimento e do caráter da decisão final (apreendida do ponto de vista de sua justificação externa perante a sociedade internacional). Dessa maneira, após a identificação dos fatos jurídicos, a Corte submete-os à valoração sob as regras aplicáveis do DI.⁵⁷ Esse processo vai depender da necessidade ou não de se considerar relevante determinado meio para a comprovação do fato pertinente ou do resultado mesmo de sua valoração.

Entretanto, nos tribunais internacionais, em geral, como recorda R. Mosk, as decisões encontram-se apoiadas muito mais sobre a regra jurídica do que sobre os fatos. Richard Bilder, citado por Mosk, menciona algumas justificativas para essa postura: a dificuldade de obter evidências relevantes no processo internacional; a resistência dos juízes internacionais a decidir matérias factuais complexas; o prestígio da decisão baseado mais sobre princípios do que sobre os fatos; e, a maior aceitabilidade pela parte perdedora de uma decisão embasada por regras jurídicas.⁵⁸

III. PROPRIAMENTE UM MÉTODO PARA A ANÁLISE DO FATO JURÍDICO PELA CIJ

A CIJ na decisão Congo v. Uganda, 2005, parágrafo 56, observou que ela examina os fatos que se relacionam com os diversos elementos constitutivos das demandas formuladas pelas partes. Objetiva-se, com isso, classificar os meios de prova que sustentam as teses apresentadas pelos litigantes, pronunciando-se sobre

⁵⁴ TEITELBAUM, 2007:125-126, 157

⁵⁵ Conferir decisão Elettronica Sicula, 1989, parágrafos 110-111.

⁵⁶ MOSK, 2003:304.

⁵⁷ Decisão atividades militares no Congo, parágrafo 72.

⁵⁸ MOSK, 2003:36 e 40. Relembra o autor, ainda, que, na arbitragem internacional, o processo de *fact-finding* compreende o processo de produção, admissibilidade/consideração e avaliação da evidência, bem assim a determinação da existência ou não existência dos fatos. Na adjudicação internacional “*pleadings and proof of facts are the centerpieces of the process*”, permitindo administrar o método pelo qual os fatos são determinados e identificados “*to which legal principles are applied.*”

o peso, a confiança e o valor que a eles reconhece. A Corte recusa-se a se pronunciar sobre os fatos que não se enquadram nesse esquema, principalmente aqueles que não oferecem sustentação para as referidas teses.⁵⁹

Segundo a prática internacional até então observada, a Corte deve pronunciar-se, primeiramente, a respeito de toda questão de fato, na medida em que se afigura necessário para decidir, atribuindo-lhe determinado sentido.⁶⁰ Em seguida, deverá aplicar as regras pertinentes de direito internacional.⁶¹ Ao se pronunciar sobre os fatos que determinam necessariamente uma avaliação das provas, e com vistas a alcançar uma boa administração da justiça, a Corte acaba, ao mesmo tempo, por pronunciar-se⁶² sobre os fatos pertinentes e determinar aqueles que “encarnam” certo valor probante em relação aos fatos alegados.⁶³ Via de consequência, a Corte deverá:

*[...] d'abord déterminer quels sont les faits pertinents qu'elle tient pour dûment établis et qui doivent, par conséquent, être examinés au regard des règles applicables du droit international.*⁶⁴

Não se pode negar, contudo, que, na seleção dos “fatos relevantes”, as próprias partes na controvérsia internacional podem propor uma valoração prévia em sua seleção, podendo atender ou não a uma determinada previsão convencional. Após identificarem aqueles fatos que são considerados suficientes para sustentar sua argumentação, promovem, ainda, uma prévia qualificação jurídica que é a operação central do raciocínio jurídico. Por meio da qualificação, o que se pretende é fazer integrar elementos fáticos em uma categoria jurídica, submetendo-os a uma mesma regra jurídica, com o objetivo de alcançar “*définitions juridiques à visées pratiques*”.⁶⁵

Ainda que se possa identificar nesse processo uma certa “mecânica da prova”⁶⁶, o objetivo, do ponto de vista de uma das vertentes da argumentação jurídica, é postular com relação a eles um acordo universal⁶⁷ entre as partes e a jurisdição. Para tanto, as partes poderão obedecer a um modo de prova autorizado

⁵⁹ A fórmula discursiva adotada pela CIJ em suas decisões observa a seguinte argumentação: “*La cour commencera par rechercher si elle peut effectivement tenir pour établi.*”

⁶⁰ Decisão sentença arbitral, 1960, parágrafo 50, citando inúmeras decisões anteriores da CIJ em apoio a essa argumentação.

⁶¹ Decisão atividades militares no território do Congo (Congo v. Uganda) 2001, parágrafos 57-58.

⁶² “[...] *sur le poids, la fiabilité et la valeur qu'elle juge devoir leur être reconnus.*” Decisão Congo v. Uganda, 2001, parágrafo 59.

⁶³ Decisão Congo v. Uganda, parágrafo 58.

⁶⁴ Decisão atividades militares no Congo, 2001, parágrafo 72.

⁶⁵ ENCINAS e LHULLIER, 2002:316.

⁶⁶ PERELMAN, FORIERS, 1981:9.

⁶⁷ Perelman considera que a qualificação dos fatos e as consequências jurídicas que daí decorrem devem corresponder a uma opinião comum, garantindo-se, assim, o desenvolvimento do direito, a partir de uma dupla exigência: a necessidade de elaboração de uma ordem jurídica coerente e a busca de soluções (aparentemente) justas e aceitáveis. O equilíbrio entre a sistematicidade e o pragmatismo garante que a lógica judiciária organize-se em torno da ideia de adesão. PERELMAN, 2000:238.

(não tarifado) e/ou condicionado pela própria natureza do litígio⁶⁸, capaz de garantir a sua existência em direito. Por certo, a sua apreciação objetiva procurará alcançar uma determinada qualificação jurídica que se relaciona, necessária e indissociavelmente, com a interpretação pretendida pela jurisdição, a ser ou não respaldada pelas partes quando da decisão final.

Por certo, os fatos que devem ser provados são aqueles juridicamente pertinentes dos quais dependem a solução do litígio, à exceção dos fatos notórios⁶⁹ que carecem de prova. A jurisprudência da CIJ vem demonstrando o casuismo desse desenvolvimento argumentativo.

III.1 Fatos que determinam a delimitação fronteira e marítima

O estabelecimento de fronteiras internacionais é considerado um fato que, desde sua origem, tem uma existência jurídica própria, independentemente do destino estabelecido no tratado internacional no qual restaram definidas.⁷⁰ Uma vez configurada a fronteira, por intermédio de um consentimento mútuo prévio, ela adquire uma permanência, uma persistência, uma perenidade, que independe do fato de encontrar-se ou não o tratado em vigor, suscetível, contudo, de modificação, pela via consensual.⁷¹ O que se prova, afinal, é o fato, e como *ex facto oritur ius*, dele se extraem as consequências jurídicas.⁷²

Reconhecendo o respeito às “fronteiras herdadas”, em que pese o caráter ambíguo do princípio do *uti possidetis*⁷³, com suas virtudes defensiva e

⁶⁸ Segundo Foriers, esse modo de prova pode ser considerado um “*arsenal rhétorique*”. Essa operação realça o caráter duplo da prova: ideal, na busca da verossimilhança ou dos elementos de fato pertinentes; e, contingente, considerando-se a sua finalidade para convencer o juiz. A existência do fato no discurso jurídico depende “[...] *de contraintes de la preuve [...] du fait donnant sa spécificité au système [...] C’est la nature du litige qui conditionnera son mode de preuve et partant sa preuve [...] La technique probatoire réfléchit [...] sur l’existence juridique du fait.*” PERELMAN, FORIERS, 1981:9-13.

⁶⁹ Notório é aquele fato conhecido, de certa maneira, por um grande número de pessoas, um fato público. As instruções de procedimento IX bis da CIJ identificam, por exemplo, uma publicação notória como sendo os documentos da ONU, as coleções de tratados multilaterais, as grandes monografias sobre o direito internacional, as obras de referência, dentre outras. O artigo 56.4 do Regulamento da Corte impede a parte de mencionar o conteúdo de um documento que não tenha sido produzido conforme o disposto no artigo 43 do Estatuto da CIJ, durante a fase oral, a não ser que dito documento integre uma publicação facilmente acessível.

⁷⁰ Decisão Líbia v. Tchad, parágrafo 72.

⁷¹ No mesmo sentido são as decisões Templo Préah Vihéa, CIJ, Coleção, 1962, p. 34 e Plataforma continental do mar Egeu, CIJ, Coleção, 1978, p. 36.

⁷² Se uma parte demandada não nega a existência de um direito que decorre de uma determinada prática, que se prolonga sem quaisquer entraves nem questionamentos, durante um período longo, a Corte reconhece, nesse caso, uma “*particularité revelatrice*”. Decisão relativa aos direitos de navegação e aos direitos conexos da Costa Rica sobre o rio San Juan, parágrafo 141 e opinião individual do juiz Sepulveda Armor anexa a essa decisão.

⁷³ “[...] *l’obligation de respecter les frontières internationales préexistantes en cas de succession d’États découle sans aucun doute d’une règle générale de droit international, qu’elle trouve ou non son expression dans la formule uti possidetis.*” Decisão sobre delimitação territorial (Burkina Faso v. República do Mali, CIJ, Coleção, 1986, p. 554, parágrafo 24).

estabilizadora, a CIJ definiu que, ao se fazer referência a um direito nacional nesse contexto, estar-se-á diante de “[...] um elemento de fato, dentre outros, ou como meio de prova e de demonstração [...] da instantaneidade territorial em uma determinada data crítica.”⁷⁴

Por outro lado, nota-se o casuísmo dessa análise, para os fins de delimitação marítima, quando a Corte não considerou a prática petrolífera de uma das partes como fator relevante, na decisão Fronteira terrestre e marítima (Camarões v. Nigéria), 2002, parágrafo 304, citando jurisprudência internacional em apoio a essa constatação.⁷⁵

III.2 Fatos que justificam pretensões de soberania territorial

Em mais de uma oportunidade, a Corte especificou, igualmente, quais são os fatos relevantes para identificar a relação jurídica que existe entre as efetividades⁷⁶ e o título jurídico, podendo ser considerados vários e diversificados eventos. Por exemplo, no caso de o fato (a efetividade em questão) não corresponder ao direito (a existência de um título jurídico, p. ex.), preferirá a Corte o titular do título jurídico, e na falta deste último, ela considera inevitavelmente a efetividade.⁷⁷

Na decisão Delimitação Marítima (Nicarágua v. Honduras), 2007, a Corte identificou 8 (oito) diferentes categorias que devem ser levadas em consideração para a prova da efetividade, quais sejam: o exercício de certo controle legislativo e administrativo⁷⁸ sobre o território (parágrafos 176-181); a aplicação do direito penal

⁷⁴ Idem, 1986:554, parágrafo 30. No mesmo sentido a decisão da Câmara da CIJ no conflito fronteiriço (Benin v. Níger), 2005, parágrafos 28 e 46.

⁷⁵ “[...] *La Cour a considéré qu'à proximité des côtes, les concessions des Parties révélaient et confirmaient que s'était établi un modus vivendi.*” (CIJ. Coleção 1982, p. 84, parágrafo 119). “[...] *Le tribunal arbitral en l'affaire de la Délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la France (Saint-Pierre-et-Miquelon) n'a pas accordé d'importances aux concessions pétrolières octroyées par les parties.*” (RSA, vol. XXI, p. 295-296, par. 89-91). “[...] *La Cour considère partant que la pratique pétrolière des Parties ne constitue pas un facteur à prendre en compte aux fins de la délimitation maritime en l'espèce.*” (Decisão Camarões v. Nigéria, 2002, p. 935).

⁷⁶ Efetividade é o comportamento de autoridades administrativas como prova do exercício efetivo de competências territoriais, com a intenção e a vontade de agir a título de soberania (Conflito fronteiriço, Bénin v. Níger, Decisão, CIJ, Coleção 2005, p. 120, parágrafo 47; Decisão delimitação marítima, Nicarágua v. Honduras, 2007, parágrafo 165.)

⁷⁷ Fronteira terrestre e marítima entre Camarões e Nigéria (Camarões v. Nigéria; Guiné equatorial (interveniente), Decisão, CIJ, Coleção 2002, parágrafo 68, citando, especificamente, o conflito fronteiriço (Burkina Faso v. República do Mali), Decisão, CIJ, Coleção, 1986, p. 587, parágrafo 63 e Conflito territorial (Jamahiriya Árabe Libiana v. Tchad, Decisão, CIJ, Coleção 1994, p. 38, parágrafos 75-76; Soberania sobre Pulau Ligitan e Pulau Sipadan (Indonésia v. Malásia), Decisão, CIJ, Coleção 2002, p. 678, parágrafo 126.

⁷⁸ No que diz respeito à prática de atos estatais internos, a CIJ já decidiu que “[...] *elle ne peut tenir compte de ces activités en tant que manifestation pertinente d'autorité que dans la mesure où il ne fait aucun doute qu'elles sont en relation spécifique avec les îles en litige prises comme telles. Les réglementations ou actes administratifs de nature générale ne peuvent donc être considérés comme des effectivités relatives à Ligitan et Sipadan que s'il est manifeste dans leurs termes ou leurs effets qu'ils concernaient ces deux îles.*” Decisão Pulau Ligitan e Pulau Sipadan, 2002, parágrafo 136. Na mesma decisão, a Corte considerou que se incluem dentre as manifestações regulamentares e administrativas

e do direito civil no território (parágrafos 182-185); a regulamentação da imigração (parágrafos 186-189); a regulamentação das atividades dos barcos de pesca e das construções sobre o território em disputa (parágrafos 190-198); a atuação de patrulhas navais (parágrafos 199-201); as concessões petrolíferas (parágrafos 202-204); os trabalhos públicos⁷⁹ ali executados (parágrafos 205-207); e a existência de um reconhecimento explícito⁸⁰, por terceiros Estados, da soberania de quaisquer das partes na controvérsia sobre o território em litígio (parágrafo 224).

A essa relação, que não é *numerus clausus*, acrescentam-se, ainda, casuisticamente: a ocorrência de eventos esporádicos, constantes e consecutivos, traduzindo a organização de serviços públicos de saúde e de ensino e a manutenção da ordem e da administração da justiça. De igual maneira, as atividades privadas apenas serão consideradas como efetividades, no caso de basearem-se em uma regulamentação oficial ou se forem desenvolvidas sob o controle de uma autoridade pública.⁸¹

III.3 Fatos que decorrem de comportamentos ilícitos

Regra que decorre do costume internacional é no sentido de que os atos e as omissões, bem assim os comportamentos de um órgão estatal, devem ser considerados como um fato atribuível ao Estado, como já restou estabelecido no parecer consultivo, controvérsia relativa à imunidade de jurisdição de um *rapporteur* especial da comissão de direitos humanos, 1999 (I), parágrafo 62.⁸²

Fatos que decorrem de comportamentos ilícitos não determinam o direito, no entendimento da CIJ, conforme mencionado na decisão Projeto

sobre um território “[...] *les mesures prises pour régler et limiter le ramassage des oeufs de tortues que la création d’une réserve ornithologique.*” (parágrafo 145).

⁷⁹ Na decisão Qatar v. Bahreïn, parágrafo 197, a Corte fixou um valor jurídico a certos trabalhos públicos tais como “[...] *la construction d’aides à la navigation [...] dans le cas de petits îles [...] compte tenu de la taille de l’île, les activités exercées [...] peuvent être considérées comme suffisantes pour étayer (la) revendication selon laquelle celle-ci se trouve sous sa souveraineté.*” Delimitação marítima e questões territoriais entre Qatar e Bahreïn, fundo, Decisão, CIJ, Coleção 2001. p. 40, parágrafo 197.

⁸⁰ Os tratados bilaterais concluídos entre uma parte demandada e terceiros Estados, que são invocados como prova para o reconhecimento por eles de sua soberania sobre o território em litígio, apenas poderão ser considerados como “prova pertinente” do referido reconhecimento, se a parte demandante aquiescer ao referido acordo que implica ao demandado o reconhecimento da dita soberania sobre o território. Delimitação marítima (Nicarágua v. Honduras), 2007, parágrafo 225). Deve-se, portanto, perquirir sobre a existência ou não de um *acquiescement manifeste* (à *une modification du titre conventionnel*) da parte demandante quanto à transferência de seu título de soberano ao demandado (Decisão Fronteira terrestre e marítima (Camarões v. Nigéria), parágrafo 67). De modo geral, o juiz internacional sempre procura identificar a vontade das partes, supondo que uma nova vontade, que deve ser considerada, substituiu a sua intenção original.

⁸¹ Pulau Ligitan e Pulau Sipadan, parágrafo 140: “[...] *(L)a construction et l’exploitation de phares et d’aides à la navigation ne sont généralement pas considérées comme une manifestation de l’autorité étatique.*”

⁸² Conflito relativo à imunidade de jurisdição de um *rapporteur* especial da comissão de direitos humanos, parecer consultivo, CIJ, Coleção 1999 (I), p. 87, parágrafo 62.

Gabcikovo-Nagymaros (Hungria/Slovaquia), 1997, parágrafo 133.⁸³ Isso significa que as relações jurídicas criadas por um determinado tratado subsistem e não são consideradas anuladas por um comportamento dessa natureza, determinado por uma série de atos ou de omissões atribuídos aos contratantes que contribuem para o estabelecimento de determinada situação de fato. Essa, contudo, deve ser considerada pela Corte, bem assim as possibilidades e as impossibilidades práticas que dela decorrem, no contexto da relação convencional que deve realizar seu objeto e seu fim.

Para a comprovação de uma imputação de grave violação do direito internacional articulada contra um Estado, que exige um certo grau de certeza e de razoabilidade, são permitidas provas circunstanciais ou conjecturais, quando impossível a prova direta dos fatos. Permite-se, portanto, “[...] recorrer, mais amplamente, às presunções de fato, aos indícios ou às *circumstantial evidence*, desde que não deixem lugar a nenhuma dúvida razoável.”⁸⁴

Da mesma maneira, restou reconhecido que não é possível à Corte deduzir, a partir dos fatos estabelecidos, as consequências de um *dolus specialis*, a não ser que reste demonstrada, de maneira conclusiva, a intenção necessária para que seja tipificado, *in casu*, o crime de genocídio.⁸⁵ Para tanto, a Corte pode admitir e sopesar, como sendo convincentes e mais confiáveis, para os fins de demonstrar a existência dessa intenção, as conclusões dos fatos pertinentes às quais chegou outro Tribunal internacional, desde que não tenham sido infirmadas em grau de apelação⁸⁶ e sob as quais se declara “[...] convencido para além de toda a dúvida razoável.”

A Corte reconhece, ainda, valor probante particular às declarações que reconhecem os fatos ou os comportamentos contrários aos interesses de determinado Estado, formuladas por personalidades políticas oficiais do alto escalão, ou, mesmo, de grau mais elevado.⁸⁷ Poderá, ainda, levar em consideração manifestações de autoria de oficiais superiores do exército, consideradas as

⁸³ Decisão Projeto GabCikovo-Nagymaros (Hungria v. Eslováquia), CIJ, Coleção 1997, p. 7, parágrafo 133.

⁸⁴ Decisão Déroit de Corfou, 1949. Bin Cheng afirmará que este gênero de prova relaciona-se com a prova por inferências de fato (*présomptions de fait*) e, à prova *prima facie* (no caso onde a prova de um fato apresenta uma extrema dificuldade para a sua demonstração). CHENG, 1994:322-324.

⁸⁵ Aplicação da convenção para a prevenção e a repressão ao crime de genocídio (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), Decisão, CIJ. Coleção 2007, p. 43, parágrafo 370.

⁸⁶ Idem, parágrafos 223 e 312. A Corte posicionou-se no sentido de que o critério aplicável, *in casu*, era o da prova preponderante ou da hipótese a mais provável, na medida em que as alegações da parte autora diziam respeito à violação de obrigações convencionais; a Corte afirmou que tanto a prova dos atos de uma gravidade excepcional quanto a prova de atribuição de tais atos devem ser plenamente convincentes “[...] *qu'on été clairement avérées les allégations formulées au cours de l'instance*” (parágrafo 209) “[...] *avec un degré élevé de certitude, à la mesure de sa gravité.*” (parágrafo 210). Esse raciocínio atendeu à alegação da parte defendente no sentido de entender que “[...] *une accusation d'une gravité aussi exceptionnelle formulée contre un État exige un degré de certitude approprié. La preuve ne doit laisser place à aucun doute raisonnable.*” (parágrafo 208).

⁸⁷ Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra aquela (Nicarágua v. Estados Unidos da América), fundo, Decisão, CIJ, *Recueil*, 1986, p. 41, parágrafo 64.

circunstâncias objetivas nas quais ditas declarações foram colhidas.⁸⁸ Para esse fim, a Corte poderá avaliar, caso a caso: o período de tempo entre a declaração e a ocorrência dos fatos aos quais se refere; o conhecimento mediato ou imediato do declarante acerca dos fatos, além de quaisquer vícios de tradução quando a declaração original for elaborada em um idioma diverso de uma das línguas de trabalho da Corte.⁸⁹

CONCLUSÃO

O modo jurisdicional de solução de controvérsias internacionais carrega em si duas lógicas complementares. Primeiramente, uma lógica de partida ou de princípio, a partir da qual se procura atender a um consenso mínimo, com o fim de instituir a jurisdição permanente e de definir as suas obrigações com relação aos Estados-Membros, às partes que reconhecem a sua competência (cláusula facultativa de jurisdição obrigatória) e à sociedade internacional (SI). Em seguida, uma lógica de finalidade que se impõe, no sentido de atender às suas tarefas institucionais e ao exercício funcional confinado à controvérsia jurídica propriamente dita, considerando-se a convergência, aparentemente formal, de interesses políticos e jurídicos que se impõem.

No plano internacional, as regras derivadas do Estatuto e do Regulamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ) são resultantes daquele consenso primário na constituição mesmo dessa jurisdição permanente, que interfere nos seus modos de formação, e na discricionariedade controlada reconhecida para a sua aplicação. O estabelecimento de regras mínimas para o procedimento probatório, por exemplo, permite-lhe “construir” um sistema probatório a partir dos valores considerados como essenciais para a instituição, que atendam ao caráter ideal e contingente da prova do fato no âmbito da CIJ, competente para interpretar o direito internacional geral. Nota-se, aí, o exercício de um controle institucional efetivo. O obter *dicta* de suas decisões apresenta potencialidade para influenciar a interpretação do fato juridicamente relevante em outras jurisdições internacionais.

Daí entende-se o alcance da determinação dos fatos a serem provados, de sua individualização e do impacto que esse processo terá para a decisão da controvérsia internacional. Ressalte-se que a própria escolha do método de solução de controvérsias acaba por atender aos interesses últimos dos Estados.⁹⁰ O que se procura, afinal, é contribuir para o desenvolvimento do Direito Internacional no equilíbrio entre a elaboração de uma ordem jurídica coerente e a busca de soluções aceitáveis pela SI.⁹¹ Nesse sentido, é o próprio Chaim Perelman quem vai afirmar

⁸⁸ Decisão Atividades armadas sobre o território do Congo (República democrática do Congo v. Uganda, Decisão, CIJ, Coleção, 2005.

⁸⁹ Plataformas petrolíferas (República Islâmica do Irã v. Estados Unidos da América), Decisão, CIJ, Coleção, 2003, p. 161, parágrafo 58.

⁹⁰ Na adjudicação “[...] *pleadings and proof of facts are the centerpieces of the process*”, permitindo administrar o método pelo qual os fatos são determinados e identificar os fatos “*to which legal principles are applied.*” MOSK, 2003:40.

⁹¹ Visto que “[...] *different kinds of ‘international facts’ best require different kinds of courts or fact-finding expertise.*” MOSK, 2003:37

que “[...] la qualification des faits et les conséquences juridiques qui en découlent doivent correspondre à une opinion commune, de fait ou de droit.”⁹²

A principal advertência é no sentido de que a jurisdição internacional, por intermédio do juiz internacional, não pode impor diretamente às partes a sua maneira de perceber o litígio no curso do procedimento ou, mesmo, extrapolar a possibilidade de regulamentar o agir de ofício para a obtenção das provas ou dos esclarecimentos que julgar necessários. Agindo dessa maneira, corre-se o risco de privilegiar mais fatores político-institucionais do que de manter a imparcialidade exigida em um *fair process*.

É nesse contexto que a CIJ acaba por delimitar casuisticamente a “mecânica” da prova do fato juridicamente relevante, a partir de litígios que envolvem temas sensíveis do Direito Internacional, tais como a delimitação fronteiriça e marítima, as pretensões de soberania e os comportamentos ilícitos dos Estados. Sua busca pela legitimação via procedimento é evidente. Claro, não sem riscos potenciais e prejuízos, principalmente, nos planos da interpretação e da qualificação jurídica que acabam por prevalecer, gerando grandes e intensos debates doutrinários a respeito do reconhecimento de sua jurisprudência pela sociedade internacional.

ABSTRACT

La jurisprudence de la Cour internationale de Justice, l'un des modes de formation du droit international, pour analyser le fait juridique pertinent, repose sur trois piliers: la cohérence, la stabilité et la prévisibilité. Bien que l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, le rôle de la Cour est influencée par l'initiative de la règle de l'article 33 de la Charte des Nations Unies comme l'exercice de ses pouvoirs implicites. Cette action vise à assurer la stabilité de l'ordre juridique international, en particulier lors de l'interprétation du droit international général. Cependant, compte tenu des conditions de sa création qui permettent son fonctionnement (volontarisme et le consensus des États souverains aussi formelles), il doit être de savoir si il y a un besoin de règles plus souples de procédure pour convaincre les États à soumettre leurs différends juridiques à ce méthode spécifique de règlement des différends internationaux. Tel est le défi.

Keywords: *Droit à la preuve. Jurisdiction permanente. Cour internationale de Justice. Consensualisme. Loi. Règlement. Preuve judiciaire objective. Preuve judiciaire subjective. Juge international. Délimitation maritime et territoriale. Effectivités. Comportement illégal. Processus équitable. Logique de principe. logique de but.*

REFERÊNCIAS

- ACIMOVIC, Ljudivoje. *Peaceful settlement of international disputes current initiatives and perspectives. Streitbeilegung un gerichtbarkeit. Festschrift für Rudolf Bindschedler. Bern: Verlag Stämpfli & Cie Ag., 1980. p. 335-349.*

⁹² PERELMAN, 2000:220.

- ALFORD, Roger. *The proliferation of international courts and tribunals: international adjudication in ascendance*, 94 *American Society of international law proceedings*, 160, 2000.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.
- AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Jurisdiction of international tribunals*. LXI, New York: Kluwer Law International, 2003.
- ANAND, R. P. *Compulsory jurisdiction of the international court of justice*. London: Asia Publishing House, 1961.
- _____. *The world court on trial. Essays in memory of judge Nagendra Singh: International law in transition*. New Dehli: Martinus Nijhoff Publishers, 1992. p. 245-265.
- BADINTER, Robert. *Les entretiens de provence: le rôle du juge dans la société moderne*. Paris: Fayard, 2003.
- BALL, Milner S. *The play's the thing: an unscientific reflexion on courts under the rubric of theater*. *Stanford law review*, v. 28, n. 1, nov. 1975, p. 81 e ss.
- BARDONNET, Daniel. *Quelques observations sur le recours au règlement juridique des différends interétatiques*. *Mélanges offerts en l'honneur de Krzysztof Skubiszewski*, KLI, 1996, p. 737-752.
- BARDONNET, Daniel et. al. (ed.). *Le droit international: unité et diversité*. *Mélanges offerts a Paul Reuter*. Paris: Pedone, 1981.
- BARTHE, Clarisse. *La mise en évidence de la règle de droit par le juge international: essai sur la fonction heuristique*. Toulouse: Université des Sciences Sociales, 2001. (thèse)
- BERDUD, Carlos Espaliú. *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la corte internacional de justicia*. Madrid: Dykinson, 2000.
- BINGBIN, Lu. *Reform of the ICJ: a jurisdictional perspective*. *Perspectives*, v. 5, n. 2, wednesday - june 30, 2004. p. 1-19.
- BLONDEL, Philippe. *Le fait, source de droit*. In *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts en l'Honneur de Pierre Drai*. Paris: Dalloz, 2000. p. 203-223.
- BOISON DE CHAZOUNES, Laurence, ROMANO, C., MACKENZIE, R. (eds.). *International organizations and international dispute settlement: trends and prospects*, *Transnational series*, Ardsley Hudson, 2002.
- BONNARD, R. *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*. In *Mélanges offerts en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, 1933, p. 3-29.
- BOS, M. *Les conditions du procès en droit international public*, *Bibliotheca visseriana disertatun ius internationale illustratium*, v. XXXVI, Netherlands, 1957.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BOWETT, D. W. *Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 180, 1983 (II), p. 173-233.
- BROWNLIE, I. *Some questions concerning the applicable law in international tribunals*. *Mélanges offerts en l'honneur de Krzysztof Skubiszewski*, KLI, 1996. p. 763-770.

- BUFFERNE, J. PH. *La fonction de la Cour internationale de justice dans l'ordre juridique international: quelques réflexions*. RQDI, v. 15.1 (2002) p. 179-204.
- BURGELIN, F. COULON, J. M. et FRISON-ROCHE, M. A. *L'office de la procédure. In Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts en l'honneur de Pierre Drai, Dalloz Sirey, 2000. p. 253-267.*
- CADIET, Loic. *Culture et droit processuel. Rapport aux journées louisianaises de l'Association Henri Capitant, 2010.*
- CAFLISH, L. (ed.). *Peaceful settlement of dispute - universal and european perspectives: Règlement pacifique des différends entre États - perspectives universelles et européennes, London/Boston(Mass.): Brill/Kluwerlaw International, 1998.*
- CAFLISH, L. *Cents ans de règlement pacifique des différends interétatiques. Recueil des cours de l'academie de droit international, t. 288, 2001. p. 257-461.*
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema. São Paulo: Saraiva, 1996.*
- CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Org.). *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente (Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure), v. 1, València: International Association of Procedural Law (IAPL), 2008.*
- CASSESE, A. *The concept of legal dispute in the jurisprudence of the international court, Mélanges offerts à Gaetano Morelli, 1975. p. 173-200.*
- CHENG, Bin. *General principles of law as applied by international courts and tribunals. Cambridge, 1994.*
- COCATRE-ZILGIEN, A. *Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire, Revue générale de droit international public, 1976. p. 690-737.*
- COLLIER, J. G. *The international court of justice and the peaceful settlement of disputes. In LOWE, Vaughan; FITZMAURICE, Malgosia. Fifty years of the international court of justice. Cambridge, 1996. p. 364-372.*
- COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public. Paris: Montchrestien, 2001.*
- COMBACAU, Jean. *Bric à brac ou système?. Archives de philosophie du droit, t. 31, 1986. p. 85-105.*
- CONDORELLI, Luigi. *La CIJ: 20 ans et (pour l'heure) pas une ride. 6 European journal of international law, 6, 1995. p. 1-13.*
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droits contemporains, Précis. 11eme édition, Paris: Dalloz, 2002.*
- DECENCIERE-FERRANDIERE. *Essai sur la justice internationale. Revue générale de droit international public. 3^a série, T. VIII, T. XLI, 1934. p. 148-178.*
- DELBEZ, Louis. *Les principes généraux du contentieux international. Paris: Bibliothèque de droit international, 1962.*
- _____. *L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits. Revue générale de droit international public. 1951. p. 5-22.*
- DINSTEIN, Yoram. TABORY, Mala (ed.). *International law at a time of perplexity: Essays in honour of Shabtai Rosenne. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.*
- DISTEFANO, Giovanni; BUZZINI, Gionata P. *Bréviaire de jurisprudence internationale: les fondamentaux du droit international public. Bruxelles: Bruylant, 2005. 1548 p.*
- DUPUY, Pierre Marie. *Droit international public. Dalloz, 2002.*

- _____. *Les grands textes de droit international public*. Dalloz, 2002.
- DUPUY, René Jean. *Formalisme juridique et CIJ. Mélanges offerts en l'honneur de Krzysztof Skubiszewski*, KLI, 1996, p. 393-401.
- ECONOMIDÈS, Constantin. *L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux: une norme fondamentale tenue à l'écart. Bhoutros Bhoutros Ghali amicorum D. L.: paix, développement, démocratie*. V. 1, Bruxelles: Bruyant, 1998. p. 405-418.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael; LHUILIER, Gilles. *Introduction au droit*. Paris: Flammarion, 2002.
- FERNANDEZ-FLORES, Jose Luis. *El medio en que opera el derecho internacional. Estudios de derecho internacional: Homenaje al profesor Miaja de la Muela*. V. I, Madrid: Tecnos, 1979. p. 199-217.
- FITZMAURICE, Gerald. *The law and procedure of the international court of justice*. V. II, Cambridge: Grotius, 1986.
- GELAS, Hélène. *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*. Thèse, Paris: Panthéon-Assas, avril 2004.
- GEORGIEV, Dencho. *Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. European journal of international law*, 1993. p. 1-14.
- GIUFFRÉ, A. (ed.). *International law in time of its codification. Essays in honour of Robert Ago*, v.1, Milan: Giuffrè, 1987.
- GOLSONG, Heribert. *Role and functioning of the international court of justice*, ZAOERV, v. 31, 1971. 673-696.
- GUILLAUME, Gilbert. *La Cour internationale de justice à l'aube du XXIe siècle. Le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2003.
- _____. *The future of international judicial institutions. International and comparative law quarterly*, v. 44, p. 4, october 1995. p. 848-862.
- KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Ateneo, 1965.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The juridical and the meta-judicial in international law. In Theory of international law at the threshold of the 21st century, Mélanges offerts en l'honneur de Krzysztof Skubiszewski*, KLI, 1996. p. 215-234.
- LEBEN, Charles. *La juridiction internationale. In La fonction de juger, Droits*, n. 9, avril 1989. (n)p. 143-155.
- LOWE, Vaughan et FITZMAURICE, Magosia (ed.). *Fifty years of the international court of justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- MAHONEY, James; GOERTZ, Gary. *The possibility principle: choosing negative cases in comparative research. American political science review*, v. 98, n. 34. November 2004.
- MANN, V. S. *The doctrine of jurisdiction in international law. Recueil des cours de l'academie de droit international*, 1964. I, v. 111, p. 10-51.
- MARINONI, L. Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINEAU, François. *Petit traité d'argumentation judiciaire*. Paris: Dalloz, 2004.
- MASTROMARTINO, Frabrizio. *La soggettività degli individui nel diritto internazionale. Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, Palermo, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- MCWHINNEY, Edward Watson. *Judicial settlement of disputes. Recueil des cours de l'academie de droit international. Collected courses of the hague academy of international law*, 1990. II, T.221, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- _____. *The legislative role of the World Court in an era of transition. Völkerrecht als Rechtsordnung - internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte: Festschr. für Hermann Mosler herausgegeben von Rudolf Bernhardt ... [et al.]*. Berlin; New York: Springer; 1983. p. 567-579.
- MENDELSON, Maurice. *The international court of justice and the sources of international law*. In LOWE, Vaughan, FITZMAURICE, Malgosia. *Fifty years of the international court of justice*, Cambridge, 1996. p. 63-89.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORGENTHAU, H. *La notion du politique et la théorie des différends internationaux*. Sirey, 1933.
- MORELLI, Gaetano. *La théorie générale du procès international. Recueil des cours de l'academie de droit international*, t. 61, 1937 (III), p. 253-373.
- MOSK, R. *The role of facts in international dispute resolution. Recueil des cours de l'academie de droit international*, 2003. t. 304, p. 17-176.
- MÜNCH, Fritz. *La force normative des faits. Estudios de derecho internacional: Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, v. I, Madrid: Tecnos, 1979. p. 251-273.
- NIYUNGEKO, Gérard. *La preuve devant les juridictions internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2005. 480 p.
- ODA, Shigeru. *The compulsory jurisdiction of the ICJ: a myth? International comparative law quarterly*, 2000. p. 251-277.
- PEDRAZZI, Marco. *Uguaglianza delle parti e contraddittorio nel processo internazionale*, Mélanges Arangio Ruiz, p. 1129-1165.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERELMAN, Chaim; FORIERS, P. *La preuve en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1981
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Constitutionalism and international adjudication: how to constitutionalize the united nations dispute settlement system. New york journal of international law and politics*, v. 31, 1999. p. 753-790
- PHAM, J. Peter. *Politics and international justice in a world of states. Human rights & Human Welfare*, v. 4, 2004. p. 119-135.
- RAMEL, Frédéric; CUMIN, David. *Philosophie des relations internationales*, Paris: Presse de Sciences Po, 2002.
- REUTER, P. *La justice internationale dans le système des Nations Unies. In les nations unies chantier de l'avenir*, t. 2, Paris: PUF, 1962. p. 221-233.
- RICOEUR, Paul. *Le juste 1*, Paris: Éditions Sprit, 1995.
- ROSENNE, Shabtai. *Conceptualism as a guide to treaty-interpretation. In Étude en l'honneur de Roberto Ago: le droit international à l'heure de sa codification. Les principes et les sources*, v. I, Milano: Giuffrè editore, 1987. p. 417-431.
- _____. *Equitable principles and the compulsory jurisdiction of international tribunals. Streitbeilegung un gerichtbarkeit. Festschrift für Rudolf Bindschedler*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie Ag., 1980. p. 407-425.

- ROUHETTE, g. *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès. In Mélanges offert à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985. p. 687-718.*
- ROUSSEAU, Charles. *Le droit international et l'idée de justice. In Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally, Paris: Pedone, 1991. p. 399-403.*
- RUIZ FABRIZ, Hélène, SOREL, Jean Marc. *La preuve devant les juridictions internationales. Collection contentieux international - Université de Paris I. Paris: Pedone, 2006.*
- SALMON, Jean J.A. *La construction juridique du fait en droit internationale. A.P.D, t. 32 Paris: Sirey, 1987. 135-151.*
- _____. *Les contradictions entre fait et droit en droit international. Estudios de derecho internacional: Homenaje al profesor Miaja de la Muela, v. I, Madrid: Tecnos, 1979. p. 337-350.*
- SANDS, Philippe; MACKENZIE, Ruth; SHANY, Yuval. *Manual on international courts and tribunals. London: Butterworths, 1999.*
- SANTULLI, Carlo. *Droit d contentieux international. Paris: Montchrestien, 2005.*
- SCHELLE, Georges. *Manuel de droit international public. Paris: Domat-Montchrestien, 1948.*
- SINCLAIR, I. *Some procedural aspects of recent international litigation, ICLQ, 1981. p. 338-357.*
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts, Harvard International Law journal, v. 44, n. 1, winter 2003. p. 191-219.*
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI). *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille. Paris: Pedone, 2003.*
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI). *Justice et juridictions internationales. Colloque de Tunis. Paris: Pedone, 2000.*
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI). *La pratique en droit international. Colloque de Genève. Paris: Pedone, 2004.*
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI). *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon. Paris: Pedone, 1986.*
- STERN, Brigitte. *20 ans de jurisprudence de la CIJ: 1975-1995, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.*
- SUR, Serge. *Quelques observations sur les normes juridiques internationales. Revue générale de droit international public, v. 89, 1985. 901-928.*
- SUY, Erik. *Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international. In Étude en l'honneur de Roberto Ago: le droit international à l'heure de sa codification. Les principes et les sources, v. I, Milano: Giuffrè editore, 1987. p. 521-542.*
- TARUFFO, Michel. *Cultura e processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 80-81.*
- TEITELBAUM, Ruth. *Recent fact-finding developments at the international court of justice, The law and practice of international courts and tribunals, v. 6 issue 1, Martinus Nijhoff, 2007. p. 125-126, 157.*
- TERRE, F. *Théorie générale de la procédure et droit international public. Revue de droit suisse, 1974. p. 41-59.*
- THIERRY, Hubert. *L'évolution du droit international. Cours Général de droit international Public, Académie de droit international de la Haye, 222, 1991.*

- THRILWAY, H. W. A. *Procedural law and the international court of justice*. In LOWE, Vaughan, FITZMAURICE, Malgosia. *Fifty years of the international court of justice*, Cambridge, 1996. p. 389-405.
- TREVES, Tullio. *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*. Giuffrè Editore: Milano, 1999, 3-98.
- WEIL, Prosper. *L'équité dans la jurisprudence de la cour internationale de justice. Un mystère en voie de dissipation?* In LOWE, Vaughan, FITZMAURICE, Malgosia. *Fifty years of the international court of justice*, Cambridge, 1996. p. 121-144.
- VON MANGOLDT, Hans. *La comparaison des systèmes de droit et la procédure des tribunaux internationaux*. *Zaöev*, 40, 3, 1980, p. 554-572.
- ZIBIEMBINSKI, Zygmunt. *Justice among individuals and justice among nations*, *Mélanges K.S*, 1996. 337-349.

A RESCISÃO CONTRATUAL COMO PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA CONTRA O EMPREGADO DOENTE

Maria Cecília Alves Pinto*

RESUMO

O presente estudo pretende fazer uma breve análise acerca da proteção do trabalhador brasileiro, acometido por doença grave, contra a dispensa discriminatória ainda que de forma dissimulada. Nesse sentido, tem-se o direito fundamental, constitucionalmente assegurado, à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária, sendo que a Lei n. 9.029/1995 representa o embasamento jurídico adequado para a proteção do empregado, impedindo sua dispensa quando gravemente doente, a qual é presumidamente discriminatória, consoante previsto na Súmula n. 443 do TST.

Palavras-chaves: Rescisão contratual. Discriminação. Doença grave. Lei n. 9.029/1995. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

O objetivo da abordagem acerca da rescisão contratual como prática discriminatória contra o empregado doente é contextualizar, ainda que de forma breve, o problema.

Os valores sociais do trabalho foram erigidos como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante inciso III do art. 1º da Constituição da República (CR), cujo inciso IV do art. 3º anotou, dentre seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, “[...] sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Também há vedação à prática da discriminação no art. 2º da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, bem como no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, dos quais o Brasil é signatário. Ao subscrever tais normas, nosso país comprometeu-se, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos, incluindo a adoção de medidas legislativas, para a proteção contra toda e qualquer forma de discriminação. A proteção contra a discriminação consta também do art. 1º da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), igualmente subscrita pelo Brasil.

No âmbito da Constituição Federal, foi garantido aos trabalhadores urbanos e rurais “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (vide inciso I do art. 7º), não se podendo olvidar de que os

* Desembargadora junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, doutora pela Universidad Pablo de Olavide, dentro do Programa de Doutorado “*Desarrollo y Ciudadanía: Derechos Humanos, Igualdad, Educación e Intervención Social*”.

direitos enumerados no referido dispositivo constitucional constituem o patamar mínimo assegurado aos trabalhadores, “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, conforme previsto no *caput* do art. 7º da CR.

A despeito da previsão acerca da proteção do emprego contra a dispensa imotivada, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu duas vedações ao direito potestativo patronal de rescindir o contrato sem motivação, conferindo estabilidade provisória ao empregado eleito para cargo de direção da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), bem como da empregada gestante, na forma e prazos nele enunciados.

A estabilidade provisória do dirigente sindical foi prevista no inciso VIII do art. 8º da CR, sendo igualmente protegidos contra a dispensa imotivada (estabilidade por 12 meses) os empregados vítimas de acidente de trabalho, conforme consta do art. 118 da Lei n. 8.213/91, sendo que as doenças profissionais e do trabalho foram equiparadas ao acidente de trabalho (vide art. 20 da Lei n. 8.213/91).

Quanto aos demais trabalhadores, o art. 10 do ADCT apenas elevou o percentual previsto no *caput* e § 1º do art. 6º da Lei n. 5.107/1966, ou seja, fixou em 40% o acréscimo incidente sobre o FGTS, nas hipóteses de dispensa imotivada.

Em 1995, a Lei n. 9.029 proibiu a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso e manutenção da relação de trabalho, cuja proteção constitui direito fundamental do trabalhador brasileiro. Esse é o tema de investigação neste trabalho.

A PROTEÇÃO DO EMPREGADO CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Os doutrinadores têm se posicionado sobre a existência de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que, segundo Luciana Caplan, tem sua importância desde o ponto de vista da garantia que tais direitos representam. Uma dessas garantias, os direitos humanos, estaria na ordem das relações internacionais e a outra, correspondente aos direitos fundamentais, na ordem estatal, devendo haver o reconhecimento da inter-relação entre ambas as categorias que não são hierarquizadas, mas complementares.¹

Diante das reiteradas violações aos direitos humanos, mesmo quando inseridos nas constituições dos diversos Estados como direitos fundamentais, surge a necessidade de problematizar a concepção tradicional dos direitos humanos, que vê como seu conteúdo básico o direito a ter direitos, deixando de ressaltar a importância dos bens que a norma jurídica deve assegurar, bem como as condições materiais para a exigência e prática dos direitos humanos e também das lutas sociais que devem ser empreendidas para a garantia do acesso igualitário aos bens que viabilizam uma vida digna.²

¹ CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: Editora LTr, 2008. p. 274-299.

² HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvencción de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008. p. 22

Seguindo essa linha crítica de pensamento, mais complexa, Herrera Flores propõe outra definição para os direitos humanos, que implica inclusive a necessidade constante de sua fundamentação. Para ele, direitos humanos são “[...] *más que derechos ‘propiamente dichos’ son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida.*”³

Hélio Gallardo afirma que a compreensão do fundamento dos direitos humanos faz parte da sua eficácia jurídica, pois, desde o ponto de vista do conteúdo, o fundamento dos direitos humanos é de ordem política, muito embora sua origem não seja originalmente estatal. Sobre a origem dos direitos humanos, aduz que:

[...] *ellos se derivan sociohistóricamente de transferencias de poder sentidas como necesarias y expresadas como posibles en el seno de sociedades civiles emergentes. Los valores supuestos por el reclamo de derechos humanos no se siguen por tanto inicialmente de consensos, sino nuclearmente de resistencias, movilizaciones, luchas o enfrentamientos.*⁴

Nesse contexto, a Lei n. 9.029/1995 constitui medida jurídica importante para assegurar ao trabalhador proteção jurídica contra dispensas discriminatórias, viabilizando suporte legal para a proteção de direito fundamental, constitucionalmente assegurado ao trabalhador, consistente na relação de emprego protegida contra dispensas arbitrárias, sobretudo quando decorrente de prática discriminatória (inciso IV do art. 3º e art. 7º da CR).

Referido diploma legal proibiu a prática discriminatória para efeito de acesso, bem como de manutenção do vínculo empregatício por motivos ligados ao sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, dentre outros, o que demonstra ser o rol apenas exemplificativo. Criminalizou as práticas discriminatórias, nos termos do art. 2º, apontando como sujeitos ativos do crime a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador, bem como os dirigentes de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta e indireta.

Previu também que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório assegura ao empregado direito à reparação pelo dano moral, cabendo a ele optar pela reintegração ao emprego, com todos os direitos inerentes ou a percepção, em dobro, da remuneração correspondente ao período do afastamento do emprego (vide art. 4º da Lei n. 9.029/1995).

O ato de ruptura contratual discriminatória é nulo, por malferir princípios do ordenamento trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos de “[...] pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Ademais, a prática discriminatória, a par de malferir a legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, nas palavras de Robson Antão de Medeiros, desrespeita “[...] normas e recomendações internacionais de que o Brasil participa e que reprimem

³ *Ibidem.*

⁴ GALLARDO, Hélio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008. p. 7.

a discriminação e, como consequência, é um ato que não merece a benevolência do Judiciário.”⁵

Rodrigo Bezerra Martins, sobre o tema, assevera que:

A dispensa discriminatória por doença é modalidade de discriminação realizada pelo empregador contra seu empregado e que ocorre na fase contratual, acarretando seu suposto término. Costuma ser indireta, pois o empregador não admite que a dispensa se deu por motivo de saúde, defendendo-se com o argumento da liberdade de demitir conferida pelo livre exercício da atividade econômica (CF, art. 1º, IV, e art. 170) e na previsão expressa de indenização compensatória (CF, art. 7º, I).⁶

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula n. 443, nos seguintes termos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

O teor da súmula é importante para definição do ônus de prova, pois, constatada a doença grave do trabalhador, exsurge a presunção no sentido de que a dispensa foi discriminatória, com direito à reintegração ao emprego, ressalvado ao empregado optar pela remuneração em dobro do período de afastamento, conforme lhe faculta o art. 4º da Lei n. 9.029/1995.

Ou seja, o ônus da prova quanto à inexistência de prática discriminatória passa a ser do empregador, ao qual incumbe demonstrar a motivação da rescisão contratual não arbitrária, ou seja, fundada em reais motivos de ordem disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Referida fixação do ônus probatório é justificada, pois a prática discriminatória decorrente de doença grave, o que inclui o portador do vírus HIV, ocorre em momento de extrema fragilidade do trabalhador, muitas vezes logo quando há a mera suspeita do seu adoecimento, na tentativa de obstar o direito à manutenção da relação de emprego, ante a alegação do desconhecimento patronal acerca do fato.

Várias defesas empresárias trazem, ainda, alegação no sentido de que o empregado portador de doença comum, que não tem nexo de causalidade com o trabalho (doença do trabalho e doença profissional), não estaria protegido por qualquer forma de estabilidade no emprego e, por essa razão, não teria direito à reintegração.

⁵ MEDEIROS, Robson Antão de. *A proteção do trabalhador portador de HIV/AIDS: abordagem jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccsj.ufcg.edu.br/anais/artigo8.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

⁶ MARTINS, Rodrigo Bezerra. *Dispensa discriminatória por doença do empregado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dispensa-discriminatoria-por-doenca-do-empregado,47341.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

Entretanto, o art. 4º da Lei n. 9.029/1995 assegurou ao empregado, vítima de prática discriminatória no ato da dispensa, o direito à reintegração no emprego, circunstância que foi inclusive anotada na Súmula n. 443 do TST, retrotranscrita. A rescisão contratual discriminatória por parte do empregador constitui prática criminosa (art. 2º), tornando o ato nulo, consoante art. 9º da CLT, com direito à reintegração no emprego, pouco importando a inexistência de previsão legal quanto à possível estabilidade.

Em verdade, a relação de trabalho, uma vez constatada a dispensa discriminatória e determinada a reintegração do laborista, deve seguir hígida até que o empregado obtenha o afastamento pela Previdência Social, ou apresente melhores condições de saúde, tornando-se apto para obter até mesmo uma nova colocação no mercado de trabalho. Anote-se, uma vez mais, que só não será reintegrado, caso exerça a faculdade de optar pela remuneração em dobro de todo o período de afastamento, como lhe assegura a Lei n. 9.029/1995.

Retomando a linha de argumentação acerca da proteção aos direitos humanos e fundamentais do trabalhador brasileiro, tem-se que a Lei n. 9.029/1995 trouxe importante base legal para a proteção do empregado acometido por doença grave, impedindo sua dispensa, que é presumidamente discriminatória, consoante previsto na Súmula n. 443 do TST, em respeito ao princípio da dignidade do ser humano, que necessita dos recursos financeiros oriundos do seu trabalho, para garantir o acesso aos bens necessários para tentar a recuperação da sua saúde, bem como para sobreviver.

A interpretação dos dispositivos da Lei n. 9.029/1995 deve ocorrer com vistas à proteção do empregado, que tem direito à manutenção do emprego quando acometido por doença grave, pois certamente não conseguirá qualquer outra colocação no mercado de trabalho, protegendo-o contra prática discriminatória patronal. Deve ser buscada a superação dos direitos humanos como o mero “direito a ter direitos”, concretizando, no plano real da vida dos laboristas, o direito ao trabalho, fonte da própria subsistência e de suas famílias. A importância do direito ao trabalho é que justifica a sua inserção dentre os fundamentos constitucionais do Estado Brasileiro.

CONCLUSÃO

Em síntese, pode-se concluir que o empregado, acometido por doença grave, está legalmente protegido contra a dispensa discriminatória, ainda que de forma dissimulada.

O fundamento constitucional pode ser encontrado na Constituição Federal, arts. 3º e 7º, que asseguram, respectivamente, a proibição de prática discriminatória e o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária. No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 9.029/1995 introduziu o embasamento jurídico adequado para a proteção do empregado gravemente doente, impedindo sua dispensa, que é presumidamente discriminatória, consoante previsto na Súmula n. 443 do TST.

O fato de não haver a previsão de estabilidade por tempo definido na legislação não impede o direito do empregado à reintegração, o qual está assegurado pelo art. 4º da Lei n. 9.029/1995, ressalvada a possibilidade de opção pela remuneração do período do afastamento, em dobro.

É importante essa reflexão sobre o direito do empregado à manutenção do emprego, na perspectiva de superar a concepção dos direitos humanos como o simples “direito a ter direitos”, concretizando, no plano real de vida dos brasileiros, o direito ao trabalho, fonte da própria subsistência e de suas famílias, o que se afigura essencial no contexto de grave adoecimento do trabalhador.

REFERÊNCIAS

- CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: Editora LTr, 2008.
- GALLARDO, Hélio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvencción de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- MARTINS, Rodrigo Bezerra. *Dispensa discriminatória por doença do empregado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dispensa-discriminatoria-por-doenca-do-empregado,47341.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- MEDEIROS, Robson Antão de. *A proteção do trabalhador portador de HIV/AIDS: abordagem jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccsj.ufcg.edu.br/anais/artigo8.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

A UTILIZAÇÃO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA

DOCUMENT USE AS EVIDENCE ELECTRONIC MEDIA

Lílian Sandra Soares*

RESUMO

Este estudo tratou do documento eletrônico e da sua utilização como meio de prova em processos judiciais. O trabalho teve como escopo a análise da possibilidade da utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova na solução dos conflitos. Foram analisados os requisitos, as hipóteses, a previsão legal e as implicações jurídicas expostas pela doutrina e jurisprudência. Os resultados mostram que a utilização do documento eletrônico como meio de prova encontra amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro que, além de não necessitar de qualquer alteração para que o documento eletrônico seja alçado ao *status* de meio de prova, manifesta de modo favorável à sua utilização como meio de prova.

Palavras-chave: Direito Processual do Trabalho. Documento eletrônico. Meio de prova.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento da *internet* - rede mundial de computadores - e o desenvolvimento dos recursos computacionais com tecnologias altamente avançadas ampliam significativamente as possibilidades de conexão e derrubam as barreiras territoriais. Vivemos na era digital.

O avanço das tecnologias de comunicação e informação trouxe modificações não só no modo de as pessoas se relacionarem e nas formas de trabalho, mas, também, na seara processual.

Isso porque os documentos eletrônicos - aqueles produzidos ou transmitidos em meio eletrônico - são utilizados como meio de prova em processos judiciais.

Por se tratar de um meio de prova relativamente novo, a utilização dos documentos eletrônicos gera grandes discussões.

Dada a relevância do tema e a necessidade de o Direito adequar-se às novas realidades, o presente estudo será voltado para a análise das possibilidades e das implicações jurídicas da utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova.

2 CONCEITO JURÍDICO E FINALIDADE DA PROVA

Antes de analisar o tema proposto, cumpre conceituar e estabelecer a finalidade da prova.

* Advogada da João Paulo Fernandes Sociedade de Advogados. Pós-graduada em Direito do Trabalho - IEC PUC Minas/2014. Bacharel em Direito - PUC/MG.

O vocábulo prova, em sentido amplo, significa demonstrar a veracidade de um fato. No plano jurídico processual, vários são os conceitos.

Para Alexandre Freitas Câmara:

Denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado prova. (CÂMARA, 2009, p. 373).

Nas palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “[...] a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 371).

Manoel Antonio Teixeira Filho (2014) afirma inexistir uma definição legal de prova judicial e apresenta uma crítica a todos os conceitos que tratam a prova como meio, pois, segundo o autor, se assim o for, ter-se-á de admitir que qualquer documento carregado aos autos constituirá, por si só, prova do fato, ignorando-se a apreciação judicial. E indaga:

Ademais, se meio é a prova, como sustentar-se essa afirmação diante de declarações conflitantes de duas testemunhas sobre o mesmo fato? Ambas, nessa hipótese, teriam provado a existência de duas verdades? Não nos parece que isso seja aceitável, processual e logicamente, pois no caso fixado é curial que apenas se poderia admitir um dos depoimentos, segundo o critério de valoração da prova, desprezando-se necessariamente o outro, porquanto se referem a um fato comum. Não é, pois, a prova como resultado? (TEIXEIRA FILHO, 2014, p. 30).

Mais à frente, conclui que prova é resultado e apresenta um conceito claro e objetivo: “[...] é a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo.” (TEIXEIRA FILHO, 2014, p. 31).

Cléber Lúcio de Almeida apresenta uma definição de prova em suas três dimensões: como atividade, como meio e como resultado, da qual perfilhamos:

[...] prova é a demonstração da ocorrência ou veracidade dos fatos alegados¹ como fundamento de pretensão manifestada em juízo, a qual é realizada com os meios admitidos pela ordem jurídica² e com o objetivo de convencer o juiz daquela ocorrência ou veracidade e de a ele fornecer elementos suficientes para confirmar ou negar a existência do direito objeto de controvérsia.³ É este o sentido que abarca a noção de prova como atividade, como meio e como resultado e, ainda, a sua finalidade, [...]. (ALMEIDA, 2013, p. 31 e 32).

E acrescenta que a finalidade da prova deve levar em consideração, além do convencimento do juiz (finalidade tradicional), as partes e a sociedade.

¹ Prova como meio.

² Prova como atividade.

³ Prova como resultado.

Para as partes, “A prova constitui, ainda, um instrumento jurídico-processual que possibilita a participação útil das partes litigantes na definição dos seus direitos e de suas obrigações.” (ALMEIDA, 2013, p. 86).

A sociedade também é destinatária da prova, pois, no Estado Democrático de Direito, todo poder é exercido em nome do povo. Além disso, a prova visa a dar segurança jurídica às relações e efetividade à ordem jurídica, visto que o juiz atua em função e no interesse do Estado - sociedade.

A prova apresenta, ainda, importância fundamental na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, tanto na perspectiva material quanto na perspectiva processual:

[...] o reconhecimento de direitos humanos processuais decorre do fato de que, para a proteção integral do ser humano, não basta o reconhecimento da titularidade de direitos materiais (tutela jurídica). A proteção do ser humano, para ser integral, exige a criação de instrumentos adequados à realização prática dos direitos humanos materiais (tutela jurisdicional dos direitos). A essencialidade dos direitos materiais torna essencial a sua tutela jurisdicional e os instrumentos adequados à sua realização quando não respeitados espontaneamente. (ALMEIDA, 2013, p.156).

Assim, a importância da prova transpõe a esfera do juiz e constitui um importante instrumento de defesa no Estado Democrático de Direito.

3 DOCUMENTO ELETRÔNICO

3.1 Conceito

Recorrendo à Lei n. 11.419/06⁴, constata-se que a referida Lei não define o denominado documento eletrônico. Na verdade, o texto legal apresenta-se genérico o suficiente para acompanhar e se adaptar ao cenário evolutivo dos institutos da tecnologia.

A doutrina, por sua vez, buscou conceituar o denominado documento eletrônico.

Nas palavras de Antônio Terêncio G. L. Marques, documento eletrônico “[...] nada mais representa que uma sequência de *bits* que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato.” (MARQUES, 2011, p. 127).

Para Augusto Tavares Rosa Marcacini, “[...] é uma dada sequência de *bits* que, captada pelos nossos sentidos com o uso de um computador e um *software* específico, nos transmite uma informação.” (MARCACINI, 2006).

Assim, pode-se conceituar o documento eletrônico como a representação decodificada (sequência de *bits*) de um fato e que possa ser traduzida por meio de programas computacionais. Ou seja, tudo que puder representar um fato (seja banco de dados de um sistema, *e-mail*, dentre outros) e que tenha sido produzido ou transmitido por meio eletrônico, ou que esteja armazenado em um arquivo digital será considerado documento eletrônico.

⁴ Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências.

Augusto Tavares Rosa Marcacini acrescenta:

[...] o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma sequência de *bits*, o documento eletrônico não é outra coisa que não a sequência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. Assim, o arquivo eletrônico em que está este texto poderá ser transferido para outros meios, sejam disquetes, CDs, ou discos rígidos de outros computadores, mas o documento eletrônico continuará sendo o mesmo.

[...]

A característica de um documento é a possibilidade de ser futuramente observado; o documento narra, para o futuro, um fato ou pensamento presente. Daí ser também definido como prova histórica. Diversamente, representações cênicas ou narrativas orais, feitas ao vivo, representam um fato no momento em que são realizadas, mas não se perpetuam, não registram o fato para o futuro. Se esta é a característica marcante do documento, é lícito dizer que, na medida em que a técnica evolui permitindo registro permanente dos fatos sem fixá-lo de modo inseparável em alguma coisa corpórea, tal registro também pode ser considerado documento. A tradicional definição de documento enquanto coisa é justificada pela impossibilidade, até então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível.

Assim, renovando o conceito de documento - e até retornando à origem do vocábulo -, documento é o registro de um fato. Se a técnica atual, mediante o uso da criptografia assimétrica, permite registro inalterável de um fato em meio eletrônico, a isto também podemos chamar de documento. (MARCACINI, 2006).

Antônio Terêncio G. L. Marques explica que

[...] os documentos eletrônicos possuem os mesmos elementos que um documento escrito em suporte de papel, contendo, entretanto, os seguintes aspectos: a) constam em suporte material (disquete, circuitos, *chips* de memória, redes); b) contêm uma mensagem, em que está escrita em linguagem convencional de dígitos binários ou *bits*, entidades magnéticas que os sentidos humanos não podem perceber diretamente; c) estão escritos em um idioma ou código determinado; d) podem ser atribuídos a uma pessoa determinada com a qualidade de autor, mediante uma assinatura digital ou chave eletrônica. (MARQUES, 2011, p. 127).

E acrescenta:

Portanto, o documento eletrônico ou o ciberdocumento é enquadrado na categoria dos documentos indiretamente representados, pois não há dele uma percepção sensorial imediata. O conhecimento de declaração representada no documento depende de recurso eletrônico, ou seja, o efeito representativo dar-se-á somente após a utilização de um outro tipo de objeto apto a permitir a sua leitura, [...].

Desta forma, verifica-se que, ontologicamente, não existe uma diferença entre a noção tradicional de documento e a nova noção de documento eletrônico, porque o ciberdocumento também será o meio real de representação de um fato, não sendo, apenas, de forma gráfica. (MARQUES, 2011, p. 129, 130).

3.2 Requisitos relativos à validade jurídica do documento eletrônico

Para que um documento eletrônico tenha validade jurídica e força probante, é necessário que atenda alguns requisitos assim elencados por Antônio Terêncio G. L. Marques (2011): autenticidade; integridade e perenidade do conteúdo. Aos quais, acrescentamos a tempestividade.

O primeiro requisito a ser observado refere-se à autenticidade. É imprescindível que lhe seja imputada uma autoria, pois, nos termos do art. 368 do CPC, as declarações constantes do documento presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. E o art. 371 do mesmo diploma legal apresenta a autoria como um dos elementos da força probante dos documentos.

Assim, verifica-se que “[...] a autenticidade implica a autoria identificável, a possibilidade de se identificar, com elevado grau de certeza, a autoria da manifestação de vontade representada no documento digital.” (MARQUES, 2011, p. 133).

Em regra, a autoria de um documento físico é identificável por meio da assinatura nele aposta, salvo nos casos em que os documentos não costumam ser assinados (inciso III do art. 371 do CPC).

De igual modo, a autoria de um documento eletrônico será identificada por meio da assinatura digital (que será tratada em tópico específico).

O segundo requisito consiste na integridade ou na segurança do documento. Para que seja conferida força probante a um documento, este não pode ser passível de alteração nem quando da sua concepção, ou da transmissão, tampouco, quando do armazenamento e, se for alterado, que seja identificável com métodos e técnicas apropriadas.

Augusto Tavares Rosa Marcacini assevera que

[...] não estando presos aos meios em que foram gravados, os documentos eletrônicos são prontamente alteráveis, sem deixar qualquer vestígio físico. Textos, imagens ou sons são facilmente modificáveis pelos próprios programas de computador que os produziram, ou senão, por outros programas que permitam editá-los *byte* por *byte*. A data e hora de salvamento do arquivo é também editável, mediante o uso de programas próprios. (MARCACINI, 2006).

Demócrito Reinaldo Filho acrescenta que

[...] a informação em formato eletrônico é também dinâmica: o mero ato de ligar ou desligar um computador pode alterar a informação que ele armazena. Os computadores quando em funcionamento reescrevem e deletam informação, quase sempre sem o conhecimento específico do operador. (REINALDO FILHO, 2006).

Por tais motivos, Augusto Tavares Rosa Marcacini conclui que o

[...] que se deve buscar preservar é a sequência de *bits*, tal qual originalmente criada, não importando em que meio o documento está gravado, ou se o meio é ou não alterável. E a criptografia assimétrica permite realizar esta tarefa, protegendo a integridade da sequência de *bits*. (MARCACINI, 2006).

O terceiro requisito consiste na perenidade do conteúdo que “[...] diz respeito à validade da informação ou do conteúdo ao longo do tempo.” (MARQUES, 2011, p. 137). E a perenidade do conteúdo pode se dar por meio de armazenamento em *pen drive*, CDs e outros meios de suporte.

Por fim, e não menos importante, acrescentamos o requisito da tempestividade. Isso porque a característica de um documento é a possibilidade de ser futuramente observado, visto que o documento projeta para o futuro acontecimentos do presente.

E para que o documento eletrônico tenha força probante faz-se necessário aferir a data e o local do surgimento, pois esse dado influi sobremaneira na questão afeta à capacidade das partes, ao prazo prescricional ou decadencial, dentre outros. Assim, é necessário estabelecer o momento em que um determinado documento passa a surtir efeitos na esfera jurídica dos envolvidos.

No que tange aos documentos públicos, não vislumbramos maiores problemas, visto que dotam de fé pública. A controvérsia surge com os documentos particulares. Assim, quando não for possível aferir a data de criação do documento eletrônico, teremos que nos valer das regras do artigo 370 do CPC.

3.3 A segurança do documento eletrônico

Conforme demonstrado, a validade jurídica do documento eletrônico como meio de prova está condicionada à observância da autenticidade, integridade, perenidade e tempestividade do documento eletrônico que se darão através das seguintes técnicas de segurança: (i) criptografia, (ii) assinatura digital e (iii) certificação e a autoridade certificadora.

3.3.1 Criptografia

Etimologicamente, o termo criptografia tem origem grega e significa escrita secreta, oculta, por meio de códigos ou cifras.

Para Antônio Terêncio G. L. Marques “[...] é a técnica ou o mecanismo através do qual escreve-se escondendo e tornando incompreensível determinada informação, tendo como escopo uma comunicação segura e unicamente acessível entre os interlocutores.” (MARQUES, 2011, p. 156).

Ou seja, é a escrita por meio de códigos, cuja finalidade consiste na proteção da integridade das informações ali inseridas onde somente os interlocutores terão acesso ao seu conteúdo.

Antônio Terêncio G. L. Marques acrescenta que:

Modernamente, o sistema criptográfico utiliza conceitos matemáticos avançados e abstratos, que servem como padrão para a cifragem das mensagens, são os chamados algoritmos. São eles utilizados não para embaralhar as palavras das frases ou as próprias letras das palavras, mas, sim, os próprios *bits* do documento eletrônico. (MARQUES, 2011, p. 158).

São dois os tipos de criptografia: simétrica e assimétrica.

A criptografia simétrica, também chamada de chave privada, consiste na utilização de uma mesma chave para cifrar e para decifrar uma mensagem. Por não se apresentar muito segura, é comumente utilizada em redes fechadas ou computadores isolados.

A criptografia assimétrica ou de chave pública, por sua vez, é meio mais seguro para utilização em redes públicas e consiste na utilização de

[...] duas chaves distintas, todavia matematicamente vinculadas entre si, uma para cifrar mensagem, e outra para decifrá-la.

[...]

A criptografia de chave pública funciona a partir de complexos métodos matemáticos irreversíveis, denominados *one-way functions*⁵ (função unidirecional), que geram duas chaves diferentes. Uma delas ficará em poder do proprietário do sistema, que terá exclusividade no seu uso. Esta será a chave privada. A outra poderá ser distribuída a todos aqueles com quem precise manter uma comunicação segura ou identificável. Essa é a chave pública. (MARQUES, 2011, p. 161).

A criptografia assimétrica, além de garantir a integridade do documento eletrônico, visa a garantir a sua autenticidade.

3.3.2 Assinatura digital

A autoria de um documento tradicional (documento físico) ou de um documento eletrônico se dá por meio da assinatura. Todavia, no caso do documento eletrônico, a autoria se dará por meio da assinatura digital.

Sem a pretensão de aprofundar nas questões técnicas, pode-se resumir o processo da assinatura digital em três etapas assim enumeradas por Antônio Terêncio G. L. Marques (2011): (i) geração do resumo da mensagem pelo algoritmo *hash*⁶; (ii) aplicação da chave privada ao resumo da mensagem, obtendo-se um resumo da mensagem criptografada; e (iii) anexação do certificado digital do autor contendo a chave pública.

Esse mecanismo permite que o mesmo usuário, utilizando a mesma chave privada, obtenha uma assinatura digital para cada arquivo que assinar. Isso porque o sistema *hash* - que pode ser comparado a uma impressão digital - utiliza o texto para criar um código que consiste no resumo de mensagem, vinculando a assinatura digital ao conteúdo do documento assinado.

Assim, tem-se que a aplicação desse sistema, dessa função matemática chamada *hash*, eleva o grau de certeza quanto à autoria (autenticidade) e à integridade do conteúdo do documento preenchendo as exigências do legislador e atribuindo valor e eficácia probatória ao documento eletrônico.

⁵ "One-way functions - Consiste numa função matemática irreversível, através da qual multiplicam-se dois números primos grandes para produzir um número muito grande e fácil. Em seguida, fatora-se esse número muito grande aos dois números primos que o compuseram." (MARQUES, 2011, p. 161).

⁶ A função *hash* é uma complexa equação matemática que utiliza texto, para criar um código que consiste no resumo de mensagem. (MARQUES, 2011, p. 168).

Ademais, assinatura digital assimétrica é uma importante técnica de segurança, pois (i) autentica o documento e faz prova da manifestação de vontade daquele que o assinou; (ii) não pode ser falsificada, pois apenas o subscritor possui a chave que permite assinar o documento; (iii) confere a cada um dos documentos assinados uma assinatura com um código amoldado ao conteúdo; (iv) impede a modificação do documento em virtude do código criado e que está vinculado ao conteúdo; (v) não pode ser contestada se utilizar um sistema aprovado e a certificação for válida.

3.3.3 Certificação e autoridade certificadora

A certificação digital é a terceira técnica criada para conferir maior segurança aos documentos eletrônicos. Isso porque a distribuição individualizada da chave pública começa a ser realizada em massa gerando desconfiância e incerteza na identificação do remetente e na integridade do conteúdo do documento digital.

Por tal razão, a Lei n. 11.419/06, no artigo 1º, § 2º, inciso III, condiciona o reconhecimento da assinatura digital a um certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada.

Com a certificação digital

[...] a identidade do proprietário das chaves é previamente verificada por uma terceira entidade de confiança dos interlocutores, que terá a incumbência de certificar a ligação entre a chave pública e a pessoa que a emitiu, como também a sua validade. (MARQUES, 2011, p. 174).

E essa terceira entidade é a Autoridade Certificadora, criada pela Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

A ICP-Brasil visa a garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. É composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras que, por sua vez, são compostas pela Autoridade Certificadora Raiz (AC Raiz), pelas Autoridades Certificadoras (AC) e pelas Autoridades de Registro (AR).

As Autoridades Certificadoras são entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular. Às Autoridades de Registro (AR) compete identificar e cadastrar usuários e encaminhar as solicitações de certificados às Autoridades Certificadoras (AC).

Ou seja, as Autoridades Certificadoras são entidades independentes e legalmente habilitadas para a emissão dos certificados digitais. Estes deverão conter “[...] os dados de seu titular, tais como nome, número do registro civil, assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, entre outros, conforme detalhado na Política de Segurança de cada Autoridade Certificadora.” (BRASIL; 2012).

Por fim, as Autoridades Certificadoras têm como funções (MARQUES, 2011, p. 177, 178), (i) geração e registro de chaves; (ii) identificação de petionários de certificados; (iii) emissão de certificado; (iv) armazenamento na Autoridade

Certificadora da chave privada; (v) manutenção das chaves vigentes e revogadas; e (vi) serviços de diretórios.

Assim, a certificação digital é uma ferramenta de segurança extremamente eficaz e que garante a autenticidade, integridade, eficácia e validade aos documentos produzidos ou transmitidos de forma eletrônica, pois confere validade jurídica à assinatura digital.

4 A UTILIZAÇÃO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA

Verificada a validade do documento produzido ou transmitido em meio eletrônico, cabe analisar a possibilidade da sua utilização como meio de prova à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

São dois os sistemas legais relativos aos meios de prova previstos no ordenamento pátrio: o enumerativo, que limita os meios de prova ao enumerá-los, e o exemplificativo, que, embora enumere alguns meios de provas admissíveis, permite a utilização de outros meios não indicados.

A nosso sentir, o sistema legal em vigor relativo aos meios de prova é o exemplificativo, pois, embora o CPC especifique os meios de prova admissíveis, estatui em seu artigo 332 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.”

Embora o documento eletrônico não esteja expressamente enumerado como um dos meios de prova admissíveis, a sua utilização encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, veja-se:

O artigo 107 do Código Civil de 2002 prevê que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir. O artigo 225, do mesmo diploma legal, prevê que: “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, [...].”⁷

No mesmo sentido, dispõe o artigo 154 do CPC que, além de não consignar forma determinada para a realização dos atos e termos processuais, salvo quando a lei exigir, reputa válidos os atos que, realizados de outra forma, preenchem a finalidade essencial.⁸ E acrescenta no § 2º que “Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei”, ou seja, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da ICP-Brasil.

Reforçando a possibilidade de utilização do documento produzido ou transmitido em meio eletrônico, foi editada a Medida Provisória n. 2.200-2, que, no *caput* do artigo 10, dispõe que “Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória”, ou seja, aqueles produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizada pela ICP-Brasil ou por outra certificação aceita pelas partes.

⁷ No mesmo sentido, o artigo 383 do CPC.

⁸ No mesmo sentido, o artigo 244 do CPC. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/ameacas_riscos_amazonia/desmatamento_na_amazonia/grilagem_na_amazonia>. Acesso em: 29 jul. 2014.

Por fim, a Lei n. 11.419/06 dispõe, em seu artigo 11, que os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida na referida lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. E acrescenta no § 1º que os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos terão a mesma força probante dos originais, salvo a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

Da análise dos dispositivos legais acima indicados, constata-se, de forma inequívoca, que a utilização dos documentos produzidos ou transmitidos em meio eletrônico encontra amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro que manifesta de modo favorável à sua utilização como meio de prova. De igual modo, é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: DOCUMENTOS ELETRÔNICOS. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. CERTIFICAÇÃO DIGITAL. Conforme se sabe, os meios eletrônicos são facilmente manipuláveis, portanto, os documentos advindos desta via devem ser examinados com critério. No intuito de diminuir a insegurança jurídica decorrente da ampla utilização dos documentos eletrônicos, a Medida Provisória n. 2.200-2, de 2001, veio disciplinar a questão referente a validade jurídica de tais documentos, estabelecendo regras sobre a certificação digital, ressaltando-se o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 10: "Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º. As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, na forma do artigo 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. § 2º. O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento". Logo, tem-se aí um parâmetro para se aferir a autenticidade e a integridade deste novo meio de prova, o qual deverá ser avaliado frente ao conjunto probatório constante dos autos.

(TRT da 3ª Região; Processo: RO 00526-2006-024-03-00-7; Data de Publicação: 30/9/2006; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Bolívar Viégas Peixoto; Revisor: César Machado; Divulgação: DJMG. Página 7)

Não obstante a demonstração de que o documento eletrônico encontra amparo legal no ordenamento jurídico pátrio e de plena aceitação na seara trabalhista, alguns doutrinadores defendem a necessidade de uma normatização específica acerca da matéria. Para Antônio Terêncio G. L. Marques,

[...] é, extremamente, importante haver uma normativa específica que regule, eficazmente, a matéria, conceituando o documento informático, estabelecendo seu alcance jurídico; o seu modo de aplicação; o emprego de técnicas que assegurem a eficácia e a validade; os efeitos quando não forem aplicadas determinadas técnicas; medidas de segurança, que garantam a integridade e autoria, como serão estabelecidas cópias e, também, seus efeitos etc. (MARQUES, 2011, p. 219).

No mesmo sentido, Demócrito Reinaldo Filho aduz que “A lei processual deve ser alterada para tratar a informação armazenada eletronicamente como categoria de prova distinta de ‘documentos’ ou ‘coisas’.” (REINALDO FILHO, 2006).

Não obstante entendimentos em sentido contrário, a aplicação conjunta da Medida Provisória n. 2.200-2 e da Lei n. 11.419/06 atende satisfatoriamente tanto a questão afeta ao emprego das técnicas de segurança e validade jurídica quanto a questão afeta às medidas de segurança que garantem a integridade e autoria. Tudo isso por meio da criptografia, assinatura digital, certificação digital e autoridade certificadora.

A Lei n. 11.419/06, em seu artigo 11, § 1º, atribuiu às cópias a mesma força probante dos documentos originais e, no § 2º, previu que a arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor. Ou seja, apenas a forma que passou a ser eletrônica, não havendo a necessidade de qualquer alteração no procedimento em vigor.

No que tange à utilização de documentos eletrônicos que não cumpram os requisitos exigidos pela Medida Provisória n. 2.200-2 e pela Lei n. 11.419/06, em regra, não poderão ser juntados como meio de prova. Mas, no caso concreto, poderá o juiz aceitá-los como elemento de convicção e analisá-los em conjunto com as demais provas dos autos.

Assim, verifica-se que a legislação vigente não necessita de qualquer alteração para que o documento eletrônico seja alçado ao *status* de meio de prova.

E mesmo que se verificasse a falta de normas jurídicas específicas, o entendimento mais plausível seria, sem dúvida, a aplicação das regras de experiência comum (art. 335 do CPC) e a aplicação e interpretação analógica de conceitos, institutos e procedimentos já dispostos no ordenamento pátrio para a aceitação e validade dos documentos eletrônicos como meio de prova.

Demonstrada a expressa previsão legal quanto à utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova, passa-se a um breve paralelo entre os requisitos necessários para a validação de um documento físico como meio de prova e de um documento eletrônico, principalmente, no que tange à segurança.

A validação de um documento físico está atrelada, dentre outros requisitos, à sua autoria que se dá por meio da assinatura aposta no documento. O mesmo se aplica aos documentos eletrônicos, que terão sua autoria identificada a partir da assinatura, neste caso, a assinatura digital.

Com o intuito de conferir maior segurança aos documentos assinados eletronicamente, a Lei n. 11.419/06 condicionou o reconhecimento e validade da assinatura digital a um certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada (artigo 1º, § 2º, inciso III).

O certificado digital nada mais é que uma identidade (digital) que contém o nome, registro civil, endereço, *e-mail* do titular, assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, entre outros dados, conforme a Política de Segurança de cada Autoridade. É um banco de dados com prazo de validade e equivale à cédula de identidade do indivíduo.

A certificação digital equivale à autenticação de um documento pelo cartório, e a Autoridade Certificadora equivale ao cartório que confere fé pública aos atos e documentos produzidos na presença deste.

Assim, verifica-se que a diferença básica entre o documento físico e o documento eletrônico reside apenas no meio utilizado para o seu registro, ou seja, o seu suporte.

E é do seu suporte que surgem as críticas quanto à utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova. E uma delas refere-se à falsidade material ou adulteração de tais documentos em face da segurança ainda primária que a rede mundial de computadores oferece.

Mas o fato de o documento encontrar suporte em um meio físico (em papel, por exemplo) não o exime da falsidade material ou adulteração, ou nunca se ouviu falar em papel grilado?⁹

Tanto o documento físico quanto o documento eletrônico são passíveis de adulteração. Todavia, preenchidas as técnicas de segurança para a validade dos documentos eletrônicos, quais sejam a criptografia, a assinatura digital e a certificação por autoridade certificadora, torna-se dificultada a adulteração de um documento produzido ou transmitido em meio eletrônico.

Ou seja, se o documento físico é aceito como meio de prova, não se verifica qualquer óbice na aceitação do documento eletrônico como tal. Isso porque, conforme demonstrado, a Medida Provisória n. 2.200-2 e a Lei n. 11.419/06 preveem os requisitos de segurança para garantir validade jurídica ao documento produzido ou transmitido em meio eletrônico.

Ademais, independente do meio ou suporte (físico ou eletrônico) que o documento foi produzido ou transmitido, o que se deve privilegiar é a finalidade do documento, qual seja: servir como meio de prova para demonstrar a ocorrência ou veracidade dos fatos alegados com o objetivo de formar o convencimento do juiz (finalidade tradicional) e de a ele fornecer elementos de convicção sobre a controvérsia, além de apresentar importância fundamental na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, tanto na perspectiva material quanto na perspectiva processual, constituindo-se de um importante instrumento de defesa no Estado Democrático de Direito.

Negar a aceitação de um documento eletrônico produzido ou transmitido de acordo com a Medida Provisória n. 2.200-2 afrontaria os princípios da ampla defesa (inciso LV do art. 5º da CF) - princípio gênese quando se trata de provas - que, considerado em sua amplitude, deve ser analisado sob uma perspectiva positiva, em que as partes terão a ampla e efetiva participação no desenvolvimento processual e na formação da convicção do juiz, incluindo a possibilidade de utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova.

⁹ “O termo grilagem vem da descrição de uma prática antiga de envelhecer documentos forjados para conseguir a posse de determinada área de terra. Os papéis falsificados eram colocados em uma caixa com grilos. Com o passar do tempo, a ação dos insetos dava aos documentos uma aparência envelhecida.” (WWF-Brasil, 2014).

Disponível em: <http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/ameacas_riscos_amazonia/desmatamento_na_amazonia/grilagem_na_amazonia>. Acesso em: 29 jul. 2014.

ABSTRACT

This study dealt with the electronic document and its use as evidence in legal proceedings. The work was scope to examine the possibility of using electronic documents as evidence in solving conflicts. The requirements were analyzed, the hypothesis, the legal provisions and the legal implications exposed by the doctrine and jurisprudence. The results show that the use of electronic documents as evidence finds legal support in the Brazilian legal system that in addition to not requiring any change to the electronic document to be raised to the status of evidence, manifested favorably to its use as evidence.

Keywords: *Procedural Law of Labor. Electronic document. Proof of means.*

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012. XXIV. (Série *Vade Mecum*).
- BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20/12/2006.
- BRASIL. Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27/8/2001.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo 00526-2006-024-03-00-7 - RO; 3ª Turma - Relator Desembargador Bolívar Viégas Peixoto - Julgamento: 20/9/2006 - Publicação: 30/9/2006 - DJMG . Página 7. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=7451>>. Acesso em: 17 jun. 2014.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: volume 2: tomo 1: procedimento comum: ordinário e sumário*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume 2. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. XVIII.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 22. ed. rev. e atual., de acordo com a EC 45, de 8/12/2004 e com a Lei n. 11.232, de 22/12/2005. São Paulo: Malheiros, 2006.
- INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. *Certificado digital: Saiba como obter um Certificado Digital e quais os benefícios para sua vida*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/images/publicacoes/folderes/folder1.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Atual. 2006. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico:Forense,2002>>. Acesso em: 27. jul. 2014.
- MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*. 1. ed. 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
- PEIXOTO, Bolívar Viégas. *Iniciação ao processo individual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 8 jul. 2014.
- REINALDO FILHO, Demócrito. *A exibição da prova eletrônica em juízo - necessidade de alteração das regras do processo civil?* 2006. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=40>>. Acesso em: 10 jul. 2014.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014.

DEDUÇÃO DO SEGURO NAS INDENIZAÇÕES POR ACIDENTE DO TRABALHO

Sebastião Geraldo de Oliveira*

Dos valores fixados a título de indenização por acidente do trabalho, cabe algum abatimento ou dedução em favor do réu?

Inicialmente, convém mencionar que determinados abatimentos já deverão ser considerados no momento de fixar o *quantum* indenizatório, especialmente quando há reconhecimento de concausa ou de culpa concorrente da vítima. Nessas hipóteses, a rigor, não ocorre abatimento nem compensação, mas apenas o arbitramento da indenização ponderando a contribuição causal ou culposa de cada parte.

Surgem dúvidas, no entanto, quanto à possibilidade de dedução quando a vítima do acidente do trabalho recebeu ou tem direito de receber indenização de seguradoras privadas, contratadas espontaneamente pelo empregador ou quando já conseguiu ressarcimento pelo seguro obrigatório DPVAT, regulamentado pela Lei n. 6.194/74. Há, também, hipóteses de indenizações recebidas em razão de seguro contratado pelo empregador por determinação legal, em benefício dos seus trabalhadores, como são os casos previstos na Lei do Vigilante¹, na Lei do Peão de Rodeio², na Lei dos Profissionais de Rodeio³, na Lei sobre o Desporto⁴, na Lei do Estágio de Estudantes⁵ e na Lei do Motorista

* Desembargador do TRT da 3ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Mestre em Direito pela UFMG.

¹ Lei n. 7.102, 20 jun. 1983. Art. 19. É assegurado ao vigilante: [...] IV - seguro de vida em grupo, feito pela empresa empregadora.

² Lei n. 10.220, 11 abr. 2001. Art. 2º O contrato celebrado entre a entidade promotora das provas de rodeios e o peão, obrigatoriamente por escrito, deve conter: [...] § 1º É obrigatória a contratação, pelas entidades promotoras, de seguro de vida e de acidentes em favor do peão de rodeio, compreendendo indenizações por morte ou invalidez permanente no valor mínimo de cem mil reais, devendo este valor ser atualizado a cada período de doze meses contados da publicação desta Lei, com base na Taxa Referencial de Juros - TR.

³ Lei n. 10.519, 17 jul. 2002. Art. 6º Os organizadores do rodeio ficam obrigados a contratar seguro pessoal de vida e invalidez permanente ou temporária, em favor dos profissionais do rodeio, que incluem os peões de boiadeiro, os "madrinheiros", os "salva-vidas", os domadores, os porteiros, os juizes e os locutores.

⁴ Lei n. 9.615, 24 mar. 1998. Art. 45. As entidades de prática desportiva são obrigadas a contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva, para os atletas profissionais, com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos. § 1º A importância segurada deve garantir ao atleta profissional, ou ao beneficiário por ele indicado no contrato de seguro, o direito a indenização mínima correspondente ao valor anual da remuneração pactuada.

⁵ Lei n. 11.788, 25 set. 2008. Art. 9º As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, podem oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações: [...] IV - contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso.

Profissional.⁶ Pode ser ainda que o acidentado tenha obtido indenização em decorrência de norma coletiva prevendo a contratação e o custeio de seguro pelo empregador.

A regulamentação do seguro está bem delineada no ordenamento jurídico nacional. Como previsto no art. 757 do Código Civil, “Pelo contrato de seguro o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.” Já o art. 787 do referido Código estabelece que, “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.”

A inovação trazida pelo art. 787 do Código de 2002 marca a superação definitiva de antiga controvérsia, a respeito da validade ou não do seguro de responsabilidade civil. Na vigência do Código Civil de 1916, muitos defendiam que não havia espaço na ordem jurídica para tal modalidade de seguro, sobretudo porque o art. 1.436 previa a nulidade de contratação para garantir risco proveniente de atos ilícitos do segurado ou do beneficiado.⁷ O Código Civil atual, todavia, só prevê a nulidade do seguro contratado para garantir risco proveniente de ato doloso do segurado ou do beneficiário (art. 762). Desse modo, não há mais dúvida quanto à viabilidade jurídica da cobertura securitária dos danos oriundos de atos culposos do segurado ou do beneficiário. A regra expressa do art. 787 afastou qualquer objeção a esse respeito. Aliás, o entendimento sedimentado no STJ é no sentido de que até mesmo o dano moral pode ter a cobertura do seguro: “Súmula 402 - O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.”

A respeito da abrangência do art. 787 do Código Civil, por ocasião da V Jornada de Direito Civil realizada em Brasília em 2013, foi adotado o Enunciado 544, com o teor seguinte:

O seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora.

O instituto do seguro consolidou-se como técnica promissora de solidariedade, cada vez mais utilizada para socializar os danos, em sintonia com o princípio constitucional do solidarismo. O rateio dos riscos entre os segurados ocorre mediante o pagamento de um prêmio estipulado, para que todos tenham a

⁶ Lei n. 13.103, 2 mar. 2015. Art. 2º. São direitos dos motoristas profissionais de que trata esta Lei, sem prejuízo de outros previstos em leis específicas: [...] V - se empregados: [...] c) ter benefício de seguro de contratação obrigatória assegurado e custeado pelo empregador, destinado à cobertura de morte natural, morte por acidente, invalidez total ou parcial decorrente de acidente, traslado e auxílio para funeral referentes às suas atividades, no valor mínimo correspondente a 10 (dez) vezes o piso salarial de sua categoria ou valor superior fixado em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

⁷ Código Civil de 1916. Art. 1.436. “Nulo será este contrato, quando o risco, de que se ocupa, se filiar a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer do outro.”

garantia da reparação do prejuízo em caso de sinistro, porém sem onerar demasiadamente cada um em particular. Daí afirmar Rui Stoco que o seguro “[...] é a maneira mais eficaz de assegurar uma indenização que não resulte em ruína do agente causador do dano, minimizando seu desembolso e, ao mesmo tempo, atendendo e satisfazendo a vítima, compondo o seu prejuízo.”⁸

Há consenso na doutrina atual em que o futuro da responsabilidade civil cada vez mais contará com a securitização da atividade produtiva, como opção adequada para garantir às vítimas a respectiva reparação dos danos, diluindo os ônus entre os beneficiados por tal cobertura. Se não é possível afastar totalmente os riscos da atividade, pode-se ao menos garantir a reposição do prejuízo em caso de eventual sinistro, sem provocar a ruína do empresário.

O desejável crescimento do número de seguros contratados amplia o leque da solidariedade ou a socialização dos prejuízos, porquanto a garantia de cada um é obtida mediante o rateio proporcional dos custos, alcançando, assim, a segurança de todos. Nesse sentido, afirma Anderson Schreiber, com apoio na doutrina de Yvonne Flour, que “[...] na época contemporânea, a responsabilidade civil não pode mais ser pensada fora da noção de seguro.”⁹

Era bastante controvertido o cabimento da dedução do valor que a vítima do acidente automobilístico recebe do seguro DPVAT, de modo a reduzir o montante da indenização judicial fixada para o causador do dano. A jurisprudência, contudo, restou pacificada pelo Colendo STJ que, acertadamente, adotou o seguinte entendimento: “Súmula 246 - O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.”

Comentando a respeito dessa Súmula, registrou Rui Stoco:

Se, além de ter que pagar o seguro obrigatório, o agente for obrigado a compor integralmente os danos causados, a instituição dessa garantia terá sido inócua e sem sentido lógico, ferindo o conceito moderno de socialização dos encargos, como tendência mundial, que preconiza que se aparte da responsabilidade civil o conceito de culpa como seu pressuposto.¹⁰

Ora, o princípio secular que orienta a indenização é o da *restitutio in integrum* ou da equivalência matemática entre o dano e a sua reparação. Se houver acúmulo da indenização com o valor ressarcido pelo seguro, ficará caracterizado o combatido *bis in idem*, ou seja, haverá reparação além da real extensão do dano. Não se pode perder de vista que a indenização do prejuízo pelo réu ou pela seguradora decorre do mesmo fato causal, tem a mesma natureza jurídica e cumpre a mesma finalidade. Aliás, é por essa razão que, havendo indenização civil do dano, o Código de Trânsito autoriza o desconto da multa reparatória depositada em favor da vítima (§ 3º do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro).

⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tomo I, p. 913.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 232.

¹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II, p. 521.

Convém mencionar que a cobertura do seguro não substitui a responsabilidade civil da empresa pelas indenizações cabíveis, nem mesmo quando a contratação é determinada por lei. Não se transfere à seguradora a responsabilidade que é própria do causador do dano, tanto que o Código Civil enfatiza que subsistirá a responsabilidade do segurado perante terceiro, se o segurador for insolvente (art. 787, § 4º). O seguro apenas garante a cobertura dos prejuízos até o valor fixado na apólice e nos limites do que foi ajustado, sem qualquer vinculação ao princípio da reparação integral do dano.

A vedação do abatimento da indenização paga pela seguradora seria também um inoportuno desestímulo à contratação de seguro pelo empregador, contrariando a tendência moderna de incentivar cada vez mais a segurança de todos pela intensa securitização da atividade privada. Além disso, tal vedação afrontaria diretamente a previsão do art. 787 do Código Civil, uma vez que deixaria sem objeto o seguro de responsabilidade civil.

Vejam um simples exemplo: aquele que contrata um seguro de danos contra terceiros, para circular com seu automóvel com mais tranquilidade, e, em caso de sinistro, é compelido a indenizar integralmente a vítima, sem poder deduzir o valor pago pela seguradora, perderá todo o interesse na contratação do seguro; por outro lado, a vítima acabará recebendo dupla indenização... Em outras palavras: com ou sem contratação do seguro para “garantir o pagamento de perdas e danos”, o autor do dano arcará com a mesma indenização.

Apenas como reforço de argumentação, pode-se perguntar: se é incabível o desconto do valor ressarcido pela seguradora, como fica a indenização acidentária, quando o empregador não contratou o seguro a que estava obrigado por lei ou por negociação coletiva? Entendemos que, nessa hipótese, o empregador deverá suportar a indenização integral, mas sem o acúmulo do valor que o seguro pagaria se tivesse sido contratado, para não propiciar a reparação do prejuízo acima do limite do *restitutio in integrum*. Também por esse raciocínio é imperioso concluir que caberá a dedução do valor pago pela seguradora para aquele que foi cuidadoso e contratou o seguro, sob pena de dar o mesmo tratamento para situações fáticas distintas.

Por outro lado, não cabe a dedução referida quando o seguro for custeado pela vítima, mesmo que haja a interveniência operacional do empregador como estipulante, para facilitar a contratação. Entretanto, se o custeio for compartilhado, entendemos justo e razoável que a dedução ocorra proporcionalmente à parcela do prêmio que foi suportada pelo empregador.

É verdade que não cabe a dedução dos valores pagos pela Previdência Social referentes aos benefícios concedidos pela lei acidentária. Mas aqui, diferentemente, estamos tratando do abatimento das indenizações provenientes do seguro privado e facultativo, contratado e custeado pelo empregador, para cobrir os riscos a que estão expostos os seus empregados.

Na jurisprudência atual, o entendimento majoritário aponta no sentido do cabimento da dedução da parcela recebida do seguro privado, conforme se verifica nos julgados abaixo transcritos:

[...] Recurso de revista do reclamante. Acidente de trabalho. Indenização recebida a título de contrato de seguro de vida/acidente. Indenização decorrente de dolo ou

culpa do empregador. Dedução. Possibilidade. As indenizações a título de seguro de vida/acidentes pessoais e as decorrentes de dolo ou culpa do empregador, em razão de acidente de trabalho, na hipótese de o empregador arcar exclusivamente com o pagamento das parcelas do seguro, são deduzíveis. Primeiramente, deve-se diferenciar o seguro de vida/acidentes de trabalho, pago pelo empregador, do seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, previsto como direito de todos os empregados no art. 7º, XXVIII, da CF. Este último consiste atualmente em contribuição do empregador à Previdência Social, paga na forma de percentual sobre a remuneração, conforme o risco da atividade. Já aquele visa à reparação, em certa medida, do acidente ocorrido. A indenização decorrente de dolo ou culpa do empregador em casos de acidentes de trabalho visa, igualmente, à reparação do dano ocorrido, em relação ao empregado; além de outras finalidades na órbita da relação empregador-sociedade, como o caráter punitivo/pedagógico da medida. Não se deve perder de vista que o pagamento da indenização a cargo do empregador não se resume ao âmbito judicial, quando verificado pelo julgador dano moral ou material. O empregador pode cumprir com sua obrigação inclusive extrajudicialmente. Assim, a forma como o empregador paga essa indenização, se diretamente ou compartilhando o risco com uma empresa seguradora, diz respeito ao poder gerencial. O certo é que, *in casu*, houve um acidente de trabalho e o empregador indenizou parcialmente o dano, nos moldes do art. 7º, XXVIII, *in fine*, da CF, não podendo tal fato ser desconsiderado pelo Poder Judiciário. Não consiste a existência de seguro em estímulo à desproteção, pois o pagamento do prêmio ao empregado não impede a Justiça do Trabalho arbitrar o valor do dano conforme a conduta específica do empregador, havendo apenas a dedução. Atente-se ainda para a diferenciação do caso sob análise para aqueles em que se discute a dedução das indenizações decorrentes de dolo ou culpa do empregador, em razão de acidente de trabalho, do benefício pago pela Previdência Social. Nesse caso, a impossibilidade da dedução se dá em virtude da natureza previdenciária do benefício, da existência de contribuições por parte do empregado e da distinta fonte pagadora. Já no presente caso, os institutos possuem a mesma fonte pagadora e a mesma finalidade, além de estar evidenciada a semelhança da natureza jurídica. Dessa forma, a dedução não somente evita o enriquecimento ilícito do reclamante, como se trata de estímulo para que as empresas se cerquem de garantias para proteção do empregado submetido a situação de risco no trabalho. Recurso de revista não conhecido.[...] (TST. 6ª Turma. ARR n. 51-08.2011.5.23.0051, Rel.: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 21 fev. 2014)

[...] Compensação de valores pagos às herdeiras do empregado falecido pelo seguro privado contratado pela empresa. O seguro privado a que se refere a Reclamada, diferentemente do entendimento adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho, ostenta a mesma natureza jurídica da indenização decorrente do acidente de trabalho. Tanto assim que algumas empresas que executam atividades de risco, como é o caso da reclamada, por medida financeiro-preventiva, adquire apólices junto às Seguradoras, justamente para que, nas hipóteses de acidente, sejam abatidos ou minorados os custos decorrentes do risco que a atividade empresarial impõe. Note-se que a compensação dos valores não retira a responsabilidade civil do empregador, apenas cobre as despesas ou parte delas. Nesse contexto, irrelevante se o pagamento da

indenização é oriundo de seu capital ou proveniente de apólice de seguro, contratado com esta finalidade. Com estes fundamentos, dou provimento ao recurso de revista da Reclamada para determinar sejam compensados os valores comprovadamente recebidos pelas herdeiras do empregado falecido. Recurso conhecido e provido. (TST. 6ª Turma. ED-RR - 12300-63.2006.5.18.0161, Rel.: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 26 jun. 2009)

Recurso Especial. Ação de indenização por danos morais. Falecimento do pai dos autores em decorrência de atropelamento. 1. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. 2. Valor da condenação por danos morais. Alegação de julgamento *ultra petita*. Não ocorrência. 3. Compensação entre o valor da indenização e o do seguro obrigatório. Possibilidade. Súmula 246/STJ. 4. Recurso parcialmente provido. 1. Consoante dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejuízo da causa. 2. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrentes do falecimento do pai dos autores, vítima de atropelamento, cujas peculiaridades do caso recomendam o afastamento da alegação de julgamento *ultra petita*, pelo fato de o magistrado ter interpretado que o pedido genérico à reparação por dano moral em 50 (cinquenta) salários mínimos refere-se a cada um dos 2 (dois) filhos individualmente, e não a valor único global, o qual, inclusive, se afigura singelo, se comparado aos parâmetros utilizados por esta Corte em situações análogas. 3. É devida a compensação entre o valor do seguro obrigatório e o montante fixado a título de indenização pelos danos sofridos, sob pena de *bis in idem*, conforme a Súmula 246/STJ. 4. Recurso Especial parcialmente provido.

(STJ. 3ª Turma. REsp 1319526/SP, Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 18 maio 2015)

Fundamentos do acórdão: No que tange à compensação dos valores recebidos pelos reclamantes (docs. fls. 128/135) a título de seguro de vida, devidamente corrigidos, com o montante fixado para a indenização por danos morais e materiais, não cabe qualquer reforma. Trata-se de institutos de mesma natureza, sendo cabível, assim, a compensação, sob pena de caracterizar *bis in idem*, quando mais tendo em linha de conta que o *de cuius* não contribuiu para o pagamento do prêmio, cuja apólice foi integralmente custeada pela reclamada. O abatimento dos valores já pagos a título de seguro aos reclamantes é pacífico na jurisprudência, vide Súmula 246 do STJ. Recurso provido em parte.

(Rio Grande do Sul. TRT 4ª Região. 4ª Turma. RO n. 0000720-31.2012.5.04.0641, Rel.: João Batista De Matos Danda, DJ 26 jun. 2014)

Seguro contratado pela recorrente com empresa privada. Valor recebido pelo obreiro. Abatimento. Seguro contratado pela recorrente com uma empresa privada de seguros não se confunde com o seguro obrigatório de acidente de trabalho referido no art. 7º, XXVIII, da Carta da República. O segundo é um direito dos trabalhadores, na forma do artigo constitucional referido, é pago ao Órgão Previdenciário, em conformidade com o art. 22, II, da Lei n. 8.212/91. É de natureza obrigatória e seu objetivo é assegurar o empregado independentemente de culpa, conforme já referido em tópico

anterior. O primeiro não constitui obrigação do empregador, já que não tem previsão em norma, seja autônoma ou heterônoma. Decorre de diligência voluntária da empresa, com o objetivo de minimizar os gastos na hipótese de acidentes de trabalho com culpa do empregador. Recurso a que se dá provimento para determinar o abatimento do valor pago ao reclamante a título de seguro privado contratado pela recorrente.

(Minas Gerais. TRT 3ª Região. RO n. 207-2006-070.03.00-2, Rel.: Juíza Taisa Maria M. de Lima, DJ 12 out. 2006)

Cabe mencionar que julgados recentes do Colendo TST, em oposição aos fundamentos doutrinários acima expostos, sinalizam o não cabimento da dedução em favor do réu do valor ressarcido pela seguradora, na hipótese de indenização por danos morais, quando ficar caracterizada conduta culposa do empregador.

Os julgados daquela Corte apontam diferenças quanto à natureza jurídica das duas verbas, sob o argumento de que a indenização por danos morais, além da finalidade compensatória, tem funções punitiva e dissuasória, enquanto a cobertura securitária garante a reparação decorrente do risco normal do trabalho, sem as referidas funções. Enfatizam também que o abatimento do valor pago pelo seguro deixaria as empresas sem incentivo para adotar medidas de prevenção de acidentes do trabalho, transferindo às seguradoras os ônus pelo exercício de suas atividades econômicas. Vejam as ementas de alguns desses acórdãos:

Recurso de embargos. Acidente de trabalho. Responsabilidade subjetiva do empregador. Indenização por danos morais. Abatimento dos valores recebidos pela família do de cujus a título de seguro de vida. Natureza jurídica distinta. Impossibilidade. No caso, a indenização por danos morais foi deferida aos embargados em face da constatação da responsabilidade subjetiva do empregador no acidente de trabalho que vitimou o empregado. Ou seja, restou explicitamente reconhecida a culpa da empregadora no evento morte. Necessário, assim, fixar o exato contorno da controvérsia: compensação entre os valores recebidos a título de seguro de vida privado e indenização por danos morais, em situação em que configurada a responsabilidade subjetiva da empregadora no acidente de trabalho. No contexto dos autos, em que foi reconhecida a culpa da empresa no acidente de trabalho, é inadmissível a compensação da indenização por danos morais arbitrada judicialmente, em razão do falecimento do empregado, com o valor recebido pela família do de cujus a título de seguro de vida contratado pela empregadora. Com efeito, diante da responsabilização subjetiva da reclamada pelo acidente de trabalho que vitimou o trabalhador, o valor recebido em face do seguro contratado pela empresa não possui a mesma natureza jurídica da indenização por danos morais, porquanto esta, no caso, além da função compensatória, possui função punitiva e dissuasória; funções essas absolutamente incompatíveis com o contrato de seguro, o que desautoriza a compensação pretendida. Caso se admitisse (na hipótese específica dos autos em que houve culpa da empregadora no evento morte) a possibilidade de compensação entre o seguro de vida privado e a indenização por danos morais, dissuadida estaria a empresa de adotar medidas de prevenção de acidentes de trabalho. Ou seja, permitir essa compensação seria o mesmo que dar um salvo-conduto às empresas, que, ao transferirem o ônus pelo exercício de suas atividades econômicas às seguradoras,

não mais investiriam em segurança e medicina do trabalho, o que prejudicaria o sistema de política nacional de saúde e segurança do trabalho. Assim, em se tratando de indenização por danos morais, repita-se, em hipótese de responsabilidade subjetiva do empregador, a compensação com os valores recebidos a título de seguro de vida não é passível de acolhimento, uma vez que distintas as naturezas jurídicas das obrigações. Resulta inegável, pois, que o seguro de vida privado contratado por empresa, buscando reduzir o impacto do risco de sua atividade empresarial e visando a prevenir abalo financeiro extraordinário em suas contas em decorrência de eventual acidente de trabalho de seus empregados, mediante a aquisição de apólices junto às seguradoras em benefício destes e/ou de seus familiares, não possui a mesma natureza jurídica da indenização por danos morais deferida em face da responsabilidade subjetiva do empregador, pelo que não se faz possível a compensação entre os respectivos valores. Precedente do STJ. Recurso de embargos conhecido e provido.

(TST. SBDI-1. E-RR n. 285-53.2010.5.18.0054, Rel.: Ministro Renato de Lacerda Paiva, DJ 19 dez. 2014)

[...] Acidente de trabalho típico. Resultado óbito. Indenização de danos. Seguro privado. Dedução. Compensação. Impossibilidade. Esta Corte, por meio da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, manifestou posicionamento no sentido de ser inviável a compensação ou o abatimento entre os valores de seguro de vida e indenizações por danos morais, diante da diversidade entre as naturezas jurídicas das verbas em questão. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.

(TST. 5ª Turma. RR n. 141700-10.2011.5.17.0121, Rel.: Ministro Emmanoel Pereira, DJ 18 dez. 2015)

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Acidente de trabalho. Indenização. Quantum arbitrado. Abatimento com os valores pagos a título de seguro de vida. [...] Quanto à pretensão de abatimento do valor da indenização por dano moral com o pagamento do seguro de vida, o TRT consignou, com base no art. 7º, XXVII, da CF, que os referidos institutos possuem natureza jurídica distinta, e as suas finalidades são diferenciadas, pois a indenização por danos morais tem natureza reparatória, decorrente da obrigação de reparar o dano causado, disciplinada pelo código civil, e o seguro de vida tem como objetivo um ressarcimento financeiro, no caso de morte do segurado, dos seus beneficiários ou herdeiros. Dessa forma, concluiu que não havia como acolher a pretensão de abatimento dos valores recebidos a título de seguro de vida com a de indenização por dano moral. Precedentes. Decisão recorrida em sintonia com a jurisprudência desta Corte. [...] Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(TST. 3ª Turma. AIRR n. 1093-75.2012.5.12.0015, Rel.: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DJ 7 ago. 2015)

[...] Indenização por danos morais. Seguro de vida. Compensação dos respectivos valores. É inviável a compensação entre o valor do prêmio do seguro de vida, já pago à beneficiária, e a importância arbitrada a título da indenização por danos morais, visto que decorrentes de obrigações jurídicas distintas. A percepção do seguro não elide, portanto, o direito ao recebimento da indenização por danos morais e não há

falar em *bis in idem*, pois a indenização de que cogita o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal tem por fato gerador a conduta ilícita do empregador, que implica dano ao empregado por dolo ou culpa, e o seguro de vida é pago em razão dos riscos normais do trabalho. Recurso de revista não conhecido.

(TST. 2ª Turma. RR n. 59100-97.2004.5.09.0670, Rel.: Ministro José Roberto Freire Pimenta, *DJ* 24 maio 2013)

Em síntese, se o empregador por força de lei, negociação coletiva ou mesmo por livre iniciativa contrata seguro privado para cobertura dos riscos a que estão expostos os seus empregados, arcando com os custos dessa contratação, é imperioso concluir que, em caso de deferimento de indenização pelo acidente do trabalho, cabe a dedução das parcelas garantidas ou pagas pela seguradora. Também está pacificado o entendimento de que cabe deduzir da indenização o valor que a vítima recebeu do seguro DPVAT: “Súmula 246 do STJ - O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.”

Entretanto, segundo entendimentos recentes do Colendo TST, não cabe o referido abatimento quando se tratar de indenizações por danos morais, nos acidentes do trabalho em que for reconhecida a conduta culposa do empregador.

DEFICIÊNCIA VISUAL E CONCURSO PÚBLICO EM FACE DA SÚMULA N. 377 DO STJ: NECESSIDADE DE REVISÃO

STARE DECISIS NUMBER 377 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: VISUAL IMPAIRMENT AND QUOTAS FOR DISABLED PEOPLE IN PUBLIC SERVICE IN BRAZIL: THE NEED FOR REVISION

Yehuda Waisberg*
Verena Moura Waisberg**

RESUMO

A Súmula n. 377 do STJ estabeleceu o entendimento de que “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.”

Esse entendimento deu origem à promulgação de uma série de leis estaduais estendendo ao portador de visão monocular os benefícios do deficiente físico por cegueira legal.

A nova definição de deficiente visual trazida pela Súmula n. 377 modificou o conceito de cegueira legal, como recomendado pela Organização Mundial da Saúde em 1973. Entre as consequências da Súmula n. 377 estão a perda de eficácia da lei de cotas reservadas a deficientes físicos e a oneração do Estado devido ao aumento do número de pessoas que podem se qualificar aos benefícios fiscais da legislação dirigida a atender deficientes físicos.

Palavras-chave: Súmula n. 377. Visão monocular. Deficiência visual. Cegueira legal.

I INTRODUÇÃO

No presente texto discutiremos a modificação do conceito de deficiente visual decorrente da Súmula n. 377 do STJ.¹ Essa interpretação alterou o conceito médico internacionalmente aceito que define quem é deficiente visual, bem como texto expresso no Decreto n. 3.298/99, que regulamenta a Lei n. 7.853/89 (Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência).

A modificação do conceito de deficiente visual, ao classificar pessoas com visão normal em um dos olhos como deficientes visuais, deu ensejo à promulgação de diversas leis estaduais e criou confusão frente aos direitos reservados ao deficiente físico.

* Médico Oftalmologista; Professor Adjunto aposentado de Oftalmologia da UFMG; Doutor em medicina-oftalmológica pela UFMG.

** Graduada do Curso de Direito da UFMG.

¹ Súmula n. 377 - O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes (2009).

II DEFICIÊNCIA VISUAL DO PONTO DE VISTA MÉDICO E JURÍDICO

Entende-se por cegueira, segundo critérios bem definidos, tanto a perda total da visão quanto a perda parcial. Oftalmologistas evitam utilizar a palavra cegueira frente a pacientes e suas famílias, exceto nos casos de cegueira total. Na maioria das vezes utilizam-se palavras como deficiência visual leve, moderada ou severa.

Em 1973, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou o relatório técnico n. 518 sobre Prevenção da Cegueira², no qual propôs a padronização da definição de deficiência visual e cegueira em âmbito mundial, com o objetivo de facilitar a compilação de dados estatísticos internacionais. Sugeriu que todos os Países adotassem a definição proposta, ressaltando que Países que adotassem outras definições deveriam ajustar suas estatísticas à prática internacional.

Cegueira passou a ser definida como deficiência visual severa em ambos os olhos. O Brasil adotou a definição proposta pela OMS em suas leis dirigidas a facilitar a inserção de deficientes visuais na sociedade, além de oferecer outros benefícios sociais, como isenção de impostos e aposentadorias especiais. O termo cegueira legal é usado para indicar o portador de cegueira em ambos os olhos, segundo a definição adotada e é classificado como deficiente físico ou deficiente visual.

Foi necessário definir os parâmetros para inclusão dos portadores de deficiência visual para fins de obtenção dos benefícios previstos na legislação. Portadores de deficiência visual bilateral severa passaram a ser classificados como deficientes visuais, podendo se habilitar aos benefícios da legislação que abrange dezenas de leis, decretos ou normas correlatas e foi compilada em uma publicação da Câmara dos Deputados.³

A Portaria n. 3.128/2008⁴, em seu art. 1º, define quem pode ser classificado como deficiente visual:

Art. 1º

§ 1º Considera-se pessoa com deficiência visual aquela que apresenta baixa visão ou cegueira.

§ 2º Considera-se baixa visão ou visão subnormal, quando o valor da acuidade visual corrigida no melhor olho é menor do que 0,3 e maior ou igual a 0,05 ou seu campo visual é menor do que 20º no melhor olho, com a melhor correção óptica [...] e considera-se cegueira quando estes valores encontram-se abaixo de 0,05 ou o campo visual menor do que 10º. [...]

Ao definir esses parâmetros para definir cegueira legal, “melhor olho” é entendido como aquele que tem melhor função, melhor visão, considerando-se os

² World Health Organization. *Technical Report Series n. 518. The Prevention of Blindness*. Geneva, 1973.

³ Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 5. ed., 2009.

⁴ Portaria n. 3.128, de 24 de dezembro de 2008.

dois olhos de cada pessoa. Se determinada pessoa perdeu um dos olhos, o olho remanescente é "seu melhor olho"; se perdeu total ou parcialmente a visão de um dos olhos, o olho que se mantém com boa visão é "seu melhor olho"; se os dois olhos apresentam baixa visão, aquele que apresenta visão menos prejudicada é "seu melhor olho".

Utiliza-se o termo cegueira legal para as pessoas portadoras de deficiência visual severa nos termos do § 2º do art. 1º da Portaria n. 3.128/2008: considera-se cegueira quando o valor da acuidade visual corrigida no melhor olho encontra-se abaixo de 0,05 ou o campo visual menor do que 10º. Esse conceito é utilizado em estatísticas oficiais sobre registro de pessoas cegas e também em trabalhos científicos na literatura oftalmológica.

Segundo a definição adotada internacionalmente, apenas pessoas portadoras de cegueira nos dois olhos são consideradas deficientes visuais. A cegueira em apenas um olho, a chamada visão monocular, não se enquadra no conceito internacionalmente aceito de cegueira. Portadores de visão monocular se sentiriam indignados ou vítimas de agressão moral se "classificados" como portadores de deficiência por cegueira legal.

Pessoas que apresentam deficiência visual leve a moderada em ambos os olhos, ou seja, em seu melhor olho, mas que não atingem o nível de perda de visão definido como cegueira, são classificadas como portadores de visão subnormal: considera-se visão subnormal, quando a acuidade visual corrigida no melhor olho é menor do que 0,3 e maior ou igual a 0,05 ou seu campo visual é menor do que 20º no melhor olho, com a melhor correção óptica.

III BENEFÍCIOS AO DEFICIENTE VISUAL SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Considera-se portadora de deficiência a pessoa que apresenta, em caráter permanente, perda ou anormalidade de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividades dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Segundo o inciso III do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99, cujas disposições são igualmente reproduzidas na letra c do inciso I do parágrafo primeiro do artigo 5º do Decreto n. 5.296/04, conceitua-se como deficiência visual:

- Cegueira - definida como acuidade visual igual ou menor do que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção ótica;
- Baixa visão - definida como acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica (incluídas a partir do Decreto 5.296/04)
- Os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor do que 60º.

Para promover melhor inserção social do deficiente físico, foram promulgadas leis que estabelecem cotas reservadas a deficientes físicos em concursos públicos e na iniciativa privada.

A Lei n. 3.298/99 reserva cota de vagas para deficientes físicos em concursos públicos:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

A Lei n. 8.213/1991, no seu artigo 93, determina a obrigatoriedade de contratação de deficientes físicos por empresas com mais de 100 empregados, nos seguintes parâmetros:

Art. 93 - A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção:

- | | |
|----------------------------------|----|
| - até 200 funcionários | 2% |
| - de 201 a 500 funcionários | 3% |
| - de 501 a 1000 funcionários | 4% |
| - de 1001 em diante funcionários | 5% |

Para melhor clareza da norma regulamentar, sob pena de o trabalhador não ser computado para fim de cota, o Ministério do Trabalho esclarece: pessoas com visão monocular, surdez em um ouvido, com deficiência mental leve, ou deficiência física que não implique impossibilidade de execução normal das atividades do corpo não são consideradas hábeis para obtenção dos benefícios da Lei de Cotas.⁵

IV COMENTÁRIOS À SUMULA N. 377 DO STJ

A Súmula n. 377 do STJ possui a seguinte redação: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.”

A Súmula fundamentou-se em alguns precedentes, cujo texto, com relatórios e votos, pode ser acessado na *internet*. Posteriormente, a AGU editou a Súmula n. 45:

Os benefícios inerentes à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência devem ser estendidos ao portador de visão monocular, que possui direito de concorrer, em concurso público, à vaga reservada aos deficientes.

São dois os argumentos que fundamentam os precedentes que deram origem à Súmula n. 377 do STJ:

⁵ Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/lei_cotas_2.asp>. Acesso em: 30 abril 2015.

Argumento n. 1: a condição de visão monocular impede a comparação dos dois olhos, não sendo possível determinar o melhor olho como está definido na legislação:

Mandado de Segurança n. 20.190-DF: “[...] melhor olho [...] figurando bem lucidamente que os parâmetros do referido Diploma Legal devem ser usados em pessoas que têm visão em dois olhos, o que não é o caso dos Recorrentes [...]” “os recorrentes, por serem cegos em um dos olhos, não possuem um melhor olho”; “Entendo que a visão monocular é motivo suficiente para o enquadramento do recorrente como deficiente, para efeito de reserva de vaga.”

Mandado de Segurança n. 13.311-DF: “o candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’.”

Argumento n. 2: A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho:

RMS n. 19.257-DF: “A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício de reserva de vagas tem o objetivo de compensar.” Mandado de Segurança n. 26.105-PE - essa frase passou a ser reproduzida em diversos mandados de segurança que serviram de base à Súmula n. 377.

O argumento n. 1 não se sustenta já que o portador de visão monocular possui um melhor olho: o seu olho único, aquele que possui boa visão, ainda que tenha perdido o outro olho por acidente ou doença. Trata-se de um erro semântico na interpretação do significado do adjetivo melhor, que aparece na definição de cegueira legal. Já o argumento n. 2 deve ser tratado de forma individualizada e não por regra geral como definido na Súmula n. 377 do STJ. Em tese, é possível que algumas pessoas com visão monocular possam ser enquadrados como deficientes físicos por uma combinação de fatores individuais, como descrito nesse argumento.

V EFEITOS SUBSEQUENTES

As Súmulas n. 377 do STJ e n. 45/AGU deram origem à promulgação de leis estaduais para adequação à nova interpretação. A Lei n. 14.481/11 do Estado de São Paulo, assim como a Lei n. 9.697/2013 do Estado do Rio Grande do Norte, determinam em seu artigo 1º: “Fica classificada como deficiência visual a visão monocular.” A Lei n. 21.458/2014 do Estado de Minas Gerais, em seu art. 1º: “O indivíduo afetado pela visão monocular que se enquadre no conceito definido no art. 1º da Lei n. 13.465/2000 fará jus aos direitos e benefícios previstos na Constituição do Estado e na legislação estadual para pessoa com deficiência.”

Não obstante a Súmula n. 377 do STJ diga respeito à matéria relacionada a concurso público, diversas leis estaduais, que variam entre os Estados, oferecem isenção de IPI, ICMS ou IPVA para deficientes físicos incluindo deficientes visuais. A isenção de IPVA, até recentemente, era concedida, em todos os Estados, apenas

para deficientes físicos condutores de automóveis adaptados.⁶ Recentemente, alguns Estados estenderam esse direito ao deficiente visual, conforme se observa do artigo 4º da Lei n. 13.199/14, do Estado da Bahia: “Art. 4º - São isentos do pagamento do imposto: [...] VII - os veículos de propriedade de pessoas portadoras de deficiência física, visual.”

Da mesma forma, o Ministério do Trabalho e Emprego, através de sua Consultoria Jurídica, emitiu o PARECER/Conjur/MTE/n. 444/2011⁷ com a seguinte Ementa:

Direito Constitucional e do Trabalho. Consulta oriunda da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT. Visão monocular. Deficiência para fins do preenchimento da cota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213, de 1991. Súmula STJ n. 377 e Súmula AGU n. 45.

Há que se registrar opiniões divergentes. O Presidente da República vetou, através de mensagem de Veto 570, de 31 de julho de 2008, o Projeto de Lei n. 20, de 2008 (Projeto de Lei n. 7.460/06 na Câmara dos Deputados), que “[...] acrescenta dispositivo à Lei n. 9.853/89, que dispõe sobre pessoas portadoras de deficiência, para caracterizar visão monocular como deficiência visual.”⁸ Também a governadora do Estado do Rio Grande do Norte vetou o projeto da Assembleia Legislativa que propunha considerar a pessoa com visão monocular como deficiente, por considerar o projeto inconstitucional.⁹ Da mesma forma, o Conselho Brasileiro de Oftalmologia em comunicado publicado, em 28/3/2014, apresenta o posicionamento de que “[...] a pessoa com visão monocular não pode ser considerada Deficiente Visual.” No mesmo sentido se manifestou FREITAS em “Visão monocular não é deficiência.” Acrescenta-se a posição da Organização Mundial da Saúde, já citada.

Foi criada a Associação Brasileira dos Deficientes com Visão Monocular - ABDVM, para defesa de seus interesses.¹⁰ Na página da *internet* dessa associação estão listadas dezenas de leis, decretos e resoluções que confirmam direitos na categoria de deficientes físicos, dos portadores de visão monocular. São apresentados também modelos de Mandados de Segurança e modelos de Recursos Especiais para os interessados.

Segundo a ABDVM, 1% a 2% da população do Brasil enquadram-se no conceito de deficiente físico, por apresentarem visão monocular.

Do ponto de vista econômico, o efeito da Súmula n. 377 do STJ é liberalista. Isso porque a criação da Lei de Cotas baseia-se em uma política pública que visa a garantir empregos àqueles que possivelmente teriam mais dificuldades em conseguir na livre concorrência. Contudo, ao modificar o conceito de deficiência visual, ampliando-o, a referida súmula amplia também o escopo dessa Lei; ou seja, são

⁶ Disponível em: <<http://www.vejam.com.br/ipva>>. Elzon de Oliveira.

⁷ Ministério do Trabalho e Emprego. Processo n. 46014.000790/2011-36. Parecer/Conjur/MTE/ n. 444/2011. Em sua conclusão: “Ante os argumentos expostos, entende-se, com base na Súmula STJ n. 377 e na Súmula AGU n. 45, além dos demais julgados proferidos pelos Tribunais pátrios, que os portadores de visão monocular devem ser considerados deficientes para fins de preenchimento da cota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213, de 1991, independentemente da existência de lei estadual nesse sentido.”

⁸ FREITAS, Luis Cláudio da Silva Rodrigues. Visão monocular não é deficiência (Opinião de pareceristas). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010>>.

⁹ Disponível em: <<http://www.ibdd.org.br/noticias/noticias-informe-93%20veto%20no%20RGN.asp>>.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.visaomonocular.org/index.asp>>. Acesso em: 1º maio 2015.

reservadas vagas àqueles que, agora também enquadrados como deficientes visuais, inicialmente não precisariam dessas cotas. Em última análise, reduz-se o efeito da criação das cotas. Ademais, um vez que novos cidadãos se enquadram no conceito legal de deficiente físico, aumenta-se a demanda por isenções fiscais concedidas por leis subsequentes ao novo entendimento de deficiente visual. Dessa forma, a Súmula n. 377 onera o Estado por meio de isenções fiscais, em princípio, indevidas.

O ser humano adapta-se bem à perda da visão de um dos olhos. A visão de profundidade, apesar de prejudicada à pequena distância, é adequada para a maioria das atividades da vida diária, inclusive direção de veículos automotores. A legislação permite que indivíduos com visão monocular obtenham carteira nacional de habilitação categorias A e B. A visão normal em um olho é adequada para locomoção, leitura, estudo, prática de esportes, competição em ambiente de trabalho. De uma maneira geral, a visão monocular não cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, contrariamente ao julgado em vários precedentes que serviram de base à Súmula n. 377 do STJ. A perda da capacidade laboral não está presente nos casos da pessoa monocular para a maioria das profissões.

O sentido da palavra deficiência visual é amplo e inespecífico. O conceito abrange qualquer pessoa que apresenta, em caráter permanente, perda ou anormalidade de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividades dentro do padrão considerado normal para o ser humano.¹¹ Inclui pessoas com cegueira ou visão subnormal, mas também indivíduos com visão monocular (CID H54.4), deficiência de visão cromática, diplopia e outras condições. Qualquer condição médica que cause deficiência visual leve ou moderada pode causar dificuldades e mesmo transtornos psicológicos para muitas pessoas acometidas. Apesar disso, apenas os portadores de deficiência visual severa nos dois olhos podem ser enquadrados na definição de cegueira legal ou deficiente visual e usufruir de benefícios sociais previstos para deficientes físicos.

Pessoas com o mesmo grau de deficiência visual podem apresentar graus diversos de interferência na sua capacidade para o desempenho de atividades e no acesso ao trabalho. Em que pese a Lei estabelecer parâmetros rígidos para definição de deficiente visual, o Judiciário pode ser chamado a se manifestar em casos específicos e pode decidir que esta ou aquela pessoa se qualifica aos benefícios da legislação para deficientes, inclusive no que se refere a quotas em concursos públicos ou em empresas privadas. Precedentes desse tipo não podem e não devem ser unificados genericamente por orientação sumular.

A leitura de precedentes julgados pelos Tribunais pátrios, resumidos no Parecer n. 444/2011 do MTE, mostra que parte das considerações que serviram de base aos julgamentos que consideraram, nos casos específicos, a condição de portador de visão monocular como portador de deficiência física, para utilização de cotas reservadas à deficiência, teve caráter semântico, mais do que médico ou jurídico. Nesse sentido, apesar de melhor ser definido como “[...] que, por sua qualidade, caráter, valor, importância, é superior ao que lhe é comparado” (Houaiss¹²), precedentes julgados consideraram que a expressão “melhor olho [...]”

¹¹Cf. inciso I do art.1º da Convenção n. 159 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto n. 129, de 22/5/1991.

¹²*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss, Editora Objetiva, 2001.

que consta das definições internacionalmente adotadas de deficiente visual e na legislação brasileira não se aplica a portadores de cegueira em um dos olhos, porque “[...] não possuem um melhor olho, mas sim um único olho em condições deficientes de visão [...]”, conforme julgamento do RS n. 19.291-PA.

A Súmula n. 377 do STJ fundamentada em precedentes de casos de visão monocular levados ao STJ e julgados favoravelmente ao direito dos candidatos de se utilizarem de vagas reservadas a deficientes visuais, na realidade, desencadeou uma modificação da definição de cegueira legal, recomendada pela OMS, o que, aparentemente, não era intenção do STJ. Caso mantida modificação na definição de deficiente físico em decorrência de deficiência visual, incluindo-se portadores de visão monocular como deficientes visuais, o Brasil deve passar a corrigir suas estatísticas relacionadas a deficientes visuais, para fins de comparação com outras estatísticas mundiais, conforme recomendado pela OMS.

VI CONCLUSÃO

A Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça teve por consequência modificar o conceito médico e jurídico de deficiente visual e incluir os portadores de visão monocular como deficientes visuais, o que irá dificultar o acesso de outros deficientes físicos aos benefícios da Lei de Cotas. Nesse caso, o objeto da referida lei poderia ficar comprometido.

Ao mesmo tempo, abriu espaço para uma infinidade de demandas judiciais relacionadas à nova definição de deficiente visual, abrindo precedentes para que se utilize da referida Súmula oportunisticamente, a fim de se obter outros benefícios oferecidos pelo Estado a portadores de deficiência, como isenção de impostos e aposentadorias especiais.

Trouxe ainda confusão frente a estatísticas brasileiras relativas a deficientes visuais, pois o Brasil passou a definir cegueira legal de forma distinta da recomendada pela OMS e adotada em artigos científicos na oftalmologia e em estatísticas públicas de outros países.

ABSTRACT

Stare Decisis number 377 of the Brazilian Superior Court of Justice established that “anyone that has monocular vision has the right to qualify to the quotas for visual disabled people in public service.”

This interpretation of legal blindness promoted the promulgation of several laws in some States of Brazil, extending the benefits of legal blindness to monocular vision people.

The new definition of visual disabled people brought by Stare Decisis number 377 changed the established concept of visual blindness, as recommended by World Health Organization in 1973. Among its consequences are the ineffectiveness of the law of quotas for disabled people and a burden on public spending due to the increase of the number of people that may qualify for the tax benefits of the laws intended to disabled people.

Keywords: *Stare Decisis 377. Brazilian Superior Court of Justice. Monocular vision. Visual impairment. Legal blindness.*

DESAFIOS NA ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO NO SETOR PÚBLICO

Francisca Eulália Camurça Citó*
Meire Divina Pereira Oliveira**

RESUMO

Este texto destaca a importância da renovação na estrutura organizacional do Poder Judiciário a qual vem sendo efetivada desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentando desafios enfrentados pela Justiça decorrentes do excesso de demanda provocado pelo despertar de uma nação recém-liberta de um sistema autoritarista que culminou na maior mazela da Justiça que é a morosidade. Será explicada a principal ferramenta utilizada para a implantação de um novo processo administrativo fundamentado em estratégias - o planejamento estratégico - que procura esclarecer o aspecto primordial do relacionamento entre o que é estabelecido e o que é praticado na efetivação da gestão, baseada em resultados. Posteriormente serão apresentadas as dificuldades vivenciadas em decorrência da grande rotatividade dos novos servidores; sendo, por fim, explanadas opiniões de como deve ser tratada a questão da lotação dos novos servidores na 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba/MG. Em termos de percurso metodológico, pode-se caracterizar esta investigação como um estudo de caso e a natureza do estudo como um paradigma qualitativo.

Palavras-chave: Gestão pública. Estratégia. Planejamento Estratégico. Agente.

INTRODUÇÃO

Cada vez mais cresce o grau de exigência do cidadão quanto à qualidade do serviço recebido, inclusive, dos Órgãos Públicos. Consequentemente, fez crescer o interesse pela melhora no atendimento objetivando atender essa expectativa. Para isso faz-se necessária uma administração voltada para a qualidade embasada em estratégias, com uma estrutura de funcionamento flexível e uma política descentralizada capaz de gerar informações e assegurar o processo de decisões.

Diante de tal realidade desafiadora, uma das ações do Judiciário foi adequar sua estrutura organizacional com a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - que institucionalizou a gestão da qualidade por meio de controle e transparência administrativa dos seus órgãos vinculados. Buscou adequar sua estrutura e seus

* Especializanda em Gestão Pública Judicial (UFOP/Escola Judicial do TRT3) 2015/2016; Graduada em Administração de Empresas; Técnica Judiciária do TRT da 3ª Região lotada na 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba.

** Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho (Pitágoras-2010); Especializanda em Gestão Pública Judicial (UFOP/Escola Judicial do TRT3) - UFOP 2015/2016; Graduada em Direito; Analista Judiciária do TRT da 3ª Região; Secretária da 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba.

processos internos com o objetivo de lograr melhores resultados, levando em conta o cumprimento de sua missão institucional, aderindo à metodologia de administração estratégica para alcançar maiores índices de transparência e eficiência.

A ferramenta utilizada no Judiciário foi o Planejamento Estratégico - PE - dentro da perspectiva estrutural Linha-Staff, com hierarquia e responsabilidades bem definidas para superar as ameaças e aproveitar as oportunidades encontradas no ambiente, bem como melhor utilizar os pontos fortes e minimizar os pontos fracos existentes dentro das instituições.

Logo, para uma maior efetividade dos serviços prestados e credibilidade por parte dos jurisdicionados é de suma importância se ter clara definição dos objetivos e um traçado antecipado dos possíveis caminhos a serem percorridos para atingi-los.

Vê-se, então, a importância da utilização do Planejamento Estratégico atrelada à administração estratégica, pois como tratar de planejamento estratégico sem ser por meio de um processo estratégico?

Como se pode ver, são muitos os desafios enfrentados pelo Judiciário, especificamente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - TRT3, para a implementação do PE.

Com isso, cabe-nos, como propósito para este trabalho, identificar o problema objeto deste estudo que está relacionado aos agentes de execução do planejamento estratégico na unidade da 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba (1ª VT Itba) do TRT3, uma vez que há grande incidência de perda de serventários em casos de mudanças para outras localidades, perdendo o liame entre os servidores já treinados e a efetivação do PE, apresentando adiante sugestões para superar os malefícios advindos das modificações anteriormente citadas.

Em termos de percurso metodológico, pode-se caracterizar esta investigação como um estudo de caso e a natureza do estudo como um paradigma qualitativo, uma vez que se pretende analisar de forma pontual os impactos gerados na gestão da jornada processual em decorrência da alta rotatividade dos novos servidores lotados na 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba, vindo a confirmar o comprometimento no alcance dos objetivos traçados pelo Planejamento Estratégico do TRT3.

PODER JUDICIÁRIO E DESAFIOS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 pelo Sr. Ulysses Silveira Guimarães, Presidente da Câmara e da Assembleia Nacional Constituinte que a intitulou de Constituição Cidadã¹, ao povo foi atribuído o novo papel de fiscal do Poder Judiciário, instigado pelo contemporâneo significado atribuído à cidadania. Pode-se dizer que uma das consequências naturais desses fenômenos foi uma demasiada busca pelo Judiciário.

Observa-se pela estrutura da Nova Carta o quanto foram valorados os direitos e as garantias individuais. Atribuiu-se posição de destaque no Título II da Constituição, além da ampliação dos instrumentos jurídicos para a efetivação destes.

¹ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/encarteconstituicao.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

Seguindo essas mudanças inovadoras, foi consagrado o Poder Judiciário como função principal juntamente aos demais poderes da República, como afirma Maria Tereza Sadek:

[...] redefiniu profundamente o papel do Judiciário no que diz respeito à sua identidade na organização tripartite de poderes e, conseqüentemente, ampliou o seu papel político. Sua margem de atuação foi ainda alargada com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, em uma medida que não guarda proporção com os textos legais anteriores.

Assistiu-se, pois, a dois movimentos simultâneos: de um lado a politização do Judiciário e, de outro, a judicialização da política.²

Por conseguinte, é esperado um austero posicionamento do Poder Judiciário pela garantia da defesa dos direitos do homem, bem como uma postura ética a fim de salvaguardar o exercício da democracia. Nesse sentido, o Poder Judiciário está imbricado, pois, como instituição pública, sua missão constitucional torna evidente seu importante papel na ossatura do Estado, no que diz respeito à manutenção do Estado de Direito Democrático.³

Dentro do atual cenário jurídico somado à transformação da sociedade e à falta de conhecimento na gestão administrativa, o que sobressai é algo danoso - o grande obstáculo à celeridade processual - a morosidade. Esta traz efeito negativo para a percepção da qualidade e é problema de interesse público de fundamental importância.⁴

Nas palavras de Carlos H. B. Haddad e Luís A. Capanema Pedrosa são vários os fatores que podem explicar o contínuo aumento da demanda judicial:

O crescimento da população tem sido incessante nos últimos anos e, com isso, também cresce o número de pessoas dispostas a litigar. Em segundo lugar, a partir da Constituição Federal de 1988, novos direitos foram articulados e o respeito a eles em boa parte dos casos somente é possível por meio do Judiciário. O terceiro elemento foi o substancial aumento do número de advogados, em razão do correlato incremento do número de faculdades de Direito espalhadas pelo país. O maior número de advogados disponíveis significa maior acesso à Justiça, especialmente por parcela da população que, anteriormente, não conseguia obter tais serviços profissionais.⁵

Mesmo com tantos motivos negativos que levam ao descompasso na prestação jurisdicional, foram necessários dez anos de vigência da CF/88 para

² SADEK, Maria Tereza *apud* Andréa Rezende Russo. *Uma moderna gestão de pessoas no Poder Judiciário*. Coleção Administração Judiciária; v. 8; Porto Alegre - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009. p. 23.

³ GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *A crise da gestão do poder judiciário: o problema, as conseqüências e os possíveis caminhos para a solução*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/artigos/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁴ HADDAD, Carlos H. B.; PEDROSA, Luís A. Capanema. *Administração judicial aplicada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 19.

⁵ HADDAD, Carlos H. B.; PEDROSA, Luís A. Capanema. *Administração judicial aplicada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2014. p. 19.

que o Legislativo inovasse o texto constitucional na busca de uma maior efetividade na prestação do serviço público. Por meio da Emenda Constitucional (EC) n. 19⁶, de 1998, deixou clara a necessidade de gestão no setor público ao ampliar os princípios que regem a administração pública com o incremento da eficiência.

Para o Judiciário se adequar aos anseios da sociedade, precisou de mais um tempo. Reconhecer sua deficiência no tocante à morosidade e sua ineficiência quanto à gestão não passam de obrigação mínima. Infelizmente as mudanças vêm a passos lentos, pois, desde 2004, o ministro Nelson Jobim, em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, já conferiu a extensão do problema e os contornos do modelo do Judiciário desejado pela sociedade brasileira:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse poder da república. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados.

Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à Nação e não a seus membros. A Nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências:

- acessibilidade a todos;
- previsibilidade de suas decisões;
- e decisões em tempo social e economicamente tolerável.

Essa é a necessidade. Temos que atender a essas exigências. O Poder Judiciário não é fim em si mesmo. Não é espaço para biografias individuais. Não é uma academia para afirmações de teses abstratas. É, isto sim, um instrumento da Nação. Tem papel a cumprir no desenvolvimento do País. Tem que ser parceiro dos demais Poderes. Tem que prestar contas à Nação. É tempo de transparência e de cobranças. Quem não faz o seu papel na história não é nem bom, nem mau. Pior, é inútil.⁷

Conforme Andréa Russo, é

Importante destacar, no entanto, que antes mesmo destas alterações e incursões na esfera constitucional, já cientes da necessidade do investimento na gestão administrativa, algumas iniciativas foram tomadas. Porém, foi a partir das reformas constitucionais que as ações e projetos ampliaram-se e ganharam maior visibilidade, no sentido maior, de investimento na melhoria da gestão pública.⁸

⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁷ JOBIM, Nelson. *Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 3. jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62841&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁸ RUSSO, Andréa Rezende. *Uma moderna gestão de pessoas no poder judiciário*. Coleção Administração Judiciária; v. 8; Porto Alegre - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009. p. 26.

Ratificando a necessidade de uma boa gestão administrativa no Poder Judiciário, a EC n. 45⁹, de 8/12/2004, instituiu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), prevendo sua instalação no prazo de 180 dias, o que veio a ser efetivado em 14 de junho de 2005. Apresentamos o CNJ¹⁰: é uma instituição pública que visa a aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Tem como missão e visão, respectivamente: contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade, e ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário. Tem entre suas principais competências (na gestão estratégica) a definição do planejamento estratégico, dos planos de metas e dos programas de avaliação institucional do Poder Judiciário e, na eficiência dos serviços judiciais, dispõe sobre melhores práticas e celeridade, elabora e publica semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.

Visando a atingir as metas estabelecidas no Planejamento Estratégico, o Conselho já editou a Resolução n. 198¹¹ que dispõe sobre o planejamento estratégico e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário, prevendo que os órgãos do Judiciário devam alinhar seus respectivos planos estratégicos à Estratégia Judiciária 2020 (Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020, instituída pelo CNJ através da Resolução n. 198, de 1º/7/2014), com abrangência mínima de 6 anos. A mesma resolução chama o Poder Judiciário à responsabilidade administrativo-financeira quando determina, em seu § 4º do art. 4º, que as propostas orçamentárias dos tribunais devem ser alinhadas aos seus respectivos planos estratégicos, de forma a garantir os recursos necessários à sua execução, e inova garantindo a contribuição da sociedade e a efetiva participação de serventuários e magistrados (art. 6º).

Afirma Carlos Haddad “[...] que a criação do CNJ alterou o panorama do sistema judiciário e o estabelecimento de metas representou avanço institucional significativo.”¹²

Pelo olhar dos que se dedicam à análise dos problemas da Justiça, é evidente que a crise instalada no Poder Judiciário é consequência da falta de agilidade e possui um viés gerencial causando o desprestígio social do Poder. Nessa perspectiva, a atividade desenvolvida nas Varas por serventuários e magistrados, na administração da secretaria, ganha destaque e se sobressai à própria sentença, passando esta a ser apenas um capítulo do dia a dia jurisdicional.

⁹ BRASIL. *Constituição (1988). Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹⁰ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹¹ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 198, de 1º de julho de 2014*. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_198_2014_copiar.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. As causas da morosidade processual. *Revista de Processo*. Ano 39. vol. 229. março/2014, p. 467.

CAMINHO DE MUDANÇAS

1. Tomada de consciência - Preparando a equipe

Revelado o problema e algumas de suas consequências, torna-se necessário buscar solução para a lentidão da Justiça. Logo, é de fundamental importância se ter uma clara definição dos objetivos e um traçado antecipado dos possíveis caminhos a serem percorridos para atingi-la.

Vale lembrar que o caminho alternativo escolhido pelo Judiciário foi o Planejamento Estratégico - PE, com aplicação de medidas positivas que serão tomadas para o enfrentamento das ameaças e para o aproveitamento das oportunidades encontradas no ambiente, bem como para melhor utilizar os pontos fortes e para minimizar os pontos fracos existentes dentro da instituição. Com isso faz-se útil uma verdadeira ruptura de paradigmas.

Contudo, há um conjunto de dificuldades que desafiam a administração pública como um todo e essas apresentam características tanto de ordem política quanto de ordem técnico-operacional.

Assim, é preciso ter consciência de que, para promover mudanças numa organização prestadora de serviço, é fundamental trabalhar as pessoas que desenvolverão essa atividade, a começar pelos gestores, promovendo o desenvolvimento de conhecimentos, habilidades e atitudes, a fim de conduzirem suas equipes na busca incessante da melhoria do clima organizacional, da saúde e da qualidade de vida de todos.

Dentro dessa lógica, comunga-se do pensamento de Carlos Haddad, o qual apresenta um fator crucial para minimizar a mazela da jornada jurisdicional: “[...] um dos mais críticos elementos de sucesso na redução da morosidade dos processos é o efetivo exercício da liderança, que pode sustentar com êxito a implementação de medidas com este fim.”¹³

A liderança é necessária em todos os tipos de organizações, especialmente nas prestadoras de serviço e, ainda, é o diferencial competitivo, pois faz a diferença quando promove a excelência dos colaboradores, o que gera a satisfação dos clientes e sólidos resultados.

Por conseguinte, torna-se fundamental que as organizações invistam na melhoria da formação profissional dos seus líderes e estabeleçam muito claramente o papel que estes devem desempenhar nas organizações.

São apresentados alguns conceitos de liderança:

É a habilidade de influenciar pessoas para trabalharem entusiasmadamente visando a atingir os objetivos identificados como sendo para o bem comum.¹⁴

É uma característica desejada em todos os níveis gerenciais de uma organização, sendo fundamental para a obtenção de melhores resultados dos seus recursos humanos. Apesar de sua importância, muitas empresas e profissionais têm dificuldade

¹³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. As causas da morosidade processual. *Revista de Processo*. Ano 39. vol. 229. março/2014, p. 462.

¹⁴ HUNTER, James C. *apud* ARÔXA, Deborah. *BSC em BPM: desmistificando conceitos para concretizar sonhos*. Aracaju: Deborah Virginia Macêdo Arôxa, 2012. p. 62.

de discernir as habilidades e competências a serem desenvolvidas para fomentar líderes.¹⁵

É a influência interpessoal exercida numa situação e dirigida através do processo da comunicação humana à consecução de um ou de diversos objetivos específicos.¹⁶

As transformações dos agentes fornecedores de serviços públicos requerem inovadores modelos públicos de gestão, bem como efetivos procedimentos, instrumentos e formas de ação. Deborah Arôxa diz que:

Uma mudança ou transformação pressupõe uma alteração de um estado, modelo ou situação anterior, para um estado, modelo ou situação futuro, por razões inesperadas e incontroláveis, ou por razões planejadas e premeditadas. Mudar envolve, necessariamente, capacidade de compreensão e adoção de práticas que concretizam a vontade de transformação.

Perceber a dinâmica das mudanças é uma realidade a qual todos que vivem no mundo corporativo, [...], já estão acostumados. Viver atualizado é uma questão de sobrevivência e uma maneira de visualizar melhor o futuro, já que os novos tempos exigem uma nova postura de pensamento e atitude. A mudança e o aprendizado são novos companheiros contínuos nas vidas das pessoas.¹⁷

A constante busca por uma gestão pública responsável requer das instituições adequações do seu modo de agir a um contexto globalizado, cada vez mais questionador e exigente. Para adequar-se é fundamental ter flexibilidade, promovendo mudanças que representem transformações não só quantitativas, mas também qualitativas, tornando indispensável a existência de planejamento estratégico.

2. Plano estratégico

No cenário globalizado e de profundas mudanças que vivemos atualmente faz-se necessário que as organizações públicas cumpram o seu papel fundamental que é o de aumentar o bem-estar econômico e social de uma população. Para isso o gestor público tem que fazer uso do planejamento estratégico que valoriza o processo, sendo um instrumento de mobilização. Nesse assunto, explica Janilson Santos que “[...] um governo que elabore objetivos em conjunto com a sociedade (planejamento com ênfase nas necessidades dos atores sociais) faz uma política de melhor qualidade.”¹⁸

¹⁵ GOMES, Ana Paula. *Planejamento e gestão para concursos*. Um enfoque no orçamento governamental. Fortaleza. Editora: DIN.CE. 2007. p. 23.

¹⁶ TANNENBAUM, Robert. *et al. Liderança e organização*. Uma abordagem à ciência do comportamento; tradução de Auriphebo B. Simões. Editora Atlas S/A. 1. ed. 1970. p. 42.

¹⁷ ARÔXA, Deborah. *BSC em BPM: desmistificando conceitos para concretizar sonhos*. Aracaju: Deborah Virginia Macêdo Arôxa, 2012. p. 82.

¹⁸ SANTOS, Janilson. *Administração geral & arquivologia*. Teoria e exercícios. Fortaleza. DIM-CE Edições Técnicas. 2011. p. 17.

Esse movimento vem ocorrendo no TRT 3ª Região¹⁹ que, percebendo a necessidade da sociedade por um aparelho administrativo público mais eficaz e buscando sempre a melhoria contínua da prestação jurisdicional, tem implementado práticas de gestão modernas e cientificamente reconhecidas.

Exemplificando essa nova visão administrativa, temos a elaboração do Plano Estratégico 2015-2020, para o qual todas as unidades do Tribunal contribuíram durante sua construção. O novo Plano Estratégico 2015-2020 traz em seu âmago o impulso para uma transformação profunda, por meio de elaboradas estruturas de projetos, boa definição de objetivos estratégicos e indicadores de desempenho mensuráveis, realistas e atingíveis.



Figura 01: Mapa Estratégico do TRT de MG 2015-2020
Fonte: Plano Estratégico do TRT-MG 2015-2020, p. 14.

Para que todo planejamento consiga alcançar seus resultados pretendidos, não se pode esquecer de um instrumento fundamental que é o agente executor. Usam-se as palavras de Amartya Sen, para definir esse agente como “[...] alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo.”²⁰

¹⁹ BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Disponível em: <<http://trt3.jus.br/gestaoestrategica/planejamento/institucional.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

²⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*; tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 34.

Diante do estabelecido tanto pelo CNJ quanto pelo TRT 3ª Região nos planos estratégicos, segue a apresentação de forma pontual dos impactos gerados na gestão da jornada processual em decorrência da alta rotatividade dos novos servidores lotados na 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba, vindo a confirmar o comprometimento no alcance dos objetivos traçados pelos referidos planos.

ESTUDO DE CASO

O atual Plano Estratégico do TRT-MG 2015-2020 da 3ª Região foi construído, quanto à perspectiva relacionada a pessoas e recursos, com os seguintes objetivos estratégicos²¹:

- aperfeiçoar o recrutamento e a distribuição da força de trabalho;
- implementar a política de gestão de pessoas com foco na meritocracia;
- assegurar um ambiente saudável e seguro;
- garantir infraestrutura adequada;
- buscar a excelência na gestão do orçamento.

Aqui, interessa especialmente tratar do primeiro objetivo, aperfeiçoar o recrutamento e a distribuição da força de trabalho, tentando mostrar a sua importância para o sucesso do planejamento estratégico.

Para o atingimento desse objetivo, o mesmo planejamento estratégico estabeleceu a seguinte linha de ação: aperfeiçoar os critérios utilizados no processo de recrutamento.

Na perspectiva sobre gestão de pessoas houve uma alteração bastante significativa do planejamento atual em relação ao planejamento estratégico anterior (2010/2014).²² Neste último, os objetivos estratégicos para a gestão de pessoas eram:

- desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos magistrados e servidores;
- buscar a melhoria do clima organizacional, da saúde e da qualidade de vida dos magistrados e servidores.

Com os objetivos citados, percebe-se que estavam focados mais no tratamento dado aos servidores como integrantes da instituição e não ao atendimento das necessidades da instituição em relação a seus recursos humanos. Aqui há uma falha no planejamento, porque não seria possível atingir outros objetivos traçados sem compatibilizar a utilização dos recursos humanos com a necessidade da instituição.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Plano Estratégico do TRT-MG 2015-2020*, p. 38 a 51. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/gestaoestrategica/default.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

²² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Plano Estratégico do TRT-MG 2010-2014*. Disponível em: <<https://www.google.com.br> (A ESTRATÉGIA DO TRT-3ª REGIÃO Plano Plurianual 2010-2014)>. Acesso em: 03 jun. 2015.

A experiência mostrou que a estratégia adotada nessa perspectiva específica não estava alinhada aos objetivos estratégicos do planejamento, uma vez que comprometeu o atingimento de objetivos traçados na perspectiva dos processos internos, especificamente os relacionados à eficiência operacional, como “promover a qualidade, celeridade e efetividade das atividades jurisdicionais”²³ e “garantir a efetividade na execução.”²⁴

Para ilustrar nossa afirmação, cita-se o caso da 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba, cuja realidade é conhecida pessoalmente, especialmente a partir do mês de maio do ano de 2013, quando houve mudança na gestão da Vara.

Naquele ano seria instalada a 2ª Vara local e foi grande o número de servidores nomeados, tanto de nível médio quanto de nível superior, objetivando o treinamento para a divisão do pessoal entre as duas Varas, quando fosse instalada a nova Vara. A então Vara Única tinha uma taxa de congestionamento altíssima, tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. A necessidade de pessoal, tanto em quantidade quanto em qualidade, já treinados, era muito grande.

No entanto, foi dada incumbência à então Vara Única de fazer o treinamento dos novos servidores, missão que foi cumprida, diríamos, parcialmente, ante todas as dificuldades como a falta de espaço físico, de equipamento de trabalho para todos e de tempo para despender no treinamento, uma vez que a rotina diária dos trabalhos da Vara não podia parar.

Naquela época estava em vigor o concurso 2009, que determinava:

13. DO PROVIMENTO DOS CARGOS

[...]

13.2 O candidato estará sujeito à nomeação e lotação para qualquer unidade administrativa ou judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a critério da Administração.²⁵

Não houve, portanto, zoneamento da Terceira Região, de modo que a lista de classificação era geral, exemplificando, um candidato que morava em Monte Azul (Norte de Minas) poderia ser nomeado para Ituiutaba (Triângulo Mineiro) e vice-versa. Saber a localidade onde o novo servidor seria lotado dependia apenas da junção dos seguintes fatos: sua vez de nomeação, conforme a classificação, e as vagas em aberto naquele momento.

No edital também não havia nenhuma cláusula proibitiva de remoções em pequeno prazo, permitindo que servidores que entrassem em exercício hoje já postulassem a sua remoção para uma localidade mais próxima de seu domicílio no mesmo momento.

²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Plano Estratégico do TRT-MG 2015-2020*, p. 18. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/gestaoestrategica/default.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Plano Estratégico do TRT-MG 2015-2020*, p. 22. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/gestaoestrategica/default.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Edital de Abertura de Inscrição - 2009*. Publ. DOU - Seção III - Edição n. 166, de 31/8/09 - p. 129. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/informe/concursos/servidor/2009/indice_serv_2009.htm>. Acesso em: 03 jun. 2015.

Esses dois elementos já redundaram em grandes transtornos para a Vara, visto que recebemos servidores de diversas localidades, na maioria longínquas, fazendo com que, de imediato, esses servidores já postulassem as suas remoções para localidades mais próximas de seus domicílios.

No ano de 2013 foi possível contabilizar, pelo menos, oito alterações no quadro, entre remoções e permutas. Já no ano de 2014, as remoções já ocorreram em menor quantidade, sendo apenas duas.

A grande rotatividade de servidores em qualquer unidade operacional é muito prejudicial para o atingimento dos objetivos e metas e até mesmo para fazer um planejamento de ação a curto ou longo prazo.

Compromete, sobremaneira, a continuidade de projetos, ações, pois o tempo é muito dedicado a treinamento dos servidores. No momento em que estes estão começando a se inserir no novo contexto, adaptando-se à metodologia de trabalho e contribuindo em quantidade e qualidade com os objetivos a serem alcançados, desvinculam-se da unidade, sendo necessário recomençar todo o procedimento com novos serventuários.

A menção a esses fatos é importante para pontuar o prejuízo em busca do sucesso do planejamento estratégico causado pela deficiência na gestão de pessoas nesse momento inicial de recrutamento e distribuição das vagas.

Aquele concurso que tantos problemas nos trouxe, felizmente expirou.

Novo processo seletivo foi aberto e neste foram feitas diversas alterações, visando a atingir um dos objetivos traçados no atual planejamento estratégico, já citado: aperfeiçoar o recrutamento e a distribuição da força de trabalho

Entre as novidades temos:

- zoneamento do Estado de Minas Gerais (Terceira Região da Justiça do Trabalho), a fim de que o candidato concorra às vagas apenas da região escolhida no momento da inscrição. Esse critério é importante, porque diminui a possibilidade de remoção do servidor, uma vez que terá a chance de ficar mais próximo de seu domicílio;
- possibilidade de remoção/redistribuição apenas decorridos 36 meses da data da nomeação. Esse critério é fundamental para a redução dos pedidos de remoções a curto prazo, como ocorreu na 1ª Vara do Trabalho, em franco prejuízo da gestão da unidade e de cumprimento dos objetivos traçados e metas estabelecidas.

Como já pontuamos, a administração pública, atualmente, está regida por novos princípios constitucionais, entre eles o princípio da eficiência. Por isso, não poderia permitir que o interesse particular (do servidor) prevalecesse sobre o interesse coletivo. No caso estudado, isso era o que vinha acontecendo. Infelizmente, o interesse da coletividade, ou seja, o direito a uma justiça célere, eficiente, estava sendo relegado ao segundo plano, cedendo lugar ao atendimento de interesses particulares, na medida em que a grande rotatividade de servidores em curto espaço de tempo comprometia a eficiência do trabalho prestado por aquela Vara.

O problema vivenciado pela 1ª Vara do Trabalho de Ituiutaba certamente foi e ainda é experimentado por outras Varas da Terceira Região e até mesmo de outros Regionais.

Felizmente, a situação foi analisada e, verificados os inconvenientes dos critérios adotados para recrutamento e seleção, a Administração do TRT/3ª Região resolveu, sabiamente, agir para corrigir as não conformidades percebidas no seu processo de recrutamento e distribuição da força de trabalho.

Na próxima etapa de preenchimento de vagas e recrutamento, os problemas que experimentamos certamente não ocorrerão com a mesma frequência. Isso permitirá aos gestores melhor planejar suas ações e aperfeiçoar os serviços prestados ao cidadão, pois o tempo despendido em treinamento de novos servidores será aproveitado na mesma unidade. Por outro lado, esses servidores terão mais tempo para contribuir com a unidade onde foram treinados, o que resultará em ganho de produtividade e maior possibilidade de atingir os objetivos buscados e metas estabelecidas.

Os maiores beneficiados pela modificação do planejamento serão os jurisdicionados, pois as unidades operacionais terão melhores condições de prestar um serviço mais eficiente e no menor tempo possível, cumprindo, assim, sua missão institucional prevista na nossa Carta Magna.

A gestão de pessoas, dentro de um planejamento estratégico, talvez seja uma das etapas mais importantes do planejamento. Todos os objetivos traçados e metas estabelecidas serão cumpridos, ou não, conforme o envolvimento ou comprometimento dos recursos humanos envolvidos. Logo, de nada adianta fazer um belo planejamento, com nobres e audaciosos objetivos, se não se dá a devida importância e o adequado tratamento à gestão do pessoal. Esses são o instrumento de concretização dos objetivos e atingimento das metas.

CONCLUSÃO

O anseio da sociedade por uma justiça verdadeiramente mais célere e eficiente, que utilize os recursos públicos de maneira responsável, transparente e racional, é sentimento que se percebe em todos os cantos do País.

Com a Constituição de 1988 e a maior abertura do Poder Judiciário, possibilitando ao cidadão maior conscientização e melhor aparelhamento na busca de seus direitos, vem à tona a necessidade de melhor planejamento e preparo das unidades judiciárias, para garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Cidadã trouxe para a nossa democracia.

Ações sem planejamento, muitas vezes, resultam em desperdício do dinheiro público, e isso não é admissível. Todos nós pagamos pela prestação dos serviços públicos e, por isso, temos direito a serviços de qualidade, que sejam oferecidos no tempo adequado para as nossas necessidades.

A gestão pública não pode mais ser exercida sem preparo dos seus agentes, sem que haja verdadeiramente um planejamento das ações, mas deve ser pautada na análise das conjunturas e necessidades, buscando sempre prestigiar o interesse coletivo e nunca o particular, com utilização sensata dos recursos disponíveis.

A profissionalização da gestão é uma necessidade. Trazer para a administração pública conceitos e práticas antes aplicados apenas na iniciativa particular já é um bom começo, como temos observado em algumas unidades. Como exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, que atualmente já incorporou em sua agenda a realização de um planejamento estratégico periódico,

entre vários outros projetos, todos voltados ao aperfeiçoamento das políticas de gestão, como o preparo de seus gestores para o exercício de suas atribuições e treinamento constante dos servidores.

Foi-se o tempo em que a administração pública não precisava apresentar resultados. Foi-se o tempo em que o administrador público não precisava prestar contas de suas ações. Foi-se o tempo em que o cidadão era passivo e não tinha conhecimento de seus direitos e mecanismos de defesa. Felizmente os tempos são outros, e a gestão pública também.

REFERÊNCIAS

- ARÔXA, Deborah. *BSC em BPM: desmistificando conceitos para concretizar sonhos*. Aracaju: Deborah Virginia Macêdo Arôxa, 2012.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 25 maio 2015.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 198, de 1º de julho de 2014*. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_198_2014_copiar.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.
- _____. Constituição (1988). *Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.
- _____. Constituição (1988). *Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.
- _____. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/encarteconstituicao.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <<http://trt3.jus.br/gestaoestrategica/planejamento/institucional.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Edital de Abertura de Inscrição - 2009*. Publ. DOU - Seção III - Edição n. 166, de 31/08/09 - p. 129. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/informe/concursos/servidor/2009/indice_serv_2009.htm>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Plano Estratégico do TRT-MG 2010-2014*. Disponível em: <<https://www.google.com.br> (A ESTRATÉGIA DO TRT-3ª REGIÃO Plano Plurianual 2010-2014)>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Plano Estratégico do TRT-MG 2015-2020*, p. 38 a 51. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/gestaoestrategica/default.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

- GOMES, Ana Paula. *Planejamento e gestão para concursos: um enfoque no orçamento governamental*. Fortaleza. Editora: DIN.CE. 2007.
- GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *A crise da gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/artigos/>>. Acesso em: 20 maio 2015.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. As causas da morosidade processual. *Revista de Processo*. Ano 39, vol. 229, março/2014.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido; PEDROSA, Luís Antônio Capanema. *Administração judicial aplicada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2014.
- JOBIM, Nelson. *Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 3. jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62841&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 maio 2015.
- RUSSO, Andréa Rezende. *Uma moderna gestão de pessoas no Poder Judiciário*. Coleção Administração Judiciária; v. 8; Porto Alegre - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009.
- SANTOS, Janilson. *Administração geral & arquivologia*. Teoria e exercícios. Fortaleza. DIM-CE Edições Técnicas. 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

**ENTRE A OBRIGAÇÃO SIMPLES E O ATO COMPLEXO: A NATUREZA DA
MULTA PREVISTA NO § 8º DO ARTIGO 477 DA CLT**

***BETWEEN SIMPLE AND COMPLEX OBLIGATION: THE NATURE OF THE
PENALTY PROVIDED FOR IN § 8 OF ARTICLE 477 OF CLT***

Alexandre Pimenta Batista Pereira*

RESUMO

Não se pode conceber um entendimento peremptório quanto à natureza da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, sem fazer um cotejo quanto ao tema da culpa do devedor no tocante ao cumprimento da obrigação. A tese da sanção como simples quitação dos haveres rescisórios e o entendimento da natureza da multa como ato complexo designam situações que clamam por um revisitar da perspectiva do vocábulo “pagamento” no direito das obrigações.

Palavras-chave: Multa do § 8º do art. 477 da CLT. Obrigação simples. Ato complexo. Culpa do devedor. Pagamento.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
 - 2 EM TORNO DA RESCISÃO CONTRATUAL TRABALHISTA**
 - 3 PODERIA A RESCISÃO EXHAURIR-SE EM UMA OBRIGAÇÃO DE PAGAR?**
 - 4 EM BUSCA DO SIGNIFICADO TÉCNICO DO VOCÁBULO “PAGAMENTO”**
 - 5 *DIES INTERPELLAT PRO HOMINE***
 - 6 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: UM COTEJO NECESSÁRIO ENTRE MORA E CULPA**
 - 7 ENTRE A FUNDADA CONTROVÉRSIA PROCESSUAL E A MORA CAUSADA PELO PRÓPRIO TRABALHADOR**
 - 8 CONCLUSÃO: A MULTA DO § 8º DO ART. 477 DA CLT COMO UMA CLÁUSULA PENAL LEGAL REPRESENTATIVA DE UMA OBRIGAÇÃO COMPLEXA E COTEJADA EM ATENÇÃO À CULPA DO DEVEDOR**
- REFERÊNCIAS**

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais palpitantes e divergentes na Justiça do Trabalho, mas não propriamente novo, diz respeito à natureza da multa prevista no parágrafo oitavo do artigo 477 da CLT.

Uma corrente de pensamento defende que a incidência da multa, prevista no artigo celetista, teria em mira apenas a caracterização do atraso do pagamento

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-Bolsista do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).

das verbas rescisórias, à luz do aspecto apenas monetário da quitação. Outro posicionamento diz respeito à abrangência da sanção, a partir da ideia da rescisão contratual como ato complexo, sobretudo com fito na obrigação de fazer da entrega das guias rescisórias e importância do apontamento da baixa na CTPS.

Apenas para exemplificar o grau de divergência, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região publicou, recentemente, a Orientação Jurisprudencial 30, dispondo, *in verbis*:

MULTA DO § 8º DO ART. 477 DA CLT. FALTA DE QUITAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS NO PRAZO LEGAL. CABIMENTO. A aplicação da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT restringe-se à falta de quitação das verbas rescisórias no prazo fixado pelo § 6º.

Ao que parece, como se pode conferir nas informações do sítio eletrônico do Tribunal mineiro, o entendimento esposado na OJ 30 resulta das decisões originárias das 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 8ª e 9ª Turmas do TRT da 3ª Região.

Embora majoritário o ponto de vista esposado na indigitada orientação jurisprudencial, imperioso observar que as 1ª, 6ª e 7ª Turmas do Tribunal permanecem com posicionamentos diversificados, dissonantes do parâmetro geral estabelecido no verbete da orientação jurisprudencial.

O epicentro da discussão diz respeito à natureza estabelecida da sanção celetista. A multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT estaria direcionada apenas ao pagamento das rescisórias, abrangendo tão somente a dação monetária? Teria a multa espaço de aplicabilidade voltado ao preceito da rescisão contratual como ato complexo? A entrega das guias rescisórias a destempo forçaria a incidência da sanção punitiva? O legislador teria imposto a chancela homologatória como pressuposto para purgar a multa?

Eis algumas reflexões que se procurarão abordar neste ensaio.

2 EM TORNO DA RESCISÃO CONTRATUAL TRABALHISTA

No sistema celetista o empregado com mais de um ano de serviço recebe um número maior de haveres rescisórios, se comparado ao obreiro com menos de um ano de labor.

Como bem pondera Homero Batista,

[...] os empregados novatos realmente não tinham muita chance no sistema da CLT. Dado que não recebiam nenhum valor de indenização (art. 478, § 1º) e considerando que a CLT original ignorava o conceito de férias proporcionais, sendo a norma sobre décimo terceiro salário de 1962, não sobrava nada para o novato receber em caso de dispensa sem justa causa durante o primeiro ano.¹

Nesse sentido, a necessidade de assistência sindical ou administrativa está baseada nas rescisões contratuais com mais de um ano de duração. O legislador

¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. V. 6, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 215.

pressupõe que a rescisão do empregado veterano será mais sofisticada em comparação ao novato (obreiro com tempo de serviço menor que um ano). Isso porque, conforme o modelo original do patamar celetário, existiria um maior número de haveres rescisórios aplicado ao empregado com mais de um ano de casa.

Com perspicácia aduz Homero Batista:

As disposições do art. 477 precisam de urgente revisão. A média de duração do contrato de trabalho brasileiro é baixíssima. Categorias existem de elevado índice de rotatividade, com oito ou dez meses de duração da relação de emprego, e, ademais, foram inseridos novos direitos trabalhistas ao longo dos anos, como as férias proporcionais acrescidas de um terço, o décimo terceiro salário proporcional e a indenização de 40% sobre os depósitos do fundo de garantia, tudo a exigir maior atenção no preparo do termo de rescisão mesmo dos empregados novatos.²

No mesmo sentido, Francisco Antonio de Oliveira sugere a aplicação do “princípio do paralelismo”, salientando que deveria o legislador ter a mesma preocupação entre o trabalhador com tempo de casa com mais de um ano e aquele que não supere o anuênio. “Ora, se assim é, não há razão para que não se aplique também a estes empregados as regras do enunciado.”³

Como quer que seja, mesmo que se possa defender a imperatividade da revisão urgente do dispositivo em questão, permanece em vigor o § 8º do art. 477 da CLT, que assim dispõe, *in verbis*:

A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

Com efeito, a fixação do patamar celetista tem em mira a aplicação de duas multas: uma de natureza administrativa; outra de caráter trabalhista.

A multa imposta pelos órgãos de fiscalização, aplicada em consonância com o extinto patamar BTN, não se confunde com a sanção ao empregador, destinada em benefício direto ao obreiro.

O Precedente Administrativo 28 do Ministério do Trabalho e Emprego assim pontifica a solução da problemática de destino das multas:

RESCISÃO CONTRATUAL. PAGAMENTO DE VERBAS FORA DO PRAZO LEGAL. O pagamento da multa em favor do empregado não exime o atuado da multa administrativa, uma vez que são penalidades distintas: a primeira beneficia o empregado, enquanto a segunda destina-se ao Poder Público.

Lembre-se de que não se pode conceber, enxergar um entendimento abrangente da sanção, a supostamente capitular a incidência do quantitativo

² SILVA, Homero Batista Mateus da. *Op. cit.*, p. 215.

³ OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Comentários aos enunciados do TST*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 810.

“remuneração”, um conjunto maior, e não apenas “salário”, o conjunto menor de rubricas rescisórias.

Deveras, a lei não apresenta palavras inúteis e o artigo é claro e expresso em tipificar a incidência da multa pelo “valor equivalente ao seu salário”, sendo equivocado conceber a percepção de que a fonte geradora da multa seria a remuneração obreira.

Urge, assim, impor a aplicação restritiva ao preceito sancionador, uma vez que a imposição da multa está delimitada pelo verbete “salário”, ou seja, o conjunto menor e específico dos haveres, excluindo, pois, as gratificações, prêmios e outros acréscimos decorrentes, não se concebendo a compreensão ampliativa à norma de repressão.

Por seu turno, o § 6º do art. 477 da CLT prevê a fixação dos prazos rescisórios, apontando que

[...] O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

- a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou
- b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

Impende compreender um cotejo entre o § 8º e o § 6º do indigitado artigo celetário. A multa de um salário obreiro está construída em prol da inobservância dos prazos de “pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação.”

Nesse sentido, a incidência da multa legal estaria restrita tão somente à quitação própria e efetiva das rubricas discriminadas no termo de rescisão? Ou cumpriria perceber a estrutura semântica da norma à luz da efetivação plena do ato rescisório, em atenção não apenas à obrigação de pagar os créditos monetários, mas sobretudo em consonância à entrega das guias rescisórias (TRCT, chave de conectividade, guia de seguro-desemprego) e efetivação da baixa em CTPS?

3 PODERIA A RESCISÃO EXAURIR-SE EM UMA OBRIGAÇÃO DE PAGAR?

A finalização do contrato de emprego não se exaure na simples quitação dos haveres rescisórios, discriminados no termo de rescisão do contrato de trabalho (TRCT). Na modalidade da dispensa imotivada (sem justa causa), incluída a rescisão indireta, o empregado tem o direito ao saque dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, bem como à habilitação no programa seguro-desemprego, incumbindo ao órgão pagador verificar as condições de preenchimento dos requisitos à habilitação ao programa social.

Com esse raciocínio, na prática, o trabalhador porta, muitas vezes, mais interesse no recebimento dos formulários próprios para levantamento dos depósitos, em conta vinculada, do FGTS e habilitação ao programa de seguro-desemprego do que propriamente apenas na quitação das rubricas rescisórias da dispensa imotivada (aviso prévio, férias proporcionais, décimo terceiro proporcional, depósitos de FGTS com a multa de 40%).

Deveras, o proveito do trabalhador, dispensado sem justa causa, pode não se restringir ao mero recebimento do quantitativo numerário, eis que se lhe possa ser mais vantajosa a recepção das guias de rescisão, para proporcionar o acesso aos depósitos em conta vinculada e habilitação no programa social do seguro-desemprego, garantindo-lhe a manutenção da sobrevivência pelos meses subsequentes.

Compreensível, pois, perceber que o empregador tenha, em contrapartida, o dever específico de proceder ao cumprimento, em plenitude, das obrigações resultantes da cessação do contrato de emprego. Se a rescisão contratual ostenta a representação própria do direito fundamental de proteção à dispensa imotivada, com previsão, inclusive, de indenização compensatória no caso da extinção sem justa causa, nos termos do inciso I do art. 7º da Constituição da República, imperioso notar, por decorrência lógica, que o ato rescisório não se reduz à obrigação de quitação pelo pagamento do numerário, mas sim abrange, também, a entrega das guias rescisórias e baixa em CTPS, obrigações de conotação, por vezes, mais importantes e vantajosas ao trabalhador, na continuidade da busca pelo futuro emprego.

A ementa abaixo resume o raciocínio, no tocante à ideia da rescisão como ato complexo, considerando-se os efeitos abrangentes da finalização da relação jurídica. Veja-se:

PAGAMENTO - ATO COMPLEXO - MULTA PREVISTA PELO ARTIGO 477 DA CLT. Pagamento é o instituto jurídico pelo qual o devedor extingue sua obrigação para com o credor, entregando-lhe, por inteiro, a prestação a que estava obrigado. A simples entrega de dinheiro em espécie, ou depósito na conta bancária, ainda que dentro do prazo fixado pelo artigo 477, parágrafo 6º, da CLT, não extingue inteiramente a obrigação. Isso porque o empregado dispensado sem justa causa tem direito também ao levantamento do FGTS e ao requerimento do seguro-desemprego, e só se habilita a ambos após a liberação de todos os documentos pelo empregador. Portanto, o pagamento de rescisão contratual trabalhista é um ato complexo. (TRT-3 - RO: 00009201104303003, Relator: José Eduardo de Resende Chaves Jr., Primeira Turma, Data de Publicação: 31/8/2012. DEJT. Página 16)

Com efeito, embora o § 8º do art. 477 da CLT não especifique a abrangência da multa no que toca às obrigações de fazer, não se pode aceitar o raciocínio simplista e restritivo, sob o argumento de ausência de previsão do legislador. Existe, por assim dizer, ampla margem de elucubração semântica para se depurar a verdadeira *ratio* do § 6º do art. 477 da CLT, que estatui a importância do “pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão” (§ 6º do art. 477 da CLT).

Pagamento, no sentido técnico do direito das obrigações, não quer dizer apenas quitação monetária.

Antes, porém, de enfrentar a temática no campo tradicional do direito das obrigações, é imperioso fazer uma análise histórica quanto à inserção dos §§ no artigo 477 da CLT.

Veja-se que os §§ 6º e 8º do art. 477 da CLT foram incluídos pela Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989.

A Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, procedeu ao regime de efetivação das mudanças, estabelecidas pela Constituição da República, mormente no tocante à extinção da modalidade de opção pelo regime fundiário (ainda em voga na Lei n. 5.107, de 1966), expungindo o antigo sistema estabilitário celetista.

O universo de movimentação da conta vinculada, consagrado nas hipóteses do art. 20 da Lei n. 8.036/90, sobretudo o inciso I do art. 20 que estatui a perspectiva de retirada dos depósitos na despedida sem justa causa, inclusive a indireta, está, por assim dizer, desenhado após a referência da inclusão da multa celetista, que se deu no ano anterior (em 1989 pela Lei n. 7.855).

Do mesmo modo, a regência do benefício social do seguro-desemprego, regulado pela Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, consolidou-se, também, em um cenário posterior ao estabelecimento da multa celetista.

Assim, é compreensível que o legislador, ao ter pensado enfaticamente no “pagamento das parcelas”, não estaria tão afinado às disposições próprias das obrigações de fazer, ponderadas hoje, rotineiramente na prática social, porque a disciplina regulamentadora se concretizou após o estamento da previsão sancionadora celetista.

À época da inclusão dos §§ 6º e 8º no art. 477 pela Lei n. 7.855/89, o foco social das dispensas imotivadas encontrava-se distante, e não tão justaposto, ao panorama hodierno de caracterização da decorrência lógica da extinção do vínculo, que enfatiza, decerto, as consequências lógicas de baixa na CTPS, entrega de guias, levantamento do fundo, habilitação no benefício social. Se hoje tais premissas são facilmente perceptíveis, naquela época não era isso o que acontecia, uma vez que as leis regulamentadoras, hoje vigentes, vieram após a inserção da sanção pecuniária (a multa do art. 477) pelo legislador.

Com efeito, a hermenêutica histórica do inciso permite enxergar certa carga de imprecisão pelo próprio legislador. Ademais, a obrigação jurídica deve ser compreendida como um processo amplo e abrangente no interesse de finalização da relação. Se os efeitos da rescisão são plúrimos, não se pode restringir a incidência da norma à mera quitação monetária.

A esse propósito, vale a pena lembrar a lição de Pontes de Miranda:

[...] o negócio jurídico é um todo. O que tradicionalmente, no direito luso-brasileiro e brasileiro, se chama cláusula, ou convenção inclusa, é integrante do negócio jurídico. Nem se compreenderia que se tivesse por convenção à parte, ou pacto adjeto, o que diz respeito a determinações inexas (termo, condição) ou à qualidade ou quantidade da prestação.⁴

O tempo de cumprimento da prestação, compreendido em atenção ao conjunto da relação de trabalho - a envolver obrigações plúrimas - deve ser aplicado em nome do preceito de concepção global da relação, à luz do conjunto holístico das obrigações, não apenas de dar (pagamento) como também de fazer (entrega das guias e baixa em CTPS).

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 55.

4 EM BUSCA DO SIGNIFICADO TÉCNICO DO VOCÁBULO “PAGAMENTO”

Ainda que se pudesse deixar de lado a argumentação do contexto histórico da tessitura da norma do art. 477 da CLT quanto à ausência de verificação pelo legislador no tocante à incidência das obrigações de fazer, facilmente aplicáveis hoje tendo por base a finalização da relação de emprego, imprescindível perceber que o conceito, próprio e científico, do vocábulo “pagamento” não é indicativo de simples entrega de dinheiro.

Ao contrário.

O significado do verbete “pagamento” é amplo e designa solução da obrigação (a *solutio* romana), tendo em vista a incidência da importância do adimplemento da obrigação.

O conceito está, assim, disposto no artigo 304 do Código Civil:

Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Nesse sentido, a extinção da obrigação faz-se pelo pagamento. Com perspicácia, Carlos Roberto Gonçalves pontua que,

[...] embora a palavra pagamento seja usada, comumente, para indicar a solução em dinheiro de alguma dívida, o legislador a empregou no sentido técnico-jurídico de execução de qualquer espécie de obrigação. Assim, paga a obrigação o escultor que entrega a estátua que lhe havia sido encomendada, bem como o pintor que realiza o trabalho solicitado pelo cliente.⁵

De igual modo, Venosa observa que,

[...] vulgarmente, quando nos assoma a noção de pagamento, logo imaginamos o cumprimento de uma obrigação em dinheiro. Isto é, corriqueiramente, até entre nós mesmos, técnicos do direito, imperceptivelmente ligamos o pagamento a uma transferência em dinheiro. Nada impede que continuemos a raciocinar assim. Contudo, o termo pagamento, no sentido estritamente técnico e tal como está nos arts. 304 ss do Código, é toda forma de cumprimento de obrigação. Trata-se das *solutio* [...]. A obrigação, a dívida solve-se, resolve-se, paga-se.⁶

Assim, o sentido técnico de pagamento envolve o adimplemento da obrigação e, por consequência, a desoneração do devedor. Não se trata de um conceito a englobar apenas a solução em dinheiro da dívida.

Portanto, o legislador, ao ter mencionado “pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão”, não teve por mira apenas pontuar, com fulcro no significado próprio da terminologia, a obrigação de dar - solução em

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 2, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 252.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. V. 2, 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 177.

dinheiro - mas, sobretudo, também destacar as importantíssimas obrigações de fazer, à luz dos predicados obrigacionais para a finalização do contrato de emprego. “Pagar” designa a solução e o adimplemento da obrigação. Se a obrigação é plúrima e complexa, pagamento corresponde, por corolário, ao cumprimento, também plúrimo, do conjunto das obrigações da relação contratual.

Cai no vazio a ponderação de que a multa poderia ter uma aplicação restritiva, levando em conta a predileção do legislador pelo vocábulo “pagamento”. A expressão técnica do termo indica, mesmo, a solução da obrigação contratual, na sua semântica global, abrangente, e não necessariamente apenas a expressão monetária de entrega e depósito da quantia devida, a partir da discriminação das rubricas rescisórias.

5 DIES INTERPELLAT PRO HOMINE

Necessário perceber que a multa estabelecida no § 8º do art. 477 da CLT expressa, em verdade, uma cláusula penal, desenhada em lei. O descumprimento do adimplir pontualmente as obrigações contratuais gera, por consequência, a incidência da multa, no montante de um salário contratual. A mora do empregador induz, como efeito, a incidência da sanção *ex lege*.

Trata-se de uma obrigação acessória, destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento do cumprimento das obrigações do contrato.

Álvares da Silva, nesse sentido, admite que a multa celetista seria nada mais que aplicação, no campo trabalhista, do princípio geral estabelecido no direito das obrigações. Não representa algo de próprio ou original, tendo em vista que o descumprimento da obrigação gera a mora à vista do retardamento injustificado.⁷

As finalidades da cláusula penal, nesse caso, podem ser imaginadas como meio de coerção (intimidação), para compelir o devedor a cumprir a obrigação e ainda um modo de prefixação de perdas e danos (ressarcimento), devidos em razão do inadimplemento do contrato.⁸

A cláusula penal, estabelecida no art. 477 da CLT, é de natureza moratória, voltada a evitar o retardo do cumprimento pontual da obrigação, à luz do artigo 411 do Código Civil. Não é de natureza compensatória, uma vez que a obrigação não se extingue em absoluto, a partir do pagamento da multa legal.

O artigo destaca, em seu § 6º, o prazo, até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, para efetivação da quitação rescisória.

Superado tal limite, incide a mora do empregador resultante do não-adimplemento. Há violação do dever, já que o devedor havia de prestar, e não prestou, no tempo próprio, a obrigação contratual, estatuída em lei.

O prazo de efetivação do pagamento (o decênio estatuído em lei, na hipótese de concessão do aviso indenizado) decorre da disciplina legal. A mora é *ex re*, incidindo, como decorrência, a regra *dies interpellat pro homine*.

A nomenclatura *dies interpellat pro homine* significa “o prazo interpela o devedor”, de sorte que o exaurir do prazo já permitiria incidir os efeitos da

⁷ SILVA, Antônio Álvares da. *A multa do artigo 477, § 8º, da CLT*. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 1997. p. 41-42.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 416.

interpelação, no tocante à ciência do descumprimento do dever obrigacional e, por decorrência, a efetivação e constituição da mora.

A regra jurídica *dies interpellat pro homine* é um princípio enunciativo dos glosadores, marcando o entendimento de que: “[...] se a obrigação é positiva e líquida, o inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.”⁹ Em vez de o homem interpelar, interpela o *dies*, o prazo que está marcado no negócio jurídico, na própria relação.

De mais a mais, o inadimplemento da obrigação, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. A multa, no valor de um salário contratual, é estabelecida em lei (*ex lege*), levando por base também os prazos de cumprimento pensados pelo legislador.

Os efeitos da incidência da multa do art. 477 da CLT levam à constituição da mora do empregador, pelo descumprimento do prazo legal. A mora representa um fato jurídico, porque designa violação da obrigação, infração do dever de efetuar pontualmente o pagamento do acerto rescisório e providenciar a entrega das guias e baixa da CTPS.

A cláusula penal não se confunde com as *astreintes*. Estas podem ser aplicadas *ex officio* pelo juiz, como efeito decorrente das obrigações mandamentais, tendo em vista as providências que assegurem o resultado prático da tutela específica da obrigação (§ 4º do art. 461 do CPC); aquela representa a imposição geral e punitiva da concepção jurídica da multa expressa em lei.

6 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: UM COTEJO NECESSÁRIO ENTRE MORA E CULPA

Estabelecida a premissa de que pagamento designa a amplitude do adimplemento da obrigação, não se pode esquecer de que os efeitos da mora estão ligados, também, ao cotejo da culpa do devedor. Embora haja violação do dever contratual e do cumprimento pontual quanto ao adimplir a obrigação no prazo estabelecido em lei, deve-se ter por mira a imperiosidade de se cotejar a incidência da culpa do responsável pela obrigação em relação à constituição da mora.

Nessa toada, o atraso do pagamento pode ter sido ocasionado não pela conduta própria do responsável, mas, sim, por fatores alheios à conduta do devedor.

Não se poderia imputar ao empregador a suposta mora na situação de o atraso ter sido gerado por fatores externos e alheios à conduta do próprio obrigado.

Como exemplos, pode-se apontar a existência de greve no órgão homologador, sabendo-se que, não havendo sindicato organizado da categoria, a hermenêutica do § 1º do art. 477 da CLT autoriza que a homologação seja efetivada no Ministério do Trabalho e Emprego.¹⁰

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 140.

¹⁰ *Data venia* discordamos, nesse ponto, da abalizada doutrina de Alice Monteiro, ao salientar a restrita previsão excepcional de possibilidade de isenção da multa direcionada à culpa do próprio empregado, apontando inclusive decisão alusiva ao RR-789.504.01, a 2ª Turma do TST não teria isentado o empregador de multa por atraso na rescisão, pelo fato de os empregados encontrarem-se em greve. Alice Monteiro destaca o entendimento de que o empregador poderia ter-se valido de vários meios para proceder à quitação das verbas, situação não ocorrida na prática. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2011. p. 762.

Outra situação concreta seria a inexistência de data aprazada no sindicato para a homologação no decênio legal, tomando-se por base a prova concreta do agendamento. Observa-se que o atraso na chancela ocorreu não pelo comportamento do empregador, mas, sim, por elementos externos.

Percebe-se, nesse panorama, a imprescindibilidade da relação entre a mora com a conduta culposa do devedor.

Não se pode falar em atraso na hipótese de a suposta mora ter sido caracterizada em decorrência de uma situação gerada no próprio órgão chancelador. A justificativa da paralisação do exercício, como a greve do órgão ministerial, ou mesmo a inexistência de data própria ao agendamento para a rescisão representam situações concretas de retirada da culpa do empregador, que buscou, de todo modo, purgar a mora, cumprindo a solução pontual da obrigação.

Entender, de modo diverso, seria contrariar a boa-fé objetiva, fomentar o enriquecimento ilícito, deturpar a confiança social, buscando vantagens a partir da deslealdade nos comportamentos.

Existiria verdadeira inexigibilidade de conduta diversa, na medida em que o empregador teria buscado, de todas as formas, honrar com o pagamento pontual dos haveres, de sorte a procurar, na primeira data ofertada, auferir a chancela do órgão homologador e o adimplemento pleno da obrigação.

A inexigibilidade de conduta diversa e a força maior são eventos que retiram a incidência da mora, até porque a fonte da sanção seria o pagamento, que teria restado cumprido, a partir da primeira data colocada à disposição do devedor. A incidência da multa só pode ser justificada mediante o atraso culposos.

A esse propósito, Carlos Roberto Gonçalves elucida que nem sempre que a prestação deixa de ser efetuada significa que houve não-cumprimento da obrigação. A inexecução está ligada ao inadimplemento culposos, a *faute* dos franceses, enfatizada em razão da culpa na inexecução da obrigação. O inadimplemento culposos enseja ao credor acionar o mecanismo sancionatório do direito privado. “Somente quando o não-cumprimento resulta de fato que lhe seja imputável se pode dizer, corretamente, que o devedor falta ao cumprimento.”¹¹

O raciocínio traz à tona o regramento contido no art. 393 do Código Civil, no tocante à ausência de responsabilidade pelo devedor quanto aos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior. Inclusive, existem os chamados “deveres anexos” obrigacionais que concretizam o comportamento em consonância à boa-fé objetiva. O próprio credor tem um dever de cooperar pela prática dos atos necessários à realização plena dos fins visados pelas partes.¹² O dever de informação e lealdade impõe o raciocínio de que não é lícito ao trabalhador tentar augurar vantagens indevidas, tentando cavar, por assim dizer, brechas para um suposto atraso, inexistente na prática, a partir da valoração da conduta razoável do devedor.

A responsabilidade contratual funda-se na ideia de culpa, de sorte que não haverá dever de indenizar se não houver o querer, ligada ao descumprimento específico da obrigação. É preciso examinar a conduta específica do empregador, sendo certo que a ausência de culpa equivale à força maior e caso fortuito.¹³ A

¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 372.

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 373.

¹³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 331.

retirada do elemento anímico projetada, por corolário, a ausência da ilicitude do ato.¹⁴

7 ENTRE A FUNDADA CONTROVÉRSIA PROCESSUAL E A MORA CAUSADA PELO PRÓPRIO TRABALHADOR

De fato, o § 8º *in fine* do art. 477 da CLT retira especificadamente a multa no caso de o “trabalhador der causa à mora”. Não existe outra situação apontada pelo legislador a expungir e retirar a incidência da sanção.

Com acerto, Alice Monteiro destaca que as exceções não podem ser deixadas ao arbítrio do intérprete, mas sim expressas pelo legislador.¹⁵ Com perspicácia observa a ilustre doutrinadora que o referido dispositivo legal, introduzido pela Lei n. 7.855, de 1989, representou uma conquista da classe trabalhadora, que

[...] até então, e salvo disposição contida em norma coletiva, teria que aguardar indefinidamente o pagamento das verbas decorrentes de uma dispensa injusta, sem que o empregador sofresse qualquer sanção de uma cláusula penal. Era assegurado ao trabalhador apenas o recurso ao Judiciário, que lhe garantia a incidência de juros e correção monetária, os quais, em país de inflação acelerada e incontida, não lhe reporiam, jamais, o valor real das parcelas devidas.¹⁶

Alice Monteiro destaca que o legislador nem mesmo usou o termo empregado, “mas trabalhador, estando aí incluído mesmo aquele cuja relação jurídica é controvertida.”¹⁷

Nessa toada, a lei não teria previsto a isenção da multa no caso da controvérsia em juízo, tampouco discussão em torno da causa da cessação do contrato. A retirada da incidência da sanção estaria direcionada à situação da mora causada pelo empregado, além das hipóteses de fatores alheios à conduta do devedor.

De mais a mais, o legislador não dispôs sobre a não-aplicação do instituto no tocante à controvérsia judicial. Quando assim pretendeu, especificou a hipótese no caso da multa do art. 467 da CLT.

Pensando nisso, o Colendo TST cancelou o verbete da Orientação Jurisprudencial n. 351 da SDI-I, atraindo, por consequência, o entendimento de que a controvérsia a respeito da extinção contratual não impede a incidência da multa celetária.

Ademais, a jurisprudência do Egrégio TRT da 3ª Região tem firmado a premissa de que a controvérsia judicial não é o que basta para afastar a incidência da multa do art. 477 da CLT, como se pode conferir a partir da OJ 25 do TRT da 3ª Região, *in verbis*:

¹⁴ÁLVARES DA SILVA admite a exclusão da culpa, pontuando que o devedor tem que provar que o retardamento se deu por fato que não lhe seja imputável, como a iliquidez da dívida, a ignorância a respeito do lugar em que se encontra o credor, o desconhecimento da interpelação, o caso fortuito. Cf. SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁵BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 763.

¹⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 763.

¹⁷BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 763.

RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 8º DO ART. 477 DA CLT.

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.

A lógica da argumentação em prol da incidência da sanção visa a afastar e reprimir a situação da contestação superficial da pretensão, voltada a buscar auferir vantagens, protelando o pagamento, a partir da judicialização da demanda.

Nesse sentido, a jurisprudência da Colenda Corte Superior trabalhista posiciona-se no sentido de que o provimento judicial que declara o equívoco na motivação da dispensa não pode afastar a responsabilidade integral da empresa, tendo por evidência o cumprimento objetivo dos prazos legais.

Confira-se, a esse propósito, o seguinte aresto:

MULTA POR ATRASO NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. JUSTA CAUSA REVERTIDA EM JUÍZO. 1. Tem-se consolidado, neste colendo Tribunal Superior, o entendimento de que o escopo da penalidade prevista no artigo 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho é reprimir a atitude do empregador que cause injustificado atraso no pagamento das verbas rescisórias. 2. Esta Corte uniformizadora havia sedimentado, por meio da Orientação Jurisprudencial n. 351 da SBDI-I, entendimento no sentido de que era indevida a multa prevista no artigo 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho quando houvesse fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa. Entretanto, recentemente o Tribunal Pleno desta Corte Superior cancelou a referida orientação, por intermédio da Resolução n. 163, de 16/11/2009, publicada no DJe em 20, 23 e 24/11/2009. 3. Assim, tem-se que somente quando o trabalhador der causa à mora não será devida a multa prevista no artigo 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho. A controvérsia a respeito da justa causa revertida em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa, uma vez que o provimento judicial não teve como efeito constituir obrigação contra o empregador, mas apenas declarar o equívoco quanto à motivação da dispensa do autor e, por conseguinte, restabelecer a ordem jurídica, imputando a responsabilidade integral à empresa pelo ato nocivo praticado contra o empregado. Precedentes desta Corte Superior. 4. Agravo de instrumento não provido. (Processo: AIRR - 1201-78.2012.5.03.0040 Data de Julgamento: 23/10/2013, Relator Desembargador Convocado: José Maria Quadros de Alencar, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)

No mesmo sentido, o seguinte julgado proveniente da 10ª Região:

MULTA - ARTIGO 477, § 8º, DA CLT - PARCELAS RESCISÓRIAS - CONTROVÉRSIA. A multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT refere-se a qualquer atraso no pagamento de parcelas rescisórias e incide em todas as hipóteses em que desrespeitados os prazos previstos no seu § 6º, ainda que haja controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício ou sobre a modalidade de rescisão. O reconhecimento judicial do direito às parcelas rescisórias ou a declaração da existência do vínculo em Juízo não elide o pagamento da multa, pois o chamamento da controvérsia ao Judiciário

não pode ser causa impeditiva do cumprimento da lei (Verbete n. 29 da Egr. 1ª Turma do TRT da 10ª Região).

(TRT-10 - RO 00962-2012-016-10-00-1 RO, Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, Data de Julgamento: 24/7/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 2/8/2013 no DEJT)

Resumindo: “Se o empregador-devedor não pagou o que devia alegando fatos não comprovados no processo, está automaticamente reconhecida a *mora solvendi* desde o momento em que tinha a obrigação de pagar no prazo previsto pelo § 6º do art. 477.”¹⁸

Ao passo que a controvérsia judicial não é atributo suficiente a afastar a incidência da multa, a reversão da justa causa em juízo leva, de modo semelhante, à incidência do atraso na quitação, forçando a constituição da mora e procedência da multa.

Incumbe ao empregador suportar o ônus da aplicação incorreta do motivo da dispensa. Evidenciando-se que a reclamada não se desincumbiu de sua obrigação de realizar o acerto rescisório integral no prazo legal, atrai-se a incidência da multa como lógico corolário.

A Súmula n. 36 do Eg. TRT da 3ª Região especifica esse raciocínio: “REVERSÃO DA JUSTA CAUSA EM JUÍZO. MULTA DO § 8º DO ART. 477 DA CLT. A reversão da justa causa em juízo enseja, por si só, a condenação ao pagamento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT.”

A vantagem patrimonial reconhecida em sentença prevê a inclusão da sanção, à medida que a opção pela discussão do motivo fundante da rescisão foi do próprio empregador. Se ele perdeu a demanda, restando sucumbente no tópico referente ao motivo rescisório, nada mais natural que arque com o pagamento pelo atraso.

Com perspicácia, Álvares da Silva observa que,

[...] se a Justiça não aplica a multa pelo simples ato de contestar, embora haja sucumbência, o empregador fica isento da sanção. Se ganhar a ação, não será multado por razões óbvias. Portanto o empregador sai ganhando nas duas hipóteses: se perde mas contesta, a multa não se aplica porque houve contestação. Se ganha, a multa não se aplica porque ganhou. Consequentemente não corre risco e será sempre incentivado a contestar.¹⁹

A esse propósito, é elucidativo o seguinte aresto do Egrégio TRT da 3ª Região:

JUSTA CAUSA. REVERSÃO EM JUÍZO. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. CABIMENTO. O fato de ter ocorrido a reversão da justa causa, acarretando o reconhecimento da obrigação pelo pagamento de verbas rescisórias somente em juízo, não afasta a obrigação da reclamada pelo pagamento da multa do artigo 477, § 8º, da

¹⁸SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁹SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 30. O ilustre autor aborda, inclusive, a hipótese de cálculo da multa *pro rata die*, correspondendo ao número de dias de duração da demanda trabalhista.

CLT, porquanto deve o empregador suportar o ônus da prática de atos indevidos, no caso, a aplicação incorreta da justa causa. Assim, restou evidente a obrigação da ré de proceder ao acerto rescisório integral no prazo de lei, o que evidentemente não ocorreu, estando correta a condenação ao pagamento da multa em comento.

(00639-2010-108-03-00-5 - 3ª T - Juiz Relator Bolívar Viégas Peixoto - Publicação MG 6/6/2011)

Com vanguarda, Álvares da Silva destaca que a multa seria devida como uma consequência natural da norma, representando uma projeção de efeitos da sentença trabalhista.²⁰ Para afastar, porém, o vício da decisão *extra petita*, e mesmo infração ao princípio da congruência/adstrição, o autor pontua a necessidade de requerimento da sanção na exordial, a fim de se garantir a eficácia da norma e evitar “[...] a estéril evasiva de muitos juízes que deixam de aplicá-la por não fazer parte do pedido constante da petição inicial.”²¹

8 CONCLUSÃO: A MULTA DO § 8º DO ART. 477 DA CLT COMO UMA CLÁUSULA PENAL LEGAL REPRESENTATIVA DE UMA OBRIGAÇÃO COMPLEXA E COTEJADA EM ATENÇÃO À CULPA DO DEVEDOR

O entendimento jurisprudencial prevalecente, na atualidade, não reconhece a incidência da multa do § 8º do art. 477 da CLT, sob alegação de existência de atraso da homologação rescisória, comprovada a quitação dos haveres no decênio legal. A entrega tardia dos formulários rescisórios e a aposição a destempo da data de afastamento em CTPS não estariam abrangidas, com esse raciocínio, pelo anseio do legislador.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos da Colenda Corte Superior trabalhista:

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N. 11.496/2007. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS EFETUADO NO PRAZO LEGAL. HOMOLOGAÇÃO TARDIA. MULTA INDEVIDA. Segundo a jurisprudência prevalecente no Tribunal Superior do Trabalho, ao interpretar o artigo 477 da CLT, o fato gerador da multa prevista no § 8º está vinculado, exclusivamente, ao descumprimento dos prazos estipulados no § 6º do mesmo artigo, e não ao atraso da homologação da rescisão contratual. Assim, tendo havido o pagamento das verbas rescisórias no prazo a que alude o artigo 477, § 6º, da CLT, foi cumprida a obrigação legal por parte do empregador, sendo indevida a aplicação da multa prevista no § 8º do mesmo preceito, ao fundamento de que a homologação da rescisão contratual pelo sindicato ocorreu fora daquele prazo. Embargos conhecidos e desprovidos.

(E-ED-RR- 392-67.2011.5.01.0044, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/12/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2014)

²⁰SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 54.

²¹SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 40. O ilustre autor defende, porém, a incidência da sanção independentemente mesmo de requerimento das partes, “em razão de seu alto interesse social”: cf. SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.*, p. 54.

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS NO PRAZO. HOMOLOGAÇÃO TARDIA DA RESCISÃO CONTRATUAL. Cinge-se a controvérsia a se saber se a multa do artigo 477, § 8º, da CLT é aplicável em caso de atraso na homologação da rescisão contratual ou somente em caso de atraso no pagamento das verbas rescisórias. Apesar de as 3ª e 6ª Turmas terem expressado entendimento de que a multa do artigo 477 da CLT é aplicável também em caso de tardia assistência sindical à rescisão contratual e não somente em caso de atraso no pagamento das verbas rescisórias, tendo em vista a exegese do § 1º do artigo 477 da CLT e, considerando-se os atos que culminam na aludida multa, que não se esgotam apenas no pagamento de valores (ato complexo), a maioria desta Corte, à qual me curvo, tem entendido que, de acordo com o artigo 477 da CLT, o fato gerador da multa prevista no § 8º está vinculado, tão somente, ao descumprimento dos prazos citados no § 6º do aludido dispositivo, não importando, para tal, o atraso no ato de assistência sindical à rescisão. Precedentes. Recurso de embargos conhecido e não provido.

(E-ED-RR -743-04.2010.5.03.0114, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 18/5/2012)

O entendimento estaria, por assim dizer, resumido na Súmula n. 20 do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, ao dispor que

[...] A multa do § 8º do art. 477 da CLT só é cabível se, por culpa do empregador, houver efetivo atraso no pagamento das verbas rescisórias, não atraindo a aplicação da penalidade o fato de a homologação não ter ocorrido no prazo do § 6º do art. 477 consolidado.

Data venia, ousamos divergir, em parte, desse entendimento.

A interpretação holística e sistemática do § 6º do art. 477 da CLT autoriza pensar que a multa do § 8º está desenhada para os fins da cessação contratual, a importar, decerto, obrigações diversas, atinentes não só ao aspecto de cumprir a paga monetária, mas também com o fito de proporcionar a tradição dos formulários para habilitação no benefício social do seguro-desemprego e levantamento do FGTS.²² O interesse do trabalhador é direto e necessário quanto a essas obrigações e, muitas vezes, o próprio acolhimento no próximo emprego está direcionado à finalização do vínculo anterior, como a anotação da baixa na CTPS.

O empregador não pode ignorar essas obrigações. A preservação do posto laboral e a busca pela nova inserção no mercado de trabalho são premissas em relação às quais deve o aplicador se voltar, de modo a buscar uma minoração de efeitos da cessação do vínculo. Afinal, a garantia de proteção à dispensa imotivada está reconhecida no texto constitucional (inciso I do art. 7º da CF), augurando a merecer eficácia imediata e irradiante como direito fundamental.

²² Antônio Álvares da Silva chega a apontar que o § 6º do artigo 477 é “[...] confuso e impreciso, gerando perplexidade ao intérprete e ao aplicador.” *Op. cit.*, p. 17. Enfaticamente aduz que, “[...] no direito do trabalho, reina balbúrdia e imprecisão da nomenclatura para designar os diferentes modos de cessação do contrato de trabalho”: *Op. cit.*, p. 13.

O vocábulo “pagamento” no Direito Civil, como susoexaminado, designa a amplitude necessária ao adimplemento da obrigação. Não se trata, simplesmente, de conceber uma interpretação restritiva, porque o significado específico do termo está ligado ao aspecto abrangente de cessação da relação jurídica.

Nesse sentido, a simples quitação dos haveres, sem a prova da busca efetiva pelo empregador da tradição das guias rescisórias, a partir da homologação, tem como efeito fazer gerar a incidência da multa celetista, tendo em vista que o § 8º do art. 477 da CLT designa uma cláusula penal, prevista em lei, espelhada no cumprimento próprio e efetivo das obrigações jurídicas. O ônus de prova da tentativa de satisfação e adimplemento (sobretudo com o fito da entrega dos formulários) é do empregador, sob pena de ter que arcar com a multa.

Todavia, a obrigação complexa não pode ser vista de modo apartado ao cotejo da culpa do devedor. Caso o empregador faça a prova do agendamento no órgão chancelador na primeira data que lhe foi disponível, tem-se que a comprovação do atraso está ligada não mais à conduta subjetiva, mas sim a fatores alheios ao responsável. Indispensável o cotejo entre o reconhecimento do atraso com a inexigibilidade de conduta diversa. O descumprimento do decênio legal não pode ser visto como peremptório, até porque a obrigação de entrega não pode ser exercida em plenitude pelo devedor, mas, ao contrário, está a depender do reconhecimento e homologação no órgão responsável.

A utilização do expediente da ação de consignação em pagamento é uma situação, sem dúvida, capaz de retirar a mora do responsável.

Ademais, a comprovação da frustração da entrega dos formulários de rescisão por fatores ligados à culpa do empregado representa um aspecto relevante a afastar a consolidação da mora. O descumprimento da obrigação estaria ligado a questões estranhas à conduta do empregador, retirando, em suma, a caracterização do atraso.

Portanto, na aplicação da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT é necessário que o intérprete faça não apenas a compreensão da dinâmica prevista na obrigação complexa, mas também saiba enfrentar a incidência da culpa do devedor quanto ao emanar da sanção. Entender de modo diverso poderia representar contrariedade à boa-fé das relações jurídico-trabalhistas, ferir a função social do contrato, além de incentivar o locupletamento ilícito.

ABSTRACT

It can not conceive a peremptory understanding of the nature of the fine provided for in § 8 of art. 477 of Labor Code, without making a comparison as for the issue of the debtor's fault regarding the fulfillment of the obligation. The thesis of the sanction as simple discharge of severance assets and understanding of penalty nature as complex act designates situations that cry out for a prospect of revisiting the word “payment” in the law of obligations.

Keywords: *Penalty of § 8 of art. 477 of the Labor Code. Simple obligation. Complex act. Fault of the debtor. Payment.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 2, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Comentários aos enunciados do TST*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- SILVA, Antônio Álvares da. *A multa do artigo 477, § 8º, da CLT*. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 1997.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. V. 6, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. V. 2, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E O PROCESSO DO TRABALHO

Leonardo Carneiro da Cunha*
Fredie Didier Jr.**

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Uma das principais novidades do CPC-2015 foi o incrível aperfeiçoamento feito no incidente de assunção de competência, antes timidamente previsto no §1º do art. 555 do CPC-1973.

Esse incidente é plenamente aplicável ao processo do trabalho, tanto no âmbito dos tribunais regionais do trabalho quanto no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.¹

Pode-se afirmar, inclusive, que o antigo incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 e segs. do CPC-1973) desdobrou-se, no CPC-2015, no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência.

A observação é importante, pois o § 3º do art. 896 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.015/2014, determina a aplicação do incidente de uniformização de jurisprudência, tal como regulado pelo CPC-1973, ao processo do trabalho. Sucede que esse incidente deixou de existir, em razão da superveniência do CPC-2015. Em seu lugar, vieram os dois novos incidentes referidos acima.

Este ensaio cuida de um desses novos incidentes: o incidente de assunção de competência. O objetivo é demonstrar o seu perfil dogmático e a sua importância.

2. BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

Não é de hoje a iniciativa legislativa de municiar os tribunais de instrumentos destinados a prevenir e a eliminar a divergência jurisprudencial. Com mais ou menos

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

** Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

¹ A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis deliberou a respeito do assunto; enunciado n. 335: "O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho"; enunciado n. 167: "Os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de suas próprias súmulas e aos seus precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas"; enunciado n. 171: "Os juízes e tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos precedentes do TST em incidente de assunção de competência em matéria infraconstitucional relativa ao direito e ao processo do trabalho, bem como às suas súmulas."

intensidade, há muito tempo a legislação vem oferecendo expedientes destinados a tal finalidade.

No processo civil brasileiro, houve, ao longo da história, diplomas legais que conferiram instrumentos destinados a prevenir a divergência jurisprudencial.

O Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que organizou a Justiça do Distrito Federal, previu o instituto do prejulgado, dispondo, em seu art. 103, que, quando se anteviesse pela votação que a câmara julgadora iria proferir resultado diverso do entendimento já manifestado por outra, fosse convocada uma reunião das duas câmaras para uniformizar o entendimento. A Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936, previu, em seu art. 2º, o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre a matéria a respeito da qual pudesse ocorrer divergência entre câmaras ou turmas. O art. 861 do Código de Processo Civil de 1939 determinava:

A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

Mas também foram pensados instrumentos de correção da desarmonia jurisprudencial.

O referido Decreto n. 16.273, de 1923, em seu art. 108, III, “c”, previa o cabimento de recurso de revista contra decisão que divergisse de entendimento manifestado por outra câmara julgadora. A citada Lei n. 319, de 1936, estabelecia, em seu art. 1º, que das decisões finais das cortes ou de qualquer de suas câmaras ou turmas cabia revista para a Corte Plena quando contrariasse ou divergisse de outra decisão, também final, da mesma corte ou de algumas de suas câmaras ou turmas. E, finalmente, o Código de Processo Civil de 1939 regulava, em seus arts. 853 a 860, o recurso de revista cabível

[...] nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, turmas ou grupo de câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das câmaras cíveis reunidas.

O Código de Processo Civil de 1973 previu, em seus arts. 476 a 479, a uniformização de jurisprudência, que consistia num incidente, instaurado no curso de um recurso, remessa necessária ou ação de competência originária em qualquer tribunal. O incidente de uniformização de jurisprudência pressupunha causa pendente em tribunal, a ser julgada por “turma, câmara ou grupo de câmaras”, aí se acrescentando, em razão da organização de alguns tribunais, as seções. Descabia, portanto, o incidente se o órgão julgador fosse o plenário ou o órgão especial.² Não era um recurso; era um incidente, somente podendo ser instaurado

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, n. 7, p. 9.

antes de encerrado o julgamento. Não é por outro motivo, aliás, que o art. 476 do CPC-1973 enunciava que competia a qualquer juiz solicitar o “pronunciamento prévio” do tribunal quando ocorresse a hipótese ali prevista. Não cabia o incidente de uniformização de jurisprudência se a decisão já tivesse sido proferida. Cabia o incidente se houvesse divergência, de modo que o incidente somente podia ser repressivo.

O procedimento do incidente de uniformização de jurisprudência era burocrático e moroso. A câmara ou turma deveria suscitá-lo, lavrando um acórdão. Suscitado o incidente, o caso era encaminhado ao plenário ou órgão especial, que iria definir o entendimento a ser adotado, lavrando-se um segundo acórdão. Definido o entendimento, o julgamento era retomado pela turma ou câmara originária que iria, então, seguindo o entendimento estabelecido pelo plenário ou corte especial, julgar o caso concreto.

Com o advento da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o art. 555 do CPC de 1973 passou a ter um § 1º com o seguinte teor:

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

O dispositivo estendeu à apelação e ao agravo, nos tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, regra existente no Regimento Interno do STF (art. 22, parágrafo único, “b”)³ e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 14, II).⁴

O § 1º do art. 555 do CPC de 1973 passou a prever, a bem da verdade, mais um incidente de uniformização de jurisprudência. A regra ampliou as hipóteses de uniformização de jurisprudência no âmbito interno dos tribunais, evitando a adoção do procedimento previsto nos arts. 476 a 479 do CPC de 1973, que era meramente repressivo e implicava uma bipartição da competência funcional para julgamento da causa.

A previsão contida no § 1º do art. 555 do CPC de 1973 remetia para órgão de maior composição, dentro do mesmo tribunal, o julgamento de recurso atribuído, originalmente, a turma ou câmara, a fim de uniformizar a jurisprudência. Afetar o

³ Art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.”

⁴ Art. 14 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção; II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 118). Parágrafo único. A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão, salvo no caso do item III (art. 118, § 1º).”

juízo a outro órgão, com fulcro no referido dispositivo, diferia da adoção do procedimento de uniformização de jurisprudência calcado nos arts. 476 a 479 daquele Código. Este último fazia com que o plenário ou órgão especial definisse o entendimento do tribunal, devendo o julgamento ser retomado pela turma ou câmara para deslinde do mérito da questão, enquanto a previsão contida no § 1º do art. 555 permitia o julgamento por outro órgão, retirando da turma ou câmara a atribuição de conferir desfecho ao caso.

O incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC-2015, é uma reformulação do incidente previsto no § 1º do art. 555 do CPC-1973. Além de ser aplicável quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC-2015, art. 947, § 4º), é admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

3. INSTRUMENTO DESTINADO A CONCRETIZAR A TUTELA DA SEGURANÇA JURÍDICA

O art. 926 do CPC-2015 estabelece que devem os tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Em virtude de vários dispositivos contidos no CPC, a atividade jurisdicional deve orientar-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, com vistas ao atendimento das exigências de isonomia e de segurança jurídica.

Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares. A divergência jurisprudencial atenta contra o princípio da isonomia. É preciso que casos iguais tenham idêntica solução jurídica. Nesse sentido, firmado entendimento jurisprudencial sobre determinado tema, os casos que envolvam tal assunto devem seguir esse mesmo entendimento.

A obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar, ainda, a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações semelhantes, sendo certo que decisões divergentes não atingem a finalidade de aplacar os conflitos de que se originaram as demandas. Casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de se instaurar um estado de incerteza.

O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais.

Se é certo que os tribunais devem tutelar a segurança jurídica, uniformizando sua jurisprudência, o art. 947 do CPC-2015, ao prever o incidente de assunção de competência, põe à sua disposição mecanismo destinado a prevenir e a corrigir divergência jurisprudencial, contribuindo para que os tribunais cumpram o dever de uniformização jurisprudencial.

4. COMPETÊNCIA E CABIMENTO

O incidente de assunção de competência pode ser instaurado em qualquer tribunal⁵, inclusive nos tribunais superiores. Enquanto não julgada a causa ou o recurso, é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz um precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados.

O incidente de assunção de competência é admissível em qualquer causa que tramite no tribunal. Não é sem razão, aliás, que o art. 947 do CPC-2015 estabelece ser ele admissível

[...] quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

5. OBJETIVOS

Já se pode perceber que o grande objetivo do incidente de assunção de competência é assegurar a segurança jurídica. Para isso, há três fins específicos que reforçam esse seu grande objetivo.

Em primeiro lugar, o incidente de assunção de competência tem por finalidade provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição. Há um deslocamento de competência no âmbito interno do tribunal. O caso, que deveria ser julgado por uma câmara ou turma, é afetado a outro órgão de maior composição, a ser indicado pelo regimento do tribunal, que passa a assumir a competência para julgar o caso. É exatamente isso que consta do § 2º do art. 947 do CPC-2015:

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

Ao julgá-lo, o órgão define o entendimento da Corte.

Também constitui finalidade específica do incidente de assunção de competência prevenir ou compor divergência interna no tribunal. É por isso que o § 4º do art. 947 do CPC-2015 assim dispõe:

Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Se já há uma divergência interna na jurisprudência do tribunal, deve ser instaurado o incidente de assunção de competência. Nesse ponto, tal incidente funciona como instrumento a ser utilizado pelo tribunal para o

⁵ Nesse sentido, enunciado n. 468 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal.”

cumprimento do dever de uniformizar sua jurisprudência, dever esse que lhe é imposto pelo art. 926 do CPC-2015. De igual modo, e com a mesma finalidade de cumprir com o dever de uniformizar seu entendimento, o tribunal deve instaurar o incidente de assunção de competência quando se revelar possível o dissenso entre suas câmaras ou turmas. Assim, e com a finalidade de prevenir a divergência, o tribunal deve instaurar o incidente de assunção de competência.

Ainda constitui objetivo do incidente de assunção de competência a formação de precedente obrigatório, que vincula o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. Afetado o caso a órgão de maior composição indicado pelo regimento interno, a decisão por ele tomada “[...] vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese” (CPC-2015, art. 947, § 3º).

6. MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC-2015, art. 926). Por essas razões, juízes e tribunais devem observar “[...] os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (CPC-2015, art. 927, III).

Já se viu, no item anterior, que o incidente de assunção de competência tem na formação de precedente obrigatório um de seus objetivos. Esse também é um dos objetivos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento dos recursos repetitivos. Formado o precedente obrigatório, tanto no incidente de assunção de competência como no julgamento de casos repetitivos, os juízos e tribunais devem observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (CPC-2015, art. 332, II e III), dispensando a remessa necessária (CPC-2015, art. 496, § 4º, II e III) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (CPC-2015, art. 932, IV, “b” e “c”, V, “b” e “c”; art. 955, parágrafo único, II). Cabe reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC-2015, art. 988, IV), sendo considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC-2015, art. 1.022, parágrafo único, I).

Há uma unidade e coerência sistêmicas entre o incidente de assunção de competência e o julgamento de casos repetitivos, cumprindo lembrar que o termo “julgamento de casos repetitivos” abrange a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos repetitivos (CPC-2015, art. 928).

Em outras palavras, existe um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formado pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microsistema, garantindo, assim, unidade e coerência. Para que se formem precedentes obrigatórios, devem ser aplicadas as normas que compõem esse microsistema, tal como se passa a demonstrar nos subitens a seguir destacados.

O incidente de assunção de competência não pertence ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928). A informação é relevante. O julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que possuem natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios. Por isso, esses incidentes pertencem a dois microsistemas: o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatórios; o incidente de assunção de competência pertence apenas ao último desses microsistemas. Por isso, apenas as normas que dizem respeito à função de formação e aplicação de precedentes obrigatórios devem aplicar-se ao incidente de assunção de competência; as normas relativas à gestão e julgamento de casos repetitivos (como a paralisação de processos à espera da decisão paradigma) não se lhe aplicam.

6.1. Aplicação do núcleo desse microsistema

O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição, com qualificação do debate para a formação do precedente, com a exigência de fundamentação reforçada e de ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microsistema.

Além das normas relativas à formação do precedente, o referido microsistema compõe-se também das normas concernentes à aplicação do precedente.

Todas essas normas aplicam-se aos instrumentos que integram esse microsistema, incidindo no incidente de assunção de competência.

6.2. Aplicação das normas relativas à formação do precedente

Para formação do precedente obrigatório, aplicam-se as normas que exigem a ampliação da cognição e da publicidade, com qualificação do debate e dever de fundamentação reforçada. Tais normas passam a ser examinadas a seguir.

6.2.1. Participação de *amici curiae*

Os instrumentos destinados à formação de precedente devem contar com ampla participação de interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Todos devem participar, com a finalidade de ampliar a qualidade do debate, permitindo que a questão de direito seja mais bem compreendida, com a apresentação de diversos pontos de vista e variegados argumentos a serem objeto de reflexão pelos julgadores.

É por isso que o art. 983 do CPC-2015 - inserido no capítulo relativo ao incidente de resolução de demandas repetitivas - determina que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, os chamados *amici curiae*. Cada *amicus curiae* deve contribuir com sua experiência, seus estudos, documentos, materiais, dados, informações, enfim, com material que amplie a qualidade do debate e permita um melhor aprofundamento do assunto pelo tribunal.

Essa mesma previsão é repetida no inciso I do art. 1.038 do CPC-2015, segundo o qual o relator do recurso selecionado para julgamento, no âmbito dos recursos repetitivos, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno.

A exemplo do que ocorre no julgamento de casos repetitivos, o relator, no incidente de assunção de competência, deve solicitar ou admitir a manifestação de *amici curiae*.⁶ É preciso aplicar a regra do microsistema (de formação concentrada de precedentes obrigatórios) ao incidente de assunção de competência.

6.2.2. Audiências públicas

Além da participação de *amici curiae*, o relator poderá designar audiências públicas para colher depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria a ser discutida no incidente de assunção de competência. Como já afirmado, o incidente de assunção de competência tem, como um de seus objetivos, a formação de um precedente. Para a formação de precedente, é preciso ampliar a cognição e ter um debate de qualidade.

A designação de audiências públicas está prevista nos arts. 983, § 1º, e 1.038, II. Tais dispositivos referem-se, respectivamente, ao processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos repetitivos. Embora não mencionem expressamente o incidente de assunção de competência, devem a este ser aplicados, por formarem todos eles o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

6.2.3. Reforço do dever de motivar

Os instrumentos que se destinam à formação de precedentes - integrantes que são de seu específico microsistema - são estruturados, como visto, para viabilizar ampla cognição, com um debate qualificado. A ampliação da cognição e do debate desagua numa decisão com motivação reforçada, a servir de paradigma, de orientação, de precedente, enfim, de regra a ser seguida nos casos sucessivos.

É por isso que os arts. 984, § 2º, e 1.038, § 3º, ambos do CPC-2015, estabelecem que o conteúdo do acórdão deve abranger a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (art. 489, § 1º, IV). É preciso que haja fundamentação reforçada, com a criação de um precedente de qualidade.

O tribunal, ao julgar o incidente de formação concentrada de precedentes obrigatórios, deve apresentar, no acórdão, de forma separada e destacada, uma espécie de índice ou sumário com todos os argumentos enfrentados pelo tribunal, separados de acordo com a relação que tenham com a tese discutida: favoráveis e contrários a ela. Assim, o acórdão de incidentes desse tipo deve ser escrito de um modo a que se destaquem as suas três partes fundamentais: a) a lista dos argumentos examinados; b) a tese firmada; c) o julgamento do caso.

⁶ Nesse sentido, enunciado n. 201 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984."

Os referidos dispositivos não mencionam o incidente de assunção de competência, não havendo, no capítulo a ele destinado, texto normativo que reproduza a exigência de motivação reforçada. Sem embargo disso, tal imposição aplica-se igualmente ao incidente de assunção de competência, pois se trata de norma inserida no âmbito do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, do qual ele faz parte.

6.2.4. Intervenção do Ministério Público

Não custa repetir que a construção do precedente deve pautar-se na ampliação do debate e na motivação qualificada. Para qualificar o debate na formação do precedente, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (CPC-2015, arts. 976, § 2º, e 1.038, III).

Embora o incidente de assunção de competência também seja um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, o legislador silenciou sobre a necessidade de participação do Ministério Público. Esse silêncio deve ser suprido por uma interpretação microssistemática: a participação do Ministério Público é obrigatória no incidente de assunção de competência, pois essa é a (correta) opção do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios brasileiro.

O Ministério Público tradicionalmente é o terceiro ouvido, obrigatoriamente, quando se pretende ampliar e qualificar a discussão. A função de fiscal da ordem jurídica é, basicamente, para isso. Não faria sentido excluir essa participação no incidente de assunção de competência, quando ela é exigida em outros procedimentos aptos à produção de precedentes igualmente obrigatórios.

Além disso, no incidente de assunção de competência, há, sempre, como pressuposto, a discussão de relevante questão de direito, com grande repercussão social (CPC-2015, art. 947). A existência de interesse social é causa de intervenção do Ministério Público (CPC-2015, art. 178, I). Ou seja: é ínsita ao incidente de assunção de competência a relevância social que justifica a participação obrigatória do Ministério Público.

Por uma ou por outra razão, é obrigatória a intimação do Ministério Público no incidente de assunção de competência.⁷

6.2.5. Publicidade

Os instrumentos processuais destinados à formação concentrada de precedentes obrigatórios devem, como visto, ser conduzidos de modo a viabilizar a mais ampla discussão, com decisão que contenha motivação reforçada.

Para que se viabilize essa ampla discussão, é preciso que se confira ampla publicidade à instauração e ao julgamento do mecanismo destinado à formação do precedente. Isso ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC-2015, art. 979, §§ 1º, 2º e 3º), cujas regras devem aplicar-se igualmente aos recursos repetitivos e ao incidente de assunção de competência.

⁷ Nesse sentido, enunciado n. 467 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O Ministério Público deve ser obrigatoriamente intimado no incidente de assunção de competência.”

Quer isso dizer que a instauração e o julgamento do incidente de assunção de competência devem ser sucedidos da mais ampla divulgação e publicidade.

6.2.6. Regras sobre superação

O incidente de assunção de competência, da mesma forma que o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos destinam-se a formar precedente obrigatório.

Firmado o precedente, este deve ser seguido pelos juízos sucessivos que estejam vinculados ao respectivo tribunal. Se, posteriormente, houver necessidade de alterar o entendimento firmado no precedente ou de superar o precedente, aquele mesmo tribunal poderá, adotando o mesmo procedimento, rever a tese jurídica firmada no incidente. A revisão do entendimento adotado pelo tribunal pode fazer-se do mesmo modo, ou seja, pelo incidente de assunção de competência, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Aplica-se, no particular, o texto do art. 986 do CPC-2015, com as devidas adaptações.

A alteração da tese jurídica adotada no incidente de assunção de competência, que deve observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que ofereçam condições de contribuir para a rediscussão da tese, podendo haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Enfim, ao incidente de assunção de competência aplicam-se os §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do CPC-2015.⁸

6.3. Incidência das normas relativas à aplicação do precedente

Julgado o caso pelo incidente de assunção de competência, além de ser decidido o recurso, a remessa necessária ou o processo originário, será fixado o precedente. Estabelecido o entendimento do tribunal, o precedente firmado haverá de ser aplicado, rendendo ensejo às consequências dessa sua aplicação e atraindo a adoção de algumas regras, a seguir destacadas.

Se algum juízo vinculado ao tribunal não observar a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para garantir sua observância (CPC-2015, art. 988, IV).

Após firmada a tese jurídica pelo tribunal no julgamento do incidente, se for proposta alguma demanda cujo fundamento a contrarie, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido independentemente da citação do réu, desde que não haja necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor (CPC-2015, art. 332, III).

A tutela provisória satisfativa, no Código de Processo Civil, pode ser antecedente ou incidental e ter por fundamento a urgência ou a evidência. A

⁸ Nesse sentido, enunciado n. 461 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O disposto no § 2º do art. 927 aplica-se ao incidente de assunção de competência."

tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando, entre outras hipóteses, as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (prestigia-se aqui a importância e a força dos precedentes judiciais). Em tal hipótese (CPC-2015, art. 311, II), a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente, ou seja, *inaudita altera parte* (CPC-2015, art. 311, parágrafo único).

Embora o dispositivo não se refira a precedente firmado em incidente de assunção de competência, não há razão para interpretá-lo restritivamente e permitir a tutela de evidência apenas para precedentes firmados em julgamento de casos repetitivos. Não custa reafirmar o que já se disse: há um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, de maneira que é cabível a tutela de evidência quando a pretensão do autor estiver respaldada em precedente firmado no julgamento de incidente de assunção de competência. O juiz pode conceder a tutela de evidência, que poderá, inclusive, ser deferida liminarmente.

Concedida a tutela de evidência e vindo ela a ser confirmada na sentença, ou quando sua concessão se der na própria sentença, a apelação não terá efeito suspensivo, permitindo-se o seu cumprimento provisório (CPC-2015, art. 1.012, § 1º, V).

A sentença que se apoie na tese jurídica firmada pelo tribunal no julgamento do incidente não estará sujeita à remessa necessária, ainda que proferida contra a Fazenda Pública (CPC-2015, art. 496, § 4º, III).

Na execução provisória, a caução será dispensada quando a sentença houver sido proferida com base em precedente firmado em julgamento de casos repetitivos (CPC-2015, art. 521, IV). Considerando o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, também deve ser dispensada a caução na execução provisória quando a sentença fundar-se em precedente firmado no incidente de assunção de competência.

Nos tribunais, os julgamentos serão proferidos isoladamente pelo relator, a quem se permite negar seguimento ao recurso quando fundado em argumento contrário à tese firmada no referido incidente (CPC-2015, art. 932, IV, “c”). Poderá, por outro lado, o relator dar provimento imediato ao recurso quando este fundar-se exatamente na tese jurídica firmada no incidente de assunção de competência (CPC-2015, art. 932, V, “c”).

Enfim, firmada a tese jurídica no incidente de assunção de competência, os juízos deverão aplicá-la a todos os casos que nela se fundarem.

7. PRESSUPOSTOS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência está previsto no art. 947 do CPC-2015, que está assim redigido:

É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Tal dispositivo contém a previsão dos pressupostos para a instauração do incidente de assunção de competência. Destaca-se, como primeiro pressuposto, a existência de relevante questão de direito. O julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária envolve relevante questão de direito que mereça ter sua cognição ampliada, com contraditório mais qualificado e fundamentação reforçada, a fim de firmar um precedente sobre o tema, prevenindo ou eliminando divergência jurisprudencial.

A questão de direito envolvida no caso, além de relevante, pode ser de direito material ou de direito processual. Não há restrição de matéria. Qualquer questão de direito que seja relevante, independentemente do tema, pode ensejar a instauração do incidente de assunção de competência, transferindo o julgamento para um órgão de maior composição que, ao julgar o caso, irá firmar precedente obrigatório.

Não basta, porém, que a questão seja relevante. É preciso, ainda, que haja grande repercussão social. O termo é indeterminado, concretizando-se a partir dos elementos do caso, mas é possível utilizar como parâmetro ou diretriz o disposto no § 1º do art. 1.035 do CPC-2015, que trata da repercussão geral, devendo-se considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico⁹ que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Ao lado disso, há também um pressuposto negativo. Não cabe o incidente de assunção de competência se houver repetição da discussão em múltiplos processos. A existência de múltiplos processos convoca a instauração de instrumentos destinados ao julgamento de causas repetitivas, que compreendem o incidente de resolução de demandas repetitivas ou os recursos repetitivos.¹⁰ Havendo múltiplos processos repetitivos, não cabe o incidente de assunção de competência. Este é cabível para questões relevantes, de grande repercussão social, em processo específico ou em processos que tramitem em pouca quantidade.

Alguns exemplos de questões relevantes, que podem não estar sendo discutidas em casos repetitivos e, por isso mesmo, podem ser objeto de incidente de assunção de competência: a) discussão sobre se há ou não direito de alguém a ser reconhecido como pertencente a um “terceiro gênero” (nem feminino nem masculino) e, por isso, saber qual será o seu regime jurídico na relação de trabalho (que banheiro usará, por exemplo); b) saber se um sindicato pode ou não celebrar uma convenção processual coletiva; c) saber se é possível reconvenção no processo do trabalho; d) discussão sobre a interpretação extensiva de determinado rol legal taxativo etc.

Para que se instaure o incidente de resolução de demandas repetitivas, é preciso que haja (a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. É dizer: se houver múltiplos processos, não cabe a assunção de competência, mas incidente de resolução de demandas repetitivas.

⁹ Nesse sentido, enunciado n. 469 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A ‘grande repercussão social’, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política.”

¹⁰ Nesse sentido, o enunciado n. 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Por força da expressão ‘sem repetição em múltiplos processos’, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.”

Há situações que podem estar entre as duas hipóteses, acarretando eventuais dúvidas sobre o cabimento do incidente de assunção de competência. Imagine-se, por exemplo, que haja cinco ou dez processos sobre o mesmo tema. Todos foram julgados no mesmo sentido. Rigorosamente, há aí casos repetitivos, mas não há a existência de “múltiplos processos”. Por terem sido todos julgados no mesmo sentido, também não há risco de ofensa à isonomia, nem à segurança jurídica, mas a questão pode ser relevante, de grande repercussão social. Nesse caso, não caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas (por não haver risco à isonomia, nem à segurança jurídica), mas é possível que se instaure a assunção de competência, por ser conveniente prevenir qualquer possível divergência futura (CPC-2015, art. 947, § 4º).

8. LEGITIMIDADE PARA PROVOCAR A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O relator, antes ou durante o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, pode propor, de ofício, a assunção de competência.

Enquanto examina o caso, e antes mesmo de pedir inclusão em pauta para julgamento, o relator pode verificar a presença dos pressupostos para a assunção de competência e decidir que ela deve ser instaurada, requerendo a inclusão do processo na pauta do órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno, a fim de que assuma a competência para julgamento do caso. O relator deve participar do julgamento. Este órgão de maior composição irá, preliminarmente, por ocasião do próprio julgamento, avaliar a proposta do relator e concordar ou não com a presença dos pressupostos previstos no art. 947 do CPC-2015 para, então, assumir ou não a competência para julgamento do caso.

Em vez de assim proceder, o relator poderá, ao examinar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, pedir sua inclusão em pauta no órgão fracionário competente para o julgamento e, lá durante o julgamento, desde que antes de sua conclusão, o colegiado decidir pela transferência da competência para o órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno para formação de precedente obrigatório. Assim decidido pelo colegiado, será instaurado o incidente de assunção de competência, sendo o caso incluído na pauta do órgão de maior composição, que poderá assumir ou não a competência para o julgamento do caso, ao reconhecer ou não o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 947 do CPC-2015.

Além do relator ou do colegiado, a assunção de competência pode ser instaurada por provocação de qualquer uma das partes da causa pendente no tribunal. Também podem requerer a instauração da assunção de competência o Ministério Público ou a Defensoria Pública. A legitimidade do Ministério Público ou da Defensoria Pública está relacionada ao pressuposto da “grande repercussão social”. A análise do cabimento da assunção de competência imiscui-se com a própria análise da legitimidade do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Se não houver “grande repercussão social”, além de não caber a assunção de competência, não haverá legitimidade para requerer sua instauração.

No tocante especificamente à Defensoria Pública, sua legitimidade relaciona-se com sua função típica, definida constitucionalmente, havendo necessidade de o caso envolver interesses de necessitados ou versar sobre tema que a eles esteja relacionado. É preciso, em resumo, que haja a chamada legitimidade adequada ou representação adequada.

O relator ou o órgão colegiado deve propor a assunção de competência ao presidente do órgão indicado pelo regimento interno, pedindo-lhe a inclusão em pauta para julgamento. É por petição que a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública deve requerer a assunção de competência. A petição será dirigida ao relator do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, que deverá examinar se estão presentes os pressupostos previstos no art. 947 do CPC-2015 e, então, pedir ou não a inclusão do caso na pauta de julgamento do órgão indicado pelo regimento interno do tribunal.

9. COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência provoca a transferência da competência. O recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, que seria julgado por um órgão fracionário, passará, em razão da assunção de competência, a ser julgado por um órgão de maior composição, indicado pelo regimento interno. Tal órgão pode ser o plenário, a corte especial, uma seção, um grupo de câmaras, enfim, um órgão, de maior composição, indicado pelo regimento interno do tribunal.

Cabe ao tribunal, segundo disposto no art. 96, I, "a", da Constituição Federal, elaborar seu regimento interno, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. É por isso que o órgão que deve passar a julgar o caso, em virtude da assunção de competência, deve estar previsto no regimento interno.

O tribunal, ao indicar o órgão que irá assumir a competência do caso para efeito de firmar precedente obrigatório, deve observar o disposto no art. 978 do CPC-2015, ou seja, deve indicar o mesmo órgão responsável pela uniformização de jurisprudência do tribunal.¹¹

O relator deve manter-se o mesmo. Afetado o julgamento ao órgão indicado pelo regimento, não se altera o relator. Ainda que ele não componha o órgão indicado pelo regimento, deve participar do julgamento, mantendo a função de relator. E, se houver outro caso a ser afetado ao órgão indicado pelo regimento, o relator mantém-se prevento, aplicando-se, no particular, o disposto no § 3º do art. 1.037 do CPC-2015.

10. ORDEM CRONOLÓGICA PARA JULGAMENTO E APLICAÇÃO AO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Nos termos do art. 12 do CPC-2015, os tribunais devem observar a ordem cronológica de conclusão para proferir acórdãos. Tal regra, que concretiza os

¹¹ Nesse sentido, o enunciado n. 202 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que está assim redigido: "O órgão a que se refere o § 1º do art. 947 deve atender aos mesmos requisitos previstos pelo art. 978."

princípios da igualdade, da impessoalidade e da duração razoável do processo, comporta exceções relacionadas no § 2º do próprio art. 12, entre as quais merece destaque a do “[...] julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas.” (inciso III).

O julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas contém em si uma assunção de competência, justamente porque o órgão indicado pelo tribunal para julgá-lo deveria, igualmente, julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária (CPC-2015, art. 978, parágrafo único). Diante disso, surge a indagação: o incidente de assunção de competência subsume-se a essa hipótese, encartando-se na exceção prevista para o incidente de resolução de demandas repetitivas? Em outras palavras, o incidente de assunção de competência deve ser julgado na ordem cronológica ou fora da lista?

As exceções previstas no § 2º do art. 12 do CPC-2015 justificam-se como hipóteses que afastam a observância da isonomia e da impessoalidade. No caso do julgamento de casos repetitivos, é preciso que se confira agilidade e prioridade na resolução da questão e na fixação do precedente, pois todos os processos que contenham a mesma discussão ficam sobrestados enquanto não se define a tese a ser-lhes aplicada. Trata-se, enfim, de exceção que se ajusta ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos. Não é exceção que se amolde ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

É por isso que o incidente de assunção de competência não está inserido na exceção prevista no § 2º do art. 12 do CPC-2015; não deve ser ali considerado inserido. O julgamento da assunção de competência será feito pelo órgão indicado pelo regimento interno, incluindo-se na sua pauta, com observância da ordem cronológica de conclusão.

11. RECURSO

A decisão que julga o incidente de assunção de competência é um acórdão. Esse acórdão é recorrível.

Sempre será possível a oposição de embargos de declaração. Caso tenha sido proferido por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, caberá, ainda, recurso especial ou extraordinário; caso tenha sido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, caberá recurso extraordinário; se proferido pelo Supremo Tribunal Federal, caberão apenas embargos de declaração.

Caso tenha sido proferido por Tribunal Regional do Trabalho, caberão recurso ordinário ou recurso de revista, para o Tribunal Superior do Trabalho, a depender da causa que tenha sido julgada; caso o julgamento tenha sido proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, caberá recurso extraordinário, uma vez preenchida uma de suas hipóteses de cabimento.

O art. 987 do CPC-2015, com exceção da parte que determina o efeito suspensivo automático aos recursos especial e extraordinário, aplica-se ao julgamento de incidente de assunção de competência. Do julgamento da assunção de competência cabem recursos especial e extraordinário, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida. Julgado o recurso, a tese adotada pelo STF ou pelo STJ terá aplicação em todo território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica

questão de direito. Em outras palavras, formado o precedente, este haverá de ser aplicado obrigatoriamente.

O recurso especial ou extraordinário, na assunção de competência, não tem efeito suspensivo automático, por ser regra peculiar ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando ao julgamento do incidente de assunção de competência. As demais regras previstas no art. 987 do CPC-2015 ajustam-se ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Estas, aí sim, incidem no caso de assunção de competência.

Por essa mesma razão, não se aplica ao incidente de assunção de competência o disposto no § 3º do art. 982 do CPC-2015, não sendo possível haver a suspensão nacional de processos que tratem do mesmo tema, já que esta é uma regra direcionada à gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando à assunção de competência.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SEUS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Luiz Ronan Neves Koury*

INTRODUÇÃO

As sociedades modernas, com as múltiplas visões de mundo que convivem em seu interior, são por excelência conflitivas. O desafio que se coloca, na perspectiva de construção de consensos, é como atuar sobre essa realidade de inúmeros e variados conflitos, multifacetados por aspectos ideológicos, políticos, econômicos e sociais.

No campo jurídico existem meios de interferir nas controvérsias, podendo ser destacadas, dentre outras, a conciliação e a mediação.

No exame da mediação/conciliação é importante lembrar que, embora delas participe um terceiro, representam mecanismo fundamental para que as partes adquiram maturidade no exercício da cidadania porquanto, em última análise, são elas que constroem a solução para o conflito.

Tem-se, como consequência, o empoderamento das partes em decorrência de sua atuação no processo de mediação/conciliação, como também a chamada validação, em que as partes passam a distinguir o outro como alguém merecedor de respeito e consideração.

Independente de se entender a mediação/conciliação como equivalentes jurisdicionais, meios alternativos de solução dos conflitos ou forma adequada de atuação na controvérsia, o importante é que funcionam como mecanismo indispensável de acesso à justiça, sempre com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Como reconhece parcela da doutrina, juntamente com a previsão da cooperação, trata-se da maior inovação do Novo Código de Processo Civil, com extensa previsão normativa, marcando o nascimento de um novo paradigma de tratamento do processo (pelo espaço que se dá a ele) e dos conflitos.

É possível enquadrar a conciliação/mediação como desdobramento dos mais importantes princípios do processo, previstos na Constituição, como o princípio do acesso à justiça ou mesmo o princípio do devido processo legal pois passaram a figurar como momento obrigatório no itinerário processual.

Cumprir dizer também que a mediação/conciliação, na forma em que se encontram positivadas, demonstram a preocupação do legislador, fiel à construção doutrinária desses meios alternativos (adequados) de solução do conflito, com as relações jurídicas continuadas e com a sua pacificação ao longo do tempo e de forma duradoura, especialmente em relação à mediação.

A sua superioridade em relação à solução jurisdicional, reconhecida pelos estudiosos da matéria, decorre exatamente do efeito pedagógico que acarretam no sentido de criar nas partes a consciência de que os problemas futuros, surgidos

* Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.

no curso da relação jurídica, podem ser por elas resolvidos, independente de um terceiro, aspecto que representa verdadeiro avanço civilizatório nas relações interpessoais e sociais.

Nesse passo é necessário registrar que a conciliação (e não a mediação) se confunde com a própria história da Justiça do Trabalho em função de sua origem administrativa e da estrutura paritária que, até certo momento, caracterizou-a.

A previsão da conciliação no Novo CPC, com a relevância agora dada a ela, serve para justificar a importância que sempre lhe foi atribuída no campo trabalhista, e a sua colocação, na condição de norma fundamental do processo, apenas confirma o acerto histórico do procedimento trabalhista.

Nas palavras acertadas de Freitas Júnior, tem-se agora a substituição da cultura da arena pela cultura da alteridade. Abandona-se o espetáculo da discórdia para construção de espaços institucionais orientados pelo estímulo do diálogo e da tolerância com o dissenso e a diversidade.¹

1 HISTÓRICO

A mediação, historicamente em nosso ordenamento jurídico, sempre esteve associada ou conhecida como conciliação, como informa o professor Kazuo Watanabe.²

Faz parte da História do Brasil desde a época da colônia, nas Ordenações Filipinas de 1603 (Livro III, T.20, § 1º), com a preocupação que já se manifestava pela solução consensual dos conflitos.³

Com a Proclamação da Independência, mais precisamente na Constituição de 1824, fixou-se verdadeira política pública de solução de conflitos, com a previsão de que nenhum processo seria iniciado caso não se registrasse ou se tentasse a reconciliação das partes como constava de seu art. 161.⁴

Nesse período a conciliação tinha como agente principal o juiz de paz (art. 162 da Constituição de 1824), ou seja, toda atividade em torno da conciliação se baseava em sua atuação.

Aspectos políticos, entretanto, não permitiram que se ampliasse essa atuação e que se consolidasse uma verdadeira política pública de solução consensual dos conflitos, pois, enquanto os liberais ampliavam o raio de sua atuação, valorizando a figura do juiz de paz em detrimento do autoritarismo estatal, os conservadores limitavam os seus poderes, impedindo a criação de uma cultura da conciliação.⁵

Proclamada a República, a conciliação, já pouco utilizada, foi inteiramente eliminada de nossa legislação processual, deixando-se de lado a fixação de uma

¹ FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 18.

² WATANABE, Kazuo. Mediação como Política Pública Social e Judiciária. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 35.

³ WATANABE, Kazuo. Ob. citada, p. 35-36.

⁴ WATANABE, Kazuo. Ob. citada, p. 36.

⁵ WATANABE, Kazuo. Ob. citada, p. 36.

política pública de valorização do consenso, ensaiada por ocasião do Império.⁶

O CPC vigente menciona a conciliação em vários dispositivos, sem um tratamento orgânico próprio de uma política pública da conciliação, ainda que se considerem os acréscimos da Lei n. 8.952/74 no tocante ao dever do magistrado de tentar a conciliação (art. 125, IV) e a previsão da conciliação na audiência preliminar (art. 331).⁷

A sua retomada ocorreu, entendida do ponto de vista de lhe emprestar relevância e espaço normativo, com a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, de 1984.⁸

Tem-se, também, a previsão do inciso I do art. 98 da Constituição vigente quanto à criação dos juizados especiais para conciliação de causas cíveis de menor complexidade, regulamentados pelas Leis n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais) e 10.259/2001 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais).⁹

A rigor, no entanto, é em 2010, com a Resolução n. 125/2010, que se passou a ter, de forma abrangente, o tratamento da mediação e conciliação como ferramentas indispensáveis a uma política pública de solução de conflitos, sem, no entanto, fazer uma distinção entre elas.¹⁰

Segundo Watanabe, são os seguintes os pontos de destaque da referida Resolução:

- a) A mudança de paradigma dos serviços judiciários, abrangendo também os mecanismos consensuais de solução dos conflitos. Incluiu-se, portanto, nos serviços judiciários, além da solução jurisdicional, a possibilidade da utilização de outros mecanismos, como a mediação e conciliação (art. 1º, *caput* e parágrafo único);
- b) A exigência de que esses mecanismos sejam desenvolvidos com qualidade, com a capacitação adequada de mediadores e conciliadores;
- c) A centralização dos serviços de conciliação em centros ou centrais, assegurando-se o seu permanente aperfeiçoamento através de dados estatísticos.

A partir dessa norma Kazuo Watanabe registra que a conciliação e a mediação não deverão ser consideradas mais como meios alternativos de solução dos conflitos, mas sim como meios adequados de solução de controvérsias.

No processo do trabalho pode-se dizer que a conciliação, e não propriamente a mediação, esteve presente ao longo das inúmeras normas que trataram do tema.

A tentativa de conciliação obrigatória na Justiça do Trabalho foi restabelecida a partir de 1932, pois suprimida anteriormente ao argumento de que cometia um atentado à liberdade individual.

⁶ WATANABE, Kazuo. Ob. citada, p. 36.

⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código processual civil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 40, ed. 242, abril/2015, p. 605.

⁸ WATANABE, Kazuo. Ob. citada, p. 36.

⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código processual civil. In *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, ano 40, ed. 242, abril/2015, p. 605.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. Ob. citada, p. 37.

A conciliação sempre se confundiu com a ideia e história da Justiça do Trabalho, como já dito anteriormente, seja pela tradição ou mesmo pela intensidade com que é praticada.

A origem administrativa da Justiça do Trabalho combinada com a tarefa de pacificação das relações entre o capital e o trabalho fizeram da conciliação verdadeiro princípio e instituto fundamental do processo do trabalho.

No processo do trabalho, mais do que nunca, impõe-se a assertiva de Watanabe, que se trata de mecanismo incluído nos serviços judiciais como forma adequada e não alternativa de solução dos conflitos.

2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Para Paulo Eduardo Alves da Silva, são espécies do gênero e método de solução dos conflitos por meio do consenso provocado pela intervenção de um terceiro. Pressupõem a negociação e têm como objetivo o acordo.¹¹

A nota característica é a intervenção de um terceiro, estranho em relação às partes e ao conflito. E é essa intervenção do terceiro, em grau e intensidade, que vai definir se se trata de conciliação, mediação (auxílio para obtenção do acordo), arbitragem ou solução judicial (descoberta da verdade).¹²

O autor mencionado ainda afirma que a diferença deve ter relevância do ponto de vista prático e operacional a fim de proporcionar o uso inteligente desses métodos a partir de uma variação das técnicas que cada um disponibiliza. Do ponto de vista teórico, diz que não é importante a diferença.

Crterios de diferenciação utilizados por ele:

CONCILIAÇÃO	MEDIAÇÃO
Conflito único e instantâneo.	Conflitos de relações continuadas.
<u>Matéria em discussão</u> : conflitos de ordem patrimonial. Visa a definir um acordo.	<u>Matéria em discussão</u> : conflitos de natureza não patrimonial. Visa a uma composição mais sólida e detalhada do conflito.
<u>Intervenção no conflito</u> : atuação superficial para fixação de valores.	<u>Intervenção no conflito</u> : descobrir as suas causas e o seu tratamento.

O fundamental, em tema de solução consensual dos conflitos, é o registro de que hoje se inserem no procedimento e que há um caráter contingencial na atuação do mediador ou conciliador.

¹¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado*: mediação e conciliação. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 42.

¹² SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Ob. citada, p. 42.

A possibilidade de sugerir o acordo ou simplesmente conduzir a ele, a necessidade de intervenções mais propositivas e incisivas ou apenas tênues e sugestivas não são atitudes que devem ser adotadas em abstrato, mas dependem do caso concreto e da conjuntura do conflito, isto é, a natureza do conflito, das partes e da atuação do terceiro.¹³

Didier esclarece que, na mediação e conciliação, não cabe ao terceiro resolver o problema como ocorre na arbitragem, mas sim exercer um papel de catalisador da solução negocial do conflito.

Afirma que o adjetivo alternativo (de meios alternativos) utilizado para caracterizar esses métodos de solução de conflitos se deve à sua contraposição à atuação da jurisdição estatal.

Depois de conceituá-las, apontando as suas características, ensina que a diferença entre elas é sutil, representando técnicas distintas para obtenção da autocomposição. Enquanto a atuação do conciliador é mais ativa, podendo propor soluções para o litígio, o mediador é mais um facilitador do diálogo, ajudando as partes na compreensão das questões a fim de que elas encontrem uma saída para o impasse.¹⁴

Importante registrar, neste quadro, os princípios inscritos no Código de Ética do CNJ, quais sejam, a necessidade de que o terceiro deva manter a confidencialidade (art. 1º, inciso I), podendo ser excepcionada no caso de violação à ordem pública ou às leis vigentes; atuar com independência e autonomia (art. 1º, inciso V), o que afasta a exigência de redigir acordo ilegal e inexecutável, e promover a validação, isto é, estimular os interessados a se perceberem reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito (art. 1º, inciso VIII).¹⁵

Dubugras, na mesma linha de Watanabe, faz referência à conciliação qualificada que, mais do que forma alternativa à sentença, representa um tipo de prestação jurisdicional adequada a alguns tipos de conflitos. Compreende o tempo adequado, o conciliador qualificado, o ambiente conciliatório, os advogados comprometidos com a conciliação e o controle da legalidade e a execução dos acordos sob a autoridade do Judiciário.¹⁶

Cabe, por fim, citar, com a doutrina especializada, as sempre valorizadas técnicas desses mecanismos representadas pela busca incessante da solução convergente (em um mar de divergências); adquirir a confiança das partes (que não pare qualquer dúvida quanto à imparcialidade, até no mesmo nível em relação ao juiz); a exata compreensão e dimensão do papel do conciliador/mediador e de sua atuação; desenvolver especial forma de escuta das partes (considerando todas as suas reações); desenvolvimento de inteligência emocional que dê um valor especial à intuição acima mesmo da razão; desenvolver uma criatividade equiparável à necessária no campo das artes.

¹³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Ob. citada, p. 43.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2015. p. 275-276.

¹⁵ TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 67.

¹⁶ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A conciliação e a mediação na Justiça do Trabalho: conciliação qualificada. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 117.

3 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CPC

O Novo CPC trata da solução consensual dos conflitos no § 2º do art. 3º como incumbência do Estado, verdadeira política pública judiciária.

A seguir, no § 3º do mesmo artigo, faz referência expressa à conciliação e à mediação como também a outros métodos de solução consensual de conflitos que deverão ser estimulados por todos os operadores jurídicos, inclusive no curso do processo judicial.

Fixa a solução consensual como norma fundamental do processo, no mesmo patamar dos princípios processuais constitucionais, impondo essa modalidade de solução de conflito como prioridade para atuação do Estado.

Para Didier a tendência de incentivo à autocomposição é inequivocamente estimulada no Novo CPC, como mencionado a seguir:

- a) Dedicar um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175);
- b) Estruturar o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695);
- c) Permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII);
- d) Permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (arts. 515 e 829) e permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).¹⁷

No que se refere à Justiça do Trabalho, cabe dizer que alguns aspectos relacionados especificamente com a mediação, como o cadastro de conciliadores/mediadores e os centros judiciários de solução de conflitos, terão alguma dificuldade de assimilação e implantação, considerando-se a estrutura da Justiça do Trabalho, o procedimento trabalhista, os princípios do processo do trabalho e, no quesito da remuneração, a própria experiência traumática com a representação classista.

O tratamento dado à conciliação e mediação (arts. 165-175), bem como à audiência em que atuarão o conciliador/mediador (art. 334), será objeto de análise, a seguir, neste item.

Primeiramente é necessário chamar a atenção para dois dispositivos legais do Novo CPC que tratam da conciliação e da mediação, a saber, o art. 139, que trata do Juiz e de suas incumbências na direção do processo, em especial o seu inciso V, como também o art. 149, ao se referir expressamente ao mediador e conciliador judicial como auxiliares da justiça.

No inciso V do art. 139 do Novo CPC retirou-se o verbo tentar, presente no anterior inciso IV do art. 125 do CPC/73, e foi colocado o verbo promover e, de forma mais técnica, porque de previsão doutrinária, utilizou-se o termo autocomposição, acrescentando que a atuação judicial deverá ocorrer preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Embora com previsão de audiência para atuação dos conciliadores e mediadores, é certo, pelos dizeres da norma anterior, que a participação de conciliadores e mediadores pode se dar a qualquer tempo, na tarefa de auxiliar o Juiz em obter a autocomposição.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. Ob. citada, p. 273.

Como auxiliares da justiça, na forma prevista no art. 149, é natural que figurem ao lado dos auxiliares tradicionais do juiz, como, por exemplo, o perito e o oficial de justiça, dentre outros, sujeitando-se também à arguição de impedimento e suspeição (inciso II do art. 148 do Novo CPC).

Os arts. 165-175 representam uma espécie de desdobramento da parte principiológica fixada nos artigos iniciais do código, como forma de manter coerência com a profissão de fé feita pelo legislador em relação aos princípios fixados em sua parte introdutória.

O art. 165, *caput*, prevê a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos nos Tribunais que, além de se responsabilizar pela marcação de sessões e audiências, têm a incumbência de desenvolver programas para estimular a autocomposição. O seu § 1º prevê que os Tribunais definirão a organização e composição dos Centros, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

O § 2º do mesmo artigo trata do conciliador, fixando os casos e as características do litígio objeto de sua atuação e, fiel à extensão de seu papel, permite que apresente solução para a controvérsia. A vedação de se fazer uso do constrangimento e intimidação para que seja obtida a composição é básica, sendo certo que a sua utilização contraria o próprio espírito da conciliação, que se funda na livre manifestação de vontade, pelo que sequer deveria ser mencionada na norma legal.

Quanto ao mediador, faz referência ao tipo de controvérsia em que deverá atuar, devendo desempenhar um papel de facilitador para que as partes estabeleçam, por si próprias, a melhor forma de solucionar as suas pendências.

O art. 166, em seu *caput*, trata dos princípios que devem reger a atuação de mediadores e conciliadores, referindo-se expressamente à independência (em relação aos envolvidos não devendo existir qualquer vínculo de sujeição com as partes) e imparcialidade (confunde-se com o princípio anterior, mas se refere à ausência de interesse na solução do litígio favoravelmente a um dos contendores; impõe-se que seja idêntica à imparcialidade que se exige do magistrado).

A autonomia da vontade figura também na referida norma legal, representando o respeito que se deve ter à vontade das partes na confecção do acordo ou mesmo o seu desejo de não se submeter ao procedimento da mediação ou conciliação; confidencialidade (como consequência do próprio nome, é essencial na atuação do conciliador/mediador, pois a publicidade das tratativas é fator de inibição para que se chegue ao objetivo da composição, exceção quanto às questões de ordem pública, crimes, etc. - § 1º do art. 166. O § 2º trata de mais uma exceção em que a testemunha está escusada de depor).

A oralidade e a informalidade são complementares na medida em que as questões mencionadas sem o respectivo registro, característica de um procedimento informal, são essenciais para se atingir o desiderato da composição; e a decisão informada é a necessidade de se oferecer a mais ampla informação às partes sobre o que está sendo negociado e as suas consequências.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, deve ser considerado também como princípio, embora não previsto legalmente, o da normalização do conflito, pois este só será “normalizado” (solução da lide sociológica) se as partes ficarem satisfeitas concretamente com o seu desfecho.

Afirma o autor mencionado que os princípios do empoderamento (conscientização de que a solução dos conflitos pode ser obtida pelas próprias partes) e da validação (em que as partes se percebam como seres humanos merecedores de respeito e atenção) inserem-se na normalização do conflito e devem ser considerados como princípios/técnicas de mediação/conciliação.

O § 3º do art. 166 traz a previsão de se admitir técnicas negociais para favorecer a autocomposição, o que não poderia ser diferente.

O § 4º do art. 166 dá ampla liberdade aos interessados para reger a conciliação e a mediação, inclusive quanto a regras procedimentais. Aqui tem-se uma permissão, também presente no art. 190, para que as partes fixem regras de procedimento, ou seja, um acessório ao objeto da discussão realizada por elas.

É certo que as partes devem ter ampla liberdade na mediação e conciliação quanto à formalização de prazos, multas, etc., mas não podem influenciar na convicção do juiz em homologar ou não determinado acordo quando esteja em jogo matéria de ordem pública, como ocorre na Justiça do Trabalho.

O art. 167 trata do cadastro de conciliadores e mediadores, prevê os requisitos de capacitação mínima para o seu aproveitamento, não necessitando que seja bacharel em direito, a divulgação da atividade e seus membros (informação sobre a atuação do mediador/conciliador), bem como a possibilidade da realização de concurso público para formação de quadro próprio de mediadores e conciliadores.

O art. 168 trata da hipótese de escolha de conciliadores e mediadores pelas partes, independente de se encontrar cadastrado no Tribunal, levando-se em conta as informações contidas no artigo anterior no que se refere à atuação do conciliador/mediador.

Na ausência de quadro próprio do Tribunal, o conciliador e mediador receberão pelo trabalho realizado, na forma do art. 169, *caput*, podendo ser realizado trabalho voluntário, existindo a previsão de percentual de audiências não remuneradas.

O impedimento, nas mesmas hipóteses dos demais auxiliares do juízo (arts. 144/145 e 148), deverá ser comunicado de forma imediata, como prevê o art. 170, ainda que iniciado o procedimento, quando acarretará a suspensão deste.

A impossibilidade temporária, sem que a lei explicita as hipóteses, deverá ser comunicada para se evitar distribuições desnecessárias (art. 171).

O art. 172 prevê a hipótese de quarentena do conciliador e mediador em relação à representação de qualquer das partes, pelo prazo de 1 ano da última audiência de que tenha participado.

Nelson Nery e Rosa Nery lembram que, no Código de Ética dos Conciliadores/Mediadores Judiciais, art. 7º do Anexo III da Res. 125/2010 do CNJ, o conciliador e o mediador ficam absolutamente impedidos de prestar qualquer serviço profissional aos envolvidos em processo de mediação sob a sua condução, por prazo indeterminado, mas que agora, por força da hierarquia das normas, há de prevalecer o prazo previsto no Novo CPC.¹⁸

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 651.

O art. 173 trata da exclusão do quadro de conciliadores e mediadores, com apuração em processo administrativo, nas hipóteses de culpa ou dolo na condução do procedimento ou quando infringir o princípio da confidencialidade, bem como atuar quando esteja impedido ou suspeito, com a previsão da hipótese de seu afastamento até a instauração do referido processo.

A criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo e até mesmo a promoção e aceleração de termo de ajuste de conduta têm previsão no art. 174.

O art. 175 abre a possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais regulamentadas por legislação específica, como também a aplicação da regulamentação contida no CPC às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Cabe também mencionar a atuação dos conciliadores e mediadores nas audiências de conciliação previstas no art. 334, obrigatórias pela dicção do referido dispositivo legal.

A rigor pode-se dizer que esse dispositivo não tem aplicação ao procedimento trabalhista, que tem itinerário procedimental próprio, inclusive porque a realização da audiência em que se tentará a conciliação independe da vontade das partes. Nada impede, todavia, que sejam utilizados aspectos da regulamentação da audiência de conciliação/mediação prevista no Novo CPC, como, por exemplo, a pena imposta às partes pelo não comparecimento injustificado.

A designação das audiências ocorrerá caso não estejam presentes os óbices previstos em seu *caput* e que seja de interesse das partes, registre-se ambas as partes, pois o desinteresse de apenas uma delas não inviabiliza a realização da audiência.

O conciliador ou o mediador, onde houver, atuará necessariamente nessas audiências, admitindo-se a realização de mais de uma audiência.

O § 8º prevê multa para ambas as partes, com base de cálculo diversa, e o não comparecimento injustificado à audiência é considerado como ato atentatório à dignidade da justiça. Há uma aparente incongruência na leitura conjugada dos § 3º e § 8º do art. 334, pois, se a intimação do autor, de forma imperativa, será feita na pessoa de seu advogado, como ele (autor) poderá ser apenado pelo não comparecimento à audiência visto que a intimação não é pessoal.

As partes devem estar acompanhadas de advogado, podendo constituir representante por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Aqui me parece que com atribuições semelhantes às do preposto na Justiça do Trabalho, porém, mais reduzidas, mas com capacitação para se chegar à transação.

Para Didier, na mesma linha do entendimento supra, o advogado pode atuar nessa condição, o que não se confunde com as atribuições de preposto que tem funções processuais mais amplas, como depor pela parte, não incorrendo na vedação do art. 34 do Código de Ética da OAB, porquanto no exercício de atividades típicas da advocacia, como a negociação e assinatura do termo de acordo.¹⁹

A autocomposição será reduzida a termo e homologada por sentença, devendo ser respeitado o intervalo de 20 minutos na sua designação (§§ 11 e 12).

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. Ob. citada, p. 626.

4 CONCLUSÃO

Indiscutivelmente a previsão da mediação/conciliação no Novo CPC, com o espaço normativo a elas atribuído, representa uma evolução no tratamento das formas de solução do conflito e uma mudança de paradigma quanto à exclusividade ou pelo menos ao papel de destaque que tradicionalmente se emprestava à solução jurisdicional.

Além de fazer parte obrigatoriamente do procedimento, com audiência de conciliação ou de mediação, a mediação e a conciliação passam a ter regulamentação específica, inclusive quanto à forma de atuação dos mediadores e dos conciliadores, o que, de resto, presta reverência às normas fundamentais do Código (arts. 1º a 12), em que se tem inscrita a solução consensual dos conflitos como objetivo primordial do processo.

A previsão de princípios informadores de atuação do mediador e conciliador é um aspecto da maior importância na normatização sobre o tema, porquanto deixa evidenciada a relevância que o legislador dá à ética na atuação dos mediadores/conciliadores.

Em termos de processo do trabalho, pode-se dizer, com Homero Batista Mateus da Silva,²⁰ que é impossível a prática da mediação na Justiça do Trabalho por parte do juiz. No entanto, é possível superar alguns óbices com uma maior aproximação entre juiz e jurisdicionado e também em razão da matéria com a qual é obrigado a lidar, de conotação pré-judicial.

Não se trata, portanto, na linha de raciocínio adotado por Homero Batista, de qualquer disparate a utilização de técnicas de mediação pelo juiz do trabalho nas hipóteses em que a lei prevê a sua atuação com equidade, como também deve despertar o interesse das partes para a conciliação e fomentar a cooperação.

A realidade brasileira necessita dessa intermediação, como afirma o referido autor, dada a escassez de espaços de diálogo e a abundância de ruídos na relação capital e trabalho, com a necessidade de que sejam estabelecidas pontes de comunicação.

REFERÊNCIAS

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.
- DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A conciliação e a mediação na Justiça do Trabalho: conciliação qualificada. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p.115-122.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 11-18.

²⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. Técnicas de mediação para o aprimoramento do processo do trabalho. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 106-108.

- GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no novo código processual civil. *In Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 40, ed. 242, abril/2015, p. 597-629.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. Técnicas de mediação para o aprimoramento do processo do trabalho. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 105-114.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 40-47.
- TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 62-69.
- WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. *Revista do Advogado: mediação e conciliação*. São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, p. 35-39.

O DIREITO CIVIL E A SUA APLICAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO: ABORDAGEM HISTÓRICA E DOGMÁTICA

Angelo Antonio Cabral*
Mariana Del Mônaco**

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO
 - 2 CORRELAÇÕES HISTÓRICAS E DOGMÁTICAS ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO DO TRABALHO
 - 2.1 Introito
 - 2.2 O Direito Civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho
 - 2.3 O Direito Civil como ordenamento antagônico ao Direito do Trabalho
 - 2.4 O Direito Civil como direito subsidiário ao Direito do Trabalho
 - 2.5 O Direito Civil como direito subsidiário e como fundamento teórico aplicável ao Direito do Trabalho
 - 3 PRINCÍPIOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO
 - 3.1 Considerações iniciais
 - 3.2 Os princípios da codificação
 - 3.2.1 O princípio da eticidade
 - 3.2.2 O princípio da socialidade
 - 3.2.3 O princípio da operabilidade
 - 4 CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela USP e pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Taubaté. Publicou artigos em revistas especializadas e congressos nacionais e internacionais. É autor e coautor de obras jurídicas, dentre elas: Teoria da Constituição (Juruá, 2015); Direito Ambiental do Trabalho (LTr, 2013); Advocacia Empresarial do Trabalho (Alameda, 2012); Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho (LTr, 2011). É professor convidado no curso de Pós-Graduação (Especialização) em Direito Previdenciário do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UE Lorena, Polo Pindamonhangaba/SP. Advogado. Contato: daseinaac@gmail.com.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco e Pós-graduada em Direito do Trabalho pela USP. Bacharelou-se em Direito pelo Centro Universitário Salesiano, UE Lorena. É coautora de obras jurídicas, dentre elas: Direito Ambiental do Trabalho (LTr, 2013) e Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho (LTr, 2011). É professora convidada nos cursos de Pós-Graduação de Direito Previdenciário do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UE Lorena, da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP e da Faculdade Legale. Advogada. Contato: maridelmonaco@gmail.com.

RESUMO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê a aplicação do “direito comum” ao Direito do Trabalho em casos de lacunas legislativas. Desse dispositivo, portanto, decorre a abertura do Direito do Trabalho ao Direito Civil, desde que respeitadas as premissas principiológicas do primeiro. Desde 2002, entretanto, o Código Civil, principal “lei comum” do Brasil, passou por uma reformulação que, ao nosso sentir, o aproxima de objetivos sociais do Direito do Trabalho. O estudo a seguir, portanto, pretende resgatar as correlações históricas e dogmáticas entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil e demonstrar como este último, socializado, pode ser de grande valia ao Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Civil. História do Direito do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

As correntes modificações da sociedade pós-industrial¹, marcada pela globalização e pela intensificação das formas de comunicação, promovem uma conhecida crise no Direito, especialmente no Direito do Trabalho brasileiro. Alega-se que uma legislação elaborada no início do século XX e compilada na década de 40 é insuficiente para reger as relações jurídicas perfeitas na era da comunicação. Entrementes, os que se alvoroçam pelo fim do Direito do Trabalho, propositadamente, direcionam o debate para uma proposta liberal, em que o liame obrigacional entre empregadores e empregados regressaria para o enquadramento do Direito Civil - ou seja, com o respeito à autonomia privada e livre das amarras diretivas do Estado. Nessa perspectiva, convém indagar: (ainda) há espaço no Direito Civil para uma sobreposição do patrimônio sobre a pessoa, como defendem os apocalípticos do Direito do Trabalho? Ou será que o Direito Civil evoluiu e hoje está mais próximo do dirigismo contratual juslaboral do que do Código de Napoleão? A resposta é clara: se a autonomia desenfreada não serve mais às relações civis e comerciais, por que razão serviria ao Direito do Trabalho?

Do inconformismo com o desvirtuamento de um debate sadio ao Direito do Trabalho - a inaptidão da CLT para regular as relações decorrentes do avanço da tecnologia, da globalização etc. -, surge a justificativa do presente ensaio: estudar o Direito Civil como instrumental de maximização do Direito do Trabalho, sempre com foco no princípio constitucional da melhoria da condição econômica e social - cláusula pética que impede a simples subtração das leis trabalhistas do ordenamento jurídico.

¹ O termo pós-industrial é utilizado com o objetivo de designar uma sociedade que substituiu o “capital industrial” (da sociedade industrial), sobretudo no mecanismo das relações econômicas internacionais, pelo “capital financeiro.” Não se utiliza o termo pós-moderno por este significar tudo e nada ao mesmo tempo, servindo mais como concepção do que conceito. (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Abordagens Multidisciplinares. Vol. 2. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. p. 93-94.)

Assim, através de uma análise histórico-dogmática das interações entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, demonstraremos a similitude entre esses ramos do Direito e como os institutos de Direito Civil atuam na melhoria da condição social do trabalhador, afastando os equívocos liberais que propõem o fim do Direito do Trabalho. De tal forma, é possível alcançarmos soluções jurídicas sistemáticas e contemporâneas, sem olvidar das conquistas dos direitos fundamentais-sociais.

2 CORRELAÇÕES HISTÓRICAS E DOGMÁTICAS ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO DO TRABALHO

2.1 Introito

Investigar as interferências existentes entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho é tarefa das mais complexas.² Exige também um discurso crítico que reconheça a tensão existente entre a codificação civil - historicamente tributária de dogmas e princípios liberais - e as leis obreiras - *a contrario sensu*, principiologicamente socializantes -, propondo alternativas hermenêuticas conciliatórias³, demonstrando que a tutela das dimensões⁴ da dignidade humana, numa sociedade pós-industrial, somente será alcançada com uma visão sistemática do ordenamento jurídico. Nessa ensanchar, impende (re)avaliarmos as interações histórico-dogmáticas entre a lei civil e as leis do trabalho, seguindo as quatro correlações apontadas pela doutrina de Amauri Mascaro Nascimento.⁵ Convém alertar que os momentos apresentados a seguir estão longe da

² O objeto de estudo ganha importância no momento em que a doutrina civilista promove uma ampla revisão conceitual de sua dogmática, implicando várias ocasiões na decodificação de tradicionais institutos do direito civil, compatibilizando a teoria do direito privado com o primado da dignidade da pessoa humana - epicentro do ordenamento jurídico nacional pós-1988. Segundo um dos expoentes teóricos desse movimento: "Tal modificação no papel do Código Civil representa uma profunda alteração na própria dogmática. Identificam-se sinais de esgotamento das categorias do direito privado, constatando-se uma ruptura que bem poderia ser definida, conforme a preciosa análise de Ascarelli, como uma crise entre o instrumental teórico e as formas jurídicas do individualismo pós-industrial. Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito." (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 6.)

³ Ou seja, que compreendam e compatibilizam-se com algumas das maiores celeumas da dogmática juslaboral, tributárias da influência civilista das e nas leis obreiras. Que o diga o cerne do Direito do Trabalho: a natureza jurídica da formação da relação de emprego - campo em que contratualistas e anticontratualistas digladiam-se desde tempos idos (baseados sobretudo na dicotomia justinianiana - direito público x direito privado). Para uma abordagem completa dos argumentos dispensados de parte a parte, incluindo-se ampla citação aos clássicos jurídicos da matéria: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho*. A relação de emprego. Volume II, São Paulo: LTr, 2008. p. 19-40 (optando pela solução anticontratual). Doutra banda, filiando-se entre os contratualistas: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 307-321.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios gerais do novo Código Civil e seus impactos no direito do trabalho. *In: Revista do Advogado*. Seis décadas de CLT e o novo Código Civil, São Paulo, ano XXIII, v. 1, n. 70, p. 7-10, 2003.

linearidade histórica, tratando-se de verdadeiros ciclos, encontrando cultores e opositores ao longo da história, inclusive na atualidade.

2.2 O Direito Civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho

Com o advento da Revolução Industrial e a formação das relações de exploração do capital sobre a força de trabalho humano⁶, nos moldes de uma sociedade capitalista-industrial, inexistiam leis específicas a regular a relação existente entre empregadores e empregados.⁷ Logo, nas contratações de operários para atuar na crescente indústria movida a carvão, optou-se pela regulação civilista. Afinal, todos os homens são iguais perante a lei e todas as pessoas têm aptidão genérica para adquirirem direitos e contrair obrigações - segundo as vetustas teses da igualdade formal e da personalidade jurídica.

Em belo texto, extraído do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, vinculado ao Departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, é possível observar como a teorização da capacidade jurídica complementa o conceito liberal-burguês de propriedade e pavimenta o caminho para a exploração capitalista da pessoa humana - ou de como a ascensão do sujeito-proprietário promove a nulificação do sujeito-propriedade:

O ser da pessoa depende, a partir de então, do ter. Ou melhor, o ser é o ter. E o ser individual realiza-se no mercado como disposição sobre si mesmo, tal qual lembra Henrique da Silva Seixas Meireles, ao citar John Locke: “eu não seria proprietário da minha pessoa, a saber, da minha alma e do meu corpo, se não fosse também livre de dispor dela e reconhecido por todo corpo social como apto a fazê-lo” [...]. Deste modo, identificando um processo de reificação das relações pessoais, em que o sujeito de direito é livre e somente o indivíduo concreto é obrigado, compreende-se como ao homem é dada a possibilidade de ceder-se como coisa através de um contrato, vender sua própria energia, sua própria capacidade, seu poder criativo, sem formalmente alienar-se como homem. Esta situação irá progressivamente agravar-se com a emergência de um novo *ius mercatorium*, não mais afeto à satisfação das necessidades, mas preocupado unicamente com a obtenção de nova riqueza.⁸

⁶ Por limitação de tempo e espaço, bem como por respeito ao recorte metodológico, não cabe aqui desenvolver uma digressão histórica profunda a respeito do tema; todavia, fica a indicação aos livros que *muito* bem abordam a questão: HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores*. Estudos sobre a História do Operariado. Tradução de Marina Leão T. V. de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. HOBBSAWM, Eric J. *Mundos do Trabalho*. Novos estudos sobre História Operária. Tradução de Waldea Barcelos. 5. ed. Paz e Terra, 2008. e TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

⁷ Por limitações metodológicas, analisaremos apenas as relações de emprego formadas a partir do modelo de exploração produtiva fixado pela sociedade industrial, eliminando formas de trabalho anteriores, pautadas na escravidão, vassalagem ou corporação de ofício, assim como regulamentações contemporâneas afetas ao trabalho autônomo.

⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths [et al.] (Org.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21-40.

É dizer, a doutrina jurídica dos séculos XVII e XVIII fixou que a pessoa tem em si uma relação de propriedade, ou seja, o domínio das coisas equivale ao domínio dos próprios atos, daí afirmar que a propriedade é fundamento indispensável ao exercício da liberdade e esta é o fundamento daquela.⁹ Nessa seara, é possível afirmar que a teoria jurídica clássica do Direito Civil esvazia axiologicamente o conceito de personalidade ao considerar sujeito de direito unicamente aquele que está apto a inserir-se nas relações jurídicas, contraindo deveres e adquirindo direitos¹⁰ - sobrepondo o conceito de personalidade e de capacidade, ao mesmo tempo em que se exclui a dignidade humana da apreciação teórica.

A construção da personalidade e da capacidade jurídica voltadas, exclusivamente, para aquisição de propriedade resultou numa supervalorização do contrato, consagrando a utilização desse negócio jurídico para reger as relações de emprego, colocando a vontade no eixo gravitacional das relações jurídicas.¹¹

Seguindo o paradigma obrigacional vigente à época, as relações juslaborais na França passam a ser regidas pelo Código de Napoleão¹² (1804), adotando-se o contrato de arrendamento de obra e de indústria e a liberdade para estipular acordos

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 29.

¹⁰ Para uma exposição da teoria civilista clássica, veja-se, por todos, LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 121 e ss. Já, para uma leitura contemporânea, consulte-se: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral (abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002). 8. ed. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 78 e ss. e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*. Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 91 e ss. Aliás, este último faz duras críticas aos “manuais” da matéria que insistem em reproduzir uma teoria ultrapassada para o modelo de sociedade atual e insiste por um debate da personalidade jurídica à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹¹ A respeito do tema, Daniel Ustároz aponta: “O modo de produção mais avançado e o surgimento do capitalismo verificado nos então países mais desenvolvidos da Europa, no século XVII, foram o pano de fundo para a elaboração teórica dos jusnaturalistas e do destaque do elemento vontade.” (USTÁROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.)

¹² Longe de ser a primeira codificação, o Código Civil Francês de 1804, o Código Napoleônico consagrou-se, historicamente, em virtude de sua universalidade e qualidade técnica. Discorrendo sobre o tema, Tom Holberg justifica: “France was not the first to attempt a codification of its laws. The Corpus Juris of Justinian is the most celebrated of ancient law codes. Christian V of Denmark had promulgated a civil code (*Danske Lov*) in 1683. A civil code was enacted in Sweden (*Sverige rikes lag*) in 1736. A Prussian code, the *Allgemeines Landrecht für Preubischen Staaten*, was ordered by Frederick the Great in 1749, but was only completed in 1794. This code, with 19,187 awkwardly arranged articles, was too long and too detailed. A Bavarian code, the *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, was published in 1756. It was little more than a kind of table of contents to Roman law. Maria Theresa of Austria has ordered the preparation of a code (the *Codex Theresianus* of 1766, criticized as too long, too detail-ridden and too ambiguous, was not enacted), but it was not produced until 1810, going into effect on 1 January 1812. In its final form the Austrian code, the *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, was influenced by the French code. A Sardinian code was published in 1723 and revised in 1770. These codes were largely mere compilations of prior usages. None of these codes became the general law of their respective countries and none repealed local regulations and customs.” Disponível em: <<http://www.napoleon-series.org>>. Acesso em: 13 jun. 2008.

de vontade válidos como contratos, baseados nos seguintes requisitos: (a) consentimento; (b) capacidade; (c) objeto e causa lícita.¹³

Além dos precitados modelos de contrato, outra figura assaz comum na (des)regulação das relações entre capital e trabalho foi a locação, desdobrada nos clássicos modelos: (a) *locatio operarum*, contrato pelo qual o sujeito obriga-se a prestar serviços a outrem mediante o recebimento de remuneração; (b) *locatio operis faciendi*, contrato pelo qual alguém se obriga a executar uma obra a outrem mediante remuneração.¹⁴ Nesse sentido, permitia-se a fixação de jornada de trabalho de 18 horas diárias, incluindo o trabalho de crianças e gestantes; o trabalho em condições insalubres, penosas e perigosas sem qualquer proteção e/ou acréscimo remuneratório etc. Tudo em nome da capacidade do sujeito (trabalhador) aceitar o contrato, de forma livre.¹⁵

Ao contrário do que possa parecer, a proposta de um Direito Civil que prescindia do Direito do Trabalho não ficou adstrita aos idos do século XVIII. Na Inglaterra, em finais do Século XX, precisamente na década de 80¹⁶, Friedrich Hayek, economista do governo Margaret Thatcher, defendeu com certo êxito a incompatibilidade do movimento sindical com a economia de mercado, propondo a desestabilização do coletivismo, incluindo a supressão do direito de greve¹⁷, das negociações coletivas do contrato de emprego dentre outras medidas. Dentro da ótica (neo)liberal defendeu a não sujeição do indivíduo a quaisquer condutas coletivas numa sociedade livre.¹⁸

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 8.

¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 8.

¹⁵ Amauri Mascaro Nascimento relembra que a diretriz contratual dirigiu as concepções jurídicas da época e permanece a influenciar a construção teórica do Direito, subsumindo as relações de emprego ao clássico contratualismo. Exemplifica, citando consagrados civilistas: Josserand e Planiol desejaram enquadrar a relação no contrato de arrendamento; Pothier, Laurent e Carnelutti o consideravam uma compra e venda, a ponto de o último comparar energia elétrica e prestação de trabalho (para ele prestação de energia psicofísica); e Chatelain e Villey, defensores do contrato de mandato. *Idem, Ibidem*, p. 8.

¹⁶ Na mesma época, Russel Mokhiber, em crítica à frouxidão da legislação estadunidense no combate às políticas empresariais atentatórias à saúde, à integridade física e à vida dos trabalhadores, denunciava: “[...] nos próximos trinta anos, 240 mil pessoas - 8 mil por ano, uma por hora - morrerão de câncer relacionado ao amianto; cerca de 85 mil trabalhadores têxteis algodoeiros sofrem de problemas respiratórios devido à doença do pó de algodão (pulmão marrom); cem mil mineiros morreram e 254 mil ficaram inválidos por causa do pó de carvão; em 1984 entre duas mil e cinco mil pessoas morreram e outras duzentas mil ficaram feridas, trinta a quarenta mil gravemente, quando uma fábrica associada da Union Carbide em Bhopal, na Índia, despejou gás mortal sobre a cidade. [...]” (MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*. Tradução de James Cook. São Paulo: Página aberta, 1995. p. 12-13.) O original, *Corporate crime and violence*, é de 1988. Refletindo sobre tais problemas de ordem labor-ambiental e apontando soluções para o cenário brasileiro: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Atualidades forenses. Vol. 1, São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. p. 111 ss.

¹⁷ Mister lembrar que, por força de ideias liberais como esta, a greve, antes de se tornar um direito fundamental-social, foi considerada um delito. Nesse sentido, conferir, por todos: VIANNA, José de Segadas. *Greve*. Rio de Janeiro: Renovar: 1986.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 8.

A despeito do seu efeito pernicioso para as relações de emprego, tal visão individualista de direito continua a atrair adeptos que pregam a desregulamentação das relações de emprego e o fim do Direito do Trabalho, em nome da autonomia da vontade - teoria que, em sua concepção liberal, encontra-se superada entre os próprios civilistas.

2.3 O Direito Civil como ordenamento antagônico ao Direito do Trabalho

A contínua e crescente incapacidade do Direito Civil para regular autonomamente as relações de emprego fez sentir-se em toda comunidade, inclusive nos civilistas mais iluminados.¹⁹ O direito privado e a teoria do Direito Civil perdem a sua supremacia nos anos 20 do século XX.

A destruição dessa antiga imagem de sociedade foi anunciada com a dissolução da unidade sistemática do direito civil através da autonomização em domínios particulares precisamente dos campos socialmente mais significativos do direito civil.²⁰

A exploração inexorável da força de trabalho humano, a sujeição às piores condições de vida e trabalho, o crescente movimento operário e sindical consolidavam a necessidade de uma legislação própria às relações envolvendo o contrato de emprego, conferindo limites ao capitalismo.

Em obra pioneira da literatura jurídica nacional, Evaristo de Moraes sintetiza:

[...] - dada a desigualdade de forças, a liberdade sem freio constitui causa fatal de usurpação e de opressão. E deste princípio surge a necessidade de se precisarem certas condições de trabalho assalariado, pondo de parte o respeito fetichístico da liberdade.²¹

Nesse clima de decadência da universalidade regulatória do Código Civil, surgem as primeiras legislações aptas a mitigar a exploração do capital sobre a

¹⁹ Tomemos o exemplo de W. Hedemann (*Das bürgerliches Recht und die neue Zeit*, 1920, p. 19), citado por Gurvitch: "*nosotros buscamos con el sudor de nuestra frente nuevas categorías de derecho, para volver a encontrar la posibilidad de contener las olas agitadas de la vida jurídica contemporánea.*" (GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social. Traducción de José Luis Monero Pérez*. Granada: Comares, 2005. p. 3.) Ao longo da obra há vasta citação da doutrina civil do início do século XX que se desdobrava sobre a necessidade de socializar determinados institutos.

²⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 628. O Direito do Trabalho deu o primeiro passo para o desmoronamento da universalidade do Código Civil. Tomemos, na atualidade, o exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) que regula contratos e obrigações com base em princípios próprios, de forma a maximizar a tutela da dignidade da pessoa humana, em clara oposição às teorias jurídicas clássicas civilistas. Em todos esses movimentos de repulsa ao Código Civil há nitidamente um fator comum: a despatrimonialização do tratamento legal da pessoa humana. É o encontro da lei com a filosofia de Kant: coisas têm preço, pessoas têm dignidade.

²¹ MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 17. A publicação da primeira edição data de 1905.

força de trabalho humano - após muitas perdas e sofrimento da classe trabalhadora. Assim, nasce e se desenvolve a ideia de antagonismo entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho.²²

Na França, crescia a denominada legislação industrial, fruto de uma crescente intervenção legislativa, incompatível com o direito civil de antanho, alimentando um antagonismo falacioso que desconsiderava toda a construção jurídica do Direito Civil, que, ainda que inaplicável na totalidade, tinha muito a oferecer ao mundo do trabalho.

A impossibilidade de conciliar a aplicação de quaisquer regras civilistas nos contratos de emprego foi desde logo desfeita, assevera Amauri Mascaro, pelo jurista Mario De La Cueva.²³ O professor mexicano adverte para a unicidade do ordenamento jurídico estatal, fato que impossibilita a contradição permanente entre as legislações - embora seja natural que as leis pendam para a adoção de tal ou qual ideologia, entretentes, sem comprometer a unidade e sistematicidade da ordem jurídica nacional. Em palavras do próprio De La Cueva:

*En el correr de su historia y no obstante algunas doctrinas que hablan todavía de su escisión, consecuencia de la creencia de que sus normas e instituciones pertenecen parte al derecho privado y parte al derecho público, el derecho del trabajo há devenido un estatuto unitário, una congerie de principios que proceden de un mismo fundamento, que son las necesidades materiales y espirituales de la clase trabajadora e de sus miembros y una finalidad que es siempre la misma: la justicia social que ama para todos los trabajadores una existência digna de la persona humana.*²⁴ (itálicos no original)

Prescindir das utilidades do Direito Civil pode causar tantos inconvenientes como ignorar a legislação trabalhista. Isso porque, por melhor que regulamente as relações entre empregador e empregado, a legislação laboral não traz em si a tutela de direitos individuais, mormente as espécies de direito da personalidade, verdadeiras liberdades públicas que encontram na evolução da civilística o tratamento adequado, especialmente na contemporaneidade.

Seria impossível ao Direito do Trabalho regular toda a matéria sobre o direito à vida, à integridade física, ao corpo, às partes separadas do corpo, ao cadáver, à imagem, à voz, à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito, às criações intelectuais.²⁵ Todos temas há tempos regulados pela legislação civil e que encontram na universalidade da lei comum a dose certa de tutela, porquanto aplicáveis ao cidadão em qualquer momento de sua trajetória, seja nas relações obrigacionais, contratuais, familiares, empregatícias etc.

Por certo, quando necessário, a lei trabalhista regula a matéria especialmente, sempre com o objetivo de maximizar a tutela da pessoa humana.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 8.

²³ *Idem, Ibidem*, p. 8.

²⁴ DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 21.ed. Tomo I, México: Porrúa, 2007. p. 93.

²⁵ BITTAR, Carlos Eduardo. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

2.4 O Direito Civil como direito subsidiário ao Direito do Trabalho

A concepção do Direito Civil como subsidiário ao Direito do Trabalho decorre da compreensão de que o direito trabalhista é especial, sendo o civil comum, podendo-se afirmar que a legislação civil em relação à trabalhista contém caráter complementar. Referida concepção foi consagrada pela Consolidação das Leis do Trabalho²⁶, falando a doutrina em direito subsidiário trabalhista.

A aplicação subsidiária da lei civil segue, portanto, duas premissas hermenêuticas, a saber: (a) lacuna no sistema legal-trabalhista; (b) compatibilidade entre a norma de Direito Civil e os princípios do Direito do Trabalho (proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade e proporcionalidade).²⁷

De tal modo, há certo consenso na doutrina em apontar o direito das obrigações como o principal instrumento civil a ser utilizado na solução das demandas trabalhistas, além da parte geral do Código Civil - especialmente, a teoria dos atos e dos fatos jurídicos - e certas normas gerais da teoria dos contratos, dentre outras possibilidades.²⁸ Entretanto, entendemos que a relação entre esses importantes campos do direito supera, em parte, a mera subsidiariedade, tendo em vista as complexas necessidades de regulamentação das relações entre particulares numa sociedade pós-industrial. É a partir desse posicionamento teórico que teceremos nossos comentários no tópico a seguir.

²⁶ CLT, Artigo 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. [destacamos]. Incluindo a previsão processual equivalente: "Artigo 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título."

²⁷ "Dizer que essas duas condições têm aferição estritamente hermenêutica significa reconhecer que, na prática, a identificação de lacunas e o juízo de compatibilidade são tarefas que geralmente exigem especiais esforços do intérprete, não raro alimentados pela sua predisposição ideológica (no sentido de transigir ou não com a norma exógena) e pelos vínculos culturais. Às questões de aplicação subsidiária do Direito Civil geralmente não impõe o axioma *in claris cessat interpretatio* - máxima refutada, ademais, pela moderna teoria jurídica, para a qual não há norma que prescindida de interpretação. É compreensível, portanto, que juristas de diversas linhagens partam dos mesmos pressupostos (i.e., da mesma situação de fato e das mesmas fontes formais do Direito) e concluam de modo diametralmente oposto aqui pela sua aplicação subsidiária da norma civil e, ali, pela sua não-aplicação." (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Atualidades forenses... p. 90.)

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 9. DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.* p. 78. BELTRAN, Ari Possidonio. A relação do direito do trabalho com os demais ramos da Ciência Jurídica. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Vol. I, São Paulo: LTr, 2007. p. 155-167.

2.5 O Direito Civil como direito subsidiário e como fundamento teórico aplicável ao Direito do Trabalho²⁹

O Direito do Trabalho concebido como conjunto de normas e princípios que regula as relações de emprego buscando a melhoria da condição social e econômica do empregado é especial em relação ao Direito Civil. Ou seja, normatiza relações jurídicas específicas - a relação jurídica entre empregador e empregado -, enquanto as regras civis regulamentam relações jurídicas básicas - afetas a quaisquer cidadãos independentemente da manutenção dum liame obrigacional específico. Assim, cabe à lei civil regular dentre outras matérias: o início da capacidade civil, a fixação do domicílio, as espécies de direitos da personalidade, o estado de filiação, os direitos sucessórios, as regras de responsabilidade.

É natural, pois, que as regras gerais aptas a regulamentar as relações jurídicas básicas existentes na vida dos particulares incidam, também, quando estes se encontrarem ligados por uma relação de emprego, naquilo que se compatibilizar com as finalidades e principiologias juslaborais.

Tal constatação ganha importância quando analisamos a (re)construção de um direito destinado à consecução da justiça social, vinculada ao respeito da dignidade da pessoa humana, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referida orientação constitucional conduz a uma consagração do homem não só como pessoa, mas como cidadão, como trabalhador, como administrado etc., propiciando uma “integração pragmática” dos direitos fundamentais.³⁰ Ocorre, então, uma orientação normativa de base antropológica³¹ que busca conferir unidade axiológica e coesão a uma tutela jurídica pulverizada em microsistemas normativos: códigos, tratados internacionais, legislações esparsas, contratos coletivos, dentre outras emanações normativas muitas vezes conflitantes.

Reconhecendo essa pluralidade de fontes do direito e objetivando maximizar a tutela dos direitos fundamentais nas relações de emprego³², “[...] ressurgiu a

²⁹ O artigo do Professor Amauri Mascaro Nascimento, citado ao longo do texto e fonte primeira de consulta e inspiração, trata do tema como “fundamento teórico adaptável”. *Data máxima venia*, discordamos em parte e utilizaremos o termo aplicável, pois entendemos que o momento teórico do Direito Civil - sob os influxos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei 10.406/2002 - visa a construir relações jurídico-privadas aptas a adequar toda relação interindividual com os efeitos sociais dela decorrentes, zelando por um direito socializado, compatível com os valores fundamentais da República (em especial, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho).

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 248.

³¹ Expressão de J. J. Gomes Canotilho, que, ao lecionar a respeito da Constituição Portuguesa, profere: “A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito (cfr. CRP, art. 1º: ‘Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana’; art. 2º: ‘A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais.’)” *Idem, Ibidem*, p. 248. [destaques no original].

³² Isto é, garantir-lhe direitos de primeira dimensão (individuais e políticos), de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais) e direitos de terceira dimensão (direitos de solidariedade e fraternidade). Impende, também, a partir da doutrina de Ingo Wolfgang, baseada em Paulo Bonavides, reconhecer uma quarta dimensão dos direitos fundamentais,

necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.”³³

Diante da complexidade do cenário jurídico-positivo atual importa reconhecer que o Código Civil pode atuar - e atua - além da relação subsidiária, pois regulamenta temas convergentes ao Direito do Trabalho de forma a aumentar a garantia dos direitos fundamentais tutelados na relação de emprego.³⁴ Isso decorre de uma superação da visão “perfeita” ou “moderna” em que os critérios para resolver os conflitos de lei seriam apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia.

A doutrina hoje procura alcançar a harmonia e a coordenação entre as normas, no que Erik Jayme³⁵ denomina de *cohérence dérivée/restaurée* (“coerência derivada ou restaurativa”), que

[...] em um momento posterior à decodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional³⁶ do sistema plural e

composta pelo direito à democracia (direta), à informação e ao pluralismo, integrando a tutela das manipulações genéticas, das mudanças de sexo e de outras situações decorrentes do conflito entre o avanço tecnológico e a proteção dos valores ocidentais contemporâneos. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 60-61. Versando sobre os impactos do avanço tecnológico e seu conflito com a tutela da dignidade da pessoa humana, especialmente sobre suas repercussões na teoria do processo, veja-se, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana*. Cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa). São Paulo: LTr, 2007. Sobre a tutela do patrimônio genético, privacidade e integridade física dos empregados confira-se, especialmente, o capítulo 3, item 3.4.2, onde há interessante estudo sobre a aplicação de testes genéticos no “iter” da contratação laboral, bem como em sua execução.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o diálogo entre as fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26-58.

³⁴ “Efetivamente, cada vez mais se legisla nacional e internacionalmente sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo.” *Idem, Ibidem*, p. 26.

³⁵ Citado por Cláudia Marques. *Idem, Ibidem, passim*.

³⁶ A compatibilidade das teses de Jayme com o Direito do Trabalho parece-nos clara quando analisamos o princípio da melhoria contínua da condição econômica e social do trabalhador positivado no artigo 7º da CRFB (São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social!), afinal, mais do que o respeito hierárquico, deseja a teoria juslaboral, ancorada no texto constitucional, alcançar a máxima funcionalidade do sistema, conferindo *status* de direito fundamental-social às normas que proporcionem a melhor persecução aos seus objetivos, numa clara harmonização sistemática e coerente. O mesmo efeito pode ser observado nas relações jurídicas envolvendo a tutela das crianças e dos adolescentes. Por força do princípio do melhor interesse da criança - também positivado pela CRFB/88 -, a harmonização das fontes legislativas de modo a conferir-lhes coerência funcional amplia a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos nessas relações - conferindo um efeito útil (tutela direitos fundamentais) aos direitos tutelados, compatibilizando a teoria com as normas cogentes do Estatuto da Criança e do Adolescente: MARQUES, Cláudia Lima. *Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em Direito brasileiro - Direito pós-moderno à descoberta da origem?* In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26-60.

complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.³⁷

A solução sistemática num cenário pós-industrial pretende, assim, substituir a superação de paradigmas através da convivência de paradigmas, proporcionando a coexistência de

[...] leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo.³⁸

Nos dizeres de Cláudia Marques: “Não deixa de ser um paradoxo que o ‘sistema’, o todo construído seja agora um plural...”³⁹

Nessa ensanча, a proposta de Jayme, trazida por Marques, para a solução das convergências legislativas sobre temáticas comuns é a coordenação das fontes. Ignora-se a simples retirada de uma fonte (ou de como prefere o catedrático, do monólogo) e parte-se para a convivência normativa, para alcançar a razão do sistema. “É o atual e necessário *dialogue des sources* (‘diálogo das fontes’), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes.”⁴⁰

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelo), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)⁴¹. [destacamos]

A autora gaúcha aponta três modalidades de “diálogos” existentes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, extensíveis a nosso ver ao Direito do Trabalho⁴², oferecendo sempre a solução mais favorável ao débil da

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o diálogo entre as fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26-58.

³⁸ *Idem, Ibidem*, p. 28.

³⁹ *Idem, Ibidem*, p. 28.

⁴⁰ *Idem, Ibidem*, p. 28.

⁴¹ *Idem, Ibidem.*, p. 28. O raciocínio esposado, além de constitucionalmente adequado, encontra amparo em outro importante diploma da ordem jurídica brasileira: o Decreto-Lei n. 4.675/1942 que determina a aplicação da Lei com vistas aos seus fins sociais e às exigências do bem comum, ou seja, a solução que aumenta a tutela da dignidade humana e promove a igualdade material nas relações jurídicas.

⁴² No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil*. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p. 25-64.

relação jurídica - em plena compatibilidade com o princípio da melhoria da condição social do trabalhador. São eles:

(I) O Diálogo sistemático de coerência: aplicação simultânea de duas leis, uma pode servir de base conceitual para a outra. Especialmente se uma lei é geral e a outra especial (microsistema específico).

(II) O Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade: aplicação coordenada das duas leis, uma complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto. Constitui-se como antípoda à solução apregoadora da ab-rogação clássica pela superação de uma lei a outra dentro do sistema.

(III) O Diálogo de coordenação e adaptação sistemática: diálogo de influências recíprocas e sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei.⁴³

Em que pese a complexidade do tema e o fascínio por ele causado, encerraremos nesse ponto as digressões elaboradas para, a partir das disposições legais previstas no Código Civil, demonstrar como sua aplicação pode ampliar a tutela do empregado nas relações de emprego, atendendo ao disposto constitucional de maximizar a condição econômica e social dos empregados.

3 PRINCÍPIOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO

3.1 Considerações iniciais

O Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406, de 2002, constitui-se uma legislação de caráter eminentemente social. Se o revogado Código Civil de 1916 seguia uma trilha patrimonialista de inspiração napoleônica, a legislação de 2002 veio romper esse paradigma e introduzir no Brasil uma legislação principiologicamente compatível com a Constituição da República de 1988 - ao menos em grande parte. De tal forma, elencar todos os dispositivos que objetivam reduzir os impactos da desigualdade econômica nas relações entre particulares seria uma tarefa impossível dentro dos fins desse trabalho.⁴⁴

Esperamos que o trato panorâmico demonstre como o Código Civil de 2002, interpretado de forma coordenada com a Consolidação das Leis do Trabalho e com a Constituição da República, sistematiza a proteção da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares, protegendo-a do abuso de poder econômico.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o diálogo entre as fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26-58.

⁴⁴ Cabe aqui referenciar a obra de Edilton Meireles que, apesar da concisão, apresenta uma visão interessante dos principais institutos advindos da nova codificação aplicáveis ao Direito do Trabalho. MEIRELES, Edilton. *O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

3.2 Os princípios da codificação

Nas palavras de Miguel Reale, a substituição de um Código Civil por outro não se reduz à troca de uma lei por outra, pois significa acima de tudo uma mudança de paradigmas - “[...] conjunto de ideias mestras que torna necessário proceder à revisão de muitas teses havidas como assentes, quer para substituí-las, quer para retificá-las.”⁴⁵

Na hipótese do Código Civil, trata-se da superação de um paradigma de produção jurídica liberal-positivista, de inspiração napoleônica, construído para um país predominantemente agrícola, numa época em que 80% da população viviam em áreas rurais, que impunha soluções jurídicas formalistas - por exemplo, a relativa capacidade civil das mulheres. De tal forma, a codificação distingue-se pelo seu caráter socializante, sobrepondo valores sociais ao individualismo liberal de antanho. O próprio Reale sempre ressaltou os princípios ou regramentos básicos que sustentam a codificação privada emergente. Vamos a eles:

3.2.1 O princípio da eticidade

O princípio da eticidade demonstra a preocupação da Comissão dirigida por Miguel Reale em superar o formalismo jurídico presente na codificação de 1916 em virtude da influência dos valores sociais do século XIX, do Direito tradicional português e da Escola dos Pandectistas⁴⁶, dominada pelo tecnicismo do Direito Romano.

Em que pesem os valores presentes nas citadas escolas jurídicas é indeclinável reconhecer, na atualidade, a necessidade de um ordenamento jurídico preocupado com os valores éticos da sociedade e não apenas com a técnica. Dessa preocupação, surge o princípio da eticidade conferindo à nova codificação civil a opção de normas genéricas (cláusulas gerais), desprovidas do rigorismo conceitual, a fim de permitir a criação do direito por seus aplicadores.⁴⁷ Ou seja, reconhece-se que a norma jurídica é sempre fruto da interpretação do texto (enunciado normativo) e não o texto em si mesmo.

⁴⁵ REALE, Miguel. Prefácio. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴⁶ “Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte de seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática; ela tornou-se - de acordo com o título dos seus manuais mais característicos - uma pandectística ou ciência das pandectas. Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo. A justificação programática para esta missão deu-a Puchta quando (na sequência do Beruf de Savigny atribui à cientificidade da ciência jurídica da actualidade e ao jurista dela formado um monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito. Para Puchta, era também correcto deduzir novas formas a partir do desenvolvimento dos conceitos lógicos e legitimar-se assim o processo de construção do direito da jurisprudência construtiva. Seguidamente, sobretudo Jhering, Gerber e Laband prosseguiram na elaboração do método construtivo da pandectística e transportaram-na para outras disciplinas, sobretudo para o direito público.” WIACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 491-492.

⁴⁷ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 808, p. 11-19, 2003. p. 14.

3.2.2 O princípio da socialidade⁴⁸

Se, quando promulgado o Código Civil de 1916, a esmagadora maioria da população vivia no meio rural, hoje tal quadro sofreu um giro de cento e oitenta graus. O povo brasileiro é predominantemente urbano e, para além da mudança geográfica, há que se ter em mente a revolução dos meios de comunicação que incrementam a constante interação entre indivíduos nos meios urbanos. Daí a necessidade do predomínio do social sobre o indivíduo.⁴⁹ Um dos maiores exemplos da superação do individualismo e da supremacia do direito de propriedade pelo princípio da socialidade encontra-se nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código. Vejamos:

§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes.

§ 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores;

Miguel Reale aponta para o poder expropriatório do juiz na hipótese acima, fato inédito nas leis brasileiras.⁵⁰

3.2.3 O princípio da operabilidade

A adoção do princípio da operabilidade pela codificação civil de 2002 objetiva “[...] estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.”⁵¹

De tal modo, buscou-se eliminar dúvidas existentes no Código Civil anterior. Miguel Reale cita como exemplo a distinção entre prescrição e decadência, mitigando os prejuízos práticos causados pela antiga confusão. Outra importante modificação decorrente da preocupação prática da legislação na vida em sociedade foi a diminuição da maioria civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, o que ocasionou, também, a diminuição da responsabilidade relativa. Há que se mencionar, ademais, a dispensa das formalidades no direito empresarial, permitindo a utilização dos modernos meios eletrônicos.

⁴⁸ Aliás, sobre a função de Miguel Reale na criação do Código: “[...] seja-me permitido esclarecer qual foi minha participação pessoal na feitura do Projeto, a começar pela tarefa de reunir, em unidade sistemática, as partes atribuídas a cada um dos demais membros da Comissão. Tratava-se, em suma, de coordenar entre si os projetos parciais, de modo a não haver divergências ou conflitos de ideias. É claro que, nessa delicada tarefa, não podia deixar de formular propostas substitutivas ou de oferecer emendas aditivas para preencher possíveis lacunas.” *Idem, Ibidem*, p. 12.

⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p. 14.

⁵⁰ *Idem, Ibidem*, p. 15.

⁵¹ *Idem, Ibidem*, p. 15.

Em síntese, o princípio da operabilidade tem em vista aproximar o Código do cotidiano em sociedade, reduzindo formalismos e dinamizando a legislação para acompanhar as velozes mudanças sociais do século XXI.

4. CONCLUSÃO

(I) O Direito do Trabalho origina-se no Direito Civil e dele, pioneiramente, se desvincula com vistas a desenvolver uma teoria jurídica que salvaguarde a dignidade da pessoa humana dos abusos do poder econômico, incrementados pelo mito da igualdade formal entre os homens;

(II) o movimento de ruptura iniciado pelo Direito do Trabalho expõe as feridas da pretensa universalidade do Código Civil. Tem início, assim, um movimento histórico-dogmático de desmoronamento da clássica teoria civilista, que implica a decodificação de assuntos tradicionalmente afetos ao Direito Civil;

(III) o Direito Civil, em crise, reestrutura-se com um foco social, objetivando impedir a superposição do patrimônio sobre a pessoa humana. Essa matriz dogmática é apreendida pelo recodificador brasileiro que, ao desenvolver o Código Civil, promove uma série de mudanças legislativas tendentes a socializar um *Codex* tradicionalmente liberal;

(IV) a aplicação do Direito Civil ao Direito do Trabalho é otimizada pela teoria do “diálogo entre as fontes” ao construir um discurso jurídico pautado na coerência da aplicação das leis. Propõe-se, dessa arte, uma interpretação sistemática/harmonizadora das plúrimas fontes normativas, alcançando-se a máxima proteção ao débil da relação jurídico-privada;

(V) o Direito Civil, em seu novo paradigma, oferece ao Direito do Trabalho um tratamento legal sistematizado e coerente na solução de problemas complexos, omitidos ou insuficientemente regidos na CLT. Aplicar o Direito Civil às relações de emprego hodiernamente significa potencializar a busca da melhoria da condição social e econômica do trabalhador, protegendo a dignidade humana dos abusos econômicos e sociais.

REFERÊNCIAS

- BELTRAN, Ari Possidonio. A relação do direito do trabalho com os demais ramos da ciência jurídica. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Vol. I, São Paulo: LTr, 2007. p. 155-167.
- BITTAR, Carlos Eduardo. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths [et al.] (Org.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21-40.

- DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 21. ed. Tomo I, México: Porrúa, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil*. Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Atualidades forenses. Vol. 1. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- _____. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Abordagens Multidisciplinares. Vol. 2. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- _____. *Direito à prova e dignidade humana*. Cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa). São Paulo: LTr, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral (abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002). 8. ed. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2006.
- GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social*. Traducción de José Luis Monero Pérez. Granada: Comares, 2005.
- HOBSBAWM, Eric J. *Os trabalhadores*. Estudos sobre a História do Operariado. Tradução de Marina Leão T. V. de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. *Mundos do trabalho*. Novos estudos sobre História Operária. Tradução de Waldea Barcelos. 5. ed. Paz e Terra, 2008.
- HOLBERG, Tom. *Napoleon-series*. Disponível em: <<http://www.napoleon-series.com>>. Acesso em: 13 de jun. 2008.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em Direito brasileiro - Direito pós-moderno à descoberta da origem? *In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26-60.
- _____. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o diálogo entre as fontes. *In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Vasconcelos Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26-58.
- MEIRELES, Edilton. *O novo código civil e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública*. Tradução de James Cook. São Paulo: Página aberta, 1995.
- MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios gerais do novo Código Civil e seus impactos no direito do trabalho. *In: Revista do advogado*. Seis décadas de CLT e o novo Código Civil, São Paulo, ano XXIII, v. 1, n. 70, p. 7-10, 2003.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- REALE, Miguel. Prefácio. *In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva. 2002.

- _____. Visão geral do novo Código Civil. *In: Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 808, p. 11-19, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho*. A relação de emprego. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.
- TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho. *In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito civil*. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p. 25-64.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.
- USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- VIANNA, José de Segadas. *Greve*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

O *DUMPING* SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO FORMAS DE COMBATE

Enoque Ribeiro dos Santos*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 CONCEITO DE *DUMPING* SOCIAL

2 NATUREZA JURÍDICA DO *DUMPING* SOCIAL

3 LEGITIMIDADE PARA O COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL

4 ÓRGÃO COMPETENTE PARA JULGAR O *DUMPING* SOCIAL

5 FORMAS DE COMBATE E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVO POR *DUMPING* SOCIAL

6 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO *DUMPING* SOCIAL

CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise do fenômeno do *dumping* social nas relações de trabalho no Brasil, a natureza jurídica desse instituto, o órgão competente para julgar os pedidos relativos à sua incidência e formas judiciais e extrajudiciais de combate, no sentido de proteger trabalhadores hipossuficientes e muitas vezes mal informados quanto a seus direitos básicos.

1 CONCEITO DE *DUMPING* SOCIAL

O *dumping* social é objeto frequente de discussão no Direito Internacional e no Direito Coletivo do Trabalho, tendo em vista que se trata de uma questão recorrente em países periféricos ou emergentes, em que as empresas, especialmente voltadas ao mercado global, visam a reduzir os custos dos seus produtos utilizando-se da mão de obra mais barata, afrontando direitos trabalhistas e previdenciários básicos, e também praticando concorrência desleal, com a finalidade de conquistar novas fatias no mercado de bens e produtos.

Paulo Mont'Alverne Frota¹ informa que

[...] a palavra *dumping* provém da língua inglesa *dump*, o qual, entre outros, tem o significado de despejar ou esvaziar. A palavra é utilizada em termos comerciais (especialmente no conceito do direito internacional) para designar a prática de colocar no mercado produtos abaixo do custo com o intuito de eliminar a concorrência e aumentar as quotas de mercado.

* Professor Associado do Depto. de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª Região. Ex-Procurador do Trabalho do MPT (PRT 2ª Região). Mestre (UNESP), Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela USP.

¹ FROTA, Paulo Mont'Alverne. O *dumping* social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. *Revista LTr*, n. 78, v. 02, São Paulo, fev./2013. p. 206.

Aduz ainda esse autor que

[...] o *dumping* é frequentemente constatado em operações de empresas que pretendem conquistar novos mercados. Para isto, vendem os seus produtos a um preço extremamente baixo, muitas vezes inferior ao custo de produção. É um expediente utilizado de forma temporária, apenas durante o período em que se aniquila o concorrente. Alcançado esse objetivo, a empresa praticante do *dumping* passa a cobrar um preço mais alto, de modo que possa compensar a perda inicial. De resto, o *dumping* é uma prática desleal e proibida em termos comerciais.²

Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes e Valdete Severo³ assinalaram que “*dumping* social” constitui a prática reincidente, reiterada, de descumprimento da legislação trabalhista, como forma de possibilitar a majoração do lucro e de levar vantagem sobre a concorrência. Deve, pois, repercutir juridicamente, pois causa um grave desajuste em todo o modo de produção, com sérios prejuízos para os trabalhadores e para a sociedade em geral.

Com base nessas informações⁴, podemos apresentar o conceito de *dumping* social como uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor.

2 NATUREZA JURÍDICA DO *DUMPING* SOCIAL

Com fundamento nesse conceito, podemos dizer que o *dumping* social apresenta-se como um dano social, difuso e coletivo, pois atinge ao mesmo tempo trabalhadores já contratados e inseridos na exploração por empresas que o praticam, como futuros trabalhadores que poderão vir a ser aliciados e ingressarem

² *Idem, ibidem*, p. 206.

³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. LTr, 2012. p. 10.

⁴ A atual OMC (Organização Mundial do Comércio), ex-GATT, no artigo VI do *General Agreement on Tarifes and Trade (GATT)*, conceitua *Dumping* como: “*The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry. For the purposes of this Article, a product is to be considered as being introduced into the commerce of an importing country at less than its normal value, if the price of the product exported from one country to another: (a) is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country, or, (b) in the absence of such domestic price, is less than either (i) the highest comparable price for the like product for export to any third country in the ordinary course of trade, or (ii) the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit.*”

nesse tipo de empreendimento, em situações de crise social ou de desemprego, como vivenciamos neste momento.

Na ausência de crescimento econômico e de oferta de novos e bons empregos, o trabalhador fica em condição vulnerável, e virtualmente insustentável, pois acaba aceitando qualquer tipo de proposta, até mesmo as irregulares, no sentido de colocar alimento na mesa de sua família.

Acrescente-se a esse fato que vivemos em uma sociedade altamente desigual, perversa, uma sociedade de miseráveis, com cerca de 32,2%⁵ da força de trabalho no mercado clandestino ou informal, no qual a média da escolaridade do trabalhador situa-se entre 6 a 7 anos, e o abismo entre os ricos e pobres aumenta ano a ano. Exemplos são publicados a cada dia nos jornais de grande circulação. É só prestar atenção nos detalhes.

Como a lógica do capital sempre foi a de tirar vantagem a qualquer preço, em tempos de crise econômica abre-se uma enorme janela de oportunidades aos agentes empresariais inescrupulosos, e diretores que sempre procuram agradar os acionistas, investidores e Conselhos de Administração, e também engordar seus próprios contracheques, no sentido de apresentar planos de ação empresarial audaciosos para conquista de novos mercados e novos clientes.

Sabe-se que mercado se conquista sobretudo por meio de preços competitivos, ou seja, quanto mais baratos e de mais alta qualidade maior são as probabilidades de sucesso em qualquer tipo de mercado global.

E uma das maneiras que as empresas têm de reduzir os preços de seus produtos são justamente os salários dos trabalhadores, especialmente no Brasil, onde os encargos sociais são substancialmente elevados. Se os salários representam mais de cinquenta por cento da planilha do custo do produto/serviço, nada mais lógico, na leitura empresarial, reduzi-los ao extremo para repassá-los ao consumidor final.

Temos vários exemplos no Brasil de *dumping* social nas indústrias de confecção, de roupas de *griffe*, sobretudo as que possuem redes ou canais internacionais de distribuição, criação de cooperativas de mão de obra no interior do Brasil, por meio de empresas estrangeiras, utilização de mão de obra infantil, ampliação excessiva da jornada de trabalho, sem o correspondente pagamento de horas extras, etc.

Portanto, apresentando-se como característica social e difusa, por força do fato de transcender a pessoa unitária do trabalhador para atingir a consciência coletiva de toda a sociedade, entendemos que a natureza jurídica do *dumping* social se enquadra entre os institutos do Direito Coletivo do Trabalho, produto dos tempos modernos de fragmentação de micro ou macrolesões que se disseminam entre classes ou grupos de pessoas.

3 LEGITIMIDADE PARA O COMBATE AO DUMPING SOCIAL

O *dumping* social, apresentando-se como instituto do Direito Coletivo do Trabalho, por se inserir entre os interesses e direitos difusos e coletivos, direitos

⁵ Boletim do mercado de trabalho n. 56. IPEA. (pesquisa: ipea.gov.br).

humanos de terceira dimensão, pela natureza social que se afigura, somente pode ser postulado em juízo por meio de um dos legitimados *ope legis*⁶, ou seja, por meio dos autores ideológicos, que defendem, em nome próprio, direitos alheios, com a devida autorização legal.

Dessa forma, apenas as instituições elencadas nos dispositivos legais mencionados detêm legitimidade para postular tais direitos e interesses, na medida em que a coisa julgada que se produzirá implicará efeitos *erga omnes e ultra partes*.

Os sindicatos representativos das respectivas categorias profissionais vilipendiadas em tais empreendimentos poderão ajuizar ações moleculares postulando a remoção do ilícito, em conjunto com demais pleitos, inclusive de danos morais coletivos por *dumping* social, cuja indenização deverá ser revertida para um fundo correlato dos trabalhadores, ou para instituições que se voltem ao combate de tais ilicitudes no campo empresarial, ou que se dediquem à clientela de vulneráveis.

Da mesma forma, o Ministério Público do Trabalho poderá pacificar conflitos nessa seara, considerando o interesse público primário envolvido, seja por meio do inquérito civil, seja por meio de ações coletivas, com o mesmo desiderato.

Creemos, destarte, que o trabalhador individualmente considerado não detém legitimidade para postular em juízo o *dumping* social, pelas próprias características sociais desse instituto, como retrorreferenciado.

4 ÓRGÃO COMPETENTE PARA JULGAR O DUMPING SOCIAL

Da mesma forma que as ações coletivas ou moleculares, como a ação civil pública e a ação coletiva, entre outras, com exceção da ação de nulidade de cláusula ou de acordo ou convenção coletiva, cuja competência é do Tribunal do Trabalho correspondente ou do Tribunal Superior do Trabalho, dependendo da área de abrangência da lesão social, a competência para julgamento das ações postulando *dumping* social será das Varas do Trabalho, do local do dano, consoante art. 207 da Lei n. 7.347/85 e da OJ n. 130⁸ da SDI-II do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST.

Assim dispõe o Enunciado n. 04 da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho):

⁶ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. E art. 5º da LACP: Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil. [...]

⁷ Art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “*dumping social*”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás já previam os artigos 652, “d”⁸, e 832, § 1º¹⁰, da CLT.

Mesmo que a lei disponha sobre a possibilidade de o magistrado impor multas ou outras penalidades aos atos de sua competência, *ex officio*, entendemos que, no caso do *dumping social*, tal dispositivo não seja aplicável: primeiro, nas ações individuais, o trabalhador não teria competência para postulá-lo, pois se trata de um instituto do direito coletivo ao qual lhe carece competência; segundo, há total ausência de previsão legal para a aplicação de institutos do direito coletivo¹¹ no direito processual individual do trabalho, ou seja, nas reclamações trabalhistas, e, se assim o fizer, o magistrado estará laborando em julgamento *ultra* ou *extra petita*.

Importante ainda trazer, nesse particular, os ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior¹² quando assinala que

[...] a reparação do dano, em alguns casos, pode ter natureza social e não meramente individual. Não é, portanto, unicamente, do interesse de ressarcir o dano individual que se cuida. Em se tratando de práticas ilícitas que tenham importante repercussão social, a indenização, visualizando esta extensão, fixa-se como forma de desestimular a continuação da prática do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação dos limites econômicos e sociais do ato praticado,

⁸ OJ 130. Ação Civil Pública. Competência. Local do Dano. Lei n. 7.347/1985, Art. 2º Código de Defesa do Consumidor, Art. 93 (Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). I - A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II - Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das Varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III - Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das Varas do Trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV - Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída. (Redação dada pela Resolução TST n. 186, de 14/9/2012, DJe TST de 26/9/2012, rep. DJe TST de 27/9/2012 e DJe TST de 28/9/2012.)

⁹ d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência; [...].

¹⁰ Art. 832. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão. § 1º Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

¹¹ Uma vez que cada um desses ramos é regido por normas, regras, princípios e até instituições próprias.

¹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e outros. *Op. cit.*, p. 11.

pois, sob o ponto de vista social, o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.

Carolina Masotti Monteiro¹³ informa que “[...] o presente trabalho entende pela aplicação em qualquer âmbito, seja individual ou coletivo, havendo pedido expresso neste sentido ou não.”

Não é essa a nossa posição. Em primeiro plano, entendemos que o *dumping* social constitui instituto do Direito Coletivo do Trabalho, pois afeta não apenas um único trabalhador, mas transcende essa individualidade para atingir todo o grupo, classe ou comunidade de pessoas em idêntica situação fática.

Envolvem, dessa forma, direitos difusos (eventuais pessoas indeterminadas na sociedade que poderão ocupar eventual e futuramente postos de trabalho na empresa que pratica o *dumping* social e vir a sofrer o dano), coletivos e individuais homogêneos.

Dessa forma, o *dumping* social encartado como instituto do direito coletivo do trabalho somente poderá ser postulado por um legitimado *ope legis*, inscrito no art. 82 da Lei n. 8.078/90 ou art. 5º da Lei n. 7.347/85, que poderá, por meio de uma ação molecular, perseguir o provimento jurisdicional genérico para toda a classe de trabalhadores lesados no ambiente empresarial. O trabalhador, dessa forma, estaria legitimado a postular seus direitos na ação de liquidação da sentença genérica, consoante os arts. 95 e seguintes da Lei n. 8.078/90, provando a titularidade do direito material postulado, a lesão individualizada e o nexa causal.

Como o *dumping* social tradicional trata-se de um dano social, de natureza difusa e coletiva, que é praticado em determinados lapsos de tempo, para que a empresa possa ganhar ou entrar em determinado mercado, tudo indica que não pode ser praticado de forma definitiva ou indefinida no tempo, pois isso levaria a empresa à quebra pela falta de resultados positivos. E sabemos que sem resultados positivos ou lucrativos a empresa não terá como sobreviver em um mercado altamente competitivo.

Por isso que não há como comparar o *dumping* social com a terceirização, pois são institutos com diferentes características, a exigir diversa leitura jurídica, mesmo porque temos até mesmo a terceirização lícita, permanente, que se distingue da terceirização ilícita e da intermediação fraudulenta de mão de obra.

Sendo assim, pelas próprias peculiaridades do *dumping* social, serão raríssimas¹⁴ as situações em que o trabalhador, individualmente considerado, terá

¹³MONTEIRO, Carolina Masotti. *Dumping* social no direito individual do trabalho. *Revista LTR*, vol. 28, São Paulo, jun./2014. p. 709.

¹⁴INDENIZAÇÃO - DUMPING SOCIAL - AÇÃO INDIVIDUAL - DESCABIMENTO. “Reclamatória trabalhista individual. *Dumping* social. Não havendo pedido de condenação da reclamada ao pagamento de dano social, a condenação de ofício configura decisão *extra petita*. Além disso, o *dumping* social decorre de violação de direitos de caráter coletivo, o que impossibilita a condenação em ação individual. Cabível a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para que promova a devida ação, nos termos da Lei n. 7.347/1985. Recurso provido no item.” (TRT 4ª R. - RO 0039500-13.2009.5.04.0005 - 1ª T. - Rel. José Felipe Ledur - DJe 24/1/2011)

condições de postular em juízo, com chances razoáveis de sucesso, por meio de uma reclamatória trabalhista na Justiça do Trabalho, a lesão individual específica oriunda do *dumping* social, como titular do direito individual homogêneo, apresentando as provas correlatas, com fulcro no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e no art. 104 da Lei n. 8.078/90, já que não existe litispendência entre a ação individual e a ação coletiva.

Se o trabalhador prosperar nesse intento, a decisão judicial proveniente do processo trabalhista atomizado terá sentença judicial *inter partes* e *pro et contra*, diversamente da natureza genérica de uma ação molecular, postulada por um dos legitimados ou autores ideológicos, que seria *erga omnes* e *ultra partes*.

Em outras palavras, o trabalhador ou empregado individual, entretanto, não terá legitimidade para buscar uma sentença genérica que beneficie toda a classe de trabalhadores, pois existe vedação em nosso ordenamento jurídico nesse sentido.

Dessa forma, não vemos como dar guarida à hipótese de condenação empresarial por *dumping* social, em reclamatória trabalhista, *ex officio*, sem pedido expresso do reclamante, na medida em que não existe em nosso ordenamento jurídico previsão legal para tal prática, que autorize a condenação a uma indenização sem que haja pedido certo e determinado, com fulcro nos arts. 128¹⁵ e 460¹⁶ do CPC e art. 852-B¹⁷ da CLT.

5 FORMAS DE COMBATE E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVO POR *DUMPING* SOCIAL

Além da judicialização trabalhista, que pode ocorrer com o ajuizamento de ações coletivas ou moleculares, de legitimidade ativa dos sindicatos representativos de categoria profissional, bem como do Ministério Público do Trabalho, por meio das quais pode ocorrer um efetivo combate ao *dumping* social, com a imposição de indenizações ou reparações a título de dano moral coletivo, bem como fixação de *astreintes*, em valores expressivos por descumprimento da legislação trabalhista em relação a cada trabalhador ou a cada obrigação trabalhista, existem alternativas administrativas que também podem ser exploradas.

Como é cediço, entre os instrumentos mais poderosos do *parquet* trabalhista, encontramos o inquérito civil, devidamente regulado pela Resolução n. 69/2007 do Conselho Superior do MPT, por meio do qual os membros do MPT poderão celebrar TAC - Termos de Ajuste de Conduta - com as empresas praticantes de tal ato fraudatório ou antijurídico, impondo-lhes, administrativamente, mas com força de título executivo extrajudicial, indenizações a título de dano moral coletivo por *dumping* social, cujos valores poderão ser revertidos à própria sociedade (fundos, entidades filantrópicas, FAT e assim por diante).

¹⁵Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹⁶Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

¹⁷1 - o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente;

Por outro lado, vemos também possibilidades de imposição de multa dissuasória por *dumping* social na celebração de TAC - Termo de Ajuste de Conduta -, por meio do Ministério Público do Trabalho, até mesmo cumulada com dano moral individual, sendo o primeiro revertido para o FAT ou instituições filantrópicas, sem fins lucrativos, e o segundo destinado ao próprio trabalhador que sofreu a lesão imaterial.

O que vislumbramos, nessa situação, é a hipótese de condenação da empresa, em casos flagrantes de *dumping* social, de forma cumulada, considerando a natureza jurídica diversa dos institutos: por dano moral individual e dano moral coletivo.

Nesse caso, o trabalhador encontrado em situação irregular poderá ser contemplado com um valor pela agressão à sua dignidade, da mesma forma que a empresa será condenada à reparação por dano moral coletivo, que será revertido a um fundo, ou das formas já mencionadas neste texto.

Nada obsta, portanto, a condenação empresarial a ambos os danos morais, pelo mesmo fato, já que existe Súmula do STJ, nesse sentido, neste caso aplicada analogicamente:

STJ - Súmula n. 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

O combate ou a inibição do *dumping* social no cenário internacional tem sido feito por meio da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, e os instrumentos utilizados com maior frequência são o Selo Social, o Global Compact, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais nos acordos firmados pela OMC - Organização Mundial do Comércio.

O Selo Social consiste na vinculação de uma “etiqueta social” a produtos e marcas de empresas que, havendo voluntariamente aderido ao sistema, demonstrem a observância de normas trabalhistas consideradas fundamentais. A seu turno, o Global Compact, desenvolvido pela Organização das Nações Unidas, visa à incorporação de princípios de responsabilidade humanitária, social e ambiental ao planejamento estratégico das companhias transnacionais.

6 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO DUMPING SOCIAL

É gratificante observar que grande parte dos Tribunais do Trabalho passou a condenar a prática lesiva do *dumping* social nas relações de trabalho.

Vejamos algumas ementas recentes sobre o *dumping* social:

RECLAMATÓRIA TRABALHISTA INDIVIDUAL. *DUMPING* SOCIAL. Não havendo pedido de condenação da reclamada ao pagamento de dano social, a condenação de ofício configura decisão *extra petita*. Além disso, o *dumping* social decorre de violação de direitos de caráter coletivo, o que impossibilita a condenação em ação individual. Cabível a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para que promova a devida ação, nos termos da Lei n. 7.347/1985. Recurso provido no item. (TRT 04ª R. - RO 0039500-13.2009.5.04.0005 - 1ª T. - Rel. José Felipe Ledur - DJe 24/1/2011)

INDENIZAÇÃO POR *DUMPING* SOCIAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. O *dumping* social decorre do descumprimento reiterado de regras de cunho social, gerando um dano à sociedade. Embora atualmente seja reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a possibilidade de acolhimento do dano coletivo decorrente de *dumping* social, é inegável que a titularidade é da coletividade, ou seja, não pode ser postulado ou deferido em ações de cunho individual. Além do que, é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, nos termos do art. 460 do CPC. Recurso provido no particular.

(TRT-1 - RO: 0000031-70.2013.5.01.0241 RJ, Relator: Antônio César Coutinho Daiha, Data de Julgamento: 4/2/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/3/2015)

DUMPING SOCIAL. CABIMENTO. O instituto pode ser entendido como uma prática de auferir vantagens financeiras que permitam a seu agente competir em condições de desigualdade no mercado prejudicando toda a sociedade, configurando ato ilícito por exercício abusivo do direito, extrapolando os limites econômicos e sociais. No entanto, somente as agressões reincidentes e contumazes aos direitos trabalhistas ensejam a reparação em questão. Por conseguinte, não comprovado o descumprimento voluntário e reiterado de normas trabalhistas, não há que se falar no pagamento da referida indenização.

(TRT-1 - RO: 0000167-10.2012.5.01.0045 RJ, Relator: Patrícia Pellegrini Baptista da Silva, Data de Julgamento: 13/8/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 26/8/2014)

DUMPING SOCIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Dumping* social, em linhas gerais, é a conduta adotada por alguns empregadores de forma reiterada e consciente de precarização das relações de trabalho, com sonegação de direitos de seus empregados, visando a diminuir custos de mão de obra na produção de seus bens e serviços, aumentando a sua competitividade e o seu lucro, caracterizando concorrência desleal com relação aos empregadores que cumprem a legislação trabalhista, prejudicando a sociedade como um todo. Essa prática é imoral, ilícita e abusiva, que deve ser combatida. Todavia, o procedimento cabível para tanto deve ser respeitado, observando-se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 5º, LIV e LV, da CF/88, que neste caso foram violados, pois a indenização por *dumping* social não foi sequer pleiteada na inicial, infringindo os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e também os artigos 128 e 460 do CPC (julgamento *ultra* e *extra petita*), devendo ser excluída da condenação a indenização por *dumping* social de R\$1.000.000,00.

(TRT-2 - RO: 0001236-21.2013.5.02.0302 SP, Relator: Jomar Luiz de Vassimon Freitas, Data de Julgamento: 9/12/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: 12/12/2014)

DUMPING SOCIAL TRABALHISTA - ESPIRAL DE DESRESPEITO AOS DIREITOS BÁSICOS DOS TRABALHADORES - CARACTERIZAÇÃO PARA ALÉM DE UMA PERSPECTIVA MERAMENTE ECONÔMICA - CONSEQUÊNCIAS. Segundo Patrícia Santos de Sousa Carmo, “a Organização Internacional do Trabalho e o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos têm denunciado que os direitos sociais estão cada vez mais ameaçados pelas políticas econômicas e estratégias empresariais. Nesse sentido, incontestemente que o Direito do Trabalho, por influência dos impulsos sociais

aos quais é exposto, tem sido crescentemente precarizado, de modo que se tem um dano social que aflige a própria matriz apologética trabalhista. A expressão *dumping*, termo da língua inglesa, que deriva do verbo *to dump*, corresponde ao ato de se desfazer de algo e, posteriormente, depositá-lo em determinado local, como se fosse lixo. Há, ainda, quem defenda que o termo possa ter se originado do islandês arcaico *humpo*, cujo significado é atingir alguém. Os primeiros registros do *dumping* social, ainda que naquela época não fosse assim denominado, são de 1788, quando o banqueiro e Ministro francês Jacques Necker mencionava a possibilidade de vantagens serem obtidas em relação a outros países, abolindo-se o descanso semanal dos trabalhadores.” A primeira desmistificação importante é que o *dumping* social, na verdade, liga-se ao aproveitamento de vantagens dos custos comparativos e não de uma política de preços. Retrata, pois, uma vantagem comparativa derivada da superexploração de mão de obra. Dentro deste recorte epistemológico, interessa o prejuízo ao trabalhador, o prejuízo à dignidade da pessoa humana, o prejuízo ao valor social do trabalho, o prejuízo à ordem econômica, o prejuízo à ordem social e o prejuízo à matriz apologética trabalhista. Com efeito, no século XX, com o advento do constitucionalismo social e da teoria da constituição dirigente, altera-se o papel da Constituição, se antes apenas retratava e garantia a ordem econômica (constituição econômica), passa a ser aquela que promove e garante as transformações econômicas (constituição normativa). Dessa maneira, imperioso compatibilizar o plano normativo com o plano factual, a livre iniciativa ao valor social do trabalho, sob pena de se estar em sede de uma constituição semântica, cuja funcionalidade não se aproveita aos destinatários dela, mas a quem detiver poder. Em se tratando de *dumping* social, a mera aplicação do Direito do Trabalho, recompondo a ordem jurídica individual, não compensa o dano causado à sociedade, eis que reside o benefício no não cumprimento espontâneo das normas trabalhistas. Dessa feita, as reclamações trabalhistas que contenham práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis aos direitos trabalhistas, dado o grave dano de natureza social, merecem correção específica e eficaz. Apresentam-se no ordenamento jurídico dois institutos jurídicos, a saber, indenização suplementar por *dumping* social e *punitive damages*, que constituem modalidades de reparação desse dano social. No que respeita à indenização suplementar por *dumping* social, a defesa de sua aplicação reside em uma análise sistemática do ordenamento jurídico. Sobrelevando-se que as normas infraconstitucionais devem assumir uma função instrumento, tendo, ainda, em vista a realização superior da constituição e a preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis, somando-se ao fato de que o direito deve ser visto como um sistema aberto e plural, devem aquelas normas ser aplicadas de modo a buscar a concretização. Assim, em caso de *dumping* social, autoriza-se que o juiz profira condenação que vise à reparação específica, pertinente ao dano social perpetrado, *ex officio*, com vistas à proteção do patrimônio coletivo que foi aviltado, que é denominada indenização suplementar por *dumping* social, a qual favorecerá o Fundo de Amparo aos Trabalhadores (FAT) ou alguma instituição sem fins lucrativos. (TRT 03ª R. - RO 00066-2013.063.03.00.9 - Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault - DJe 12/9/2014 - p. 31)

DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ESPECÍFICO. LEGITIMIDADE. Compete aos legitimados que compõem o rol previsto

no artigo 5º da Lei 7.347/1985, por meio da Ação Civil Pública, pleitear indenização decorrente de *dumping* social, dando-lhe a destinação prevista na legislação pertinente, pois o dano repercute socialmente, gerando prejuízos à coletividade, não podendo ser deferida de ofício, por ausência de previsão legal. (RO-0001756-47.2011.5.18.0191, Rel. Des. GENTIL PIO DE OLIVEIRA, julgado em 10/7/2012) (TRT18, RO - 0010515-28.2015.5.18.0104, Rel. Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, 1ª Turma, 13/7/2015)

DUMPING SOCIAL. INOBSERVÂNCIA REITERADA E SISTEMÁTICA À LEGISLAÇÃO DO TRABALHO COMO FORMA DE POLÍTICA DE REDUÇÃO DE CUSTOS. A figura jurídica em questão, de fato, não comporta como única nuance o aspecto comercial, traduzido na deslealdade concorrencial, relacionando-se também ao reflexo nas relações de trabalho, uma vez que sobre elas provoca efeito igualmente nefasto. Todavia, não basta à pretensão a prova do dano individualmente sofrido, mas a patente sonegação de direitos a outra gama de trabalhadores, de maneira a imputar-se ao réu um dano de ordem social, que se traduz em *dumping* social, e não meramente individual, servindo a reparação eventualmente devida como verdadeiro desestímulo à adoção de práticas semelhantes por quaisquer daqueles que avistem a possibilidade de auferir vantagens econômicas à custa da precarização de direitos decorrentes da legislação do trabalho. Nesse sentido, em que pese ter sido reconhecido nos presentes autos que a autora não exercia, de fato, cargo de confiança, tal elemento não autoriza, por si só, a conclusão de que o réu tenha sonegado o direito ao pagamento de horas extras a seus trabalhadores em número suficientemente expressivo a ponto de ensejar desequilíbrio concorrencial no mercado financeiro. Nesses termos, por não comprovado que o reclamado, embora deixando de aplicar corretamente os preceitos celetistas ao contrato de trabalho da autora, o tenha feito de forma reiterada e sistemática em relação a outros empregados como política de redução de custos, não há que se falar em *dumping* social, tampouco em reparação correspondente.

(TRT-2 - RO - 0000249-05.2013.5.02.0263 SP, Relator: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 28/4/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: 7/5/2015)

PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - DIÁLOGO DE FONTES - PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E CONVIVÊNCIA COM O ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. Em um sistema de contratação dinâmica, as normas estabelecidas nos diversos níveis de negociação não se excluem *a priori*, incidindo as regras mais favoráveis vigentes, a teor do artigo 620 da CLT, pois os resultados de uma negociação articulada (no nível da categoria, a CCT e da empresa, o ACT) não se excluem reciprocamente, apenas operam modalidades de derrogação imprópria (Mário Deveali). O pagamento das vantagens previstas no Acordo Coletivo de Trabalho pela empregadora que o subscreve não a isenta de cumprir as regras mais benéficas estabelecidas pela Convenção Coletiva de Trabalho aplicável à sua categoria econômica, sob pena de praticar *dumping* social e validar a prática de concorrência desleal com as demais empresas do setor. Recurso patronal a que se nega provimento.

(TRT 01ª R. - RO 0001106-62.2012.5.01.0021 - 7ª T. - Rel. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva - DOERJ 4/5/2015)

DUMPING SOCIAL. A doutrina e jurisprudência dominantes definem *dumping* social como um instituto do direito econômico, traduzido pela conduta comercial desleal, em que é utilizado como método a venda de produtos a preço inferior ao do mercado, com o escopo de prejudicar e eliminar concorrentes de menor poderio econômico. Tal conceito abarca a existência de preços baixos e a burla à legislação trabalhista ou o descumprimento de direitos mínimos dos empregados. Em tais situações, o dano é causado à coletividade (trabalhadores de modo geral e, enfim, à própria sociedade), em razão da ofensa a direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. A reparação não se dá no plano individual, como pretendido no caso presente, mas por intermédio da Ação Civil Pública (artigo 21 da LACP).

(TRT 03ª R. - RO 01615/2014-176-03 - 10ªT. - Rel. Des. Taisa Maria Macena de Lima - Data de Publicação: 31/3/20115)

[...] DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE *DUMPING SOCIAL* - ILEGITIMIDADE DO EMPREGADO EM AÇÃO INDIVIDUAL. Não possui legitimidade, em processo individual, o reclamante que pleiteia indenização por danos morais em decorrência de *dumping* social, pois se trata de um dano que afeta toda a sociedade, coletivamente. Assim, o autor, em nome próprio, não detém legitimidade ativa para pleitear indenização por dano social, pois o fato afeta toda a coletividade, sendo legitimados o Ministério Público e os entes que compõem o rol previsto no artigo 5º da Lei n. 7.347/85. [...] Recurso a que se dá provimento parcial.

(TRT 13ª R. - RO 0027700-60.2014.5.13.0005 - Rel. Des. Leonardo José Videres Trajano - DJe 14/4/2015 - p. 3)

[...] *DUMPING SOCIAL*. LEGITIMIDADE ATIVA COLETIVA. O *dumping* social, tipificado como lesão massiva, tem como vítima a sociedade. Ainda que indiscutível a existência do dano moral coletivo, não detém o trabalhador individual legitimidade para postular judicialmente a indenização respectiva, ainda que previamente destinado o valor a fundo coletivo, que no caso sequer foi indicado. Recurso Ordinário do Município de Quissamã conhecido e parcialmente provido.

(TRT-1 - RO: 00015581620135010481 RJ , Relator: Márcia Leite Nery, Data de Julgamento: 11/11/2014, Quinta Turma, Data de Publicação: 26/11/2014)

CONCLUSÕES

De todo o exposto, podemos inferir que o *dumping* social trata-se de um dano coletivo, de cunho social, relacionado a direitos da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais, portanto, relacionado a direitos difusos e coletivos. Portanto, em síntese, podemos aduzir:

- Somente os autores ideológicos ou legitimados *ope legis* poderão postulá-lo no juízo trabalhista, já que não há amparo legal em nosso ordenamento jurídico para postulação e êxito pelo trabalhador, considerado individualmente;
- a imposição da reparação ou indenização por dano moral poderá ser judicializada por meio de ações moleculares, pelo substituto processual ou pelo *parquet* laboral, em juízo de primeiro grau, da mesma forma que as ações civis públicas ou ações civis coletivas;

- essa indenização ou reparação também poderá ser imposta por meio de celebração do título executivo extrajudicial (TAC), de titularidade exclusiva do *parquet* laboral, por via administrativa do inquérito civil;
- a legitimidade do Ministério Público do Trabalho decorre de sua própria atribuição na Constituição (inciso III do art. 129 da CF/88), de legítimo defensor dos direitos humanos fundamentais, e dos direitos difusos e coletivos e do interesse público primário da sociedade;
- o valor da indenização ou reparação será revertido não diretamente para os trabalhadores retirados da situação de *dumping* social, mas serão beneficiados indiretamente, pois tais fundos serão direcionados para instituições filantrópicas que prestam serviços aos trabalhadores, familiares, vulneráveis, idosos, crianças em situação de risco social, deficientes, ou que se dedicam à inclusão ou requalificação profissional;
- em casos específicos, de diligências de força tarefa conjunta ou resgate de trabalhadores, poderá ocorrer a cumulação do dano moral individual e coletivo, pelo *dumping* social praticado pelo empregador, com fulcro na Súmula n. 37 do STJ, neste caso aplicada por analogia;
- o papel do Judiciário trabalhista é fundamental na análise dos casos concretos que lhe são submetidos e, se devidamente provados, haverá a condenação exemplar, pedagógica e dissuasória dos empregadores que se utilizam de tal prática deletéria e atentatória à dignidade humana dos trabalhadores.

Finalmente, mas não menos importante, no cenário internacional, o combate ao *dumping* social tem sido engendrado pela OIT - Organização Internacional do Trabalho - e pela OMC - Organização Mundial do Comércio, com a utilização de variados instrumentos, entre os quais o Selo Social, o Global Compact, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais nos acordos firmados pela OMC.

REFERÊNCIAS

- FROTA, Paulo Mont'Alverne. O *dumping* social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. *Revista LTr*, n. 78, v. 02, São Paulo, fev./2013.
- MONTEIRO, Carolina Masotti. *Dumping* social no direito individual do trabalho. *Revista LTr*, vol. 28, São Paulo, jun./2014.
- OMC - Organização Mundial do Comércio, ex-GATT. Artigo VI do *General Agreement on Tarifes and Trade (GATT)*.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral coletivo trabalhista e formas de reparação*. (no prelo)
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. LTr, 2012.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUAS REPERCUSSÕES NA CAPACIDADE CIVIL

Taisa Maria Macena de Lima*

RESUMO

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) é consequência da assinatura do Acordo de Nova York. Seu objetivo é derrubar as barreiras da exclusão social. Anteriormente, a pessoa deficiente deveria adaptar-se ao mundo dito “normal”; agora, o mundo deve transformar-se para acolher as pessoas com deficiência. A nova lei produziu modificações legislativas em diferentes áreas, inclusive na teoria das capacidades adotada no Código Civil: a deficiência física, mental, intelectual ou sensorial não é mais causa de incapacidade para a prática dos atos da vida civil.

SUMÁRIO

- 1 O SENTIDO E ALCANCE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**
 - 2 A TEORIA DAS INCAPACIDADES NAS CODIFICAÇÕES DO DIREITO CIVIL**
 - 3 A CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL**
 - 4 A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA**
 - 5 REPERCUSSÕES DO NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES: A INFLUÊNCIA DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS E A TEORIA DAS NULIDADES**
- REFERÊNCIAS**

1 O SENTIDO E ALCANCE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) decorre de compromisso firmado pelo Brasil ao ratificar a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência (Acordo de Nova York)¹, dando-lhe o *status* de norma constitucional.

O Estatuto produziu modificações legislativas que são visualizadas em diferentes áreas, com o objetivo de derrubar barreiras da exclusão social.

Tais alterações resultam de uma nova visão da deficiência, seja ela física, mental, intelectual ou sensorial. Antes, pretendia-se munir a pessoa deficiente de

* Doutora e Mestra em Direito Civil pela UFMG. Professora na PUC/Minas. Desembargadora Federal do Trabalho.

¹ A Organização das Nações Unidas - ONU - promulgou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo em 2007; o Brasil aprovou o documento no ano seguinte, por meio do Decreto n. 186/2008, com *quorum* qualificado de três quintos na Câmara dos Deputados e Senado Federal, conforme art. 5º, § 3º da Constituição da República. Além disso, a Presidência da República ratificou e promulgou a Convenção por meio do Decreto Presidencial n. 6.949/2009.

instrumentos para adaptá-la ao mundo dito “normal”; agora, o mundo deve transformar-se para acolher as pessoas com deficiência.

Naturalmente, essa nova visão de mundo importa novo olhar e novas atitudes para enfrentamento da delicada e difícil questão da inclusão social. Por isso, as inovações são amplas e profundas, passando pelo Direito Urbanístico, Direito do Trabalho, Direito de Família etc.

Neste texto, as reflexões sobre a nova lei ficam limitadas ao regime jurídico das incapacidades, por sua relevância para redesenhar o perfil do sujeito jurídico com deficiência. Um sujeito que, se de um lado, teve resgatada a sua autonomia para as questões patrimoniais e existenciais, de outro lado, passa a assumir maior responsabilidade social e jurídica como autor do seu destino.

2 A TEORIA DAS INCAPACIDADES NAS CODIFICAÇÕES DO DIREITO CIVIL

Historicamente, a capacidade para prática dos atos da vida civil (capacidade de exercício) esteve atada à ideia de discernimento. Havendo diferentes graus de discernimento, deveriam existir várias possibilidades de enquadramento do modelo legal, conforme os sujeitos jurídicos tivessem pleno discernimento (pessoas plenamente capazes); algum discernimento (relativamente incapazes) e nenhum discernimento (absolutamente incapazes). Mas essa categorização dos seres humanos nunca refletiu com perfeição a realidade; a multiplicidade de situações da vida ultrapassa os modelos jurídicos.

Ao lançar olhar para o início do século XX, observa-se que, na sistemática do revogado Código Civil de 1916, sob a denominação de “loucos de todo o gênero” era negada a capacidade de exercício a todos aqueles que apresentassem transtorno mental, assim como também era negada aos menores de dezesseis anos de idade, aos surdos-mudos, que não pudessem exprimir a sua vontade, e aos ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Os transtornos mentais e o desenvolvimento mental incompleto encontravam-se inclusos numa mesma categoria (loucos). Não se atentava para o grau de comprometimento das faculdades mentais e intelectivas, nem para os diferentes transtornos mentais, problemas neurológicos e desenvolvimento mental incompleto. Por isso mesmo, não foi prevista uma solução intermediária entre plena capacidade de exercício e a incapacidade absoluta.

Relativamente à deficiência sensorial, a redação do inciso III do art. 5º do Código Civil de 1916 permitia aos surdos-mudos que fossem excluídos do rol dos absolutamente incapazes quando tivessem recebido adequada educação de modo a comunicar-se e interagir com as outras pessoas. A questão central, portanto, nunca foi a deficiência em si mesma.

Naturalmente, afora os casos de incapacidade absoluta em razão da idade, era necessário o processo judicial para decretar a interdição e nomear o representante legal do incapaz. Afinal, a capacidade é a regra, e a incapacidade é a exceção.

Na construção do regime das incapacidades, a interdição visava à proteção do incapaz, sobretudo nas questões de natureza patrimonial, o que se amoldava à visão da época. Todavia, o foco da proteção era muito mais os papéis do sujeito no mundo do direito - pais, cônjuges, proprietários, contratantes - do que a pessoa humana concreta.

Não raro, o sistema voltava-se contra aquele a quem deveria proteger e, muitas vezes, serviu a objetivos menos nobres, “justificando” a internação em asilos e hospitais de pessoas sãs, que se tornaram incômodas para o cônjuge e os familiares.²

A interdição por incapacidade do sujeito é ato jurídico de gravidade extrema, porquanto priva a pessoa do exercício dos seus direitos, e se transforma em ato infame quando imposta a quem tem discernimento. A má aplicação da teoria das incapacidades e o desvio de seu objetivo primordial de proteção ao incapaz são possivelmente as principais causas de seu crescente desprestígio e das críticas de pensadores e juristas.

O Código Civil de 2002 introduziu modificações significativas no regime das incapacidades, mas não se afastou da técnica de fixar três categorias de sujeitos jurídicos, conforme o grau de discernimento.

Baseado noutra visão das relações jurídicas privadas, assim como inspirado nos avanços da Psiquiatria, o direito recodificado buscou dar tratamento mais adequado aos transtornos mentais, enquanto restrição à capacidade de fato.

Primeiramente abandonou a expressão “loucos de todo o gênero”. No seu art. 3º, inciso II, alude aos que “[...] por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil [...]”, adotando, assim, expressão mais técnica.

O novo quadro se completa com a disciplina jurídica da incapacidade relativa. Passaram a integrar essa categoria intermediária: os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

O que sobressai do Código Civil de 2002 é a tentativa de ampliar o leque de possibilidades de enquadramento jurídico das pessoas com déficit de discernimento por diferentes causas. Assim, nesse sistema, a pessoa com deficiência mental podia, em razão das condições peculiares de cada caso, preservar o *status* de pessoa plenamente capaz; ser interditada como absolutamente incapaz ou ainda ser interditada como relativamente capaz.

O desenvolvimento mental incompleto (deficiência intelectual) tornou-se causa autônoma de incapacidade relativa. Buscou-se dar solução moderada aos casos nos quais a deficiência ou retardo mental médio não retirava por completo o discernimento da pessoa, que ainda mantinha algum controle sobre si mesma.

Noutros termos, o Código Civil modulou os efeitos da deficiência para reformular o rol das três categorias de sujeitos, conforme a capacidade de agir.

Ainda assim não ficou isento de críticas, porquanto continuou a lidar com modelos abstratos³. Afora isso, a reformulação do regime das incapacidades não bastou para inibir o seu mau uso por cônjuges e familiares do “suposto” incapaz.

² Sobre a questão consultar: ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2015.

³ Sobre o tema consultar: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

3 A CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL

Com entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, inaugura-se uma nova era para o Direito Civil, alinhando-se o Brasil entre aqueles países que, dando cumprimento à Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, editou norma legal específica para proteção e promoção das pessoas com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial.

O legislador fugiu da expressão portadores de necessidades especiais, considerada politicamente correta, e adotou, sem falsos pudores, a palavra deficiência, que apenas descreve uma realidade; não contém juízo de valor.

Aqui está se lidando com seres humanos que apresentam insuficiência ou ausência de funcionamento de órgão ou mesmo insuficiência de uma função psíquica ou intelectual. Na maioria dos casos, essa diferença não afeta o discernimento da pessoa. Ainda assim, ela é merecedora de tratamento jurídico diferenciado.

Neste texto, a preocupação é centrada na pessoa que, em razão da própria deficiência, apresenta dificuldade de entender a complexa sociedade contemporânea e de exercer pessoalmente os seus direitos.

Com intuito de promover a igualdade e não discriminação da pessoa deficiente, o Estatuto dispõe, no art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Uma primeira leitura do Estatuto pode surpreender e causar perplexidade, porquanto ele parte da premissa de que as pessoas com deficiência - qualquer deficiência - são plenamente capazes. Na verdade, ele reescreve a teoria das incapacidades, repercutindo em várias áreas do Direito.

Mas terá o legislador ignorado que certas deficiências afetam o discernimento da pessoa? Como é possível reconhecer plena capacidade de exercício a quem sofre de esquizofrenia catatônica ou a quem se encontra em estágio avançado de Alzheimer? Poderão tais pessoas adotar uma criança? Decidir sobre tratamentos médicos? Praticar atos de disposição patrimonial?

O Estatuto traz soluções para tais casos, mas só o tempo dirá sobre a eficácia social das inovações.

Se, antes, três personagens compunham o quadro dos absolutamente incapazes, agora, existe só uma causa de incapacidade absoluta: a idade. Devido à nova redação do art. 3º do CC/2002, apenas os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Não há, portanto, mais necessidade de ação de interdição absoluta.

O art. 4º do Código Civil também foi substancialmente alterado, para constar entre os relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

As alterações no regime das incapacidades são visualizadas no quadro abaixo:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002	Código Civil de 2002 com alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência
<p>Absolutamente incapazes</p> <ul style="list-style-type: none"> - os menores de dezesseis anos; - os loucos de todo o gênero; - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; - os ausentes, declarados tais por ato do juiz. 	<p>Absolutamente incapazes</p> <ul style="list-style-type: none"> - os menores de dezesseis anos; - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; - os que, por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade. 	<p>Absolutamente incapazes</p> <ul style="list-style-type: none"> - apenas os menores de dezesseis anos.
<p>Relativamente incapazes</p> <ul style="list-style-type: none"> - os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156); - os pródigos; - os silvícolas. 	<p>Relativamente incapazes</p> <ul style="list-style-type: none"> - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; - os pródigos. 	<p>Relativamente incapazes</p> <ul style="list-style-type: none"> - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; - os pródigos.

Na normatividade atual, não há referência a qualquer deficiência física, mental, intelectual ou sensorial como causa de incapacidade, quer absoluta, quer relativa, o que guarda coerência com os objetivos do Estatuto.

A redação do art. 3º não deixa dúvida que somente os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes. Mas ainda é possível encontrar entre as causas de incapacidade relativa, nominadas no art. 4º, a deficiência que altere o discernimento da pessoa?

Já se avolumam as controvérsias entre os estudiosos da matéria, sendo possível identificar três teses:

Segundo a primeira tese, não se pode mais atribuir à pessoa com deficiência a situação jurídica de incapaz.

Nessa linha de entendimento, Pablo Stolze sustenta que, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estatuto pretendeu fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, mas não descurou da necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e a curatela, para a prática de atos na vida civil. Seria uma impropriedade técnica referir-se à incapacidade de pessoas com deficiência. A grande novidade seria a possibilidade de curatela de pessoa capaz, medida de caráter extraordinário e restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Todavia, mesmo para os que defendem a plena capacidade civil da pessoa com deficiência não está afastada a intervenção na sua autonomia, o que é algo diverso. Plena autonomia é algo diverso de plena capacidade civil.

Autonomia é autogoverno; é poder que a pessoa exerce sobre si mesma, para o seu próprio bem ou não. Noutras palavras, a autonomia permite que cada uma seja a protagonista de sua própria história. A questão que se põe aqui é quando será legítima a intervenção na autonomia da pessoa com deficiência, enquanto pessoa plenamente capaz.

Nas palavras de Joyceane Bezerra Menezes:

A resposta dependerá da aferição do grau de discernimento. Mas é importante saber que a análise desse discernimento será sempre pessoal, apurada caso a caso. Não pode ser pautada em critérios puramente objetivos, fixados abstratamente pela lei. Cada pessoa deve ser observada, no contexto de sua própria vida e experiência, no processo de avaliação dos limites de sua capacidade. A regra geral continua sendo a capacidade plena. (MENEZES: 2015).

A segunda tese defende que é possível que a pessoa com deficiência seja declarada relativamente incapaz, nos moldes do art. 4º, inciso III, do CC, porquanto a deficiência pode vir a ser a causa transitória ou permanente, que impede a pessoa de exprimir sua vontade. Nas palavras de Flávio Tartuce:

Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam, em regra, a ser plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua total inclusão social, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a dignidade-liberdade, deixa-se de lado a dignidade-vulnerabilidade. Eventualmente, as pessoas com deficiência podem ser tidas como relativamente

incapazes, em algum enquadramento do art. 4º do Código Civil, também alterado. (TARTUCE, 2015, p. 129).

Não há maiores dificuldades de incluir algumas situações de deficiência na hipótese do art. 4º, inciso III, do CC: o surdo-mudo, o portador do Alzheimer, a pessoa com Síndrome de Down, o portador de transtorno mental, desde que essas condições médicas sejam causa da impossibilidade de manifestação da vontade.

Uma tese, mais audaciosa e mais polêmica, é a defendida por Nelson Rosendal. Na sua visão, o Estatuto mitiga, mas não aniquila a teoria das incapacidades do Código Civil e, dando interpretação ao inciso III do art. 4º do Código Civil que ultrapassa a sua literalidade, adota o critério da “vontade ponderada”:

As pessoas deficientes submetidas à curatela são removidas do rol dos absolutamente incapazes do Código Civil e enviadas para o catálogo dos relativamente incapazes, com uma renovada terminologia. A nova redação do inciso III do art. 4º (Lei n. 13.146/15) remete aos confins da incapacidade relativa “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Aqui se revela a intervenção qualitativamente diversa do Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades: abole-se a perspectiva médica e assistencialista de rotular como incapaz aquele que ostenta uma insuficiência psíquica ou intelectual. Corretamente o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender - e que, portanto, justifiquem a curatela-, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual. Ou seja, o divisor de águas da capacidade para a incapacidade não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade. Prevalece o critério da impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens ou de adequadamente as exprimir ou lhes dar execução (ROSENVALD: 2015).

Vê que o critério adotado por ROSENVALD é mais amplo do que o de TARTUCE: não se trata apenas da impossibilidade de exprimir a vontade; eleva-se a critério para definir a incapacidade relativa a impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens. Exige-se, portanto, uma vontade qualificada. Neste último pensar, a Lei n. 13.146/15 não teria criado a nova categoria das “pessoas capazes sob curatela”. Toda pessoa deficiente sob curatela seria relativamente incapaz.

Como o conceito de capacidade foi construído a partir de discernimento, parece impensável um mundo que seja habitado apenas de pessoas capazes; uma sociedade na qual todas as pessoas tenham condições de entender, decidir e atuar. Com efeito, nenhuma legislação poderia realizar tal milagre. As vicissitudes da vida e a imperfeições humanas estão presentes no dia a dia, criando limitações ao viver.

A pessoa deficiente, quando afetada em seu discernimento, necessitará do auxílio de outras para exercer direitos de natureza patrimonial e de natureza existencial. A isso o legislador esteve atento.

4 A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, coerente com seu propósito de afirmar a plena capacidade civil das pessoas com deficiência, tentou banir toda e qualquer referência à “interdição”, dando nova redação ao art. 1.768 do Código Civil.

Com a vigência do Estatuto, o art. 1.768 do CC ganhou a seguinte redação:

Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:

- I - pelos pais ou tutores;
- II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;
- III - pelo Ministério Público;
- IV - pela própria pessoa.

Três inovações são dignas de notas:

A primeira inovação é de linguagem: a aspereza da palavra “interdição” foi substituída pela expressão mais leve “pessoa sob curatela”; o verbo interditar deu lugar a “definir os termos da curatela”. A nova linguagem parece reforçar a tese de que foi criada a curatela de pessoas capazes.

A segunda novidade é a possibilidade de a própria pessoa promover a curatela, no exercício de sua autonomia.

Nos moldes da Lei n. 13.146/2015, a curatela da pessoa deficiente configura medida protetiva, de natureza extraordinária; deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e deve durar o menor tempo possível. Ademais, a curatela restringe-se aos direitos de natureza patrimonial e negocial, de modo que estão excluídos da atuação do curador os atos relativos ao direito ao próprio corpo, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. As decisões concernentes aos direitos existenciais remanescem com o curatelado. Não se pode ignorar, no entanto, que o sujeito jurídico poderá encontrar-se totalmente desprovido de discernimento, não reunindo condições factuais de exercer o autogoverno nas questões existenciais. Diante da redação categórica da lei, é difícil sustentar que o curador pode assumir os poderes de representação para as atividades não patrimoniais. Aqui o direito legislado não apresenta solução.

A terceira inovação é a possibilidade de curatela compartilhada para a pessoa com deficiência (prevista no art. 1.775-A do Código Civil, acrescentado pelo Estatuto).

Algumas modificações feitas pelo Estatuto nos artigos do Código Civil relativos à curatela não sobreviverão à vigência do Código de Processo de Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que revoga os artigos 1.768, 1.769, 1.770, 1.771, 1.772 e 1.773. Na verdade, somente a possibilidade de curatela compartilhada não será derogada com a vigência da nova lei processual civil.

Ao lado da curatela, para a proteção das pessoas com deficiência, o Estatuto acrescentou ao Código Civil o art. 1.783-A, que disciplina a tomada de decisão apoiada. Trata-se de mecanismo para apoio do exercício da capacidade legal de pessoa que, embora tenha alguma limitação, preserva sua autonomia para a prática de atos de natureza patrimonial ou existencial. O instituto apresenta semelhança com a figura do Direito Italiano, denominada *amministrazione di sostegno* (Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004), e não tem precedente na experiência jurídica nacional.

Na tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Tais pessoas devem ser escolhidas entre as que integram o círculo de convivência da pessoa apoiada e devem gozar de sua confiança.

A tomada de decisão apoiada depende de processo judicial de jurisdição voluntária, a ser analisado pelas Varas de Família. O pedido deve ser formulado pela pessoa que necessita de apoio e instruído com o termo assinado pelo postulante e seus apoiadores, no qual constem os limites do apoio a ser oferecido, os compromissos dos apoiadores, o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa a ser apoiada. A lei não traz qualquer restrição à pessoa dos apoiadores, podendo a pessoa apoiada livremente eleger seus apoiadores, desde que sejam pessoas capazes. Antes de deliberar sobre homologação do apoio, o juiz deve ouvir o Ministério Público e, assistido por equipe multidisciplinar, ainda ouvir o requerente e os apoiadores.

A decisão de pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado, e o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação comercial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Na hipótese de o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. E sendo procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. Trata-se de verdadeiro direito potestativo de dar fim à situação jurídica. Por seu lado, o apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, mas seu desligamento está condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

Relativamente à prestação de contas da tomada de decisão apoiada, aplicam-se, no que couberem, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

5 REPERCUSSÕES DO NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES: A INFLUÊNCIA DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS E A TEORIA DAS NULIDADES

As repercussões do novo regime das incapacidades, em outras searas do Direito Civil, irão depender da prevalência de uma das teses anteriormente expostas.

Duas questões afiguram-se especialmente relevantes: a influência do tempo nas situações jurídicas (prescrição e decadência) e a teoria das nulidades.

Relativamente à primeira, é de se notar que o Código Civil de 2002, ao disciplinar a prescrição e a decadência, adotou a regra segundo a qual não correm os prazos prescricionais nem os decadenciais contra as pessoas absolutamente incapazes, consumando-se, por sua vez, a prescrição e a decadência contra os relativamente incapazes.

Qualquer que seja a tese que venha a prevalecer, não há como incluir a pessoa com deficiência no quadro dos absolutamente incapazes, ainda que, em razão da deficiência, tenha o seu discernimento gravemente comprometido. Desse modo, os prazos prescricionais e decadenciais terão fluência normal. Essa é uma consequência da substituição da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-liberdade na disciplina da deficiência.

Passando à análise da teoria das nulidades, verifica-se que as possibilidades interpretativas se ampliam.

Não é demais lembrar que a invalidade do negócio jurídico praticado com vício pertinente à capacidade do sujeito é sanção que visa, sobretudo, à proteção dos interesses dos incapazes.

A capacidade do sujeito é um dos pressupostos de validade dos negócios jurídicos. Nos moldes do art. 166, I, do Código Civil, a incapacidade absoluta é causa de nulidade dos negócios jurídicos e, nos termos do art. 171, a incapacidade relativa é causa de anulabilidade.

A aplicabilidade da sanção mais grave (nulidade) está, obviamente, afastada, porquanto, em nenhuma hipótese, a pessoa com deficiência será reputada absolutamente incapaz.

Quanto à sanção menos grave (anulabilidade), a sua aplicabilidade aos negócios jurídicos celebrados por pessoa deficiente, que não tenha discernimento ou que tenha discernimento reduzido, deve ser apreciada a partir de cada uma das teses jurídicas já referidas.

No âmbito da primeira tese - que defende a plena capacidade de exercício da pessoa com deficiência -, não há como aplicar a sanção da anulabilidade.

A presunção de capacidade de agir é inafastável, mesmo diante da constatação de que a pessoa com deficiência não tem condições de entender a natureza, as consequências e a gravidade do ato praticado. O negócio jurídico será válido e apto a produzir efeitos concretos. Nessa nova realidade, a proteção da pessoa deficiente, prejudicada com a celebração do negócio jurídico, deve ser buscada em outras teorias, categorias, princípios e institutos jurídicos. Ganham importância, assim, os princípios jurídicos aplicáveis desde a conclusão até execução dos contratos (autonomia privada, função social, justiça contratual e boa-fé objetiva) bem como a especial proteção que se dá ao contratante nas relações caracterizadas pela disparidade de forças entre os contratantes, tais como relações consumeristas e relações trabalhistas.

A presença ou ausência do curador na prática do ato não interfere na validade do ato negocial, porquanto o sujeito jurídico é plenamente capaz. O Estatuto não cuidou de ajustar o regime de nulidades do Código Civil à situação peculiar da pessoa capaz sob curatela, de modo a definir os efeitos da prática de ato negocial, sem presença do curador.

À luz da segunda tese, apenas eventualmente a pessoa com deficiência poderá ser reputada relativamente incapaz, quando, em razão da deficiência, não puder exprimir a sua vontade. Se a pessoa com deficiência se encontrar sob curatela, a falta de participação do curador poderá ensejar a anulação do ato, nos moldes do inciso I do art. 177 do Código Civil.

Por fim, a terceira tese, sempre que a pessoa não puder exprimir uma vontade ponderada, estaria caracterizada a hipótese do inciso III do art. 4º do Código Civil, e o negócio jurídico celebrado será anulável.

Essa teoria é a que, no campo das nulidades, oferece solução mais adequada para as múltiplas situações da vida. Afinal, a pessoa com deficiência mental ou intelectual, não raro, embora seja capaz de interagir com outras pessoas e de expressar pensamentos e emoções, não se revela apta a tomar decisões mais complexas e a entender as consequências e riscos dos atos da vida civil. Noutras palavras, não exprime uma vontade ponderada, porque a deficiência a impede de elaborar uma vontade ponderada.

Se a pessoa não apresenta discernimento algum - como no caso de transtorno mental grave que acarreta a total dissociação com a realidade -, ela sequer poderá praticar pessoalmente qualquer ato jurídico, atuando o curador mais como representante do que como assistente.

Com efeito, havendo diferentes graus de discernimento, mas sendo possível o enquadramento da pessoa com deficiência somente no rol dos relativamente incapazes, a extensão e limites da atuação do curador serão variáveis e fixados pelo Juiz em razão das circunstâncias do caso. Por isso, o curador pode ser autorizado a substituir o incapaz, ainda que não se trate tecnicamente de incapacidade absoluta.

Em termos mais claros, não poderá subsistir a distinção clássica concernente à atuação do curador, segundo a qual os absolutamente incapazes são representados, e os relativamente incapazes são assistidos.

ABSTRACT

Law 13.146, of July 6, 2015 (Statute of Disabled People) is a consequence of the signing of The New York Agreement. Its objective is to break down the barriers of social exclusion. Previously disabled people were expected to adapt to the so-called "normal" world; now the world must accept the disabled people as they are. The new law produced legislative modifications in different areas, including the theory of capacities in Civil Law Code: the physical, mental, intellectual and sensorial deficiencies are no longer legal cause of incapacity to practice of acts in civil life.

REFERÊNCIAS

- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2015.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.
- ROSENVALD, Nelson. *Em 11 perguntas e respostas tudo o que você precisa conhecer sobre o estatuto da pessoa com deficiência*. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1480153702302318&id=1407260712924951&substory_index=0>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de. Autonomia privada e internação não consentida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 99, p. 79-99, 2009.

- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.
- SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#author>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- STOLZE, Pablo. *Estatuto da pessoa com deficiência e sistema de incapacidade civil*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 26 fev. 2015.
- TARTUCE, Flávio. *Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência)*. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- _____. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. V. 1., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

POR UM DIREITO DO TRABALHO DE SEGUNDA GERAÇÃO: TRABALHADOR INTEGRAL E DIREITO DO TRABALHO INTEGRAL

Cleber Lúcio de Almeida*

RESUMO

A proposta deste ensaio é a construção do Direito do Trabalho de segunda geração, à luz do significado humano, social e político e dos níveis normativos do Direito do Trabalho e das várias dimensões do ser humano que trabalha. Nesse sentido, primeiro será examinada a relação entre Direito do Trabalho e crise econômica. Em um segundo momento, serão definidos o conceito, a finalidade, as funções e as fontes do Direito do Trabalho, assim como as dimensões do ser humano que trabalha a serem por ele consideradas. Em sequência, serão examinadas as respostas que a doutrina oferece para a definição do significado e alcance do Direito do Trabalho. A seguir, será examinada a dimensão humana, social e política da efetividade do Direito do Trabalho. Por fim, será desenvolvida a avaliação da possibilidade de construção de um novo Direito do Trabalho, na perspectiva de um direito integral, voltado ao ser humano integral, construído por meio do diálogo e que traz à luz os verdadeiros limites que se impõem ao capital e às leis invisíveis do mercado, quais sejam, a dignidade humana, a justiça social e a democracia.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Crise econômica. Dignidade humana. Justiça social. Democracia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- 1 DIREITO DO TRABALHO E CRISE ECONÔMICA**
 - 2 EXPANSIONISMO E REDUCTIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO**
 - 2.1 Conceito, finalidade e funções do Direito do Trabalho**
 - 2.2 Fontes do Direito do Trabalho**
 - 2.3 Dimensões do ser humano trabalhador a que se destina o Direito do Trabalho**
 - 3 O DIREITO DO TRABALHO E A CRISE ECONÔMICA: REDUCTIONISMO DAS RESPOSTAS**
 - 4 A POSSIBILIDADE DE UM NOVO DIREITO DO TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO DE SEGUNDA GERAÇÃO**
 - 5 EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO: DIMENSÃO HUMANA, SOCIAL E POLÍTICA**
 - 6 CONCLUSÕES**
- #### **REFERÊNCIAS**

* Pós-doutor em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba/ARG. Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professor do curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação da PUC/MG. Juiz do Trabalho junto ao TRT da 3ª Região.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho convive com a redução e a expansão do seu significado e alcance e do próprio valor do trabalho humano ao qual se dedica.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho tratou: do trabalho das mulheres e das crianças, para, posteriormente, alcançar o homem empregado na indústria; das condições de trabalho na indústria, para, depois, abarcar o trabalho rural e o trabalho doméstico; da duração da jornada de trabalho e do salário, para, em seguida, alcançar todos os aspectos relacionados com as condições de trabalho; dos sindicatos, primeiro, para reprimi-los e, posteriormente, para considerá-los imprescindíveis à construção do próprio Direito do Trabalho. Esses são apenas alguns exemplos do movimento de expansão do Direito do Trabalho, estando em curso, ainda, o debate sobre a possibilidade de alargar as suas fronteiras, para substituir, como objeto de sua disciplina, o trabalho subordinado pelo trabalho humano prestado em favor de outrem.

O Direito do Trabalho também enfrenta movimento em sentido contrário, ou seja, de restrição do seu significado e alcance, propondo-se, apenas para citar alguns exemplos, que: altere a sua finalidade primordial, que é a tutela e promoção da dignidade humana, para assumir a tutela do capital; deixe de ser um direito do trabalho, para se transformar em um direito do emprego; altere a relação entre as suas fontes, fazendo prevalecer o que for acordado no âmbito da empresa sobre normas gerais estabelecidas na perspectiva de determinada categoria profissional¹; substitua o critério de eficiência humana, social e política pelo de eficiência econômica das suas normas. Vale mencionar, ainda, as reduções que alcançam os direitos assegurados aos trabalhadores, dentre as quais as várias medidas voltadas a afastar as restrições à contratação por prazo determinado e a substituição da estabilidade no emprego por uma compensação econômica pela dispensa imotivada.

No presente ensaio é sustentada a necessidade e possibilidade da construção de um novo Direito do Trabalho, qual seja, do Direito do Trabalho de segunda geração, no sentido de direito composto por vários níveis normativos, dotado de transcendência humana, social e política e que tem em vista o ser humano que trabalha em todas as suas dimensões.

1 DIREITO DO TRABALHO E CRISE ECONÔMICA

O movimento de redução e expansão do Direito do Trabalho é uma decorrência da sua estreita relação com a crise econômica, sua companheira de viagem.² O Direito do Trabalho surge de crises, ganha destaque com as crises, é

¹ A esse respeito, é interessante relembrar as tentativas de fazer o negociado (Direito do Trabalho negociado ou Direito do Trabalho convencional) prevalecer sobre as normas legais (Direito do Trabalho legislado), primeiro, quando foi proposta a alteração do art. 618 da CLT (PLC 134/2001), em um segundo momento, na proposta de criação do acordo coletivo com propósito específico, e, mais recentemente, no bojo do debate sobre a Medida Provisória 680/15, que instituiu o “Programa de Proteção ao Emprego” (PLC 18/2015).

² Fato realçado por Manuel Carlos Palomeque Lopes, in *Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: a crisis económica*. *Revista de Política Social*, Madri, n. 143, julho-setembro de 1984, p. 15-21.

combatido a cada crise que se apresenta, mais do que qualquer outro ramo do direito sofre os efeitos das medidas adotadas para combater crises e dele é exigido que mostre a sua força especialmente em momentos de crise. Em razão de crises econômicas, o próprio Direito do Trabalho é colocado em crise, com o questionamento dos seus princípios fundamentais, da relação entre as suas fontes, da sua finalidade e das suas funções.

Na abordagem histórica do Direito do Trabalho e da sua relação com a crise, merecem especial destaque a Revolução Industrial, que resultou, a um só tempo, no aumento da riqueza, da pobreza e da desigualdade social, e as teses sustentadas para conferir legitimidade a esses fatos, dentre as quais: a pobreza e a desigualdade social constituem um “[...] dado inelutável, inerente à ‘natureza das coisas’, resultante de leis naturais que regulam a economia, leis que os homens não poderiam alterar, porque se trata de leis de validade absoluta e universal, perante as quais não teria sentido falar de justiça e injustiça, porque o que é natural é justo [...]”; “[...] sendo todos os homens iguais, acumulam riqueza os que são trabalhadores (industriosos), poupadores (parcimoniosos) e inteligentes; estão condenados a ser pobres os que são preguiçosos, perdulários e incapazes (pouco inteligentes) [...]”, o que levou à afirmação da “[...] preguiça natural das classes trabalhadoras, tese corrente ao longo dos Séculos XVIII e XIX [...]”; “[...] a própria natureza das coisas é que os trabalhadores recebam apenas o necessário para a sua subsistência.”³

Vale anotar, ainda, da tese segundo a qual “[...] ferir os interesses de uma classe de cidadãos, por mais ligeiramente que possa ser, sem outro objetivo que não seja o de favorecer qualquer outra classe, é uma coisa evidentemente contrária àquela justiça, àquela igualdade de proteção que o soberano deve, indistintamente, aos seus súditos de todas as classes [...]”⁴, ou seja, de que a proteção dos trabalhadores contrária à justiça e ao princípio da igualdade.

Essas teses são realçadas para chamar a atenção para o fato de que elas retornaram ao discurso econômico a partir dos anos 70, embora em outros termos, tais como: o trabalhador é único responsável pela sua empregabilidade; o Estado não deve intervir na relação capital-trabalho; “o tempo da proteção já passou”, visto que “a proteção é cara, desumana e injusta.”⁵

O retorno às teses que procuraram legitimar a pobreza e desigualdade social no contexto da Revolução Industrial faz

[...] girar para trás o relógio da história do trabalho, retornando aos tempos nos quais este era vendido pelo indivíduo à empresa como qualquer outra mercadoria, com as

³ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*, p. 62-64.

⁴ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*, p. 7.

⁵ PASTORE, José. Relações do trabalho numa economia que se abre. *In Revista LTr* v. 59, n. 01, janeiro de 1995, p. 19-22. Como o Direito do Trabalho tem por finalidade a tutela e promoção da dignidade humana do trabalhador, a tese em destaque sustenta que o tempo da proteção da dignidade humana já passou, por ser essa proteção cara, desumana e injusta.

mesmas obrigações que resultam para os contratantes um contrato comercial: a mercadoria que vai do indivíduo à empresa deve ser de quantidade e natureza combinadas e ser fornecida no tempo oportuno. O mesmo vale para o dinheiro que vai da empresa para o indivíduo a título de retribuição [...]. A rotação ao contrário do relógio da história do trabalho provoca, sob o impulso da política, que tem atendido com diligência as exigências da economia, um curso diferente daquele adotado pela legislação sobre o trabalho desde o início dos anos noventa do século passado. De agora em diante parece ser o critério utilizado para dismantelar o princípio contido na temível afirmação segundo a qual o trabalho não é mercadoria [...]. Ao período de des-mercantilização do trabalho segue um segundo, e prossegue agora, um período de acentuada re-mercantilização do mesmo.⁶

Essas teses, em suma, promovem a desumanização do trabalho humano, reduzindo-o à condição de mercadoria.

Mas, as crises econômicas também geram efeitos positivos, na medida em que convidam a repensar o Direito do Trabalho e criar alternativas que o reconduzam à condição de instrumento de reação contra toda e qualquer tentativa de redução do seu alcance e significado e do trabalho humano à condição de mercadoria.⁷

Como adverte Manuel Carlos Palomeque Lopez, a pretexto do enfrentamento de crises econômicas, são apresentadas teses que, “[...] sob a roupagem de verdades científicas [...]”, apenas “[...] encobrem pura ideologia [...]”, e de que a crise econômica tem sido utilizada como “conceito mágico” e “justificador de quase tudo”.⁸

Não se olvide de que o enfraquecimento do Direito do Trabalho é o enfraquecimento de uma das mais relevantes linhas de defesa da dignidade humana, da justiça social e da democracia, o que exige um olhar crítico para as respostas construídas em razão e para combater crises econômicas.

⁶ GALLANO, Luciano. *Il lavoro non è una mercè: contro la flessibilità*, p. 58-61. A mercantilização do trabalho significa “[...] separar o trabalho da pessoa do trabalhador [...], convertendo-o, com isto, em possível objeto de um mercado especializado: o mercado de trabalho [...]” (SUIPIOT, Alain. *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*. In *Revista Internacional del Trabajo*, v. 115, n. 6, 1996/6. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 658-669).

⁷ Como aduz Manuel Carlos Palomeque Lopes, “[...] crises econômicas não significam, conceitual e necessariamente, retrocesso do ordenamento jurídico-laboral, retrocesso no conteúdo dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores” (*Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: a crisis económica*. *Revista de Política Social*, Madri, n. 143, julho-setembro de 1984, p. 15-21). No mesmo compasso, sustenta Antonio Baylos que, “[...] em muitas ocasiões, as crises se apresentaram como uma oportunidade para alterações transcendentais na configuração do sistema de tutela dos direitos trabalhistas e da cidadania social” (Crisis, modelo europeu y reforma laboral. Disponível em: <www.uan.es/otros/afduam/pdf/14/crisis,%20modelo%europeu%20y%reforma%20laboral%antonio%baylos.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015). Basta lembrar, nesse sentido, do avanço na melhoria das condições de vida e de trabalho que se seguiu à Segunda Guerra Mundial.

⁸ *Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: a crisis económica*. *Revista de Política Social*, Madri, n. 143, julho-setembro de 1984, p. 15-21.

2 EXPANSIONISMO E REDUCIONISMO DO DIREITO DO TRABALHO

Na tentativa de repensar o Direito do Trabalho a partir da expansão e redução do seu significado e alcance e do valor do trabalho humano, são propostas quatro questões principais: a) o que é o Direito do Trabalho; b) para que serve o Direito do Trabalho; c) quais são as fontes do Direito do Trabalho d) a que dimensões do ser humano que trabalha diz respeito o Direito do Trabalho.

2.1 Conceito, finalidade e funções do Direito do Trabalho

O movimento de redução e expansão do Direito do Trabalho tem reflexos na fixação do seu próprio conceito.

Em uma visão extremamente reducionista, é afirmado que o Direito do Trabalho corresponde ao conjunto de normas que disciplinam a relação de trabalho subordinado, visando a estabelecer as condições de contratação do trabalho a ser prestado em favor de outrem mediante remuneração. Essa proposta de conceito traduz uma concepção apenas normativa do Direito do Trabalho.

Expandindo um pouco mais o significado e o alcance do Direito do Trabalho, é asseverado ser ele composto pelo conjunto de normas que disciplinam a relação de trabalho subordinado, visando à tutela da parte mais vulnerável nessa relação. Assim, à concepção normativa do Direito do Trabalho é acrescida uma perspectiva finalística: o Direito do Trabalho disciplina a relação de trabalho subordinado, mas o faz com a finalidade de promover a defesa do trabalhador, na condição de parte mais vulnerável nessa relação. Note-se, porém, que o trabalhador, nessa perspectiva, é protegido apenas por ser a parte mais fraca em uma relação contratual.

Dando um passo adiante e considerando a questão sob a ótica de que a todos devem ser asseguradas condições de trabalho e de vida que estejam em harmonia com a dignidade humana, é sustentado que o Direito do Trabalho é formado pelo conjunto de normas que disciplinam a relação de trabalho subordinado, visando a tutelar e promover a dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho para atender às suas necessidades próprias e familiares. Destarte, são mantidas as concepções normativa e finalística do Direito do Trabalho, mas com um ganho de conteúdo, na medida em que ao Direito do Trabalho é atribuída a finalidade de tutela e promoção da dignidade humana, o que implica atribuir-lhe significado humano.

Adotando essa postura, Hugo Sinzheimer assevera que

[...] o homem possui uma dignidade. Realizar tal dignidade é a missão especial do Direito do Trabalho. Sua função consiste em evitar que o homem seja tratado igual às coisas. Quem quiser compreender o espírito do Direito do Trabalho deve ver dominar esta ideia fundamental nas múltiplas disposições que contém.⁹

Contudo, apesar do avanço representado pelo reconhecimento do significado humano do Direito do Trabalho, a este é negado significado social.

⁹ *La esencia del derecho del trabajo. In crisis económicas y derecho del trabajo: estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, p. 69-77.

Com efeito, limitar o alcance do Direito do Trabalho à disciplina da relação de trabalho subordinado com os olhos voltados apenas para essa relação implica desconsiderar o fato de que o trabalho humano é um dos fatores de produção de riqueza e que da distribuição dessa riqueza devem participar, da forma mais equitativa possível, todos aqueles que para ela contribuem.

Como uma das funções primordiais do Direito do Trabalho é a distribuição de riquezas geradas pelo trabalho humano, não se pode negar o significado social do Direito do Trabalho, o qual decorre da sua condição de instrumento de distribuição de riqueza e, portanto, de realização da justiça social, entendida esta como garantia de participação de todos nos benefícios do progresso econômico e social.

O trabalho não pode ser reduzido à condição de instrumento de produção de riqueza. Pelo contrário, a ele deve ser conferida a natureza de meio de acesso à riqueza, como condição de possibilidade da justiça social. O trabalho é fonte de riqueza social, ou seja, riqueza de quem investe o seu capital e a sua força de trabalho na sua produção.

Note-se que a atribuição de valor social ao trabalho humano e a sua inclusão dentre os princípios fundamentais da República (inciso IV do art. 1º da Constituição de 1988) exigem a sua consideração no contexto dos objetivos fundamentais da República, dentre os quais a justiça social (inciso I do art. 3º da Constituição de 1988). Conferir valor social ao trabalho, nessa perspectiva, é garantir ao trabalhador a participação na distribuição da riqueza, o que é reforçado, na Constituição de 1988, pela vinculação do atendimento à função social da propriedade à sua exploração de forma que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, IV) e, ainda, pelo reconhecimento aos trabalhadores do direito à participação nos lucros (art. 7º, XI). Lembre-se, ainda, de que a ordem social tem por primado o trabalho (e não a propriedade privada) e, como objetivo, a justiça social (art. 193 da Constituição), o que resulta no estabelecimento de vínculo direto entre trabalho e justiça social. Conferir significado social ao trabalho exige fazer o mesmo em relação às normas que o disciplinam (Direito do Trabalho), o que, inclusive, é reconhecido na Constituição de 1988, quando condiciona o atendimento à função social da propriedade à observância da legislação trabalhista (art. 186, III).

No entanto, ao Direito do Trabalho não pode ser negada dimensão política, que decorre da sua relevância na criação das condições jurídicas e materiais necessárias à participação dos trabalhadores na definição das políticas sociais e econômicas do Estado.

Hugo Sinzheimer assevera, nesse sentido, que

[...] o Direito do Trabalho rechaça conscientemente a concepção meramente econômico-material das coisas. Expressa a ideia da economia do homem, que penetra cada vez mais em nosso tempo. O Direito do Trabalho faz valer uma nova concepção do homem, vem realizar a “humanidade real”, que é muito mais do que uma simples humanidade ideológica. Quem se depara com a história do Direito do Trabalho verá claramente ante si este impulso em direção à dignidade humana, que se faz efetivo no Direito do Trabalho.¹⁰

¹⁰ *La esencia del derecho del trabajo. In crisis económicas y derecho del trabajo: estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, 1984. p. 69-77.

A humanidade real exige que a tutela da dignidade humana não se restrinja ao estabelecimento de condições de trabalho que respondam à dignidade humana do trabalhador (limitação do alcance do Direito do Trabalho às relações concretas de trabalho), mas que assegurem uma existência digna, o que implica garantia de participação política.

Vale recordar que os regimes de governo são definidos tendo como parâmetro as normas que estabelecem “[...] o quem e o como das decisões políticas: quem, ou seja, quais e quantos sujeitos têm o direito-poder de participar no processo de tomada de decisões; e como, isto é, mediante quais procedimentos devem ser levados a cabo neste processo [...]”, e que a democracia corresponde ao processo de decisão no qual “[...] todos (ou muitos) têm o direito de participar de maneira igual e igualmente livre. A democracia é o regime da igualdade política e da liberdade política.”¹¹

Para que a democracia não seja aparente, é indispensável, dentre outras condições: a) o respeito aos “[...] direitos fundamentais de liberdade individual - a liberdade pessoal, de opinião, de reunião, de associação - que constituem as precondições liberais da democracia”; b) que os poderes públicos cumpram a obrigação de “[...] tornar efetivo o gozo universal destas mesmas liberdades, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais ulteriores, que representam as precondições sociais das precondições liberais da democracia”, na medida em que os direitos de liberdade não teriam sentido concreto “[...] se não estiverem garantidos para todos, por exemplo, o direito social à educação pública e gratuita e o direito à subsistência, isto é, de gozar condições materiais que visem o indivíduo como tal, a todos os indivíduos capazes de ser livres, e não os force a alienar sua própria liberdade ao melhor pastor”; c) que seja afastada toda forma de concentração dos poderes sociais: “[...] o poder político, fundado em última instância no controle dos meios de coação; o poder econômico, baseado no controle dos bens e dos recursos materiais, e o poder ideológico, que se funda no controle das ideias e das consciências, vale dizer, dos meios de informação e de persuasão.”¹²

É nesse contexto que atua o Direito do Trabalho, ou seja, na criação das condições jurídicas para a ação coletiva dos trabalhadores, notadamente por meio do reconhecimento da liberdade de associação, e das condições materiais mínimas necessárias para a participação dos trabalhadores na tomada de decisões de política econômica e social.

Na linha do raciocínio até aqui empreendido, é lícito concluir que o Direito do Trabalho possui uma finalidade específica, qual seja, a tutela e promoção da dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho para atender às suas necessidades próprias e familiares, e duas funções principais, quais sejam, a realização da justiça social, por meio da distribuição, o mais equitativa possível, da riqueza e a construção da democracia, diante de sua atuação na criação das condições jurídicas para a ação coletiva dos trabalhadores, notadamente por meio do reconhecimento da liberdade de associação, e das condições materiais mínimas necessárias para a participação dos trabalhadores na tomada de decisões de política econômica e social.

¹¹ BOVERO, Michelangelo. *La democracia y sus condiciones*. Disponível em: <www.te.gob.mx/archivos/Demo_condi.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹² BOVERO, Michelangelo. *La democracia y sus condiciones*. Disponível em: <www.te.gob.mx/archivos/Demo_condi.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.

Nesse compasso, adotando uma concepção normativa, finalística e funcional do Direito do Trabalho, é afirmado que ele corresponde ao conjunto de normas que disciplinam a relação de trabalho subordinado, com a finalidade de tutelar e promover a dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho para garantir o atendimento das suas necessidades próprias e familiares e visando à realização da justiça social e à construção da democracia.

2.2 Fontes do Direito do Trabalho

As fontes do Direito do Trabalho não escapam do movimento de redução e expansão.

O Direito do Trabalho tem como embrião normas editadas pelo Estado com o objetivo de limitar o poder do empregador. Trata-se, nesse sentido, de um direito legislado. Em um segundo momento, às normas estatais vêm se juntar, como fontes do Direito do Trabalho, as normas estabelecidas por meio da negociação coletiva, aparecendo, então, a ação coletiva dos trabalhadores, por meio dos sindicatos, na conformação do próprio Direito do Trabalho. Nesse momento, o Direito do Trabalho, na sua conformação, é legislado e negociado.

Em 1917, com a Constituição mexicana, o Direito do Trabalho ganha um novo vulto, visto que é alcançado pelo movimento de constitucionalização do direito. Surge, assim, ao lado das normas infraconstitucionais (legais e convenionadas), a Constituição como fonte do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho passa, então, a ser composto por normas de direito local, infraconstitucionais e constitucionais.

Em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, tem início a inclusão do Direito do Trabalho em normas de direito internacional, em especial nas Convenções da própria Organização Internacional do Trabalho.¹³ Destarte, o Direito do Trabalho passa a ser composto por normas de direito internacional.

¹³ É relevante mencionar, em razão da correlação entre crise econômica e Direito do Trabalho, que: a) a Organização Internacional do Trabalho surge da crise social e política ocorrida no final do Século XIX e início do Século XX; b) a Declaração de Filadélfia relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, que visou a estabelecer uma nova ordem internacional fundada na justiça social, veio à luz após a Segunda Guerra Mundial (nessa Declaração são estabelecidos quatro princípios fundamentais, que dizem respeito ao trabalho - trabalho não é mercadoria -, às liberdades coletivas, à solidariedade e à democracia); c) as transformações ocorridas no mundo do trabalho em razão da globalização e da doutrina neoliberal - colocada em prática a partir de 1980 - levaram a Organização Internacional do Trabalho a emitir, em 2008, uma Declaração (Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização equitativa) em que reconhece a necessidade de adotar e ampliar medidas de proteção social, transformar o desenvolvimento econômico em progresso social e o progresso social em desenvolvimento econômico, fomentar a efetividade da legislação e as instituições de trabalho, em particular o reconhecimento da relação de trabalho, respeitar, promover e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho e colocar o emprego como elemento fundamental das políticas econômicas. A internacionalização do Direito do Trabalho é, assim, uma decorrência de crises econômicas e sociais, observando-se que, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, os tratados internacionais realçam a importância da proteção da dignidade humana e elevam os direitos humanos à condição de referencial ético e matéria de interesse universal (a universalidade dos direitos humanos decorre do reconhecimento de que a sua titularidade tem como pressuposto único a condição de pessoa e de que o seu fundamento é a dignidade humana).

Em abril de 1948, foi firmada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que contempla normas de Direito do Trabalho, o que abre ensejo para que este passe a ser composto por normas de direito regional.

Também em 1948 (dezembro), foi adotada, pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagra em seu texto vários direitos inerentes à relação de trabalho.¹⁴ Nesse contexto, o Direito do Trabalho passa a ter como fonte normas de direito universal.

Anote-se que, em 1969, mas com vigência a partir de 1978, foi assinada a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Essa Convenção reconhece direitos civis e políticos similares aos reconhecidos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dentre os quais o direito à liberdade de associação e o direito de participar do governo, e determina aos Estados que assegurem, progressivamente, direitos sociais, econômicos e culturais, mediante medidas legislativas ou outras que se mostrem apropriadas (art. 26). Em 1988, foi adotado o Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em 1999 e reconheceu direitos sociais, econômicos e culturais, dentre os quais vários incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego.¹⁵

Cumpra esclarecer que: a) as normas constitucionais incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego formam o Direito Constitucional do Trabalho; b) as normas que compõem o sistema regional de proteção dos direitos humanos incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego formam o Direito Regional do Trabalho¹⁶; c) as normas que fazem parte do sistema internacional de proteção dos direitos humanos incidentes, direta ou indiretamente, sobre a relação de emprego formam o Direito Internacional do Trabalho; d) as normas que compõem o sistema universal de proteção da dignidade humana incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego formam o Direito Universal do Trabalho.

Os vários níveis normativos do Direito do Trabalho são complementares, prevalecendo, no caso de conflito vertical (tratado e normas internas) ou horizontal (dois ou mais tratados), a norma mais favorável ao trabalhador.

A complementaridade desses níveis normativos impõe a redefinição do Direito do Trabalho e dos direitos de que é titular o trabalhador: 1) o Direito do Trabalho é composto por normas de direito interno, regional, internacional e universal; 2) o trabalhador é titular de direitos reconhecidos pelo direito interno, regional, internacional e universal.

¹⁴ A Declaração é complementada por normas de Direito Internacional, valendo citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos firmados em 1966. A Declaração é diferente dos citados Pactos, uma vez que consagra direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, conjugando os valores liberdade e igualdade (resulta daí a concepção contemporânea dos direitos humanos - os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, como consta, inclusive, do art. 1º da Declaração de Viena, de 1993).

¹⁵ A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos e uma Corte Internacional de Direitos Humanos, com competência para promover a observância e proteção dos direitos humanos (Comissão) e competência consultiva e contenciosa (Corte).

¹⁶ O sistema regional de proteção da dignidade humana internacionaliza os direitos humanos em termos regionais.

Abre-se um parêntese para esclarecer que a expressão Direito Universal do Trabalho comporta três sentidos, dois dos quais podem ser inferidos das lições de Héctor-Hugo Barbagelata.

Héctor-Hugo Barbagelata registra

[...] que o Direito do Trabalho está implantado em regimes capitalistas, que historicamente surgiu e se desenvolveu de modo dialético dentro deles e que as transformações operadas nele possuem uma significativa influência sobre suas transformações, são afirmações que nada pode desmentir.

E acrescenta que

[...] é possível que atualmente possa ser indagado se, em que pesem as relações com o Capitalismo, este direito possui identidade própria, ou dito de outra forma, se o Direito do Trabalho pode ser considerado válido e vigente em si mesmo, com todas as consequências que derivam deste fato.¹⁷

Héctor-Hugo Barbagelata aduz que “[...] é universalmente aceito que o Direito do Trabalho abriga um importante segmento do catálogo dos direitos humanos fundamentais e por consequência restam enfraquecidas todas as ataduras deste ramo do direito a um sistema econômico determinado”, o que implica que “[...] a regulação da atividade laboral não tem a ver somente com uma hipótese de proteção contra abusos [...]” do capital, “[...] mas com o respeito à dignidade da pessoa humana em seu trabalho.”¹⁸

Ainda consoante Héctor-Hugo Barbagelata,

[...] o campo do Direito do Trabalho, aplicado à tutela do trabalho como direito fundamental, é muito mais amplo do que o coberto exclusivamente pelo trabalho subordinado em atividade privada, que foi o originalmente contemplado [...]. O Direito do Trabalho deve abarcar todas as manifestações do trabalho e seu entorno, como por exemplo a regulamentação do meio ambiente de trabalho, a proteção dos trabalhadores por conta própria, dos cooperados, dos artistas, dos atletas, dos que não recebem remuneração ou a recebem de modo diferente e em geral de todas as formas em que pode realizar-se o trabalho humano.¹⁹

Héctor-Hugo Barbagelata conclui que

[...] a proteção dos trabalhadores tem seu próprio fundamento no fato de ser um direito humano amparado por princípios e por prescrições constitucionais e internacionais, que devem ser cuidadosamente respeitadas, qualquer que seja o regime de produção.²⁰

¹⁷ *Derecho del trabajo vs. Capitalismo*, p. 4.

¹⁸ *Derecho del trabajo vs. Capitalismo*, p. 11.

¹⁹ *Derecho del trabajo vs. Capitalismo*, p. 12.

²⁰ *Derecho del trabajo vs. Capitalismo*, p. 14.

Nessa perspectiva, Direito Universal do Trabalho corresponde ao conjunto de normas que disciplinam o trabalho humano prestado em favor de outrem, qualquer que seja o regime de produção em que se encontra inserida essa prestação de serviços. A universalidade do Direito do Trabalho, sob esse enfoque, decorre de ter ele em vista a proteção da dignidade humana no contexto da prestação de serviços em favor de outrem e não apenas no do modo de produção capitalista.

O mesmo Héctor-Hugo Barbagelata aduz, em outra oportunidade, que

[...] o propósito de garantir a todos os trabalhadores, qualquer que seja o Estado dentro do qual vivem ou trabalham, condições de trabalho e de segurança que lhes abram a possibilidade de uma vida digna, com um crescente grau de bem-estar, responde a uma aspiração de alguns círculos sociais, desde meados do Século XIX [...]. Para realizar alguns modestos progressos havia que superar a forte resistência do liberalismo *manchesteriano* que respaldava a política repressiva contra os sindicatos e impedia a intervenção da lei em defesa dos trabalhadores. Sem embargos, desde o final do Século XVIII foi sendo criada [...] uma viva expectativa relacionada com a promoção da liberdade, da igualdade e da busca da felicidade por e para todos os seres humanos.²¹

Acrescenta Héctor-Hugo Barbagelata que a realização do ideal de garantir a todos os seres humanos uma vida digna passa pela conversão das “normas supremas dos Estados”, de simples “cartas outorgadas pelos monarcas” em “Constituições”; ganha reforço com “[...] a Declaração de Independência dos Estados Unidos e prossegue em ulteriores declarações e Constituições, como a dos EEUU, e de seus Estados, assim como com as Declarações de 1789, de 1793 e outras, durante a Revolução Francesa [...]”, instrumentos que “[...] proclamam direitos inalienáveis dos cidadãos, incluindo, como fim do Estado, sua participação ativa na ‘busca da felicidade’; ou a persecução da ‘felicidade do povo’; ou da ‘felicidade comum’ e o fomento do ‘bem-estar geral’, ganha relevo com a Declaração de Princípios adotada durante o processo revolucionário francês de 1848, quando ‘se inclui pela primeira vez o trabalho entre os direitos dos cidadãos”, mas, apesar dos avanços alcançados,

[...] foi preciso esperar bastante tempo mais para que a proteção do trabalho e dos trabalhadores, enquanto direito humano e por consequência universal, começasse a se concretizar em termos jurídicos; o que vem a ocorrer nos primeiros decênios do Século II.²²

Para Héctor-Hugo Barbagelata, o processo de realização do ideal por ele aventado inclui duas vertentes:

[...] por um lado, a introdução da proteção laboral em várias constituições políticas, a partir do artigo 123 da do México (1917). Por outro, a criação de uma instituição

²¹ *El derecho universal del trabajo. Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, julho a dezembro de 2011, p. 49-62.

²² *El derecho universal del trabajo. Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, julho a dezembro de 2011, p. 49-62.

supranacional destinada a adotar uma legislação do trabalho que procura abarcar todos os Estados e garantir um comum mínimo de proteção a todos os trabalhadores, o que foi concretizado com o estabelecimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919 [...].

E nestes momentos “[...] são implantadas duas vias aptas para fazer avançar a universalização da proteção do trabalho.”²³

Por fim, Héctor-Hugo Barbagelata afirma que

[...] uma soma de terríveis acontecimentos formou a convicção generalizada de que era necessária uma declaração, respaldada por um grande número de nações, que ilumina a esfera dos direitos humanos, o que ocorreu no âmbito das Nações Unidas no final de 1945 e pouco antes na América. A Declaração Universal, que foi adotada neste ano, reconheceu, junto a muitas outras importantíssimas questões, a plena significação social do trabalho, não estabelecimento de nenhuma diferença de hierarquia entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais [...]. A referida Declaração Universal chegou rapidamente a consolidar-se como uma base universal de princípios e regras às quais várias constituições nacionais renderam expresso acatamento, enquanto que, simultaneamente, no plano internacional, alcançava reconhecimento como quinta essência do *jus cojens*. Os Pactos Internacionais, firmados em 1966, constituem apropriado complemento da Declaração e no que se refere a questões laborais, o PIDESC aporta importantes reconhecimentos.²⁴

Sob esse enfoque, portanto, o Direito Universal dos Direitos Humanos corresponde à Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos Pactos Internacionais que a complementam. Nessa perspectiva, a universalidade está no alcance territorial do Direito do Trabalho.

No presente ensaio, por Direito Universal do Trabalho tem-se o conjunto de normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos que incidem na relação de trabalho subordinado, ou, dito de outra forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem como diploma normativo básico e mínimo para a comunidade internacional no seu conjunto.

Assim, o Direito do Trabalho possui vários níveis normativos. Esses níveis normativos não são excludentes, mas, pelo contrário, complementares, o que permite falar em Direito do Trabalho integral, como direito composto por normas de direito local (infraconstitucionais e constitucionais), regional, internacional e global.

A afirmação de que o Direito do Trabalho possui vários níveis normativos não é arbitrária, visto que a abertura do ordenamento jurídico nacional ao ordenamento jurídico regional, internacional e universal é imposta pelo art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, observando-se, ainda, que, na Declaração Sociolaboral do Mercosul, o Brasil assumiu, na condição de seu signatário, o compromisso de respeitar e fazer respeitar

²³ *El derecho universal del trabajo. Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, julho a dezembro de 2011, p. 49-62.

²⁴ *El derecho universal del trabajo. Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, julho a dezembro de 2011, p. 49-62.

[...] as declarações, pactos, protocolos e outros tratados que integram o patrimônio jurídico da humanidade, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos e Obrigações do Homem (1948), a Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos - OEA (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

2.3 Dimensões do ser humano trabalhador a que se destina o Direito do Trabalho

A definição do objeto da disciplina do Direito do Trabalho conduz à redução das dimensões do ser humano que trabalha a uma única delas, qual seja, a de empregado. Com efeito, o Direito do Trabalho é conceituado tomando-se como ponto de referência o trabalhador vinculado por um contrato de trabalho, o que resulta no aprimoramento do trabalhador no contrato de trabalho, no sentido de que a ele são reconhecidos apenas direitos decorrentes diretamente desse contrato. A condição de empregado é que torna o trabalhador sujeito de direitos.

Para vencer esse reducionismo de direitos, propõe Umberto Romagnoli a criação do Direito do Trabalho de segunda geração. Nesse sentido, Umberto Romagnoli critica a teoria contratualista da relação de trabalho, afirmando que ela foi considerada um “passo adiante da civilização”, sob o argumento de que o trabalhador, até então submetido a vínculos feudais fundados na “concepção servil do trabalho”, foi “[...] transformado em um sujeito que pode sentir e vincular-se somente ao que tenha desejado livremente”, o que levou à afirmação de que o problema do Direito do Trabalho é “[...] corrigir a lógica tradicional do contrato, não de rechaçá-la”, isto, apesar do fato de que “[...] livre não é aquele que tem um direito abstrato sem o poder de exercê-lo, mas o que, além do direito, tem também o poder de exercê-lo”²⁵, e de que, sob a égide do contrato de trabalho, “[...] o trabalho realizado parece mais imposto que livremente eleito.”²⁵

Umberto Romagnoli propõe, então, o estabelecimento do Direito do Trabalho de segunda geração, no sentido de direito que abarque “os elementos constitutivos da cidadania social” e altere a lógica inaugurada pela teoria contratual da relação de emprego, da qual resultava que o “[...] trabalhador ou campesino era um *status* ocupacional e profissional cujo prejuízo a respeito da cidadania invertia a hierarquia. Em suma, o *homme situé* - dizia Alain Supiot - seguiu dominando o *cidadão*, ofuscando-o, roubando-lhe espaço. Que a condição de cidadão derivasse da de trabalhador era então uma heresia jurídica, mas somente uma minoria estava disposta a denunciá-la antes da entrada em vigor em 1970 do estatuto dos direitos dos trabalhadores”, que permitiu o “[...] descobrimento de que o *status* de cidadão se apresenta antes do *status* ocupacional e profissional.”²⁶

Para Umberto Romagnoli, “[...] o *status* de cidadania deve ser entendido como uma fórmula compacta do núcleo dos direitos sociais” e que,

²⁵ *Del status ao contrato y retorno. In Temas centrales del derecho del trabajo del Siglo XXI.* (AVILÉS, Antonio Ojeda et. al), p. 19-29.

²⁶ *Del status ao contrato y retorno. In Temas centrales del derecho del trabajo del Siglo XXI.* (AVILÉS, Antonio Ojeda et. al), p. 19-29.

[...] se o trabalho industrial alcançou a sua emancipação, enquanto a primeira modernidade fez dele um título privilegiado de legitimação dos direitos da cidadania, agora que a fábrica não é mais um dos grandes laboratórios da socialização moderna, é a cidadania que deve se emancipar do trabalho industrial, reclamando as garantias necessárias para a conservação de sua identidade, apesar da pluralidade e da heterogeneidade do tráfico laboral.²⁷

Em conclusão, Umberto Romagnoli sustenta a necessidade de “[...] construir um sistema jurídico que garanta a exigibilidade dos direitos sociais por parte dos trabalhadores enquanto cidadãos, mais que o cidadão como trabalhador”, sendo por ele acrescentado que,

[...] se o movimento que caracterizou o início coincide com a transformação rumo ao contrato, será ele concluído com o retorno do *status*, um *status* que não só se transformou radicalmente, como também pretende tornar-se independente da atual relação de trabalho subordinado.

Ou seja,

[...] saindo da sociedade industrial, o trabalho [...] não pode mais servir como pressuposto unificante dos efeitos da imputação das tutelas previstas por seu direito como do *status* de cidadania. Ingressando na era pós-industrial, perde a conotação totalizando de antes.²⁸

A proposta de Umberto Romagnoli é, então, o resgate da cidadania do trabalhador no contexto da relação de emprego, correspondendo a cidadania à titularidade de direitos sociais (direitos econômicos, sociais e culturais).

No presente ensaio, é tomada emprestada a crítica à vinculação ao contrato de trabalho como condição necessária para o gozo dos direitos da cidadania, mas para propor a reconstrução do Direito do Trabalho tendo em conta também o ser humano que trabalha como pessoa. Não se trata de negar relevância dos direitos de cidadania, mas, sim, do reconhecimento de que a condição de pessoa torna o empregado titular de direitos que não se confundem com os que decorrem do seu *status* em determinada comunidade política (cidadania). Assim como a condição de cidadão não pode ser ofuscada pela de empregado, a condição de pessoa não pode ser ofuscada pela de cidadão.

Cidadão e pessoa não se confundem. A condição de cidadão decorre do pertencimento a uma ordem jurídica determinada, o que significa que a cidadania é *status* concedido pela ordem jurídica. A pessoa é um valor em si, que independe e se impõe à própria ordem jurídica. Note-se que, ainda que se fale em cidadania

²⁷ *Del status ao contrato y retorno. In Temas centrales del derecho del trabajo del Siglo XXI.* (AVILÉS, Antonio Ojeda et. al), p. 19-29). Vincular o reconhecimento da cidadania à condição de empregado significa admitir que o desempregado é um não-cidadão (se cidadão é o titular de direitos, por ser empregado, o desempregado é um não-cidadão).

²⁸ *Del status ao contrato y retorno. Temas centrales del derecho del trabajo del Siglo XXI* (AVILÉS, Antonio Ojeda et. al), p. 19-29.

universal, essa concepção está sempre relacionada a um *status*, que é concedido, na perspectiva universal, por uma ordem jurídica supranacional.

A distinção entre empregado e pessoa, na perspectiva dos direitos que decorrem dessas duas condições, não é arbitrária. A Declaração Universal dos Direitos Humanos aduz tanto à pessoa quanto ao trabalhador empregado. Com efeito, nos seus artigos I a XXII, a Declaração reconhece à pessoa vários direitos, dentre os quais o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à personalidade jurídica (titularidade de direitos e poder para gozá-los), à associação, à participação política e à segurança social, para, somente depois, ao passo que, arts. XXIII a XXV, reconhece direitos relacionados ao trabalho humano, isto é, ao empregado. Tal fato demonstra, ainda, que os direitos da pessoa e os direitos do trabalhador empregado são complementares, no sentido de que ambos devem ser respeitados no contexto da relação de emprego.

Daí a proposta de construção de um Direito do Trabalho de segunda geração, no sentido de Direito do Trabalho que tome o ser humano que trabalha como empregado, cidadão e pessoa.

A pessoa humana que trabalha é uma unidade, ou seja, pessoa, cidadão e empregado, e a cada uma dessas dimensões correspondem determinados direitos - direitos da pessoa, direitos da cidadania e direitos do empregado -, respectivamente, o que significa que tomar o ser humano que trabalha como pessoa significa a valorização dos direitos humanos e fundamentais que concernem à pessoa humana por si mesma.

3 O DIREITO DO TRABALHO E A CRISE ECONÔMICA: REDUCIONISMO DAS RESPOSTAS

O embate sobre o significado e o alcance do Direito do Trabalho conduz a várias respostas à sua posição perante as crises, valendo mencionar as três que são aqui consideradas principais:

a) maximalismo trabalhista: que significa a prevalência do melhor social sempre e de forma crescente, independentemente das condições sociais, econômicas e políticas que se apresentem. Tem-se, nessa perspectiva, uma espécie de radicalismo protetivo, ao qual corresponde o Direito do Trabalho máximo;

b) abolicionismo trabalhista: trata-se de proposta de abolição do Direito do Trabalho, com o retorno ao contrato individual de trabalho como instrumento privilegiado de disciplina da relação entre empregado e empregador (contratualismo). Aqui, o que se tem é um radicalismo destrutivo, ao qual corresponde a ausência de Direito do Trabalho;

c) minimalismo trabalhista: o que se propõe é que o Direito do Trabalho estabeleça um mínimo de proteção social possível, tutelando apenas bens jurídicos fundamentais, em favor da competitividade das empresas no mercado global, o que, ao final, resultaria em benefício dos próprios trabalhadores, visto que o seu sacrifício resultaria na criação de condições necessárias para a manutenção e criação de empregos e para o progresso econômico (doutrina do sacrificialismo: a precarização das condições sociais dos trabalhadores, mesmo que resultante em pobreza, desigualdade e exclusão social, é um sacrifício necessário, realizado em favor dos próprios trabalhadores). Essa postura traduz o minimalismo protetivo, ao

qual corresponde o Direito do Trabalho mínimo.²⁹

Todas essas propostas são, no entanto, insuficientes.

4 A POSSIBILIDADE DE UM NOVO DIREITO DO TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO DE SEGUNDA GERAÇÃO

Este ensaio propõe a construção de um novo Direito do Trabalho, qual seja, o Direito do Trabalho de segunda geração.

Na linha do que vem sendo sustentado, o processo de construção desse novo Direito do Trabalho contempla vários aspectos, quais sejam:

1) fazer do Direito do Trabalho de um direito voltado à disciplina da relação de emprego, no seu aspecto apenas econômico, um direito com dimensão humana, social e política, por meio da precisa definição da sua finalidade e das suas funções principais. Nesse sentido, cumpre considerar o Direito do Trabalho na perspectiva da sua condição de instrumento de tutela e promoção da dignidade humana (dimensão humana), da realização da justiça social (dimensão social) e da construção da democracia (dimensão política).

2) transformar o Direito do Trabalho de um direito local (infraconstitucional e constitucional) em um direito também regional, internacional e universal.

O Direito do Trabalho tem sido reduzido, no que comporta às suas fontes, às normas infraconstitucionais como centro único de imputação de direitos, com pequeno e tímido espaço concedido às normas constitucionais de incidência direta e indireta na relação de emprego. Por essa razão, o segundo passo no sentido da construção de um Direito do Trabalho de segunda geração exige o resgate da Constituição, do direito regional, do direito internacional e do direito universal como suas fontes. O Direito do Trabalho de segunda geração é, portanto, um Direito do Trabalho integral, na perspectiva das suas fontes.

Com a globalização econômica, a exploração do trabalho humano se torna uma realidade global, o que exige uma reação também global. Por essa razão,

[...] nunca como hoje se havia sentido tão intensamente a necessidade de conceber-se os valores e direitos da pessoa humana como garantias universais, independentes das contingências de raça, de língua, de sexo, de religiões ou de convicções ideológicas [...]. É sentida hoje, com maior intensidade que em qualquer outra etapa histórica precedente, a exigência de que os direitos humanos e as liberdades não sejam comprometidos pelo trânsito das fronteiras estatais. Esta necessidade é imposta pelos processos de mútua implanção econômica que recebe o nome de "globalização" [...]. Em um mundo interdependente, no sentido de sociedades interconectadas, a garantia de alguns direitos universais se fez mais peremptória do que nunca.³⁰

²⁹ Essa perspectiva conduz à indagação (advertência) de Eduardo Galeano: "[...] a estabilidade laboral e os demais direitos dos trabalhadores seriam daqui a pouco um tema para arqueólogos? Não mais do que recordações de uma espécie em extinção?" (*Los derechos de los trabajadores: un tema para arqueólogos?* Montevideo: Fundación Electra, p. 9).

³⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*, p. 25.

A constitucionalização, regionalização, internacionalização e a universalização do Direito do Trabalho atuam contra a subordinação da tutela da dignidade humana à concepção política, ética, econômica e cultural predominante em determinado contexto social e histórico e serve de defesa contra a flexibilização preconizada pelo neoliberalismo.

Com a sua constitucionalização, regionalização, internacionalização e universalização, o Direito do Trabalho se transforma em um direito fraterno, ou seja, em um direito que

[...] abandona os confins reduzidos da cidadania e assume a forma nova de cosmopolitismo que não é o mercado, mas a inderrogabilidade universalística dos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos 'lobos artificiais' ou dos poderes informais que governam e decidem.³¹

A proposta contida no presente ensaio não se resume à constitucionalização, regionalização, internacionalização e universalização formais do Direito do Trabalho, no sentido de inclusão de regras e princípios de Direito do Trabalho na Constituição e nas normas de direito regional, internacional e universal, mas tem em conta a sua constitucionalização, regionalização, internacionalização e universalização no sentido substancial, que corresponde à irradiação das regras e princípios constitucionais, de direito regional, internacional e universal sobre todo o sistema jurídico nacional, no momento da sua criação (processo legislativo e negociação coletiva), interpretação (crítica judicial e doutrinária) e aplicação (administrativa e judicial), e também sobre as relações individuais e coletivas de trabalho.

A retomada de poder, realizada por meio da adoção de medidas preconizadas pela teoria da flexibilização, e consequente redução dos limites impostos ao poder diretivo e ao próprio capital pelo Direito do Trabalho³², deve ser combatida pelo reconhecimento e valorização das várias fontes do Direito do Trabalho.

3) a transformação do Direito do Trabalho de um direito do trabalhador empregado em um direito também do trabalhador empregado, cidadão e pessoa.

A construção de um Direito do Trabalho de segunda geração exige, como terceira condição, considerar o ser humano que trabalha em todas as suas dimensões, ou seja, o trabalhador integral, o que significa o trabalhador-pessoa, o trabalhador-cidadão e o trabalhador-empregado.

Mas há, ainda, um quarto passo no sentido da construção do Direito do Trabalho de segunda geração, que é o resgate do caráter compromissório do Direito do Trabalho.

³¹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. XII-XIV.

³² O Direito do Trabalho adota como técnica a limitação dos poderes do empregador e do capital, o que implica que reduzir os limites que estabelece é reforçar tais poderes: a ausência de normas limitadoras implica abrir espaço para a lei do mais forte. Nesse sentido, Zygmunt Bauman afirma que "[...] a ideia de 'flexibilização' esconde sua natureza de relação social, o fato de que demanda a redistribuição de poder e implica uma intenção de expropriar o poder de resistência daqueles cuja 'rigidez' está a ponto de ser superada." (*Globalização: as consequências humanas*, p. 112).

O Direito do Trabalho é um direito de compromisso, no sentido de que, antes de fazer prevalecer o capital sobre o trabalho ou o trabalho sobre o capital, procura harmonizar, na melhor medida possível, os seus interesses, na perspectiva da tutela e promoção da dignidade humana, da realização da justiça social e da construção da democracia.

O Direito do Trabalho é, como aduz Héctor-Hugo Barbagelata, “[...] um ‘direito negociado’, no sentido de direito fruto do compromisso estabelecido entre os titulares daqueles poderes, necessidades, interesses e liberdades, por meio da lei ou da negociação coletiva.”³³

Nessa perspectiva, o que se propõe é que a luta sem tréguas entre capital e trabalho seja substituída pelo diálogo e pela solidariedade entre detentores dos meios de produção e os trabalhadores, na perspectiva, adotada constitucionalmente, da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (inciso I do art. 3º da Constituição da República de 1988).

Joaquín Pérez Rey chama a atenção para o fato de que o diálogo social “[...] não pode ser simplesmente uma representação dirigida a tornar viável as alterações laborais sem capacidade para pronunciar-se sobre se estas devem ou não ser realizadas ou quando há de serem realizadas [...]” e que as alterações do Direito do Trabalho não podem ser realizadas sob a pressão de cifras de desemprego, única forma possível de retirá-lo da “incômoda e permanente sensação de provisoriedade” e do “estado de perene direito transitório”, pela sua conversão em “mera política conjuntural de emprego”, na qual o emprego “[...] se converte em padrão de medida de toda a ordenação jurídica do trabalho e em mecanismo de chantagem permanente para reduzir direitos trabalhistas.”³⁴

Por meio do diálogo, portanto, devem ser definidas a necessidade e o alcance de eventual alteração das normas trabalhistas, sem a pressão representada pelas cifras de desemprego, como condição de possibilidade de um Direito do Trabalho emancipado da contraposição entre direitos e emprego e da condição de mera política conjuntural de emprego.

As crises devem ser enfrentadas pelo diálogo construtivo e responsável, em que as leis do mercado sejam mediadas pela tutela e promoção da dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho para atender às suas necessidades próprias e familiares, realização da justiça social e construção da democracia.

O Direito do Trabalho deve ser fruto do diálogo e um constante convite ao diálogo e será necessário enquanto persistir a tentativa de reduzir o trabalho humano à condição de mercadoria.

³³ *O particularismo do direito do trabalho*, p. 25-28.

³⁴ *Escenas del derecho del trabajo en (la) crisis: el mercado segmentado ante el dialogo social*. Disponível em: <http://observatordesc.org/sites/default/files/DT_y_crisis.Perez_Reypdf.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015. Esse doutrinador aduz que não se trata de desconsiderar a importância das políticas de emprego, mas de “[...] deixar de considerar a legislação trabalhista como uma mera variável do emprego, dotando-a de certa estabilidade normativa e repensar suas funções sem o emprego como única tela de fundo [...]”.

5 EFETIVIDADE DO DIREITO DO TRABALHO: DIMENSÃO HUMANA, SOCIAL E POLÍTICA

O significado humano, social e político do Direito do Trabalho realça a necessidade da efetividade das suas normas.

O desrespeito às normas que compõem o Direito do Trabalho e, com isso, os direitos por elas assegurados aos trabalhadores, gera efeitos não apenas econômicos (prejuízo à capacidade de o trabalhador atender às suas necessidades próprias e familiares), mas também humanos (prejuízo à dignidade humana), sociais (prejuízo à justiça social) e políticos (prejuízo à democracia), ou, dito de outra forma, à realização da dignidade humana, da justiça social e da democracia por meio do trabalho (note-se que a Constituição reconhece o direito ao trabalho - art. 6º - relaciona a atividade econômica com o direito a uma existência digna - art. 170 - e define o trabalho como caminho para a justiça social - arts. 3º, I, e 193).

Como aduz Boaventura de Sousa Santos, diante da desigualdade e da exclusão, “[...] a única política social legítima é a que define os meios para minimizar uma e outra”³⁵, e o Direito do Trabalho constitui valioso instrumento de construção dessa política social, enquanto se opõe à ideia da desigualdade e exclusão como princípios imutáveis de regulação social e se volta para a tentativa de construir o equilíbrio estrutural entre os interesses do capital e dos trabalhadores, ou, ainda nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “[...] uma gestão controlada do sistema de desigualdade e de exclusão.”³⁶

No entanto, quando se fala em equilíbrio de interesses, não se trata de equilíbrio conservador, no sentido de equilíbrio que somente mantém determinada condição social, mas de um equilíbrio dinâmico, enquanto informado pelo sério compromisso de realizar a progressiva melhoria da condição social dos trabalhadores.

6 CONCLUSÕES

O Direito do Trabalho surge de crises, ganha destaque com as crises, é combatido a cada crise que se apresenta; mais do que qualquer outro ramo do direito sofre os efeitos das medidas adotadas para combater crises e dele é exigido que mostre a sua força especialmente em momentos de crise.

Mas as crises também convidam a repensar o Direito do Trabalho.

E é nessa perspectiva que é construída a proposta de construção do Direito do Trabalho de segunda geração.

Direito do Trabalho de segunda geração é o Direito do Trabalho:

a) composto por um conjunto de regras e princípios que são locais (infraconstitucionais e constitucionais), regionais, internacionais e universais, ou seja, que corresponde ao Direito do Trabalho integral;

b) dotado de transcendência humana, social e política, por força de sua finalidade, que é a tutela da dignidade humana daqueles que dependem da

³⁵ *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política, p. 280.

³⁶ *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política, p. 282.

alienação da sua força de trabalho para assegurar os meios voltados ao atendimento das suas necessidades próprias e familiares, e das suas funções primordiais, que são a realização da justiça social e a construção da democracia;

c) que tem como sujeito e destinatário o ser humano que trabalha considerado em todas as suas dimensões, isto é, como empregado, cidadão e pessoa, o que corresponde ao trabalhador integral.

Para a construção desse novo Direito do Trabalho é indispensável que a luta pela prevalência dos interesses do capital e do trabalho seja substituída pelo diálogo, que deve ser constante, respeitoso e sincero, informado pela solidariedade como princípio organizador das relações sociais e no qual os atores sociais se reconheçam como seres humanos tratando do destino de seres humanos.

A relevância da efetividade do Direito do Trabalho deve ser considerada não apenas na perspectiva do direito do trabalhador individualmente considerado, mas da dimensão humana, social e política do Direito do Trabalho.

A humanidade que foi capaz de alcançar o atual estágio de desenvolvimento técnico e tecnológico deve ser capaz de decidir não somente sobre a sobrevivência do ser humano, como também sobre a qualidade dessa sobrevivência, assim como de substituir, na análise da eficiência do Direito do Trabalho, critérios econômicos por critérios humanos, sociais e políticos. O Direito do Trabalho será verdadeiramente eficaz quando contribuir para a tutela e promoção da dignidade humana, a realização da justiça social e a construção da democracia.

O que faz crer na possibilidade da criação de um Direito do Trabalho de segunda geração é a certeza da nossa própria humanidade, da qual nunca seremos despidos, quaisquer que sejam as forças do mercado.

RESUMEN

La propuesta de este ensayo es la construcción del Derecho del Trabajo de segunda generación, a la luz del significado humano, social y de los niveles normativos del Derecho del Trabajo y de las varias dimensiones del ser humano que trabaja. En este sentido, en primer lugar será examinada la relación entre el Derecho del Trabajo y la crisis económica. En un segundo momento, serán definidos el concepto, la finalidad, las funciones y las fuentes del Derecho del Trabajo así como también las dimensiones del ser humano que trabaja. En secuencia serán examinadas respuestas que la doctrina ofrece para la definición del significado y el alcance del Derecho del Trabajo. A continuación será examinada la dimensión humana, social y política de la efectividad del Derecho del Trabajo. Para finalizar, será desarrollada una evaluación de posibilidad de construcción de un nuevo Derecho Laboral, en la perspectiva del derecho integral orientado al ser humano integral, construido por medio del diálogo que trae a la luz los verdaderos límites que se imponen al capital y a las leyes invisibles del mercado, cual sean la dignidad humana, la justicia social y la democracia.

Palabras-clave: *Derecho del Trabajo. Crisis económica. Dignidad humana. Justicia social. Democracia.*

REFERÊNCIAS

- AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El derecho universal del trabajo*. *Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, julho a dezembro de 2011, p. 49-62.
- _____. *Derecho del trabajo vs. Capitalismo*. Montevideo: Fundación Electra, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BAYLOS, Antonio. *Crisis, modelo europeu y reforma laboral*. Disponível em: <www.uan.es/otros/afduam/pdf/14/crisis,%20modelo%europeu%20y%reforma%20laboral%antonio%baylos.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.
- BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 2000.
- _____. *Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. São Paulo: UNESP, 2003.
- BOVERO, Michelangelo. *La democracia y sus condiciones*. Disponível em: <www.te.gob.mx/archivos/Demo_condi.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.
- GALEANO, Eduardo. *Los derechos de los trabajadores: un tema para arqueólogos?* Montevideo: Fundación Electra, 2012.
- GALLANO, Luciano. *Il lavoro non è una mercê: contro la flessibilità*. Roma: Editori Laterza, 2007.
- HINKELAMMERT, Franz Joseph. *Mercado versus direitos humanos*. São Paulo: Paulus, 2014.
- LOPES, Manuel Carlos Palomeque. *In Un compañero de viaje historico del derecho del trabajo: a crisis economica*. *Revista de Política Social*, Madri, n. 143, julho-setembro de 1984, p. 15-21.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Universidade Externado de Colombia: Bogotá, 2002.
- PARTORE, José. *Relações do trabalho numa economia que se abre*. *In Revista LTr* v. 59, n. 01, janeiro de 1995, p. 19-22.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 6 ed. Lecce: Editori Laterza, 2011.
- REY, Joaquim Perez. *Escenas del derecho del trabajo en (la) crisis: el mercado segmentado ante el dialogo social*. Disponível em: <http://observatordesc.org/sites/default/files/DT_y_crisis.Perez_Reypdf.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2015.
- RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Campinas: RED livros, 2002.
- ROMAGNOLI, Umberto. *Del status ao contrato y retorno. Temas centrales del derecho del trabajo del Siglo XXI* (AVILÉS, Antonio Ojeda et. al). Ara Editores: Lima: 2009. p. 19-29.
- _____. *La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo*. Disponível em: <www.insigthweb.it/web/category/autores/umberto-romagnoli?>. Acesso em: 07 jun. 2015.

- SINZHEIMER, Hugo. *La esencia del derecho del trabajo. In Crisis económicas y derecho del trabajo: estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo.* Madri: IELSS, 1984. p. 69-77.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política.* São Paulo: Cortez Editora.
- SUPIOT, Alain. *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. In Revista Internacional del Trabajo,* v. 115, n. 6, 1996/6. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 658-669.

RAZÃO E CONSCIÊNCIA DO DANO SOCIAL: RELATO LITERÁRIO E HISTÓRICO*

Jorge Luiz Souto Maior**

Inspiram-me nesta abordagem, de forma mais direta, o romance *Memórias Póstumas de Brás Cubas* e os contos *Pai contra Mãe*, *A Igreja do Diabo* e *o Enfermeiro*, todos de autoria de Machado de Assis.

E por que buscar a literatura para tratar de um tema jurídico?

Porque, na situação concreta em que nos encontramos, não nos faltam normas e fundamentos para aplicá-las e, assim, enfrentar as diversas agressões aos direitos trabalhistas que verificamos na realidade social brasileira.

Então, talvez o que nos falte seja a superação de uma concepção cultural que tende a naturalizar a injustiça e a culpabilizar as vítimas.

Como já decretara Norberto Bobbio, em clássico desabafo:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.¹

Assim:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

No enfrentamento desse desafio o apelo à obra literária se justifica porque uma coisa é o Direito dizer que a escravidão não é mais juridicamente válida, outra, bem diferente, é a aplicação desse preceito no mais amplo sentido da igualdade de tratamento, de condições de vida e de oportunidades, e isso exige uma formulação concreta em torno da consciência do quanto a escravidão é repugnante e do quanto ela e a persistência de seus efeitos representam um rebaixamento.

Não é no restrito campo do relato jurídico normativo, portanto, que se alcança essa consciência, sendo que a própria característica coercitiva do direito demonstra isso.

Por via da “ficção” literária, Machado de Assis consegue mostrar com bem

* Texto-base da palestra proferida no 15º Congresso de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, realizado nos dias 11 e 12 de junho de 2015, em Paulínia/SP.

** Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP.

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 1. ed. 12. tir. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

mais vigor em que consiste a escravidão do que a lei que a proíbe. O personagem Brás Cubas, ao fazer sua confissão póstuma, intitula-se “menino diabo” pela forma como maltratava os escravos. Diz o personagem:

[...] um dia quebrei a cabeça de uma escrava, porque me negara uma colher do doce de coco que estava fazendo, e, não contente com o malefício, deitei um punhado de cinza ao tacho, e, não satisfeito da travessura, fui dizer à minha mãe que a escrava é que estragara o doce “por pirraça”; e eu tinha apenas seis anos. Prudêncio, um moleque de casa, era o meu cavalo de todos os dias; punha as mãos no chão, recebia um cordel nos queixos, à guisa de freio, eu trepava-lhe ao dorso, com uma varinha na mão, fustigava-o, dava mil voltas a um e outro lado, e ele obedecia, - algumas vezes gemendo, - mas obedecia sem dizer palavra, ou, quando muito, um - “ai, nhonhô” - ao que eu retorquia: - “Cala a boca, besta!”

Mas o autor não se limita a isso. Faz o leitor perceber o quanto a lógica perversa da escravidão se alastra por toda a sociedade e transforma a aberração em algo natural, quando, de fato, não poderia nem deveria ser. Brás Cubas, andando pelas ruas pensando em Virgília, seu amor, depara-se com a seguinte cena:

Interrompeu-me um ajuntamento; era um preto que vergalhava outro na praça. O outro não se atrevia a fugir; gemia somente estas únicas palavras: - “Não, perdão, meu senhor; meu senhor, perdão!” Mas o primeiro não fazia caso, e, a cada súplica, respondia com uma vergalhada nova. - “Toma, diabo! dizia ele; toma mais perdão, bêbado!” - “Meu senhor!” gemia o outro. - “Cala a boca, besta!” replicava o do vergalho. Parei, olhei... Justos Céus! Quem havia de ser o do vergalho? Nada menos que o meu moleque Prudêncio...

No comovente conto *Pai contra Mãe*, Machado de Assis é ainda mais contundente:

A escravidão levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais. Não cito alguns aparelhos senão por se ligarem a certo ofício. Um deles era o ferro ao pescoço, outro o ferro ao pé; havia também a máscara de folha de flandres. A máscara fazia perder o vício da embriaguez aos escravos, por lhes tapar a boca. Tinha só três buracos, dois para ver, um para respirar, e era fechada atrás da cabeça por um cadeado. Com o vício de beber perdiam a tentação de furtar, porque geralmente era dos vinténs do senhor que eles tiravam com que matar a sede, e aí ficavam dois pecados extintos, e a sobriedade e a honestidade certas. Era grotesca tal máscara, mas a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco e alguma vez o cruel.

E certamente fazendo uma referência aos argumentos que reforçam as perversidades da escravidão, termina o conto dando pistas do quanto era ofensiva a lógica conformista. A trama diz respeito ao drama de um homem pobre livre que, sem ganho, se vê na iminência de perder a guarda do filho. Seu emprego era o de capitão-do-mato, mas a concorrência de tantas outras pessoas que passam a se dedicar a essa ocupação fazia com que as demandas por trabalho se tornassem

escassas. Houve, no entanto, uma súbita solicitação para o resgate de uma escrava fujona, e o capitão-do-mato pegou o serviço com todo vigor. Recuperou a escrava com a violência que era peculiar, arrastando-a pelas ruas, e quando estava efetuando a entrega ao seu “dono”, a escrava, que estava grávida, abortou. Diante do desespero da mãe, o pai se consolou:

“- Nem todas as crianças vingam!”

Destaque-se que, no mesmo período referido no conto, apesar de ter sido escrito em momento posterior ao término da escravidão, os opositores ao projeto da Lei do Ventre Livre diziam, abertamente, que o escravo era uma “propriedade tão legítima como outra qualquer” e que, portanto, não poderia ser violada (Alencar Araripe). E esse mesmo “pensador” apregoava:

Não nos devemos levar só pelos sentimentos de filantropia em favor dos escravos quando arruinamos as nossas próprias famílias e prejudicamos o Estado [...] Que prurido de liberdade é esse, pois temos vivido com a escravidão por mais de três séculos e não podemos suportá-la mais alguns anos?²

Esses argumentos se assemelham, e muito, aos que agora se expressam contra os já tão demorados avanços dos direitos das empregadas domésticas, chegando-se a afirmar que as “famílias”, porque não vislumbram uma exploração econômica na atividade da doméstica, não têm como suportar os custos consequentes desses novos direitos e que os direitos, então, vão prejudicar as domésticas, pouco importando, aliás, a contradição histórica, pois até dias desses se sustentava que as domésticas eram “membros da família” e, agora que têm direitos esses “membros da família” podem simplesmente ser jogados fora...

À época da Lei do Ventre Livre, houve mesmo quem dissesse que a extinção da escravatura, além de ser um roubo, um esbulho de “inspiração comunista” (Almeida Pereira), significando a ruína da propriedade, ainda não considerava a realidade extremamente favorável em que viviam os escravos. Conforme relata Viotti,

Mencionava-se a benignidade dos senhores, a suavidade das relações domésticas e dizia-se novamente que a escravidão assegurava ao escravo situação invejável, superior à do jornaleiro europeu, do proletário dos grandes centros industriais. [...] Repetia-se que o tratamento do negro era bom, tinham do que vestir, a alimentação não lhes faltava e os senhores “por sentimento inato e hábito comum” eram verdadeiros pais de seus escravos, e estes poderiam ser considerados verdadeiramente emancipados.³

Essas falas aviltam a condição humana. Então, é bem melhor retornar a Machado de Assis...

² *Apud*, COSTA, Emília Viotti da. *Da senzala à colônia*. São Paulo: Editora UNESP, 1998. p. 419.

³ COSTA, Emília Viotti da. *Da senzala à colônia*. São Paulo: Editora UNESP, 1998. p. 420.

No conto A Igreja do Diabo, Machado de Assis trata das contradições históricas que não são percebidas pelos que se pautam apenas pela lógica argumentativa formal.

Relata-se que o Diabo, embora tivesse

[...] os seus lucros contínuos e grandes, sentia-se humilhado com o papel avulso que exercia desde séculos, sem organização, sem regras, sem cânones, sem ritual, sem nada. Vivía, por assim dizer, dos remanescentes divinos, dos descuidos e obséquios humanos. Nada fixo, nada regular.

O Diabo então se pergunta: “Por que não teria ele a sua igreja? Uma igreja do Diabo era o meio eficaz de combater as outras religiões, e destruí-las de uma vez.”

Depois de conceber a ideia, o Diabo vai contar para Deus a novidade e este, curioso, quer saber do Diabo como atrairá adeptos à sua crença. O Diabo responde:

- Só agora concluí uma observação, começada desde alguns séculos, e é que as virtudes, filhas do céu, são em grande número comparáveis a rainhas, cujo manto de veludo rematasse em franjas de algodão. Ora, eu proponho-me a puxá-las por essa franja, e trazê-las todas para minha igreja; atrás delas virão as de seda pura...
[...]

- Olhai bem. Muitos corpos que ajoelham aos vossos pés, nos templos do mundo, trazem as anquinhas da sala e da rua, os rostos tingem-se do mesmo pó, os lenços cheiram aos mesmos cheiros, as pupilas centelham de curiosidade e devoção entre o livro santo e o bigode do pecado. Vede o ardor, - a indiferença, ao menos, - com que esse cavaleiro põe em letras públicas os benefícios que liberalmente espalha, - ou sejam roupas ou botas, ou moedas, ou quaisquer dessas matérias necessárias à vida... Mas não quero parecer que me detenho em coisas miúdas; não falo, por exemplo, da placidez com que este juiz de irmandade, nas procissões, carrega piedosamente ao peito o vosso amor e uma comenda... Vou a negócios mais altos...

O Diabo, então, empreende todo seu esforço para a criação da Igreja, que teria os seus rituais, suas regras e seus princípios.

Entre os diversos “valores” incentivados pela Igreja do Diabo destaca-se a venalidade. Esta,

[...] disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, coisas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em todo caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo? Negá-lo é cair no absurdo e no contraditório. Pois não há mulheres que vendem os cabelos? Não pode um homem vender uma parte do seu sangue para transfundi-lo a outro homem anêmico? E o sangue e os cabelos, partes físicas, terão um privilégio que se nega ao caráter, à porção moral do homem?

E,

Para rematar a obra, entendeu o Diabo que lhe cumpria cortar por toda a solidariedade humana. Com efeito, o amor do próximo era um obstáculo grave à nova instituição. Ele mostrou que essa regra era uma simples invenção de parasitas e negociantes insolváveis; não se devia dar ao próximo senão indiferença; em alguns casos, ódio ou desprezo.

A Igreja do Diabo triunfa como era por ele esperado...

Um dia, porém, longos anos depois notou o Diabo que muitos dos seus fiéis, às escondidas, praticavam as antigas virtudes. Não as praticavam todas, nem integralmente, mas algumas, por partes, e, como digo, às ocultas. Certos glutões recolhiam-se a comer frugalmente três ou quatro vezes por ano, justamente em dias de preceito católico; muitos avaros davam esmolas, à noite, ou nas ruas mal povoadas; vários dilapidadores do erário restituíam-lhe pequenas quantias; os fraudulentos falavam, uma ou outra vez, com o coração nas mãos, mas com o mesmo rosto dissimulado, para fazer crer que estavam embaçando os outros.

O Diabo ficou indignado, mas percebeu uma analogia com o que ocorrera no passado. Foi, então, conversar com Deus, para saber deste “a causa secreta de tão singular fenômeno”. Por que, afinal, as pessoas pecam?

Deus ouviu-o com infinita complacência; não o interrompeu, não o repreendeu, não triunfou, sequer, daquela agonia satânica. Pôs os olhos nele, e disse-lhe:

- Que queres tu, meu pobre Diabo? As capas de algodão têm agora franjas de seda, como as de veludo tiveram franjas de algodão. Que queres tu? É a eterna contradição humana.

É interessante pensar nisso quando examinamos o percurso histórico da humanidade e percebemos o seu movimento pendular, ora concebendo como importantes valores sociais a solidariedade e a busca da igualdade, ora desprezando esses valores e propugnando pelo individualismo e pela concorrência, como que se cada época deixasse franjas que proporcionassem um novo movimento.

O mais relevante, no entanto, é perceber que, no conflito histórico entre razão e religião, diante das atrocidades das guerras mundiais, tentou-se chegar a uma síntese conciliatória, de modo a unir toda compreensão humana em um só propósito: reconstruir a humanidade.

Vejamos, pois, o que restou consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tão citada, tão pouco lida e jamais aplicada:

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A questão bastante séria e que deve nos chamar a atenção é que, mesmo diante de dizeres tão claros, que podem até ser vistos como uma aproximação dialética entre a razão e o humanismo religioso, como fundamentos da construção de uma sociedade justa e humana, que poderia ser simbolicamente chamado de uma Igreja de um novo tipo, da crença no Direito Social, ainda se conseguiram puxar franjas para uma retomada da lógica racional anterior, de índole liberal, o que seria, assim, uma espécie de pecado contra a religião e contra a razão ao mesmo tempo, coisa, portanto, de um diabo ainda mais forte, um Diabo esclarecido, contra o qual os argumentos racionais e apelos humanitários são menos eficazes.

Fato é que a razão e o apelo humanitário não têm sido suficientes para o devido enfrentamento desse Diabo, chamado dinheiro, cada vez mais pujante, ao qual se juntam o *status* e os prazeres de se considerar elite. Quem já não se pegou com um sentimento de satisfação ao se ver livre de algum transtorno que atinja várias outras pessoas. Outro dia, uma criança de 07 (sete) anos, filho de um casal amigo, ouvindo o comentário dos pais sobre um ônibus que foi queimado por manifestantes, disse: “Ainda bem que eu não ando de ônibus.”

Essa manifestação pueril de uma criança de sete anos, no entanto, está no centro do “raciocínio”, marcado pela indiferença, de muitas pessoas. Não se percebe, mas isso é resultado de um mundo doente, embriagado pelo poder, pelo dinheiro e pelo *status*, ditado por pessoas que, já tendo tudo, querem mais, querem

ser *VIPs* e que, com argumentos aparentemente lógicos, vão justificando a desigualdade social e a ignorância.

Quando se tenta debater a questão da terceirização, por exemplo, os argumentos em defesa da terceirização são tão dogmáticos, tão fundamentalistas, que a razão, por mais consciente que seja, não se mostra suficiente para rebatê-los. A gente chega mesmo a se sentir impotente, ainda mais diante da força da grande mídia, que não dá espaço ao contraditório. Daí por que uma noção instigante, embora bastante curiosa, que ouvi contra a ampliação da terceirização proposta pelo PL 4.330, agora, PLC 30, foi a de um Frei, Gilvander Luís Moreira (da Comissão Pastoral da Terra), proferida em um ato contra a terceirização, realizado na UFMG, em Belo Horizonte, em 30/4/15, no sentido de que “Terceirização é coisa do Diabo!”

Mas nem essa retórica, por óbvio, é suficiente, uma vez que, na perversão de valores, o próprio Diabo se torna Deus, não sendo à toa a conhecida visão do Deus dinheiro. Assim, dizer que a terceirização é coisa do diabo traz uma visualização pertinente, mas não é o melhor argumento para rebatê-la, embora para os que defendem a ampliação da terceirização nenhum argumento seja, de fato, capaz de lhes demonstrar os equívocos em que se baseiam. Então, quanto a estes já desisti e o que estou fazendo é colhendo nomes, como CPF e CNPJ, para que, se essa barbárie passar, nas futuras reclamações trabalhistas de terceirizados, promover o bloqueio nas contas-correntes dessas pessoas e entidades dos valores necessários ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, declarando-as responsáveis solidárias pela dívida, uma vez que estão por aí garantindo, publicamente, que os terceirizados terão respeitados todos os seus direitos.

Pois muito bem, a perversidade racional neoliberal vai ao ponto de assumir que a única saída para a economia nacional é a redução dos salários dos trabalhadores (isso de forma generalizada). O cálculo matemático inexorável elimina utopias, sonhos e a nossa própria capacidade de enfrentar desafios, mas faz isso de maneira disfarçada, fazendo supor que a grande vitória de pessoas lutadoras é a de, por seus méritos, subirem economicamente na vida, vencendo os concorrentes, quando não, arrasando com eles.

Ao mesmo tempo, por estratégias de *marketing*, vão sendo “roubados” os símbolos das lutas por um mundo socialmente melhor e mais justo. Diz uma propaganda: “Andar de bicicleta: isso muda o mundo!” Aí o produtor de automóvel faz a sua propaganda dizendo que “chique é andar de bicicleta com um carro novo na garagem.” E outra conchama os jovens para uma Revolução, a compra de um carro com alta tecnologia!

Aliás, não se tem como resultado apenas uma perversão de valores, mas um convívio harmônico de contradições. Ora, a sociedade, forjada na “modernidade”, baseia-se na ideia de que é possível e necessário superar os medos do desconhecido, mas o que a razão tem produzido, até como forma de incentivar a indústria armamentista, é, precisamente, o medo. Vivemos, como diz o escritor moçambicano Mia Couto, na sociedade do medo, medo dos argumentos contrários, medo da democracia, medo da diversidade, medo da inteligência e até do “medo de que o medo acabe...”⁴

⁴ Mia Couto, *disponível em*: <https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=mia+couto+medo>. Acesso em: 12 jun. 15.

Um medo tão excessivo e baseado em tão profunda ignorância, que o problema da segurança pública é tratado como um problema que decorre da idade a partir da qual o ser humano pode ser criminalizado.

Mas a contradição em si, quando reina a ignorância, não tem o menor medo de se explicitar. Repare-se que, quando economistas liberais dizem que os direitos trabalhistas são excessivos e que é preciso reduzi-los para ampliar as potencialidades da concorrência, o que se está dizendo, concretamente, é que o capitalismo não consegue conferir aos trabalhadores uma condição digna de vida, em constante progresso. No entanto, quem é que liga pra isso?

Se, bem ao contrário, nos deixamos conduzir pelas alegorias literárias reveladoras de Machado de Assis, afastando, pois, as atrações do Deus (ou Diabo) Dinheiro e da Rainha Mercado, da vaidade e da indiferença, que já foram traduzidas academicamente como a “banalização da injustiça social”, podemos compreender melhor a relação histórica do Direito do Trabalho com o Direito Social e porque, consequentemente, o desrespeito reiterado, deliberado e inescusável dos direitos trabalhistas representa um dano social.

Ora, o que embasa a ideia de dano social é o que consta confessado nos considerandos da Constituição da Organização Internacional do Trabalho:

Considerando que a Sociedade das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que esta só pode subsistir tendo por base a justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que constituem para um grande número de pessoas a injustiça, a miséria e as privações, e que origina um estado tal de descontentamento que põe em perigo a paz e a harmonia universais, e visto ser urgente melhorar essas condições: por exemplo, no que respeita à regulamentação das horas de trabalho, à fixação da duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento de mão de obra, à luta contra a falta de trabalho, à garantia de um salário que assegure condições de existência aceitáveis, à proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e acidentes de trabalho, à proteção da infância, dos adolescentes e das mulheres, às pensões na velhice e na invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores residentes no estrangeiro, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas;

Considerando que a não adoção, por uma nação qualquer, de um regime de trabalho realmente humano, constitui um obstáculo aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a situação dos trabalhadores nos seus próprios países [...] (grifou-se)

O documento mencionado, assinado pelas ditas Altas Partes Contratantes, “[...] movidas por sentimentos de justiça e humanidade, bem como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura [...]”, funda a Organização Internacional do Trabalho (art. 387), adotando como parâmetro valorativo do Direito do Trabalho o princípio dirigente de que “[...] o trabalho não deve ser considerado simplesmente como mercadoria ou artigo de comércio.”

Advieram desse postulado e das diversas lutas dos trabalhadores que antecederam a esse momento os direitos trabalhistas. Assim, a não aplicação dos direitos trabalhistas é um ferimento grave a toda crença depositada na razão humana e nos Direitos Humanos, notadamente, nos Direitos Sociais, além de ser, mais

concretamente, uma traição histórica à classe trabalhadora, que foi conduzida a acreditar na viabilidade do modelo capitalista de produção exatamente por este lhe assegurar, no mínimo, condições dignas de vida.

Tendo sido convencidos a acreditar no sistema, os trabalhadores têm nos direitos sociais a sua arma para o questionamento interno do modelo. Os direitos trabalhistas são, por assim dizer, a fórmula mínima que a classe trabalhadora possui para se defender nesse modelo de sociedade. A exigência da aplicação desses direitos é a violência que lhes foi institucionalmente permitida, amparada, ainda, pelo direito de lutar pela ampliação desses direitos por meio de outro direito, o direito de greve.

Esses direitos também são fruto da consciência de que não há capitalismo (e empresas) sem trabalhadores e de que, afinal, não há sociedade alguma sem seres humanos. Assim, pensar em uma segurança jurídica, pautada pela racionalidade econômica da estabilidade dos negócios, a qual, segundo algumas empresas e certos economistas, só se chega por meio da supressão de direitos sociais, com sacrifício inclusive das reservas ecológicas, é o mesmo que concordar com o percurso inexorável da destruição da humanidade. Não é racional, pois, parei aqui...

Uma segurança jurídica conferida para essas empresas agirem desse modo é uma segurança para a destruição.

A situação surreal, marcada pelas perversidades, que já se integraram de forma muito forte a uma nova Igreja, a neoliberal, chega a ponto de criminalizar os trabalhadores que lutam por seus direitos, tomando-os por perturbadores da paz e da harmonia sociais, quando estão simplesmente tentando concretizar a obra que o próprio modelo capitalista concebeu como essencial para a sua sobrevivência.

Vale reparar o que tem ocorrido com diversas categorias de trabalhadores, às quais se negam direitos como o da recomposição anual do salário ou se promove uma direta retirada de direitos (como se deu com os professores no Paraná), e quando esses trabalhadores exercem seu direito de greve, que se assemelha até mesmo à regra clássica do direito civil do *exceptio non adimplenti contractus* ou ao direito fundamental de resistência, para verem efetivados os seus direitos, sofrem as consequências da mesma ordem jurídica, mas que só é vista parcialmente para reprimi-los.

É interessante nesses casos, a propósito, ver empregadores que não respeitam de forma reiterada e deliberada a ordem jurídica como um todo, contando, inclusive, com a impunidade e a submissão de trabalhadores premidos pela necessidade, irem a juízo com o ordenamento jurídico debaixo do braço, pinçando dele apenas alguns poucos artigos que lhes interessam para cobrarem do Judiciário a defesa da “legalidade”.

E não raro, infelizmente, presencia-se o Judiciário (sobretudo a Justiça Comum nos casos de greves de servidores públicos) atuando, de forma excepcionalmente rápida, para garantir a esse mesmo empregador, que não respeita direitos trabalhistas, o direito de propriedade e um suposto direito de ir e vir que estaria sendo atingido pela greve, sendo que, para conferir eficácia imediata da decisão, ainda autoriza o uso de força policial, a qual vai a ponto de bater nos grevistas, pouco se importando que a dignidade e a integridade física e moral também sejam direitos fundamentais, sendo que, com relação aos direitos dos trabalhadores que não foram respeitados, nada se fala.

O interessante, ou trágico, é que se justifica essa atuação jurisdicional, sem nenhuma vinculação aos estritos termos do pedido das partes, para preservação de um suposto interesse social. São impostas multas milionárias aos sindicatos, determina-se a intervenção, por Oficiais de Justiça, em assembleias, fixam-se critérios para o exercício da greve em interditos proibitórios etc. Mas, quando um juiz condena uma reclamada a pagar ao reclamante a multa do § 8º do artigo 477 da CLT, por conta da ausência de verbas rescisórias, se tal pedido não estiver expressamente formulado na petição inicial, exclui-se a condenação dizendo que o juiz julgou *extra petita* e que não se pode fazer isso para não gerar insegurança jurídica...

Mas a visualização que proponho neste instante não é a da desesperança, afinal não me vejo como mensageiro do apocalipse, e não vivenciamos o fim da história. Na mesma linha da trama do conto de Machado (Deus e o Diabo), é possível perceber que muitas pessoas (muitas mesmo) ainda estão dispostas a cometer os pecados de buscarem a razão, de serem humanas e de aplicarem os direitos sociais. Com a superação dos medos provocados pela razão pecadora, perceberemos que essa postura não é nada além do que aplicar as normas que estão dispostas no ordenamento jurídico nacional e internacional.

Tempos atrás alguém me disse que eu era uma pessoa de muita coragem, o que me deixou bastante intrigado, primeiro porque sempre me considerei tímido e, por isso mesmo, um tanto quanto medroso, e segundo porque o que fazia, e ainda faço, era simplesmente aplicar direitos.

Na verdade o que me faltava era um conhecimento mais consistente da história do Brasil. Eu era, como se pode dizer, um sem-noção, não compreendendo o que representa em nossa realidade dar esse passo de garantir direitos aos trabalhadores e oprimidos, contrariando interesses da classe dominante.

Ainda sem compreender muito o contexto complexo da empreitada, cheguei a publicar um artigo em 2002, intitulado “A Fúria”⁵. Mas, já em 2005, compreendendo melhor a natureza da empreitada, escrevi o artigo “A Seita Secreta para a Efetivação dos Direitos Sociais”⁶, que me valeu, inclusive, um pequeno incômodo pela incompreensão. Logo depois da publicação do texto, um amigo chegou a mim bastante preocupado, com ar de espanto mesmo, e me perguntou se eu estava bem. Fiquei até assustado com a pergunta, mas disse que estava tudo tranquilo e indaguei por quê. Ele disse: é que me falaram que você tinha enlouquecido de vez porque tinha criado uma Seita: é verdade? Tive, então, que explicar que era um artigo no qual dialogava com um sociólogo francês, Pierre Roche, que apontava a existência, no âmbito teórico, de uma espécie de laboratório secreto para fomentar a exclusão social e, considerando a realidade brasileira, na qual essa exclusão já era histórica, seria o caso de criarmos, no mesmo plano teórico, um laboratório para a inclusão, mas que, considerando o apelo religioso envolvido nas nossas concepções de mundo, não bastaria retórica argumentativa, teria que haver um apelo místico.

⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. *Revista LTr*, v. 66, p. 1.287 - 1.309, 2002.

⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A seita secreta para a efetivação dos direitos sociais. *Revista LTr*, v. 69, p. 1.170-1.177, 2005.

O fato concreto é que fui encontrando pelo caminho muitos outros pecadores e que, mesmo sem constituírem nenhum tipo de seita ou coisa que o valha, foram se ajudando, dando força uns aos outros. Incontáveis vezes conheci pessoas em palestras, aulas e conversas, que tanto querem informações quanto concedem, gratuitamente, ideias bastante geniais para a implementação dessa autêntica “luta”, que é a de aplicar direitos sociais (já fixados na Constituição e em diversas leis) no Brasil.

O tema específico das condenações por dano social, por exemplo, começou a surgir anos atrás quando, no intervalo de um dos Congressos organizados pelo TRT da 15ª Região, uma pessoa me chamou e disse: “Doutor Jorge, você já pensou que em todos os outros ramos do Direito a reincidência gera efeitos jurídicos, menos no Direito do Trabalho?”

Aquela observação era simplesmente genial e aquela pessoa a transferiu para mim sem nem sequer se identificar... No mesmo instante, disse a ela que iria estudar a questão. E não é que ela tinha absoluta razão?

Desde então me ocupei em observar o fenômeno jurídico trabalhista a partir da percepção da reincidência e pude perceber que de fato a ausência desse efeito jurídico, normativamente falando, gerava uma grave consequência que era a ausência da percepção do ilícito, ele próprio, o que pode ser apontado, aliás, como um reflexo da perversão racional.

As reclamadas reincidentes na prática de desrespeito aos direitos dos trabalhadores não eram tratadas como empresas que descumpriam a legislação trabalhista, mas quase como parceiras da Justiça, ainda mais se pensarmos em um passado não muito distante quando, de fato, muitas dessas empresas, por intermédio de alguns juízes classistas, até contribuía com a instalação das Varas, doando computadores, mesas etc.

Essas reclamadas eram vistas como se fossem clientes, a quem, inclusive, não se deveria desagradar ou incomodar com a coerção jurídica, ainda mais quando tivessem a prática de realizar acordos. Grotescamente, algumas eram mais que clientes, eram “clientes especiais”, sendo que com mais um pouco de perversão se chegaria ao grotesco da criação de uma espécie de premiação, que poderia ser um “programa de milhagem” para as empresas que fizessem mais acordos.

O que se tinha, no entanto, era um fenômeno jurídico preciso, o da reincidência na prática de atos ilícitos, o que, em qualquer outro ramo do direito, geraria uma situação de agravamento para o seu autor.

Continuei estudando a questão e deparei-me, por indicação de uma colega, Dr^a Maria da Graça Bonança Barbosa, com um texto de Mauro Cappelletti, no qual tratava do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global, quando o juiz condena o réu também à reparação do dano coletivo que resulta do ato ilícito cometido.⁷

Percebendo as limitações dos legitimados a agir, esse autor preconizava, desde 1977, que se ampliassem os sujeitos legitimados para agir na perspectiva coletiva, incluindo entidades privadas. Esclarecia, no entanto, que isso não era

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *In Revista de Processo*, RT, São Paulo, jan.mar./1977, p. 130.

suficiente, demonstrando a essencialidade da “extensão dos poderes do juiz”, que não deveria mais limitar-se

[...] a determinar o ressarcimento do “dano sofrido” pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitada às partes presentes em juízo. Ao contrário, o juiz era legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu, e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às *absent parties* ou precisamente *erga omnes*. Preconizava uma revolução dos conceitos tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento dos danos, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório.⁸

Mais adiante em seu texto reafirmava:

[...] os efeitos das decisões devam estender-se também aos sujeitos não presentes na causa.

[...]

[...] no campo mais tradicional do ressarcimento do dano, não se deve mais reparar só o dano sofrido (pelo autor presente em Juízo), mas o dano globalmente produzido (pelo réu à coletividade inteira). Se de fato o juiz devesse, por exemplo, limitar-se a condenar a indústria poluente a ressarcir só o dano advindo a qualquer autor, uma tal demanda teria raramente um efeito determinante: normalmente, o comportamento poluente continuaria imperturbado, porque o dano a compensar ao autor esporádico seria sempre mais inferior aos custos necessários para evitar qualquer comportamento.

Também tive contato com a obra de Roberto Basílone Leite, *Introdução do Estudo do Consumidor*⁹, que traz uma análise de caso paradigmático de uma atuação jurisdicional corretiva, ocorrida nos EUA. Trata-se do caso *Gore vs BMW*, do qual se extraiu o princípio jurídico do desestímulo, que é “[...] princípio oriundo do Direito Penal, apropriado pela doutrina civilista que trata da responsabilidade por danos metapatrimoniais.” Esclarece o autor que, “[...] diante de uma lei destinada a garantir determinado direito consumerístico, tanto individual, quanto difuso ou coletivo, presume-se implícito, nas punições nela estipuladas, o intuito de desestimular o possível infrator à prática do ato ou omissão lesivos.”

Fazendo audiências diariamente, fui ficando cada vez mais incomodado com as empresas reincidentes, sobretudo por conta da postura confortável que apresentavam em audiências, como se estivessem na sala do seu Departamento de Pessoal. O preposto ou mesmo o sócio sentava-se e já fazendo inquirições diretas ao reclamante, tomando as iniciativas da audiência, fazia referências comparativas a outros casos como se estivesse tratando de um “direito adquirido” a um acordo com determinados parâmetros. Por fim, sem atingir o objetivo da concordância do reclamante, chamava o juiz para que este cumprisse o seu papel de convencer o reclamante a aceitar a proposta, uma vez que tantos outros reclamantes já a haviam aceitado. A percepção da reincidência foi transformando

⁸ *Ibidem*, p. 141.

⁹ LEITE, Roberto Basílone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002. p. 97-100.

em aberração o que antes se concebia como natural, gerando incômodo, até que um dia a coisa foi ao extremo quando um preposto esparramou-se na cadeira de frente à mesa das audiências e, como se estivesse no botequim da esquina, disse: “Fala aí, Jorjão, firme?”

Essa visualização do grotesco da situação dá bem o tom do quanto o método de raciocínio auxilia, decisivamente, na produção da consciência, conduzindo à emancipação, sendo certo que, no caminho inverso, também servirá como reforço da alienação. Imagine-se o estágio de desumanização em que se encontram todos que participam de audiências de instruções em processos repetitivos, com o mesmo objeto, já sabendo o resultado, e ainda assim se portam como se estivessem ali pela primeira vez. Há por certo uma patologia nisso, a que nenhuma regra processual obriga.

Bom, o fato foi que aquele “alô” do preposto constituiu o estopim para que eu percebesse de uma vez que deveria mudar minha postura ante as reclamadas reincidentes, até por uma questão de demonstrar, publicamente, minha imparcialidade aos reclamantes, que, por certo, poderiam não entender bem aquele trato para além de amistoso.

Só isso, por certo, não bastava e senti a necessidade de me aprofundar nos estudos para buscar todos os argumentos jurídicos que estivessem ao alcance para atribuir efeito ao reincidente. Nesse percurso, tive contato com várias obras e participei de longas conversas com Ranúlio Mendes Moreira e Valdete Souto Severo, principalmente. Mas foi com o advento do novo Código Civil, em 2004, que os argumentos se fecharam, uma vez que este tratou especificamente dos efeitos sociais e econômicos dos atos ilícitos, conferindo substrato normativo à figura do dano social, já referida em texto de 2004, da lavra do professor titular de Direito Civil da USP, Antonio Junqueira de Azevedo.¹⁰

E vários foram sendo os fundamentos normativos acoplados, envolvendo, inclusive, a teoria econômica do *dumping* social, os fundamentos históricos do Direito do Trabalho, a teoria dos Direitos Humanos, a Constituição Federal (arts. 5º, XIII, 170, incisos III e VIII), o Código de Defesa do Consumidor (que trata da reincidência - art. 59 da Lei n. 8.078/90), a lei dos crimes contra a ordem econômica (Lei n. 12.529, de 2011 - que também trata da reincidência, arts. 36 a 45), o Código Civil (arts. 186, 187, 927 e 944) e a própria CLT (arts. 652, “d”, 832, § 1º e 765).

Portanto, normas não faltam e a questão que resta é mesmo aquela apresentada, inicialmente, referente à resistência para a construção de uma consciência em torno da relevância da aplicação concreta dos direitos sociais. O problema da identificação e da devida punição da reincidência na esfera jurídica trabalhista é antes de tudo um problema de resistência e de renitência.

Veja-se que, quando uma empresa é condenada várias vezes pela supressão de direitos trabalhistas, mas a condenação limita-se aos efeitos restritos da esfera individual, e a empresa continua agindo da mesma forma, resta evidenciado que as punições não foram eficientes para eliminar as práticas ilícitas, podendo ser vistas até como uma forma de incentivo. Ora, se o desrespeito aos direitos de um empregado não gera gravame econômico, tem-se o argumento definitivo para proceder da mesma forma com relação aos demais empregados.

¹⁰AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *In RTDC*, vol. 19, julho/setembro 2004.

A atuação dessa empresa reincidente, é bom que se frise, não prejudica apenas os trabalhadores, coletivamente considerados, uma vez que, por meio de tal prática, obtém efeito benéfico na concorrência frente a outras empresas que não agem da mesma forma.

Pensada a questão de um ponto de vista mais amplo, o que se tem é um desajuste pleno do modelo de sociedade, resultando em precariedade, com redução de recolhimentos previdenciários e fiscais, aumento dos acidentes do trabalho etc.

Há, por conseguinte, um efeito muito grande sobre a Justiça do Trabalho, onde tantas supressões de direitos vão parar, e a tentativa desesperada da Justiça de dar vazão a todas as demandas individuais, sobretudo incentivando acordos com qualquer conteúdo, acaba retroalimentando a lógica do desrespeito aos direitos, provocando mais reclamações trabalhistas, ao mesmo tempo em que desgasta a credibilidade do Judiciário.

A única forma, pois, de reverter esse quadro é conferindo o efeito jurídico do dano social a todas as empresas que buscarem pela via do descumprimento reiterado de direitos trabalhistas a obtenção de vantagem econômica sobre a concorrência.

Destaque-se, nesse sentido, o Enunciado n. 4, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, organizada pela Anamatra e realizada nos dias 21 a 23 de novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília, com o seguinte teor:

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

Adite-se, ainda, a questão pertinente à propaganda enganosa de empresas que se apresentam como empresas com responsabilidade social, para atrair capital investidor e consumidores, mas que sequer cumprem, de forma adequada, os direitos trabalhistas.

Quantas empresas, que se dizem conduzidas pelo “capitalismo responsável” e pelo “respeito aos Direitos Humanos”, não se utilizam, em larga escala, da terceirização, que exploram trabalhadores em longas jornadas de trabalho e que geram alto número de acidentes do trabalho (doenças profissionais)?

O que se almeja com a condenação por dano social, que é o respeito efetivo à noção de um capitalismo socialmente responsável, pautado pela efetiva integração dos trabalhadores ao projeto social, com garantias de condições de uma vida digna e em necessária progressão cultural e econômica, condenação esta que pode chegar até mesmo à interdição da empresa, dada a gravidade do ilícito ou mesmo

à notória deficiência econômica da empresa, é de uma obviedade tão grande que chega a ser estranho ter que utilizar tantos argumentos para justificá-la. Ocorre que na lógica pervertida instaurada parece existir para o empregador um direito absoluto de descumprir a ordem jurídica, que toma por aberrações jurídicas as tentativas de correção de tal conduta...

A forma como o Direito do Trabalho tem sido entendido e aplicado contribui bastante para essa perversão de valores.

O direito trabalhista, em geral, fixa, de forma prévia, o efeito jurídico para as condutas que considera indesejáveis. Advém daí uma impressão de que o ato do agressor da ordem jurídica está, igualmente, inserido na mesma ordem. Assim, pode-se ter a sensação de que há um direito para o agressor da ordem jurídica: o direito de sofrer unicamente as consequências fixadas em lei pela prática da conduta indesejada.

Consequentemente, nas realidades refletidas em inúmeras reclamações trabalhistas, empregadores contumazes no desrespeito aos direitos trabalhistas posicionam-se perante o juiz, em audiência, apoiando-se na própria ordem jurídica que agrediram.¹¹

Na órbita do direito criado na mente do agressor da ordem jurídica, seus atos só podem gerar as consequências previstas na lei. Por exemplo: o não pagamento de horas extras pelo trabalho exercido além da oitava hora diária e quadragésima quarta semanal só pode produzir o efeito da condenação ao pagamento das horas extras com adicional de 50% e reflexos em parcelas remuneratórias, com juros e correção na forma da Lei n. 8.177/91, afinal esses são os efeitos previstos em lei pelo descumprimento do direito do empregado à limitação da jornada de trabalho.

Aliás, nesse exemplo, tem-se, igualmente, a falsa impressão de que o direito do empregado é o de receber horas extras. Mas as horas extras não são o direito do empregado. O direito é o da limitação da jornada de trabalho. Não se pode dizer que o empregado tem o direito de receber horas extras. O empregado tem o direito à limitação da jornada. O pagamento do tempo trabalhado além do limite com um adicional de 50% sobre o valor que se paga ao tempo inserido na jornada legal (e não "normal", como se costuma dizer) é uma punição ao empregador que desrespeitou o direito à limitação da jornada, é o efeito previsto em lei pelo ato ilícito cometido pelo empregador.

Vistas as coisas desse modo, tem o empregador o direito de pleitear que o efeito de seu ato ilícito seja apenas o previsto na lei? É evidente que não, pois isso conduziria as horas extras à esfera da licitude e a limitação da jornada de trabalho deixaria de ser um direito.

Ora, o efeito desse modo de ver as coisas seria o de que o direito conferiria ao empregador o direito de desrespeitar o direito dos trabalhadores e, uma vez que a consequência possível fosse apenas pecuniária, ter-se-ia, em conclusão, que ao empregador se teria conferido o direito de pagar pelo desrespeito ao direito do trabalhador, ou, em outras palavras, que poderia comprar tais direitos.

¹¹ Não falo do aspecto da controvérsia fática que pode ser instituída, nem mesmo estou sugerindo que o empregado tem sempre razão. Trato, simplesmente, dos efeitos jurídicos que possam ser atribuídos aos fatos que restem provados nos autos.

Em certa medida, se pensarmos bem, da forma como as coisas costumam ser postas, nas reclamações trabalhistas, extraindo o embate acerca da controvérsia fática - pois, por certo, a versão dos fatos apresentada pelo reclamante pode não ser verdadeira -, os empregadores vão à justiça “cobrar os seus direitos”, refletidos na limitação dos efeitos juridicamente previstos para os atos que praticaram, sendo que a postura que assumem em audiência, quase exigindo uma intervenção dos juízes em seu benefício, bem demonstra isso.

Essa reivindicação do direito do agressor é posta com maior vigor na atuação processual. Não só os efeitos do ato “ilícito” devem ser limitados aos parâmetros legais, quando o resultado, em concreto, da eventual condenação só pode se dar após ultrapassadas todas as possibilidades recursais, conferidas por lei, para a garantia concreta do “devido processo legal”.

Em suma: um empregador contumaz na prática de desrespeito à legislação trabalhista, que descumpre, sistematicamente, o ordenamento jurídico, busca valer-se desse mesmo ordenamento para limitar os efeitos de seu ato.

Em concreto, o agressor da ordem jurídica acaba impondo a tudo e a todos a lógica de que possui o direito de não respeitar o direito alheio, embora continue acreditando que todos devem respeitar os seus direitos. Na sua visão, o direito do trabalhador de receber horas extras, por exemplo, sucumbe ao seu direito de não pagar horas extras, sendo que a reversão dessa situação somente pode se dar após todo o percurso do “devido processo legal”, gerando, no campo do direito material, unicamente os efeitos fixados na lei quanto ao valor da hora extra.

Assim, o ato deliberado quanto ao não pagamento das horas extras fica sem um efeito jurídico específico, transferindo-se para o empregador o direito de pagar tais horas extras quando bem quiser, desde que arque com os juros e a correção monetária, que apenas são inseridos pela via processual, cujo percurso é bastante longo, como todos sabem.

E é assim que muitos empregadores, em detrimento do interesse econômico de tantos outros empregadores, conduzem os direitos dos trabalhadores para o âmbito de seu direito, prefixando os efeitos possíveis de sua conduta dentro da esfera da parte do ordenamento jurídico que lhes interessa.

Pois bem, ainda que de fato se pudesse vislumbrar uma espécie de direito à prática do ilícito por parte do empregador, parece inegável que esse pretense direito não pode ser exercido de forma abusiva, como, ademais, nenhum outro direito o pode.

É nesse sentido que um pressuposto jurídico deve ser estabelecido urgentemente nas abordagens do Direito do Trabalho, como forma de recobrar a eficácia dos direitos dos trabalhadores, conferindo-se a estes a necessária e tão defendida segurança jurídica. Refiro-me ao pressuposto de que os efeitos jurídicos atribuídos por lei para os atos indesejados somente se aplicam, de forma restrita, quando o empregador não se utilize, de forma abusiva, do “direito” de desrespeitar o direito do trabalhador. Além disso, a restrição aos efeitos em questão somente tem sentido quando o empregador exerce espontaneamente esse direito. Ou seja, o valor de uma hora extra será equivalente a 50% a mais do que a da hora normal quando o empregador pagar a hora extra trabalhada pelo empregado. Em outro sentido, se o empregador exigiu do empregado o trabalho de forma ordinária em horas extras, que se considera por lei uma situação extraordinária, como o próprio

nome sugere, o valor a ser pago por essas horas não pode se limitar ao da previsão legal, pois o direito à limitação da jornada, considerado direito fundamental dos trabalhadores, não está à venda. Além disso, se tais horas extras, ainda que esporadicamente realizadas, não foram pagas em tempo oportuno, conforme prevê a lei, seu valor não poderá mais ser apenas aquele fixado em lei. Dito de outra forma, a hora extra paga não pode equivaler à hora extra não-paga, pois que essa equivalência elimina a característica do ilícito cometido.

O ilícito não está, propriamente, na demanda da hora extra, com o conseqüente pagamento do adicional correspondente. A lei confere esse direito ao empregador, desde que aceito pelo empregado. Mas, a lei não confere ao empregador o direito de não pagar pelas horas extras trabalhadas, assim como não confere ao empregador o direito de exigir que as horas extras sejam habitualmente prestadas e mesmo que se realizem horas extras além do limite de duas diárias (art. 59 da CLT).

Não se pode esquecer, ainda, de que o Direito do Trabalho representa o valor social, institucionalizado pela sociedade democrática, conferido ao trabalho prestado pelo trabalhador, a partir do reconhecimento de que é do trabalho que toda riqueza advém, considerada não só a que adquire o empregador em sua atividade econômica, mas a que atinge toda a sociedade, afinal é da produção que se extraem, inclusive, os fundos necessários para as atividades do Estado voltadas à satisfação dos mais diversos objetivos (inclusive tipicamente burgueses). Assim, quando o empregador não paga ao seu empregado o trabalho por este prestado, que se destinou à produção da riqueza nacional, trata-se da própria quebra do pacto de solidariedade estabelecido pelo Direito Social, ao qual todos estamos juridicamente vinculados. Não se trata, pois, de um problema individualizado.

Além disso, se considerarmos que, no capitalismo, o trabalho alienado foi transformado em mercadoria e que ele está, pelo efeito monetário que lhe fora atribuído, inserido na coisa produzida, quando o empregador comercializa a coisa com um terceiro, está comercializando o trabalho do trabalhador, já transformado em valor, cabendo-lhe a obrigação, decorrente do projeto instituído pelo Direito Social, de entregar ao trabalhador o valor que lhe pertence (se não todo ele, se pensarmos a questão na lógica marxista), ao menos aquele que o direito minimamente estipulou. Nesse sentido, a falta do pagamento do integral efeito social pelo trabalho prestado por parte do empregado, quando a coisa produzida é submetida à comercialização, representa a apropriação por parte do empregador de algo que não lhe pertence. Trata-se, portanto, de um furto ou de uma apropriação indébita, não se afastando por completo, também, a figura do estelionato. Deve-se, assim, atingir, com urgência, o aspecto do efeito penal que o ilícito representa, e, no mínimo, a possibilidade concreta da prisão civil por dívida trabalhista, considerada, quase sempre, de natureza alimentar.¹²

As atitudes agressivas à ordem jurídica trabalhista, voltadas ao objetivo de se obter uma vantagem econômica perante a concorrência, geram ineficácia do

¹²Cf. Manoel Carlos Toledo Filho e Jorge Luiz Souto Maior, *in* "A prisão civil por dívida trabalhista de natureza alimentar", Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/pris%C3%A3o%20civil%20por%20d%C3%ADvida%20trabalhista%20de%20car%C3%A1ter%20alimentar.rtf>. Acesso em: 8 out. 2010.

projeto instituído no Direito Social, ainda mais quando se vislumbra essa vantagem passando por cima dos direitos dos trabalhadores, que foram considerados mola mestra da recuperação da sociedade industrial. Sem a efetivação dos direitos trabalhistas e o desestímulo eficaz das práticas econômicas que buscam vantagem pelo desrespeito sistemático desses direitos, o que se tem por resultado é a inviabilização do capitalismo como modelo de sociedade, embora esse debate não se exclua mesmo com a aplicação efetiva dos direitos sociais.

De todo modo, o desrespeito aos direitos trabalhistas não é fruto de uma opção possível que se reserva a este ou àquele empregador. O desrespeito aos direitos trabalhistas não é mero “inadimplemento contratual”, como a lógica liberal do direito faz supor. Trata-se de um ato ilícito que não repercute apenas na esfera individual do trabalhador agredido, mas também em toda a sociedade, configurando, pois, o dano social.

E o juiz pode atribuir esse efeito do dano social nas ações individuais, de ofício? Não só pode quanto deve, como visto na passagem de Mauro Cappelletti, acima expressa. Além disso, exige-se essa postura do juiz nos próprios fundamentos de eficácia dos Direitos Humanos, quando se atribui a todas as pessoas a responsabilidade pela aplicação em concreto dos preceitos jurídicos dessa natureza. Todos os cidadãos são responsáveis pela eficácia dos Direitos Humanos e, se é de conhecimento do juiz um caso de desrespeito em massa desses direitos, cumpre-lhe, como cidadão e profissional que ostenta o poder jurisdicional, determinar as medidas necessárias para a supressão do ilícito, não se negando como eficaz a indenização punitiva.

Anos atrás instruí um processo em que se comprovou, documentalmente inclusive, que uma determinada empresa, ao menos naquela época (não sei agora), obrigava o vendedor a enganar o cliente. Não me pareceu minimamente honesto julgar o processo conferindo ao reclamante a indenização por dano moral pleiteada em virtude de tal situação e deixar que a prática fosse mantida, pois várias pessoas, consumidoras, continuariam sendo vítimas do engodo. Determinei, então, que se publicasse a sentença em jornal de grande circulação na cidade, como dispõe o Código de Defesa do Consumidor, para que os consumidores se prevenissem a respeito. A empresa, que feriu, durante anos, os direitos fundamentais relacionados à questão, recorreu dizendo que a decisão feria o art. 461 do CPC. Ou seja, para aquela empresa nenhum outro artigo da ordem jurídica tinha vigência, mas o artigo 461 continuava em pleno vigor, apenas para mantê-la impune quanto aos ilícitos cometidos, sem considerar, é claro, que o dito dispositivo não tinha incidência no caso diante das previsões expressas do CDC (art. 78, II) e da CLT (art. 832, § 1º).

De lá para cá, foram anos de uma boa luta, que começou com várias sentenças reformadas e que já conhece hoje uma quantidade bastante considerável de sentenças e acórdãos de diversos Tribunais do país corroborando a tese do dano social.¹³ No Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região decisões com esse conteúdo podem ser verificadas em acórdãos das lavras dos Desembargadores

¹³Uma relação detalhada dessas decisões pode ser conferida na obra: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

Samuel Hugo Lima¹⁴, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani¹⁵ e Fábio Alegretti Cooper.^{16 17}

Interessante é que de uma postura inicial, completamente arreada a essas decisões, a própria grande mídia, percebendo a força dos argumentos jurídicos e mesmo o potencial corretivo do modelo de produção, muda radicalmente e passa a reconhecer, abertamente, a pertinência das decisões, demandando apenas uma “cautelosa” para sua aplicação aos casos concretos:

Justiça condena empresa a pagar indenização por *dumping* social

Por Arthur Rosa

Valor Econômico - Edição de 19/10/09

Da pequena Iturama, cidade com 35 mil habitantes no Triângulo Mineiro, saiu a primeira decisão trabalhista que se tem notícia mantida em segunda instância que condena uma empresa ao pagamento de indenização por *dumping* social. O nome adotado se refere à prática de redução de custos a partir da eliminação de direitos trabalhistas, como o não pagamento de horas extras e a contratação sem registro em carteira de trabalho. No caso julgado, a reparação não foi requerida pelo advogado do trabalhador, um ex-empregado do Grupo JBS-Friboi. O próprio juiz, o paulistano Alexandre Chibante Martins, do Posto Avançado ligado à Vara do Trabalho de Ituiutaba, a aplicou por iniciativa própria, baseado em um enunciado da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

A tese foi aceita pela Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Minas Gerais. Os desembargadores decidiram manter a sentença que condena o frigorífico ao pagamento de indenização de R\$ 500 ao ex-empregado. Na avaliação dos magistrados, as repetidas tentativas da empresa de desrespeitar os direitos trabalhistas configuram a prática de *dumping* social. “Verifica-se que está caracterizado o *dumping* social quando a empresa, por meio da burla na legislação trabalhista, acaba por obter vantagens indevidas, através da redução do custo da produção, o que acarreta um maior lucro nas vendas”, diz o desembargador Júlio Bernardo do Carmo, relator do caso.

De acordo com o processo, foram julgadas, desde 2008, cerca de 20 ações¹⁸ propostas contra a empresa, todas reclamando horas extras não pagas. Os ex-empregados alegam também que eram submetidos a uma excessiva jornada de trabalho, permanecendo na empresa por mais de 10 horas diárias. O Grupo JBS-Friboi já ajuizou recurso contra a decisão no Tribunal Superior do Trabalho (TST). O advogado da empresa, Leandro Ferreira de Lima, refuta as acusações e destaca que a maioria dos desembargadores do TRT de Minas tem derrubado as condenações por *dumping* social. “Só a Quarta Turma adotou este entendimento”, diz.

¹⁴TRT15 - SDC, Processo n. 0000385-86.2012.5.15.0000 - DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE - DJ 15/5/2012.

¹⁵TRT15 - 3ª Turma, 6ª Câmara, Processo n. 0001032-98.2012.5.15.0156 RO.

¹⁶TRT15 - 5ª Turma, 9ª Câmara, Processo n. 0043200-77.2007.5.15.0096 RO.

¹⁷Assim como em: TRT15 - 6ª Turma, Processo n. 0001087-74-2010-5-15-0138 RO, Juiz Relator, Jorge Luiz Souto Maior - DJ 2/4/2012; e TRT15 - 6ª Turma, Processo n. 0049300-51-2009-5-15-0137/RO, Juiz Relator, Jorge Luiz Souto Maior.

¹⁸O número de 20 ações, referido na matéria, com certeza decorre de erro material, pois, segundo o Juiz Ranúlio Mendes Moreira, que atuou no Posto Avançado de Iturama-MG, o número de processos da referida empresa era de aproximadamente 20 por semana e não no ano.

O *dumping* social não está previsto na legislação trabalhista. Mas um enunciado da Anamatra, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007, incentiva os juízes a impor, de ofício - sem pedido expresso na ação -, condenações a empresas que desrespeitam as leis trabalhistas. De acordo com o enunciado, "As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido *dumping* social, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. [...]"

Os juízes trabalhistas importaram do direito econômico as bases para a aplicação de sanções às empresas. A tese do *dumping* social ainda é pouco usada no Judiciário. De acordo com o juiz Jorge Luiz Souto Maior, da 3ª Vara do Trabalho de Jundiá (SP), um dos maiores estudiosos do tema, há decisões de primeira instância proferidas em Goiás, Rio Grande do Sul e São Paulo, além de Minas Gerais. E, por ora, somente uma mantida em segunda instância. São condenações que chegam a R\$ 1 milhão e que foram revertidas, em sua grande maioria, a fundos sociais - como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) - e entidades beneficentes. "É uma decisão difícil de ser dada. O magistrado precisa conhecer bem o histórico da empresa", diz. "As agressões aos direitos trabalhistas causam danos a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação ou que, de certo modo, se veem forçados a agir da mesma forma."

Souto Maior, que já proferiu várias sentenças sobre o tema, entende que não se deve destinar a indenização ao trabalhador, uma vez que a prática de *dumping* social prejudica a sociedade como um todo. O juiz Alexandre Chibante Martins, do Posto Avançado de Iturama, preferiu, no entanto, beneficiar o ex-empregado do Grupo JBS-Friboi em sua decisão. "Foi ele quem sofreu o dano", afirma o magistrado, que vem aplicando a tese do *dumping* social desde o início de 2008. "Não tem sentido destinar os recursos a um fundo social."

O advogado e professor de direito do trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Marcel Cordeiro, do escritório Neumann, Salusse, Marangoni Advogados, considera as decisões "plausíveis". Mas entende que a tese do *dumping* social tem que ser usada com cautela pelo Judiciário. "A decisão precisa ser muito bem fundamentada", diz. "Certamente, isso ainda vai dar muita dor de cabeça para o empresariado."

A tese do *dumping* social

Editorial de O Estado de São Paulo - SP

Edição de 26/10/2009

Ao julgar uma reclamação trabalhista de um funcionário de um dos maiores frigoríficos do País, que pedia registro em carteira e pagamento de horas extras, o juiz do trabalho de Iturama, cidade de 35 mil habitantes no Triângulo Mineiro, foi muito além do que estava sendo pleiteado. Ele não só deu ganho de causa ao reclamante, como também condenou a empresa a pagar indenização por *dumping* social. A decisão, que acaba de ser confirmada pela Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Minas Gerais, causou surpresa nos meios jurídicos e empresariais.

O motivo é que o *dumping* - uma prática desleal de comércio - não está previsto pela legislação trabalhista e jamais foi objeto do direito do trabalho. Pelo contrário, desde o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), de 1947, ele tem sido tratado somente pelo direito econômico. Atualmente, as diretrizes e sanções em matéria de combate a esse tipo de concorrência desleal se encontram tipificadas pelo Código *Antidumping* da OMC.

Ao justificar sua decisão, o juiz afirmou que o frigorífico vinha desrespeitando sistematicamente a legislação trabalhista, com o objetivo de reduzir os custos de produção para ter preços mais competitivos no mercado internacional. Ele também alegou que, além de não registrar os empregados, o frigorífico os submetia a jornadas diárias muito superiores ao permitido por lei, sem pagar horas extras. E, ao fundamentar a decisão, o juiz invocou um enunciado em que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) incentiva seus filiados a impor, mesmo sem pedido dos advogados dos reclamantes, severas sanções às empresas que desrespeitam os direitos dos trabalhadores.

Para a Anamatra, além de ser uma afronta ao Estado, esse desrespeito provoca danos à sociedade, na medida em que propicia vantagens comerciais indevidas aos empregadores. O enunciado foi aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007. Segundo ele, agressões reincidentes aos direitos trabalhistas colidem com a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista. O problema é que a Anamatra, que foi criada em 1976, durante um congresso organizado pelo Instituto Latino-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social, é uma entidade corporativa. Por isso, ela não tem a prerrogativa de legislar. Essa é uma atribuição que cabe ao Congresso.

O enunciado da Anamatra e a sentença do juiz do trabalho de Iturama configuram mais um caso do que os juristas chamam de ativismo judicial. Valendo-se de princípios constitucionais, que por serem dispositivos programáticos têm redação vaga ou excessivamente retórica, alguns magistrados interpretam extensivamente a legislação, ampliando com isso o alcance de suas competências. Por meio dessa estratégia, por exemplo, muitos juízes de execução penal estão recorrendo a argumentos sociológicos sob a justificativa de humanizar a pena, enquanto juizes trabalhistas cada vez mais se sentem estimulados a incorporar institutos do direito econômico para a aplicação de sanções mais severas às empresas.

É esse o caso do chamado *dumping* social. Ele já foi objeto de várias sentenças de primeira instância da Justiça do Trabalho proferidas em Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, tendo resultado em condenações que chegam a R\$ 1 milhão. Contudo, essas decisões vinham sendo revertidas pelas instâncias superiores. Agora, com a confirmação do despacho do juiz do trabalho de Iturama pela Quarta Turma do TRT de Minas Gerais, esse quadro pode mudar.

O problema do ativismo está no fato de que, se por um lado pode beneficiar as partes mais fracas nos litígios trabalhistas, por outro gera insegurança generalizada nos meios empresariais, pois é só uma minoria de empregadores que desrespeita sistematicamente a legislação trabalhista. É por isso que muitos juristas têm recomendado moderação à magistratura trabalhista na aplicação da tese do *dumping* social. O receio é de que, sob a justificativa de fazer justiça, a corporação acabe gerando mais problemas do que soluções, prejudicando empregados e empregadores.

Hoje são inúmeras as decisões nesse sentido na Justiça do Trabalho, que se apresenta, inclusive, mais uma vez, como pioneira na formulação de compreensões jurídicas de cunho social. Avançar na produção da consciência social sempre foi e deve continuar sendo o papel histórico da Justiça do Trabalho.

Importante destacar que as condenações por dano social, que requerem, por óbvio, uma avaliação histórica da conduta de determinada reclamada, que é, portanto, uma sentença complicada de ser feita e bem mais demorada, consequentemente produz efeito mesmo quando é reformada pelo segundo grau, uma vez que o histórico em questão fica registrado e as novas práticas ilícitas vão se somando às anteriores (em uma sentença, aliás, bem mais simples de ser feita), de modo a potencializar os riscos do empregador reincidente, fazendo com que a correção da conduta acabe sendo inevitável.

Vide exemplo, o levantamento fático de uma sentença com este conteúdo (Processo 943/08):

Vejamos, pois, a partir do exame de algumas reclamações, recolhidas por amostragem nas diversas Varas do Trabalho de Jundiá, o que tem ocorrido com a 1ª reclamada, especificamente, com relação ao respeito à legislação trabalhista.

Já em 2001, há 07 anos atrás, é possível verificar no processo n. 1.892/01-1, com trâmite pela 3ª Vara do Trabalho de Jundiá, a alegação de que a reclamada teria deixado de recolher o FGTS desde 1997. Tal fato foi utilizado como fundamento para o pedido de rescisão indireta. O feito foi extinto por acordo no importe de R\$ 3.000,00, pagos em 06 parcelas, e sem qualquer esclarecimento acerca do FGTS.

No processo n. 1.266/03-2, com trâmite pela 3ª Vara do Trabalho de Jundiá, o reclamante alega que trabalhou sem registro, de 2000 a 2003, na função de diagramador. O feito foi extinto por acordo no importe de R\$ 4.000,00, pagos em 06 parcelas, com reconhecimento do vínculo empregatício.

No processo n. 343/03-7, com trâmite pela 3ª Vara do Trabalho de Jundiá, o reclamante alega que trabalhou sem registro, de 2001 a 2002, na função de jornalista. O feito foi extinto por acordo no importe de R\$ 5.500,00.

No processo n. 1.931/04-6, com trâmite pela 2ª Vara do Trabalho de Jundiá, o reclamante também alega que trabalhou sem registro, de 2003 a 2004, na função de motorista. O feito foi extinto por acordo no importe de R\$ 3.000,00, pagos em 07 parcelas, com reconhecimento parcial do vínculo empregatício.

No processo n. 2007/04-7, com trâmite pela 2ª Vara do Trabalho de Jundiá, o reclamante alega que trabalhou sem registro, de 2000 a 2003, na função de entregador. O feito foi extinto por acordo no importe de R\$ 3.000,00, pagos em 15 parcelas, sem reconhecimento do vínculo empregatício.

No processo n. 480/05-3, com trâmite pela 3ª Vara do Trabalho de Jundiá, o reclamante pleiteia verbas rescisórias que não lhe foram pagas em virtude de justa causa. A justa causa fora decorrente, segundo a reclamada, da utilização de cor indevida para fazer o fundo de uma matéria. A justa causa foi revertida e a reclamada condenada ao pagamento das verbas rescisórias, tendo sido a sentença confirmada em segundo grau.

No processo n. 2.078/05-0, com trâmite pela 2ª Vara do Trabalho de Jundiá, o reclamante diz que pediu demissão, mas que, mesmo assim, não recebeu as verbas rescisórias devidas. Também acusa a falta de recolhimento do FGTS. A reclamada,

em defesa, disse que pagou as verbas rescisórias, mas a sentença reconheceu a inexistência do pagamento, por absoluta falta de prova do alegado pela reclamada. Quanto ao FGTS a reclamada reconhece o descumprimento da obrigação, aduzindo ter firmado acordo junto à CEF para tanto.

No processo n. 1.076/05-6, com trâmite pela 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante, que trabalhara para a reclamada, de forma incontroversa, de 1985 a 2005, também alega que não recebeu verbas rescisórias quando foi dispensado, além de outras irregularidades, dentre elas a falta de recolhimento do FGTS. Em defesa a reclamada diz que o reclamante não foi receber as verbas rescisórias. Quanto ao FGTS, mesmo contrariando o que já houvera dito em outros processos, a reclamada sustenta que o FGTS do reclamante foi recolhido. O processo ainda está em fase de realização de perícia, tendo havido desistência do reclamante quanto ao pedido de adicional de insalubridade.

No processo n. 2.222/05-0, com trâmite pela 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante alega que a reclamada não recolheu seu FGTS desde 1998. A sentença proferida reconheceu a ausência parcial dos recolhimentos fundiários.

No processo n. 1.126/06-7, com trâmite pela 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante pleiteia verbas rescisórias, além de outros direitos. O feito foi extinto por acordo no importe de R\$ 5.000,00.

No processo n. 836/06-2, com trâmite pela 4ª Vara do Trabalho de Jundiaí, a reclamante alega que ficou três meses sem receber salários, que não recebeu férias e 13º salário, pedindo a rescisão indireta, também por ausência do recolhimento do FGTS. Em defesa, apresentada em novembro de 2006, impugnando apenas os valores pleiteados pela reclamante, mas não contestando os direitos por ela perseguidos. A sentença negou à reclamante apenas a pretendida indenização por dano moral.

No processo n. 2.079/06-8, com trâmite pela 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante pleiteia rescisão indireta em virtude de diversas irregularidades praticadas pela reclamada. A sentença acolheu o pedido de rescisão indireta e condenou a reclamada ao pagamento de verbas rescisórias, incluindo salários em atraso.

No processo n. 109/06-1, com trâmite pela 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante alega que a reclamada não recolheu seu FGTS em diversos meses. A sentença proferida reconheceu a ausência parcial dos recolhimentos fundiários.

No processo n. 784/06-0, com trâmite pela 1ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante, em 2006, alegou que desde 2004 não recebeu salários corretamente. Pleiteou vários direitos. O feito terminou em acordo, elaborado perante o Tribunal, no importe de R\$ 75.000,00, em 11 parcelas.

No processo n. 2.228/07-8, com trâmite pela 2ª Vara do Trabalho de Jundiaí, novamente, a questão versou sobre pedido de rescisão indireta, diante do descumprimento de obrigações trabalhistas, tais como pagamento de salários em atraso, ausência de concessão de férias, falta de recolhimento do FGTS... Em defesa a reclamada aduziu estar passando por sérios problemas econômicos. O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 9.000,00, em 18 parcelas, além do depósito de R\$ 4.500,00 na conta-vinculada do reclamante.

No processo n. 1.538/07-8, com trâmite pela 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, mais uma vez a questão versou sobre pedido de rescisão indireta, diante do descumprimento de obrigações trabalhistas, tais como pagamento de salários em

atraso, ausência de concessão de férias, falta de recolhimento do FGTS... O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 4.500,00, em 09 parcelas, além do depósito integral do valor devido a título de FGTS na conta-vinculada do reclamante.

No processo n. 643/07, com trâmite pela 4ª Vara do Trabalho de Jundiaí, o reclamante, dispensado sem justa causa, não recebeu verbas rescisórias e aduziu estar a reclamada há 85 meses sem efetuar os depósitos de seu FGTS. O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 1.000,00, em 03 (três) parcelas.

No processo n. 670/07-8, com trâmite pela 4ª Vara do Trabalho de Jundiaí, novamente, a questão versou sobre pedido de rescisão indireta, diante do descumprimento de obrigações trabalhistas, tais como pagamento de salários em atraso, ausência de concessão de férias, falta de recolhimento do FGTS... Em defesa a reclamada alegou justa causa por abandono de emprego. A sentença rechaçou a tese de abandono de emprego e condenou a reclamada ao pagamento das parcelas já conhecidas: salários em atraso, verbas rescisórias, FGTS não recolhido...

No processo n. 2.351/07-8, com trâmite pela 4ª Vara do Trabalho de Jundiaí, uma vez mais a questão versou sobre pedido de rescisão indireta, diante do descumprimento de obrigações trabalhistas, tais como ausência de registro durante um período, pagamento de salários em atraso, ausência de concessão de férias, falta de recolhimento do FGTS... Em defesa a reclamada aduziu estar passando por sérios problemas econômicos. O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 43.000,00, em 43 parcelas, com retificação da CTPS.

No processo n. 2.228/07-8, com trâmite pela 2ª Vara do Trabalho de Jundiaí, outra vez, a questão versou sobre pedido de rescisão indireta, diante do descumprimento de obrigações trabalhistas, tais como pagamento de salários em atraso, ausência de concessão de férias, falta de recolhimento do FGTS... O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 6.000,00, em 20 parcelas, além do depósito integral do valor devido a título de FGTS na conta-vinculada da reclamante.

No processo n. 144/08-0, com trâmite pela 2ª Vara do Trabalho de Jundiaí, novamente, a questão versou sobre pedido de rescisão indireta, diante do descumprimento de obrigações trabalhistas, tais como pagamento de salário em atraso, ausência de concessão de férias, falta de recolhimento do FGTS... O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 2.000,00, em 05 parcelas, além do depósito integral do valor devido a título de FGTS na conta-vinculada da reclamante.

No processo n. 23/08-8, com trâmite pela 4ª Vara do Trabalho de Jundiaí, apesar do pedido de demissão do reclamante, a questão também versou sobre não pagamento de verbas rescisórias, além de falta de recolhimento do FGTS... O feito terminou em acordo, no importe de R\$ 2.200,00, em 05 parcelas, além do depósito integral do valor devido a título de FGTS na conta-vinculada do reclamante.

Como se vê, a exemplo do que se passa no presente processo, a reclamada há vários anos vem se valendo do processo para fins de obter uma vantagem econômica. Os sucessivos acordos formulados trazem longos prazos para pagamento de valores já sensivelmente reduzidos quanto ao que seria, efetivamente, devido.

Trata-se, como se vê, de um conhecimento que pertence, sobretudo, ao juiz e, mais precisamente, ao juiz de primeiro grau que atua há longa data em uma dada realidade, sendo, portanto, o mais habilitado a tomar as medidas corretivas necessárias e possíveis, e quero crer, que, de fato e de direito, tem o dever de

fazê-lo, pois sua inércia, historicamente verificada, será apontada como a maior responsável pela sensação de impunidade e pela superexploração da classe trabalhadora (entendendo-se esta como a que se dá sem o respeito mínimo a direitos).

Seria, ademais, kafkaniano o juiz ter conhecimento dessa atuação de desrespeito reiterado ao Estado Democrático de Direito promovido por uma dada empresa, gerando prejuízos à classe trabalhadora, à concorrência econômica, à Previdência Social, aos consumidores, a todos, enfim, e dizer que não pode fazer nada porque a sociedade não formulou um pedido para tanto.

Destaque-se, nesse sentido, recentíssima decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, com relatoria do Des. Marcel José Ferlin D'Ambrosio (Processo n. 0000669-62.2013.5.04.0551), mantendo a decisão de primeiro grau, da juíza Rachel Albuquerque de Medeiros, com a seguinte ementa:

LESÃO MASSIVA DE DIREITOS SOCIAIS. DUMPING SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. A utilização do processo do trabalho, mediante a sonegação contumaz de direitos para posterior defesa em ação trabalhista, com o afã de fragilizar as condições de trabalho, auferindo enriquecimento ilícito empresarial, com violação de dispositivos legais de ordem pública, sobretudo no que tange a direitos sociais consagrados na Constituição da República, gera, sem dúvida, dano social, haja vista a flagrante violação dos preceitos do Estado Democrático de Direito concernentes à função social da propriedade e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Neste contexto, considerando a conduta reiterada da empresa ré, caracterizada pela supressão massiva de direitos trabalhistas, não pode o Julgador permanecer inerte diante deste quadro abusivo e nefasto que induz ao uso predatório do Poder Judiciário. Condenação imposta de ofício no pagamento de indenização por *dumping* social.

Enfim, nesse tema, como em vários outros que desafiam nossa compreensão, não há mesmo espaço para desânimo, cumprindo, de todo modo, ter a compreensão de que às vezes algumas mudanças demoram um pouco, mas acabam ocorrendo. Uma prova contundente de que uma grande mudança está se concretizando a respeito desse tema é o seu tratamento como tópico específico de um dos mais importantes Congressos trabalhistas do país, que é este promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

E, após esse passo, tantos outros importantíssimos precisam ser dados, como a garantia efetiva do direito de greve aos trabalhadores em geral, incluindo os servidores públicos, a efetivação da garantia constitucional contra a dispensa arbitrária, a declaração de improbidade administrativa de governantes que se valem da força policial militar para estabelecer um enfrentamento com as ações de greve dos servidores, a superação do nexo causal para a declaração de uma enfermidade como doença profissional etc.

Quero deixar, portanto, para finalizar, uma mensagem de otimismo, que é pautada sobretudo pela percepção de que as forças reacionárias, por mais poder que tenham, não conseguem barrar a evolução da racionalidade garantidora da condição humana. A lógica econômica não é capaz de abafar as utopias, com as quais se embalam as lutas por uma sociedade justa, humana e igualitária.

As palavras de ordem são acreditar e lutar, sendo que, para aqueles que não acreditam e que não querem lutar, vale a advertência do revolucionário cubano José Martí, “*Si no luchas, ten al menos la decencia de respetar a quienes sí lo hacen.*”

No âmbito do direito, refiro-me à luta da persistência, que conta com as possíveis derrotas e assimila as adversidades sem desesperança ou rancor. Em 1998, uma advogada recém-formada disse-me que estava desanimada diante de tanta injustiça e de tantas coisas erradas e que ficava impressionada de ver que eu ainda não tinha desistido. Pois bem, de lá para cá já se foram 17 anos, e eu cada vez mais tenho menos razões para desistir, uma vez que os “conspiradores” para a construção de uma ordem social menos injusta não param de aumentar, ocupando, inclusive, postos importantes como Ministros, Desembargadores, Juízes, Advogados, Professores, sendo animados por gerações de estudantes com esperanças renovadas, teoricamente mais preparadas e com aspirações ainda mais ambiciosas, além de receberem o impulso decisivo da ação de uma classe trabalhadora cada vez mais consciente e lutadora (o que é o mais importante de tudo), apoiados em uma tradição literária contestadora e estimuladora, que, para citar apenas alguns poucos, começa com Machado de Assis, passa por Lima Barreto e alcança Graciliano Ramos e Carlos Drummond de Andrade.

E por falar em Drummond, um de seus mais conhecidos poemas, Mãos Dadas, nos dá bem a dimensão da relevância de não ficar preso ao passado ou de contar com adventos predestinados do futuro, realçando, pois, a importância da luta do dia a dia e do agir coletivo, no qual, queiram ou não, estão envolvidos todos os que, vendo a realidade com o olhar dos oprimidos da história, se envolvem na construção de um mundo efetivamente melhor:

Não serei o poeta de um mundo caduco
Também não cantarei o mundo futuro
Estou preso à vida e olho meus companheiros
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças
Entre eles, considero a enorme realidade
O presente é tão grande, não nos afastemos
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas

Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,
não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da janela,
não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,
não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins.

O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente.

E para que todo esse esforço? Como diria John Lennon, para algo muito simples e óbvio: dar uma chance à paz!

São Paulo, 12 de junho de 2015.

REFLEXOS PSICOSSOCIAIS DAS TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO*

PSYCHOSOCIAL EFFECTS OF THE TRANSFORMATION OF WORK

Giuseppe Ludovico**

*A maggior forza e a miglior natura
liberi soggiacete; e quella cria
la mente in voi, che 'l ciel non ha in sua cura.
Però, se 'l mondo presente disvia,
in voi è la cagione, in voi si cheggia;
Dante Alighieri, Divina Commedia, Purgatorio, XVI, vv.79-83.*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar os efeitos das transformações tecnológicas do trabalho para a saúde dos trabalhadores e, em particular, examinar as medidas de prevenção, indenizações e benefícios acidentários no ordenamento jurídico da Itália e União Europeia.

Palavras-chave: União Européia e Itália. Transformações do trabalho. Riscos psicossociais. Estresse relacionado ao trabalho. Efeitos para a saúde. Prevenção. Danos. Benefícios acidentários.

SUMÁRIO

- 1 RISCOS PSICOSSOCIAIS, ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO E SEUS EFEITOS
- 2 AS CAUSAS DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO E DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS
- 3 A ESTRATÉGIA EUROPEIA DE PREVENÇÃO DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS E DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO
- 4 O ACORDO-QUADRO EUROPEU SOBRE O STRESS NO TRABALHO
- 5 A PREVENÇÃO DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO NA EUROPA: RESULTADOS DO INQUÉRITO ESENER II
- 6 (CONTINUA) E AS SOLUÇÕES ADOTADAS NOS PRINCIPAIS PAÍSES EUROPEUS

* Este artigo é uma elaboração do relatório apresentado no Seminário Internacional Trabalho Seguro 2015, 21/23 de outubro de 2015, Brasília.

** Doutor em Direito pela Universidade de Milão, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Parma, Doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de Bolonha, Professor de Direito do Trabalho e da Previdência Social em Cursos de Graduação, Mestrado, Doutorado e Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de Milão, Membro da Associação Italiana de Direito do Trabalho e da Segurança Social. Advogado.
E-mail: giuseppe.ludovico@unimi.it

- 7 A DISCIPLINA DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO NA ITÁLIA: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS IMPOSTOS À LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO DOS FATORES PRODUTIVOS
- 8 A OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA NA CAUSA DO CONTRATO DE TRABALHO SUBORDINADO
- 9 OS LIMITES DO PODER ORGANIZACIONAL DO EMPREGADOR E O RISCO DE ESTRESSE ENTRE CAUSAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS
- 10 A AVALIAÇÃO E A PREVENÇÃO DO ESTRESSE NO ART. 28 DO DECRETO LEGISLATIVO N. 81 DE 2008
- 11 AS MEDIDAS INDIVIDUAIS DE PREVENÇÃO DO ESTRESSE
- 12 O RESSARCIMENTO DO DANO DE ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO: O PROBLEMA DO NEXO CAUSAL
- 13 A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DAS PATOLOGIAS DERIVADAS DE ESTRESSE LABORAL
- 14 CONCLUSÕES

1 RISCOS PSICOSSOCIAIS, ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO E SEUS EFEITOS

As profundas transformações do mercado de trabalho, as mudanças radicais dos modelos de organização do trabalho e os novos processos tecnológicos e produtivos geraram o surgimento de novos fatores de risco para a saúde do trabalhador.

Além das doenças derivadas dos tradicionais riscos do trabalho industrial, em tempos mais recentes, foram surgindo outras graves patologias que não vêm da ação exclusiva de fatores de risco profissionais, mas da combinação de fatores sociais e profissionais.

A definição comumente utilizada é a de doenças relacionadas ao trabalho, segundo a expressão *work related stress*, cunhada para sublinhar que a doença está seguramente relacionada ou, de alguma forma, associada ao trabalho, mas que também é originária do concurso de outros fatores relacionados ao ambiente de vida.¹

Fala-se, às vezes, de doenças do futuro, aludindo ao provável aumento dessas patologias nos próximos anos - uma definição com a qual poderíamos concordar, se não fosse por estudos recentes que descrevem um fenômeno em constante aumento, que já afeta 28% dos trabalhadores europeus², revelando-se como causa de mais da metade das jornadas de trabalho perdidas todo ano.³

¹ EU-OSHA-EUROFOUND. *Research on work-related stress*. Luxemburg, EU, 2000. p. 12 ss.

² EU-OSHA-EUROFOUND. *Psychosocial risks in Europe. Prevalence and strategies for prevention. A joint report from the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions and the European Agency for Safety and Health at Work*. Luxemburg, EU, 2014. p. 6; EU-OSHA. *Drivers and barriers for psychosocial risk management: an analysis of the findings of the European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER)*, Luxemburg, EU, 2012. p. 14.

³ EU-OSHA. *Annual Report 2014*, Luxemburg, EU, 2015; EU-OSHA. *OSH in figures: stress at work - facts and figures*, Luxemburg, EU, 2009. p. 20 ss; EU-OSHA-EUROFOUND. *Research on work-related stress*, Luxemburg, EU, 2000; EUROFOUND. *Work-related stress*, 2010; EUROFOUND. *Fifth European Working Conditions Survey*, Luxembourg, 2012. p. 44 ss.; EUROFOUND. *Fourth European Working Conditions Survey*, Luxemburg, 2007. p. 35 ss.

Os custos relativos representariam 3% do PIB europeu⁴, totalizando, todo ano, cerca de 616 bilhões de euros (272 bilhões por faltas ao trabalho, 242 bilhões por perda de produtividade, 63 bilhões por tratamentos de saúde e 39 bilhões por pensões por incapacidade).⁵

Trata-se, portanto, de doenças do presente, que já substituíram, em parte, as tradicionais patologias do passado.

No entanto, as previsões para o futuro são ainda mais assustadoras: segundo a Organização Mundial da Saúde, em 2020, a depressão será a principal causa de incapacidade no trabalho.⁶

Cabe esclarecer, desde já, que o estresse não é uma doença, mas a resposta do indivíduo aos estímulos do ambiente externo⁷, que pode ter efeitos positivos (*eustress*) ou negativos (*distress*)⁸, podendo provocar, estes últimos, a ocorrência de numerosas patologias graves.⁹

⁴ EU-OSHA. *Working on stress*. Luxemburg, EU, 2002. p. 13.

⁵ EU-OSHA. *Calculating the cost of work-related stress and psychosocial risks*. Luxemburg, EU, 2014. p. 7 ss.; CHAFEA, *Matrix Insight: Economic analysis of workplace mental health promotion and mental disorder prevention programmes and of their potential contribution to EU health, social and economic policy objectives, Final Report*, 2013. p. 31 ss.

⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - Melhorar a qualidade e a produtividade do trabalho: estratégia comunitária para a saúde e a segurança no trabalho 2007-2012 - COM/2007/0062 final.

⁷ Em fisiologia, o conceito de estresse foi introduzido pela primeira vez por SELYE, Hans. *The Stress of Life*. New York, McGraw-Hill, 1956. spec. p. 54, segundo o qual “*stress is the state manifested by a specific syndrome which consist of all the non specifically induced changes within a biologic system.*” Mais tarde, foram dadas definições diversas por quem, seguindo uma abordagem psicológica e não apenas biológica, verificou que os efeitos do estresse são condicionados pela avaliação subjetiva do estímulo e pela consequente reação emocional que varia em razão da constituição genética e da experiência (LAZARUS, Richard S.; FOLKMAN Susan. *Stress, Appraisal and Coping*. New York, Springer, 1984. p. 19, segundo os quais, o “*Psychological stress is a particular relationship between a person and the environment that is appraised by the person as taxing or exceeding his resources and endangering his well-being.*” (itálico do A.); ver também MASON John W. *A historical view of the stress field*, in *Journal of Human Stress*, 1975. 1, p. 6 ss). Para mais uma abordagem, integrando a visão médica e psicológica, com a visão das ciências organizacionais v. MAGGI Bruno. *Razionalità e benessere. Studio interdisciplinare dell'organizzazione*. Etas, Milano, 1990. p. 154 ss.

⁸ Assim, pela primeira vez SELYE Hans. *Stress in health and disease*. Boston, Butterworths, 1976. p. 15, segundo quem, “*in everyday we must distinguish two type of stress effects, namely, eustress (from the Greek eu or good - as in euphony, euphorya, eulogy) and distress (from the Latin dis or bad - as in dissonance, disease, dissatisfaction). Depending upon conditions, stress is associated with desirable or undesirable effects. In view of these conditions it is also quite obvious that there cannot be different types of stress, although the effects of stressors are almost invariably different.*” (itálico do A.).

⁹ OIT, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*. OIT, Ginevra, 2010. p. 11, onde se evidencia que “*In the longer term, work-related stress can also contribute to musculoskeletal disorders and other forms of ill health, such as hypertension, peptic ulcers and cardiovascular diseases. Work-related stress can further contribute to an inability to cope with work. Personal lifestyle factors can also have a huge impact on work performance and working relations. Work-related stress can both influence*

Foi demonstrado, contudo, que o estresse não constitui apenas a reação do indivíduo a um ambiente hostil, representando, antes, a consequência de uma interação articulada entre a pessoa e o contexto ambiental. De uma abordagem de caráter fisiológico, passou-se a um conceito psicológico do estresse, que focaliza mais a percepção subjetiva do ambiente externo.

Seguindo essa abordagem, hoje amplamente prevalecente na literatura sobre o tema, inúmeros organismos internacionais chegaram à definição de estresse laboral como de um estado psicológico negativo que se manifesta, geralmente, quando as exigências da organização do trabalho não são compatíveis com as capacidades do trabalhador¹⁰, o qual não tem condições de exercer um controle adequado sobre os resultados do desempenho.¹¹

Para descrever a gênese articulada dessa condição, foi cunhada a expressão riscos psicossociais, para indicar que o estresse não pode derivar exclusivamente de um fator de risco profissional, derivando também da ação conjunta de uma pluralidade de fatores que dependem da organização do trabalho, do contexto social e da percepção individual.¹² Segundo outra definição, a expressão riscos psicossociais refere-se às diversas influências psicológicas e sociais que o trabalho produz sobre a saúde do trabalhador, como a pressão do tempo, o trabalho monótono, o controle sobre o trabalho, a autonomia, a imparcialidade, os pedidos

and be indirectly intensified by problems outside the workplace, such as violence, the abuse of drugs, tobacco and alcohol, and strained family and personal relationships. Stress can be a major contributing factor to depression and even suicide. All this represents a potentially huge cost in terms of human distress and economic burden for the individual and society."

¹⁰ EU-OSHA. *Research on work-related stress*. Luxemburgo, EU, 2000. p. 13; EU-OSHA. *Factsheet 22 - Work-related stress*, 2002, segundo o qual "work-related stress is experienced when the demands of the work environment exceed the workers' ability to cope with (or control) them." Da mesma forma, a WHO, *Work organization & stress. Protecting Workers' Health Series*, n. 3, 2004. p. 3; WHO, *Raising Awareness of Stress at Work in Developing Countries. A modern hazard in a traditional working environment. Protecting Workers' Health Series*, n. 6, 2007. p. 13; a OIT, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series no: 56*, Genebra, 1986. p. 3, segundo o qual "Fundamental individual factors include the worker's capacities and limitations relative to job demands, and the fulfilment of needs and expectations", e NIOSH, *Stress at work*, n. 1999/01, p. 6, segundo o qual "Job stress can be defined as the harmful physical and emotional responses that occur when the requirements of the job do not match the capabilities, resources, or needs of the worker."

¹¹ KARASEK Robert; THEORELL Tores. *Healthy Work. Stress productivity, and the reconstruction of working life*. New York, Basic Book, 1990. p. 31 ss.

¹² OIT, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series no: 56*, Genebra, 1986, p. 3, segundo o qual "Psychosocial factors at work refer to interactions between and among work environment, job content, organisational conditions and workers' capacities, needs, culture, personal extra-job considerations that may, through perceptions and experience, influence health, work performance and job satisfaction" e, mais precisamente, "A negative interaction between occupational conditions and human factors may lead to emotional disturbances, behavioural problems, and biochemical and neurohormonal changes, presenting added risks of mental and physical illness."

de trabalho, a segurança do trabalho e as relações sociais com colegas e chefes.¹³

É essa interação entre diferentes causas objetivas e subjetivas que explica as razões pelas quais alguns trabalhadores podem reagir diversamente às mesmas condições de risco, tornando-se extremamente difícil - como veremos - uma distinção exata entre causas laborais e extralaborais.

2 AS CAUSAS DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO E DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS

Mais recentemente, a correlação entre saúde e organização do trabalho foi examinada segundo uma perspectiva ainda mais ampla, que parte da definição de saúde da Organização Mundial da Saúde: a saúde não como simples ausência de doença, mas como “estado adequado de bem-estar físico, mental e social.”¹⁴

Daqui, a identificação, na organização do trabalho, de um risco potencial para o bem-estar do trabalhador que depende da reação do mesmo aos estímulos procedentes do próprio ambiente de trabalho (o chamado *coping*).

Foram identificados diversos tipos de risco derivados da organização do trabalho.

Alguns fatores de risco dependem da dimensão quantitativa do desempenho: a carga e o ritmo de trabalho excessivos, a duração e a flexibilidade do horário e a contínua tensão para alcançar resultados que vão além da capacidade do trabalhador.¹⁵

Além desses fatores, há os riscos ligados à dimensão qualitativa do trabalho: tarefas pouco qualificadas ou desqualificantes, trabalho monótono e repetitivo, incerteza na carreira¹⁶, baixos salários, falta de autonomia, ambiguidade da função, baixa participação e comunicação, falta de definição dos objetivos.¹⁷

¹³ COX Tom; GRIFFITHS Amanda. *Monitoring the changing organization of work: a commentary. Social and Preventive Medicine*, Vol. 47, 2005. p. 354 ss.; COX Tom; GRIFFITHS Amanda. *The assessment of psychosocial hazards at work*, in SCHABRACQ Marc J.; WINNUST Jacques A. M.; COOPER Cary L.. *Handbook of work and health psychology*, Wiley, Chichester, UK 1996; COX Tom. *Stress research and stress management: Putting theory to work*, HSE Books, Suffolk, 1993.

¹⁴ A definição contida na Constituição de 1948 foi aperfeiçoada na Carta de Ottawa de 1986, segundo a qual “Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social, os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente.” No mesmo sentido, o art. 3, item e), da Convenção da OIT n. 155 de 1981, segundo o qual “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.”

¹⁵ EU-OSHA. *Research on work-related stress*, Luxemburgo, EU, 2000. p. 71 ss, onde há mais, e mais amplas, citações sobre a matéria; a OIT também, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series n. 56*, Genebra, 1986. p. 6 ss. A identificação das diversas causas de estresse é de LEVI Lennart. *Stress in Industry: Causes, Effects and Prevention. Occupational Safety and Health Series n. 51*, OIT, Genebra, 1984.

¹⁶ Sobre o vínculo entre estresse e satisfação no trabalho, ver FRASER Thomas Morris. *Human stress, work and job satisfaction. A critical approach. Occupational Safety and Health Series n. 50*, OIT, Genebra, 1987. p. 55 ss.

¹⁷ EU-OSHA. *Research on work-related stress*, Luxemburgo, EU, 2000. p. 73 ss; OIT, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series n. 56*, Genebra, 1986. p. 6 ss.

Há também os fatores de risco ligados às relações pessoais, como a dificuldade de relação com superiores, colegas e subalternos, ou a conflitualidade no trabalho, chegando até as hipóteses de assédio e violência no trabalho (o chamado *mobbing*).¹⁸

Entre os fatores de risco psicossocial, há as contínuas tensões provocadas pela dificuldade de conciliar os tempos de vida e de trabalho, que afetam sobretudo as trabalhadoras.¹⁹

Continuam ainda parcialmente desconhecidos²⁰ os riscos derivados das dinâmicas do mercado de trabalho.²¹ Os estudos disponíveis demonstraram uma maior difusão dos distúrbios psicossomáticos entre os trabalhadores com contratos de trabalho flexíveis, identificando um importante fator de estresse na instabilidade do emprego²², à qual se integram as tensões ligadas às frequentes mudanças do ambiente de trabalho e à necessidade de uma constante adaptação aos novos processos produtivos.²³

Nesse contexto, os fatores de risco mais importantes foram identificados na contínua atualização profissional necessária para o uso de equipamentos informáticos e devido às constantes mudanças tecnológicas (o chamado *technostress*²⁴), além da constante ligação com o ambiente de trabalho através dos atuais meios de comunicação, que acabam prolongando a duração do desempenho laboral.²⁵ A jornada laboral acaba sendo caracterizada por uma

¹⁸ OIT. *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, OIT, Genevra, 2010. p. 11, além de EU-OSHA. *Research on work-related stress*, Luxemburg, EU, 2000. p. 77.

¹⁹ HUGHES Emily L.; PARKES Katharine R. *Work hours and well-being: The roles of work-time control and work-family interference*, in *Work & Stress*, Vol. 21, n. 3, 2007. p. 264 ss.

²⁰ Cfr. OIT. *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, OIT, Genevra, 2010. p. 11.

²¹ Cfr. AVALLONE Francesco; PAPLOMATAS Alessia. *Salute organizzativa. Psicologia del benessere nei contesti lavorativi*. Cortina, Milano, 2005. p. 29 ss.

²² OIT, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series no: 56*, Genevra, 1986. p. 11; OIT, *Research on work-related stress*, Luxemburg, EU, 2000. p. 85-86; EU-OSHA, *Drivers and barriers for psychosocial risk management: an analysis of the findings of the European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER)*, Luxemburg, EU, 2012. p. 13; SCHREURS Bert; VAN EMMERIK Hetty; NOTELAERS Guy; DE WITTE Hans. *Job insecurity and employee health: the buffering potential of job control and job self-efficacy*, in *Work & Stress*, vol. 24, n. 1, 2010. p. 56 ss.

²³ Com referência específica ao Reino Unido, BARRETT Brenda; SARGEANT Malcom. *Health and safety issues in New Forms of Employment and Work Organization*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008. vol. 24, n. 2, p. 241 ss.

²⁴ BROD Craig. *Technostress: The Human Cost of the Computer Revolution*, Reading MA, Addison-Wesley, 1984; COX Tom. *The nature and measurement of stress*, in *Ergonomics*, 1985. p. 1155 ss.; FISHER Waine; WESOLOWSKI Slawo. *Tempering technostress*, IEEE Technology Soc.Magazine 1999.18 (1), p. 28 ss.; AYYAGARI Ramakrishna; GROVER Varun; PURVIS Russell. *Technostress: Technology antecedents and implications*, MIS Quarterly, 2011. 35, 4, p. 831 ss.

²⁵ BRILLHART Peter. *Technostress in the workplace: Managing stress in the electronic workplace*, J. Amer. Acad. Bus., 2004, 5(1/2), p. 302 ss.; MANDEL Michael. *The real reasons you're working so hard*, Business Week 2005 (Oct. 3), p. 60 ss.

aceleração geral e por uma intensidade cada vez maior, além da pressão, para empregadores e empregados, exercida pela crise econômica e pela necessidade de manter a competitividade em um mercado altamente globalizado.

Essas transformações epocais do mundo do trabalho podem, obviamente, ter implicações muito positivas do ponto de vista econômico e social, mas também podem representar um fator de aumento dos riscos psicossociais, gerando efeitos extremamente negativos para a saúde dos trabalhadores.²⁶

3 A ESTRATÉGIA EUROPEIA DE PREVENÇÃO DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS E DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO

A atenção ao estresse relacionado ao trabalho tem aumentado sensivelmente na Europa, desde a época em que as primeiras pesquisas sobre o assunto demonstraram o preocupante aumento do fenômeno.²⁷

Na realidade, a atenção das instituições europeias em relação a riscos psicossociais remonta ao primeiro *Programa de ação das Comunidades Europeias em matéria de segurança e de saúde no local de trabalho*, para os anos 1978-1982, adotado em 29 de junho de 1978, com uma Resolução do Conselho da Europa²⁸, que estabelecia que “todos os agentes químicos, físicos, mecânicos, biológicos e os factores psicossociais ligados ao trabalho devem poder ser reconhecidos em tempo útil.”

O *Segundo Programa de ação das Comunidades Europeias em matéria de segurança e de saúde no local de trabalho*²⁹, para os anos 1984-1988, também lembrava a necessidade de utilizar “os meios adequados para manter ou criar um ambiente de trabalho à medida do homem e das suas legítimas aspirações.”

É de 1990 a Resolução pela qual o Parlamento Europeu convidava a Comissão, implementando a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* de 1989, a elaborar uma proposta de diretiva em matéria de “stress no local de trabalho e a prevenção de doenças daí decorrentes.”³⁰

O art. 118 A do Tratado de Amsterdam conseguiu transformar, de forma decisiva, a abordagem das instituições europeias à matéria da segurança do trabalho, chamando a atenção para o conceito de “ambiente de trabalho”. A partir dessa perspectiva, foi desenvolvida a Diretiva quadro 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à adoção de medidas que se destinam a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no local de trabalho.³¹

No art. 5, a Diretiva estabelece que “a entidade patronal é obrigada a assegurar a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspectos

²⁶ EU-OSHA. *Calculating the cost of work-related stress and psychosocial risks*, Luxemburg, EU, 2014, p. 4.

²⁷ Em geral TRIOMPHE Claude-Emmanuel. *I paradossi dell'Europa sociale attraverso la regolazione dei rischi psico-sociali*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 187 ss.; PERUZZI Marco. *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 201 ss.

²⁸ Resolução do Conselho, de 29 de junho de 1978, no JOUE C 165, 11 de julho de 1978, p. 1 ss.

²⁹ Resolução do Conselho, de 27 de fevereiro de 1984, no JOUE C 67, 8 de março de 1984, p. 2 ss.

³⁰ Em JOUE C 260, 15 de outubro de 1990, p. 167 ss.

³¹ Em JOUE L 183, 29 de junho de 1989, p. 1 ss.

relacionados com o trabalho”, prevendo, no art. 6 que “no âmbito das suas responsabilidades, a entidade patronal tomará as medidas necessárias à defesa da segurança e da saúde dos trabalhadores.” De modo especial, o art. 6 da Diretiva obriga o empregador a “combater os riscos na origem” (item c), a “adaptar o trabalho ao homem”, a “atenuar o trabalho monótono e o trabalho cadenciado” (item d), e ainda a “planificar a prevenção com um sistema coerente que integre a técnica, a organização do trabalho, as condições de trabalho, as relações sociais e a influência dos factores ambientais no trabalho” (item g).

Seguem a mesma perspectiva: a Diretiva n. 90/270/CEE, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde respeitantes ao trabalho com equipamentos dotados de visor, que, em seu art. 3, afirma que “as entidades patronais devem proceder a uma análise dos postos de trabalho” para evitar “problemas físicos e de tensão mental”; e a Diretiva n. 92/85/CEE, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, que, no art. 3, obriga a uma atenção especial para a “fadiga mental e física e outras sobrecargas físicas e mentais ligadas à atividade das trabalhadoras.”

Ainda mais explícita é a sucessiva Diretiva 93/104/CEE, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, segundo a qual, “a organização do trabalho segundo um certo ritmo deve atender ao princípio geral da adaptação do trabalho ao homem.”

Parece evidente o interesse das instituições comunitárias, já que a prevenção do estresse foi inserida entre os objetivos da estratégia europeia para o período 2007-2012 em matéria de segurança no trabalho.³² O convite, para que Estados-membros adotem medidas voltadas a “favorecer a saúde mental no local de trabalho”, constitui, na realidade, a consequência lógica dos princípios do ordenamento comunitário em matéria de segurança no trabalho.

A partir do conjunto dessas normas, obtém-se um princípio geral de toda a legislação europeia em matéria de saúde e segurança no trabalho: não é o trabalhador que deve adaptar-se à organização do trabalho, mas é esta que deve adaptar-se às exigências de proteção do trabalhador.

É fácil compreender as razões que levaram a Comissão Europeia a aumentar progressivamente o nível de atenção sobre os riscos psicossociais e sobre o estresse relacionado ao trabalho.

Com o *Medium-term Social Action Programme - programa de ação social de médio prazo* (1995-1997) de 1995³³, a Comissão havia destacado a necessidade de elaborar diretrizes específicas para a prevenção do estresse e da violência nos locais de trabalho. No *Quarto Programa* sobre segurança, higiene e saúde no local de trabalho (1996-2000)³⁴, a Comissão indicou a necessidade de melhorar a

³² Comunicação da Comissão de 21 de fevereiro de 2007: “Melhorar a qualidade e a produtividade do trabalho: estratégia comunitária para a saúde e a segurança no trabalho 2007-2012” (COM (2007) 62 def.). Bem como a Comunicação de 11 de março de 2002 sobre a estratégia comunitária para a saúde e a segurança no trabalho (2002-2006) (COM (2002) 118).

³³ COM (95) 134 final, 12 de abril de 1995.

³⁴ COM (95) 282 final, 12 de julho de 1995.

legislação europeia em matéria de segurança, dedicando maior atenção aos novos riscos do ambiente de trabalho.

Em 1996, a Comissão aprovou a *Guidance on risk assessment at work*, que revelava a necessidade de verificar a eventual presença de riscos “psicológicos, sociais e físicos que possam contribuir para o estresse laboral” nos locais de trabalho. O guia incluía, também, uma lista dos possíveis fatores de riscos psicológicos e organizacionais, como: o trabalho monótono e repetitivo, as dimensões do ambiente de trabalho, o conflito e a ambiguidade de funções, o nível de participação nas decisões, altas exigências e as reações em caso de emergência.

Em 2000, foi publicado o trabalho *Guidance on work-related stress: Spice of life or kiss of death?*, no qual a Comissão, depois de reconhecer a falta de normas específicas em matéria de estresse relacionado ao trabalho no ordenamento europeu, confirmou que os princípios declarados pela Diretiva n. 89/391/CEE podiam ser aplicados a esse fator de risco.³⁵

O Tribunal de Justiça seguiu a mesma perspectiva, com base nos princípios da Diretiva n. 89/391/CEE, esclarecendo que o conceito de “ambiente de trabalho” deve ser interpretado de forma a incluir “todos os factores, físicos ou outros, susceptíveis de afectar a saúde e a segurança do trabalhador no seu ambiente de trabalho”³⁶, acrescentando, também, que os empregadores são obrigados a prevenir “todos os riscos para a segurança e a saúde dos trabalhadores” e que

os riscos profissionais que devem ser avaliados pela entidade patronal não ficam definitivamente determinados, antes evoluindo constantemente em função, designadamente, do desenvolvimento progressivo das condições de trabalho e das investigações científicas em matéria de riscos profissionais.³⁷

A prevenção dos riscos psicossociais tornou-se, assim, um dos objetivos principais da *Estratégia comunitária em matéria de saúde e segurança no trabalho (2002-2006)*³⁸, que destacava como “as transformações da organização do trabalho

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Guidance on work-related stress Spice of life or kiss of death?*, Brussels, 1996. p. 27 ss., segundo a qual “*There are no legal provisions specifically aiming at work-related stress and the prevention of it and its effects. This is not surprising bearing in mind the rather broad scope of national and EU formulations as applied to working conditions and workers’ health. However, it is quite clear that both national and European formulations do apply to the field of work-related stress and health*” e “*Clearly, ‘avoiding risks’, ‘combating the risks at source’ and ‘adapting the work to the individual’ all relate to primary prevention. The formulation ‘in every aspect related to the work’ also clearly includes the subject of this Guidance, namely all causes of work-related stress. Similarly, the employers’ duty to develop ‘a coherent overall prevention policy’ forms the basis for many of the proposals put forward in this Guidance for tripartite consideration.*”

³⁶ Corte Giust. CE, 12 novembre 1996, in C- 84/94, Reino Unido da Grã-Bretanha c. Conselho da União Europeia, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado*. Parte I, Corte di giustizia, 1996, I, p. 5755 ss.

³⁷ Corte Giust. CE, 15 novembre 2001, in C-49/00, Comissão das Comunidades Europeias c. República Italiana, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, II, p. 221 ss.

³⁸ Comunicação da Comissão 11 março 2002, Adaptação às transformações do trabalho e da sociedade: uma nova estratégia comunitária de saúde e segurança 2002-2006, COM (2002) 118.

(obrigação de resultados e maior flexibilidade) têm uma incidência profunda nos problemas de saúde no trabalho e, em termos mais gerais, no bem-estar dos trabalhadores”, com a consequência de que “a política comunitária de saúde e segurança no trabalho deve promover um verdadeiro ‘bem-estar no trabalho’, não só físico, mas também moral e social.”

A Comissão propunha, portanto, que se aprovasse uma “nova legislação relativa aos riscos emergentes (assédio moral e violência no trabalho, entre outros).”

4 O ACORDO-QUADRO EUROPEU SOBRE O STRESS NO TRABALHO

Evidentemente, a Comissão tinha consciência de que, sem uma participação direta dos parceiros sociais, os objetivos estabelecidos pela *Estratégia comunitária de saúde e segurança no trabalho* não se realizariam.

Por isso, nos termos do art. 139 do Tratado, a Comissão decidiu confiar a definição das regras de prevenção desse fator de risco diretamente aos parceiros sociais que, no dia 8 de outubro de 2004, assinaram *O Acordo-Quadro Europeu sobre o Stress no Trabalho*, com o objetivo de

umentar a conscientização e o conhecimento dos empregadores, dos trabalhadores e dos seus representantes acerca do *stress* no local de trabalho e chamar a sua atenção para os sinais susceptíveis de revelarem a existência de problemas de *stress* no trabalho.

Segundo o Acordo-Quadro,

o combate ao *stress* ligado ao trabalho pode conduzir a uma maior eficiência e a uma melhoria da segurança e saúde no trabalho, com os consequentes benefícios econômicos e sociais quer para as empresas, quer para os trabalhadores, quer para a sociedade em geral.

Em outras palavras, o objetivo do Acordo-Quadro é “dotar empregadores e trabalhadores de um quadro que lhes permita identificar e prevenir ou gerir os problemas de *stress* ligados ao trabalho” e “não é culpabilizar o indivíduo pelo *stress*.”

Antes de referir às regras estabelecidas pelos parceiros sociais em detalhes, convém deixar claro, de imediato, que o Acordo-Quadro “não trata do assédio, nem da violência no trabalho”, embora represente um importante fator de estresse, já que, para essas espécies, esperava-se um acordo-quadro específico que foi celebrado em 2007.³⁹

Os parceiros sociais esclareceram, justamente, que, “dada a complexidade do fenômeno do *stress*”, o Acordo-Quadro “não pretende fornecer uma listagem exaustiva dos indicadores potenciais de *stress*”, ressalvado que, “de acordo com a Diretiva-Quadro 89/391, todos os empregadores têm a obrigação legal de proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores” e que “esta obrigação aplica-se também aos problemas do *stress* no local de trabalho.”

³⁹ Acordo-Quadro europeu sobre assédio e violência no trabalho assinado pela CES, a BUSINESSEUROPE, a UEAPME e o CEEP, em 26 de abril de 2007.

A definição de estresse dada pelo Acordo-Quadro é muito ampla: segundo os parceiros sociais, “o *stress* é um estado acompanhado de queixas ou disfunções físicas, psicológicas ou sociais e que resulta dos indivíduos se sentirem inaptos para corresponderem às exigências ou às expectativas que lhes são exigidas”; “o *stress* não é uma doença, mas uma exposição prolongada ao *stress* pode reduzir a eficácia no trabalho e pode causar problemas de saúde.” O Acordo especifica, justamente, que o estresse também pode ser “originado fora do local de trabalho” e que “nem todas as manifestações de *stress* no trabalho podem ser consideradas como de *stress* ligado ao trabalho.”

A dificuldade de identificar as causas do estresse se deve ao fato de que “os diferentes indivíduos podem reagir de modo diverso a situações similares, e o mesmo indivíduo pode reagir de maneira diferente a situações semelhantes em diferentes momentos da sua vida.” Para prevenir e reduzir o estresse é, portanto, “importante ter em conta a diversidade dos trabalhadores.”

O estresse relacionado ao trabalho pode ser detectado a partir de alguns fatores, como “um nível elevado de absentismo ou de rotação do pessoal, uma elevada frequência de conflitos pessoais ou queixas por parte dos trabalhadores”, podendo ser verificado através da análise de alguns aspectos relativos à

organização e os processos de trabalho (organização do tempo de trabalho, grau de autonomia, adequação do trabalho às capacidades do trabalhador, volume de trabalho, etc.), as condições e o ambiente de trabalho (exposição a comportamentos abusivos, ao ruído, a temperaturas elevadas, a produtos perigosos, etc.), a comunicação (incerteza quanto ao que se espera do trabalhador, às perspectivas do emprego, às mudanças a operar no futuro, etc.) e aos factores subjectivos (pressões emocionais e sociais, sensação de incapacidade para fazer face às situações, sensação de falta de apoio, etc.).

Como já mencionado, trata-se de uma lista que não esgota todas as possíveis causas de estresse relacionado ao trabalho, cabendo ao empregador “a responsabilidade de determinar as medidas” “apropriadas” “para prevenir, eliminar ou reduzir” esse fator de risco e “estas medidas devem ser implementadas com a participação e a colaboração dos trabalhadores e/ou dos seus representantes.” Confirma-se que “todos os trabalhadores têm a obrigação geral de cumprir as medidas de protecção determinadas pelo empregador.”

Contudo, o Acordo não deixa de propor algumas medidas de prevenção do estresse; “estas medidas podem ser colectivas, ou individuais, ou uma combinação das duas” e “podem incluir, por exemplo”:

- “medidas de gestão e de comunicação que visem a clarificar os objectivos da empresa e o papel de cada trabalhador, assegurar um apoio adequado da direcção ao indivíduo e às equipas, assegurar uma correcta adequação entre responsabilidade e controle sobre o trabalho, e melhorar a organização e os processos de trabalho, as condições e o ambiente de trabalho”;

- “a formação dos gestores e dos trabalhadores com o objectivo de aumentar a sensibilização e os conhecimentos sobre o *stress*, as suas possíveis causas e a maneira de as combater e/ou adaptar-se à mudança”;

- “a informação e a consulta dos trabalhadores e/ou dos seus representantes, de acordo com a legislação, os acordos colectivos e as práticas comunitárias e nacionais.”

Por fim, o Acordo conclui com o compromisso de implementar seus conteúdos, com base nos “procedimentos e práticas específicas dos parceiros sociais nos Estados-Membros e nos países do Espaço Econômico Europeu.”

5 A PREVENÇÃO DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO NA EUROPA: RESULTADOS DO INQUÉRITO ESENER II

Com o Acordo-Quadro de 2004, o problema do estresse relacionado ao trabalho passou a assumir uma importância cada vez maior na Europa. A prevenção desse fator de estresse foi inserida entre os objetivos da *Estratégia comunitária de saúde e segurança no trabalho 2007-2012*⁴⁰ e, sucessivamente⁴¹, entre os objetivos da *Estratégia comunitária de saúde e segurança no trabalho 2014-2020*.⁴²

A Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho (EU-OSHA) dedicou ao estresse relacionado ao trabalho a campanha *Locais de Trabalho Seguros e Saudáveis 2014-15*, que tem três objetivos:

melhorar a compreensão e aumentar a sensibilização no que respeita ao estresse e aos riscos psicossociais no trabalho; fornecer orientação, apoio e ferramentas práticas para a gestão de riscos; e chamar a atenção dos trabalhadores e das empresas para os benefícios da gestão dos riscos psicossociais.

Em 2009 e em 2014, a mesma Agência também realizou *O Inquérito Europeu às Empresas sobre Riscos Novos e Emergentes* (ESENER), que analisa a forma como os riscos de segurança e saúde são geridos nos locais de trabalho europeus. Os representantes de milhares de empresas e organizações de toda a Europa respondem aos questionários do ESENER, que incidem, sobretudo, nos riscos em matéria de segurança e saúde no trabalho e na forma como são geridos; riscos psicossociais, nomeadamente, o estresse, a intimidação e o assédio; impulsionadores e obstáculos no âmbito da gestão da segurança e saúde no trabalho; participação dos trabalhadores no domínio da segurança e saúde no trabalho.⁴³ Os resultados do

⁴⁰ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, de 21 de Fevereiro de 2007, intitulada “Melhorar a qualidade e a produtividade do trabalho: estratégia comunitária para a saúde e a segurança no trabalho (2007-2012)” COM (2007) 62 final.

⁴¹ Em 2013, a Comissão lançou uma consulta pública em linha para obter os pontos de vista das partes interessadas sobre a aplicação da anterior estratégia de saúde e segurança no trabalho e sobre a via a seguir. As mais de 500 respostas recebidas confirmaram a necessidade de prosseguir com a coordenação ao nível da UE nessa área, tendo sido apresentadas sugestões úteis sobre o conteúdo de um novo quadro estratégico.

⁴² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões relativa a um quadro estratégico da UE para a saúde e segurança no trabalho 2014-2020 - COM/2014/0332 final.

⁴³ O primeiro inquérito ESENER, realizado em 2009, incluiu cerca de 36.000 entrevistas a gestores e representantes de SST. Foram abrangidos todos os Estados-Membros da UE, bem como a Turquia, a Noruega e a Suíça - 31 países no total. Os entrevistados trabalhavam em organizações públicas ou privadas com 10 ou mais trabalhadores. O inquérito de 2014 é ainda mais circunstanciado e abrangente do que o primeiro: a dimensão das amostras

ESENER II refletem o crescimento contínuo do setor dos serviços; os fatores de risco mais frequentemente identificados são: a interação com clientes, alunos e pacientes difíceis (58% das empresas da UE-28); em seguida, posições cansativas ou dolorosas (56%) e, por fim, os movimentos repetitivos da mão ou do braço (52%).⁴⁴

O ESENER II revela que 76% das empresas da UE-28 realizam avaliações de riscos periódicas, e a maioria delas afirma que a mesma está documentada (92%). Por país, os valores variam entre 94% das empresas na Itália e na Eslovênia, e 37% em Luxemburgo. Parece existir uma correlação com a dimensão da empresa, já que a percentagem de empresas onde as avaliações de riscos são realizadas, sobretudo por pessoal interno, aumenta em função da dimensão.⁴⁵

Como mencionado acima, os fatores de risco psicossocial mais frequentemente identificados nas empresas da UE-28 são ter de lidar com clientes, alunos e pacientes difíceis (58%) e a pressão relativamente a prazos a cumprir (43%). Ambos os fatores de risco aumentam em função da dimensão da empresa, mas sobretudo da pressão relativamente a prazos a cumprir. Os fatores de risco psicossociais são percebidos como sendo mais difíceis de gerir do que os riscos tradicionais; quase uma em cada cinco empresas que referem ter de enfrentar clientes difíceis ou a pressão relativamente a prazos a cumprir afirmam também não dispor das informações ou ferramentas adequadas para fazer face ao risco de forma eficaz.⁴⁶

Cerca de 33% das empresas da UE-28 com mais de 20 trabalhadores referem possuir um plano de ação com vista a prevenir o estresse relacionado com o trabalho⁴⁷; este número aumenta com a dimensão da empresa e é claramente mais frequente nas áreas da educação, saúde e ação social.

No que diz respeito às medidas tomadas, a reorganização do trabalho com objetivo de reduzir as exigências e as pressões do trabalho (38%) e o aconselhamento confidencial aos trabalhadores (36%) são as medidas mais frequentemente referidas na UE-28.

aumentou 50% e, em três países, as amostras nacionais foram ainda mais reforçadas. Pela primeira vez, o ESENER II inclui microempresas com 5 a 10 trabalhadores e empresas agrícolas. Foram adicionados 5 países novos - Albânia, Islândia, antiga República Iugoslava da Macedônia, Montenegro e Sérvia - aos 31 que já participaram em 2009.

⁴⁴ Ter de lidar com clientes, pacientes, alunos, etc. difíceis é o fator de risco mais comum nos domínios da educação, saúde e ação social (75%) e nas áreas do comércio, transportes, alimentação/alojamento e lazer (62%). Como acontece com o resto dos fatores de riscos psicossociais, são mais frequentemente referidos nas empresas dos setores da administração e dos serviços públicos. As posições cansativas ou dolorosas, incluindo o trabalho sentado por longos períodos, são os fatores de risco mais importantes na administração pública (76%) e nos setores das tecnologias, informática, financeiro, imobiliário, bem como em outros serviços técnicos, científicos ou personalizados (64%).

⁴⁵ EU-OSHA. *Segundo Inquérito Europeu às Empresas Sobre Riscos Novos e Emergentes - ESENER-2*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015. p. 2 ss.

⁴⁶ EU-OSHA. *Segundo Inquérito Europeu às Empresas Sobre Riscos Novos e Emergentes - ESENER-2*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015. p. 10.

⁴⁷ Especificamente nas empresas que referem à necessidade de lidar com clientes, pacientes ou alunos difíceis, 55% das que empregam 20 ou mais trabalhadores afirmam dispor de um procedimento para fazer face a esse tipo de risco (média na UE-28). Essa percentagem aumenta para 72% nos estabelecimentos ligados à educação, à saúde e à ação social.

Um pouco mais da metade das empresas inquiridas na UE-28 (53%) afirmam dispor de informações suficientes sobre a inclusão dos riscos psicossociais nas avaliações de riscos. Como era de se esperar, essa percentagem varia mais com a dimensão da empresa do que com o setor e, no que diz respeito especificamente à variação por país, os valores mais elevados registram-se na Eslovênia (75%) e na Itália (74%), em contraste com Malta (35%) e Eslováquia (40%).⁴⁸

O ESENER II revela que a relutância em falar abertamente sobre essas questões constitui a principal dificuldade na gestão dos riscos psicossociais (30% das empresas da UE-28), e esta, como todas as outras dificuldades, é referida com maior frequência à medida que a dimensão da empresa aumenta.⁴⁹ O segundo obstáculo mais proeminente é a falta de conscientização dos trabalhadores (26%).⁵⁰

No que diz respeito às empresas que afirmam ter tomado medidas destinadas a prevenir os riscos psicossociais, 63% das empresas da UE-28 referem que os trabalhadores desempenharam um papel importante na concepção e aplicação de tais medidas.⁵¹ Por fim, o ESENER II revela que as questões de segurança e saúde são “regularmente” discutidas entre representantes dos trabalhadores e da administração em 56% das empresas da UE-28 que possuem alguma forma de representação dos trabalhadores. Também essa percentagem aumenta significativamente com a dimensão.⁵²

6 (CONTINUA) E AS SOLUÇÕES ADOTADAS NOS PRINCIPAIS PAÍSES EUROPEUS

Os resultados do inquérito ESENER II demonstraram que a participação dos trabalhadores e de seus representantes na gestão da segurança constitui uma ferramenta importante para a prevenção dos riscos psicossociais.⁵³ Entretanto, em nível nacional, os estudos realizados pelo Eurofound⁵⁴ evidenciaram diferenças

⁴⁸ EU-OSHA. *Segundo Inquérito Europeu às Empresas Sobre Riscos Novos e Emergentes - ESENER-2*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015. p. 12.

⁴⁹ Os resultados por setor revelam que as empresas da administração pública comunicam essa dificuldade mais frequentemente (38%), enquanto, por país, as percentagens mais elevadas se registram na Finlândia (44%), na Irlanda (40%) e na França (36%), em contraste com a antiga República Iugoslava da Macedônia, a Eslovênia (15%) e a Hungria (17%). Trata-se da dificuldade mais frequentemente referida na gestão dos riscos psicossociais em 20 países.

⁵⁰ A falta de conscientização dos trabalhadores constitui a dificuldade mais frequentemente referida pelas empresas da Estônia, da Espanha, da Croácia, da Hungria, de Malta, dos Países Baixos, de Portugal, da Romênia, da Sérvia, da Suécia e da Turquia, e cresce com a dimensão da empresa; e, por setor, as percentagens mais elevadas verificam-se na indústria transformadora (32%).

⁵¹ EU-OSHA. *Segundo Inquérito Europeu às Empresas Sobre Riscos Novos e Emergentes - ESENER-2*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2015. p. 14.

⁵² Em contrapartida, as empresas menores apresentam uma reação mais direcionada, já que 41% delas afirmam que essas discussões ocorrem “apenas quando surgem questões específicas”, percentagem que diminui com a dimensão da empresa.

⁵³ EU-OSHA. *Worker representation and consultation on health and safety: An analysis of the findings of the European. Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER)*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2012.

⁵⁴ EUROFOUND. *Working conditions and social dialogue*, Dublin, 2008; EUROFOUND, *Working conditions and social dialogue*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2009; EUROFOUND, *Social dialogue and working conditions*, Dublin, 2011.

significativas entre os ordenamentos nacionais sobre os instrumentos utilizados para recepcionar os conteúdos do Acordo-Quadro de 2004, e tais diferenças se devem, naturalmente, às diferentes tradições jurídicas dos diversos países.⁵⁵

Na Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Itália e Romênia, foram celebrados contratos coletivos específicos, com a recepção do Acordo-Quadro europeu e disciplinando os direitos e as obrigações dos signatários sobre a sua implementação. Em outros países - Áustria, Finlândia, Irlanda, Luxemburgo, Espanha e Reino Unido -, os parceiros sociais celebraram contratos gerais ou simples diretrizes sobre a prevenção do estresse.

Em alguns casos, a recepção do Acordo-Quadro europeu exigiu alterações legislativas e iniciativas adicionais dos parceiros sociais (declarações conjuntas, conferências, etc.); em outros, não foram registrados avanços no plano legislativo ou da informação dos trabalhadores.⁵⁶

Conseqüentemente, as diferenças nas legislações dos diversos países europeus são profundas: alguns países não alteraram a disciplina de recepção da Diretiva-Quadro 89/391, optando por não fazer uma referência explícita aos riscos psicossociais (Luxemburgo, Polônia, Romênia, Eslovênia e Espanha); outros países mencionaram, expressamente, os riscos na própria legislação (Áustria, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Eslováquia e Suécia) e estabeleceram a obrigação do empregador de incluir os riscos psicossociais na avaliação dos riscos presentes no ambiente de trabalho (Bélgica, Bulgária, Chipre, Alemanha, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Portugal e Reino Unido).

Em alguns países, também foi adotada uma disciplina que, além de impor a avaliação dos riscos psicossociais, também oferece uma definição detalhada de tais riscos e dos fatores que o empregador deve avaliar (Hungria, Lituânia, Eslováquia).

Há também países que estão avaliando a oportunidade de estabelecer limites precisos aos fatores de estresse laboral: o exemplo mais interessante é na França, onde, nas últimas semanas, está sendo discutida a oportunidade de inserir, no Código do Trabalho, o direito/dever do trabalhador de desconectar (“*déconnexion*”) as ferramentas de comunicação à distância do lugar de trabalho no final da jornada laboral, para garantir ao trabalhador um período de descanso efetivo e uma melhor qualidade da vida laboral.⁵⁷ Situações parecidas já foram adotadas por parte dos funcionários de algumas grandes transnacionais, como a Deutsche Telekom (desde 2010), a Volkswagen (desde 2011) e a Daimler-Benz (desde 2014), que proibiram a troca de *e-mails* depois do horário de trabalho. A BMW (desde 2014) incluiu, no horário de trabalho, o tempo utilizado para responder a *e-mails* e mensagens de texto fora do escritório.

⁵⁵ Cfr. LEROUGE Loïc. *Il rischio psico-sociale, un'analisi giuridica comparata tra il Nord e il Sud dell'Europa*, in *Lavoro e Diritto*, 2012. p. 233 ss.

⁵⁶ EU-OSHA-EUROFOUND. *Psychosocial risks in Europe. Prevalence and strategies for prevention. A joint report from the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions and the European Agency for Safety and Health at Work*, Luxemburg, EU, 2014. p. 57 ss.

⁵⁷ *Transformation numérique et vie au travail, Rapport établi par B. METTLING à l'attention de M^{me} M. EL KHOMRI, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Septembre 2015*. p. 20 ss.

Por fim, em outros países, as alterações legislativas foram integradas a outras iniciativas no plano administrativo: na Finlândia, o serviço de inspeção do trabalho regional adotou novas diretrizes de inspeção que incluem os riscos psicossociais; no Reino Unido, foi elaborado um código de boas práticas com o objetivo de ajudar o empregador na prevenção do estresse relacionado ao trabalho.

7 A DISCIPLINA DO ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO NA ITÁLIA: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS IMPOSTOS À LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO DOS FATORES PRODUTIVOS

Na Europa, o ordenamento italiano assume um significado especial pela variedade de instrumentos criados para prevenir o estresse relacionado ao trabalho: em 9 de junho de 2008, os parceiros sociais celebraram um Acordo interconfederal⁵⁸ recepcionando o Acordo-Quadro europeu de 2004. Tal Acordo foi mencionado explicitamente no art. 28 do Decreto Legislativo n. 81 de 2008, que incluiu o estresse relacionado ao trabalho entre os riscos que o empregador deve, obrigatoriamente, avaliar. Coube à Comissão consultiva permanente para a saúde e a segurança do trabalho, prevista pelo art. 6 do Decreto Legislativo n. 81 de 2008, a elaboração de critérios apropriados para que o empregador possa avaliar o estresse relacionado ao trabalho.

Ao longo dos últimos anos, a doutrina italiana estudou esses novos fatores de risco com muita atenção, com o objetivo de esclarecer o seu significado e melhor definir o conteúdo das obrigações de prevenção para os empregadores.⁵⁹

⁵⁸ GOTTARDI Donata. *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo, in Guida al Lavoro*, 2008, n. 26, p. 20 ss.

⁵⁹ LUDOVICO Giuseppe. *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai "nuovi" rischi da lavoro*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2006, p. 381 ss.; CATAUDELLA Maria Cristina. *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2010, p. 673 ss.; LAMBERTUCCI Pietro. *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2010, p. 347 ss.; LUDOVICO Giuseppe. *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, p. 401 ss.; BALANDI Gian Guido; CALAFÀ Laura. *Il rischio da lavoro oggi*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 179 ss.; BONARDI Olivia. *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 291 ss.; NUNIN Roberta. *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Ed. Univ. Trieste, 2012; CALAFÀ Laura. *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 257 ss.; PASQUARELLA Valentina. *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato tra fonti europee ed eterogenee fonti nazionali*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, p. 29 ss.; VALLEBONA Antonio. *La responsabilità per lo stress lavoro-correlato nella secularizzazione dell'occidente*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, p. 26; PERONE Giancarlo. *Stress e obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, p. 27 ss.; PASSARELLI Giuseppe Santoro. *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, p. 33 ss.; TAMBURRO Cristina. *Stress lavoro-correlato: il problema della prova*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, p. 52 ss.; CURI Francesca. *Colpa di organizzazione e stress da lavoro correlato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2013, p. 557 ss.; MENEGATTI Emanuele. *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 972 ss.; foram entre os primeiros a tratar o tema MONTUSCHI Luigi. *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1987, I, p. 3 ss.

As diversas opiniões partem todas da consideração segundo a qual a organização do trabalho constitui um fator de risco que, como os riscos físicos, químicos e biológicos, pode causar graves prejuízos para a saúde do trabalhador. O problema, então, é compreender se, e em que medida, o empregador tem a obrigação de garantir uma organização do trabalho sem estresse.

No ordenamento italiano, encontra-se uma primeira resposta à questão, ainda que parcial, já nos princípios insculpidos na Constituição, que, em seu art. 41, parágrafo 2, afirma que a liberdade de iniciativa econômica privada - na qual está incluída a organização do trabalho⁶⁰ - não pode desenvolver-se em contraste com a “utilidade social” e não pode “trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana.” Esses princípios, segundo a opinião prevalente, atuam como limites “externos” necessários para preservar os valores fundamentais do ordenamento.⁶¹

Entre os limites indicados no art. 41 da Constituição, o da “segurança” foi considerado, de modo geral, o menos ambíguo, por sua imediata referência à saúde do trabalhador, defendida pelo art. 32 da Constituição.⁶² Isso significa que o direito à saúde deve prevalecer sobre a liberdade de iniciativa econômica privada, caso essa liberdade possa provocar prejuízos à saúde do trabalhador.⁶³

Não há dúvida de que, para a Constituição, a saúde representa um “direito fundamental”, que goza de uma proteção absoluta⁶⁴ não apenas do Estado, mas também nas relações entre privados.⁶⁵

⁶⁰ GALGANO Francesco. *Commento all'art. 41*, in BRANCA Giuseppe (Coord.), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1982. p. 4; MAZZONI Giuliano. *Problematica generale sull'organizzazione di lavoro nell'impresa*, in Aa.Vv., *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore*, Milano, Giuffrè, 1970. p. 2-3.

⁶¹ Sobre o tema: MINERVINI Gustavo. *Contro la “funzionalizzazione” dell'impresa privata*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1958, p. 618 ss.; MORBIDELLI Giuseppe. voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, vol. XVII, p. 3. Mais recentemente PACE Alessandro. *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche, in Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. II, p. 1622 ss.

⁶² Cfr. DE FERRA Giampaolo. *Intervento*, in Aa.Vv., *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore*, Milano, Giuffrè, 1970. p. 22; SMURAGLIA Carlo. *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974. p. 79.

⁶³ Cfr. FERRARA Rosario. voce *Salute (diritto alla)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, Torino, Utet, 1997, XIII, p. 525.

⁶⁴ Cfr. LUCIANI Massimo. voce *Salute (Diritto alla salute - dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVIII, Roma, 1991, p. 4; CARLASSARE Lorenza. *Libertà di iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1992, p. 605 ss.; MONTUSCHI Luigi. *La Corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006. p. 5 ss.; ALBI Pasqualino. *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008. p. 74 ss.

⁶⁵ Cfr. MONTUSCHI Luigi. *Commento all'art. 32, comma 1, Cost.*, in BRANCA Giuseppe (Coord.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1976. p. 159 ss.; PEZZINI Barbara. *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, p. 25; LUCIANI Massimo. voce *Salute (Diritto alla salute - dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVIII, Roma, 1991. p. 5; D'ARRIGO Cosimo M., voce *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, Vol. V, Milano, Giuffrè, 2001. p. 1037 ss.; MORANA Donatella. *La salute nella costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002. p. 37.

No entanto, é preciso esclarecer o significado do termo “saúde”, que deriva da combinação de diversos aspectos físicos, psíquicos, sociais e ambientais.⁶⁶ Como já dissemos anteriormente, a Organização Mundial da Saúde deu uma definição de saúde incluindo esses aspectos, mas a saúde pode ser também considerada, de forma ampla, uma ferramenta de igualdade, liberdade (art. 2 da Constituição) e pleno desenvolvimento da pessoa (art. 3 da Constituição).⁶⁷

8 A OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA NA CAUSA DO CONTRATO DE TRABALHO SUBORDINADO

Para abordar o problema, é preciso considerar que o fator da organização tem um valor muito especial na disciplina do trabalho.

No passado, uma parte da doutrina considerava o conceito de organização sobretudo para afirmar a obrigação do trabalhador de fazer com que o desempenho atenda às escolhas da organização do empregador.⁶⁸ Segundo essa perspectiva, a organização do trabalho constituía a ferramenta para definir as obrigações do trabalhador em relação ao empregador.⁶⁹

A questão dos riscos psicossociais, ao contrário, obriga a considerar o conceito de organização para definir as obrigações do empregador em relação ao trabalhador.

Para compreender o porte de tais obrigações, é preciso analisar o art. 2.087 do Código Civil, que afirma que o empregador é obrigado “a adotar, no exercício da atividade, as medidas que, segundo a especificidade do trabalho, a experiência e a técnica, são necessárias para preservar a integridade física e a personalidade moral dos prestadores de trabalho.”

Segundo a opinião prevalecente, a obrigação de segurança imposta por essa norma se insere na causa do contrato de trabalho⁷⁰, isto é, o desempenho devido pelo trabalhador só pode ser um desempenho que não implicar riscos para a sua saúde.⁷¹ Podemos, portanto, dizer que o art. 2.087 do Código Civil

⁶⁶ Cfr. PEZZINI Barbara. *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983. p. 23.

⁶⁷ Cfr. MONTUSCHI Luigi. *Commento all'art. 32, comma 1, Cost.*, in BRANCA Giuseppe (Coord.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1976. p. 156 ss.; MENGONI Luigi. *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982, p. 1128; PEZZINI Barbara. *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983. p. 23.

⁶⁸ PERSIANI Mattia. *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

⁶⁹ Cfr. CARABELLI Umberto. *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT- 5/2003. p. 10 ss.

⁷⁰ SPAGNUOLO VIGORITA Luciano. *Responsabilità dell'imprenditore*, in RIVA SANSEVERINO Luisa; MAZZONI Giuliano (Coord.), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro, Vol. II., Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 454 ss.; ALBI Pasqualino. *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008. p. 126 ss.; NATULLO Gaetano. *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995. p. 12 ss.; FRANCO Massimiliano. *L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro nell'età corporativa e dopo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1993, I, p. 91 ss.

⁷¹ MONTUSCHI Luigi. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989. p. 75-76.

recepcionou, no contrato de trabalho, os mesmos princípios previstos no parágrafo 2 do art. 41 da Constituição, colocando um limite rigoroso à liberdade de organização do empregador.⁷²

A obrigação de segurança estabelecida no Código Civil apresenta-se, portanto, como uma evolução do dever negativo do *neminem laedere* da responsabilidade extracontratual.⁷³ O art. 2.087 do Código Civil estabelece, de fato, a obrigação positiva de preservar a saúde do trabalhador segundo os critérios da “especificidade do trabalho”, “experiência” e “técnica”⁷⁴, que foram resumidos como a “máxima segurança tecnologicamente possível.”⁷⁵

Segundo esse princípio, o empregador deve proteger a saúde dos trabalhadores de qualquer risco presente no ambiente de trabalho, utilizando os melhores instrumentos que a tecnologia é capaz de oferecer.⁷⁶

É fácil concluir que também a prevenção do estresse relacionado ao trabalho - como risco típico da organização do trabalho - é uma obrigação de segurança expressa no art. 2.087 do Código Civil.

9 OS LIMITES DO PODER ORGANIZACIONAL DO EMPREGADOR E O RISCO DE ESTRESSE ENTRE CAUSAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS

No contrato de trabalho, a liberdade de organização da empresa é extremamente limitada: o art. 2.087 do Código Civil obriga o empregador a organizar a atividade laboral de forma que preserve a saúde do trabalhador.

Na realidade, essa conclusão é menos surpreendente do que parece.

Qualquer atividade de prevenção implica uma limitação das escolhas organizacionais do empregador: não há qualquer diferença entre a proteção dos trabalhadores contra os riscos tradicionais e a proteção contra o estresse relacionado ao trabalho.

É preciso também considerar que o contrato de trabalho constitui o fundamento não apenas da obrigação do trabalhador, mas também do poder do empregador de organizar o seu desempenho⁷⁷, não podendo esse poder descumprir os princípios de proteção da pessoa que norteiam a disciplina daquele contrato.⁷⁸

Se o único desempenho possível for o desempenho realizado em condições de total segurança, é inevitável concluir que também o poder de organizar aquele

⁷² MONTUSCHI Luigi. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989. p. 75.

⁷³ Cfr. DEL PUNTA Riccardo. *Diritti della persona e contratto di lavoro*, AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007. p. 101-102; MONTUSCHI Luigi. *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1994. I, p. 322 ss.

⁷⁴ MARINO Vincenzo. *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, F. Angeli, Milano, 1990. p. 86.

⁷⁵ BALANDI Gian Guido. *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1994, n. 14, p. 79 ss.

⁷⁶ NATULLO Gaetano. *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995. p. 5.

⁷⁷ MONTUSCHI Luigi. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989. p. 69.

⁷⁸ SPAGNUOLO VIGORITA Luciano. *Responsabilità dell'imprenditore*, in RIVA SANSEVERINO Luisa; MAZZONI Giuliano (Coord.), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro, Vol. II., Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1971. p. 450.

desempenho deverá ser exercido dentro dos limites da obrigação contratual.⁷⁹ Principalmente porque a organização do trabalho não é “um dado apriorístico e neutro”⁸⁰, mas resultado de escolhas pessoais do empregador que devem, portanto, realizar-se no âmbito de uma organização sem riscos para a saúde do trabalhador.⁸¹

Segue a mesma orientação a Corte de Cassação italiana, que, em inúmeras decisões, reconheceu a responsabilidade do empregador por danos causados ao trabalhador por um esforço laboral excessivo, reconhecendo que a obrigação de segurança obriga também a uma adaptação constante do número de empregados à carga de trabalho.⁸²

Podemos, portanto, afirmar que, entre o poder organizacional do empregador e a sua obrigação de segurança, há um vínculo preciso, ou seja, do primeiro, dependem os riscos que devem ser evitados no cumprimento da segunda. As duas posições estão, portanto, indissolavelmente ligadas no plano funcional.⁸³

O empregador é obrigado a prevenir qualquer risco para a saúde do trabalhador, incluindo o estresse; isso não significa, contudo, que a sua obrigação de segurança não tenha limites.

Cabe esclarecer que a obrigação de prevenir o estresse não equivale ao direito do trabalhador à “felicidade” no local de trabalho; bem como, por exemplo, o desconforto provocado pela falta de carreira não implica o direito automático à promoção. Em outras palavras: a legitimidade das escolhas do empregador exclui o direito do trabalhador ao ressarcimento por danos que possam decorrer.⁸⁴

Da mesma forma, é preciso distinguir o sofrimento que decorre de uma insatisfação genérica em relação ao próprio trabalho dos distúrbios patológicos objetivamente imputáveis à organização do trabalho e, da mesma forma, não se deve confundir o estresse que resulta de condições familiares e sociais com o estresse provocado pelas escolhas organizacionais do empregador.

Deve ficar claro que a obrigação de prevenir o estresse não pode ir além dos limites do poder organizacional do empregador, do momento que, além desses limites,

⁷⁹ FERRANTE Vincenzo. *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004. p. 57.

⁸⁰ MONTUSCHI Luigi. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989. p. 251.

⁸¹ MONTUSCHI Luigi. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989. p. 71.

⁸² Cass. 1 settembre 1997, n. 8267, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1997. p. 818 ss., com observações de GRAGNOLI Enrico; Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2000, n. 2, p. 395, com observações de LUDOVICO Giuseppe. “*Superlavoro*” e *demansionamento: due pronunce della Cassazione in tema di danno biologico e rilevanza delle concause naturali*; Trib. Bergamo 2 aprile 2009, in *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 2009, p. 589 ss.; Trib. Roma, 21 giugno 2001, in *Danno e Responsabilità*, 2002. p. 1000, com observações de PELLERITO Federico; App. Milano 16 dicembre 2004, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005. p. 799. Sobre o ponto, especificamente, DE ANGELIS Luigi. *Danno da stress del lavoratore e dintorni: sguardo su alcuni percorsi giurisprudenziali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1998. p. 467 ss.

⁸³ STOLFA Francesco, *Obblighi e responsabili (datore, dirigente, preposto)*, in RUSCIANO Mario; NATULLO Gaetano, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da Franco Carinci, Vol.VIII, Utet, Torino, 2007. p. 170.

⁸⁴ LUDOVICO Giuseppe. *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011. p. 421.

a obrigação de segurança não pode ser cumprida.⁸⁵ Isso não exclui, obviamente - segundo o conceito também sugerido pelo Acordo-Quadro europeu -, que as consequências do estresse possam se manifestar no local de trabalho, mas tais circunstâncias não poderão entrar na esfera jurídica do empregador.

A distinção não é nada simples, pois os efeitos patológicos do estresse não dependem apenas da periculosidade da organização do trabalho, mas também da percepção subjetiva do trabalhador: é possível que um indivíduo possa sentir um desconforto em situações em que os outros não percebam nenhuma tensão.

Já há algum tempo, medicina e psicologia do trabalho definiram diversas ferramentas de investigação (questionários, testes psicológicos, avaliações clínicas) para verificar a efetiva presença de condições de estresse laboral em relação aos níveis de resistência e fadiga do trabalhador.⁸⁶

Pode-se argumentar que seria impossível para o empregador organizar a atividade laboral baseando-se nas características pessoais de cada trabalhador.⁸⁷ O fato é que todos os riscos ligados à atividade laboral são influenciados pelas características pessoais do trabalhador (idade, experiência, capacidade, precisão), não havendo, portanto, nenhuma diferença entre o estresse e os demais fatores de periculosidade do ambiente de trabalho.

Cabe acrescentar que os juizes italianos afirmaram, já há algum tempo, que a proteção da saúde do trabalhador obriga a considerar com atenção as suas características pessoais, cabendo ao empregador a obrigação de designar o empregado para exercer tarefas compatíveis com seu estado de saúde.⁸⁸ Se a obrigação de segurança exige a proteção do trabalhador contra os maiores riscos derivados de suas qualidades pessoais, o mesmo raciocínio deverá ser feito em relação ao estresse provocado pelo desempenho laboral.

10 A AVALIAÇÃO E A PREVENÇÃO DO ESTRESSE NO ART. 28 DO DECRETO LEGISLATIVO N. 81 DE 2008

Como afirmado anteriormente, no ordenamento italiano, o Acordo-Quadro europeu foi recepcionado pelos parceiros sociais através do acordo interconfederal

⁸⁵ LUDOVICO Giuseppe. *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011. p. 422.

⁸⁶ MAGNAVITA Nicola. *Strumenti per la valutazione dei rischi psicosociali sul lavoro*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, 2008, Suppl. A, p. 87 ss.; CONWAY Paul Maurice. *Gli strumenti per la valutazione soggettiva del rischio stress lavoro-correlato*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, 2009. p. 197 ss.; ARGENTERO Piergiorgio; CANDURA Stefano M.. *La valutazione obiettiva dei fattori di rischio stress lavoro-correlati: prime esperienze applicative del metodo OSFA (Objective Stress Factors Analysis)*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, p. 221 ss. Ver também o documento ISPESL, *La valutazione dello stress lavoro - correlato. Proposta metodologica*, Ispesl, 2010.

⁸⁷ Cfr. ICHINO Pietro. *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. II, p. 78 e 105 ss.

⁸⁸ Cass. 30 dicembre 2009, n. 27845, in *Guida al Diritto*, 2010, n. 6, p. 57; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710, in *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 2009. p. 1058; Cass. 7 novembre 2007, n. 23162; Cass. 17 maggio 2006, n. 11523; Cass. 19 gennaio 2002, n. 572, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, I, p. 855, com comentários de ALBI Pasqualino; Cass. 2 agosto 2001, n. 10574, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 2002, p. 161; Cass. 30 agosto 2000, n. 11427, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2001. p. 96.

de 9 de junho de 2008 e foi explicitamente mencionado no parágrafo 1 do art. 28 do Decreto Legislativo n. 81/2008 (T.U.), que estabelece que a avaliação obrigatória dos riscos para a saúde dos trabalhadores deve levar em conta “os riscos relativos a grupos de trabalhadores expostos a riscos específicos, entre os quais os riscos ligados ao estresse relacionado ao trabalho, segundo os conteúdos do acordo europeu de 8 de outubro de 2004.”

Tal indicação poderia ser facilmente deduzida de outras normas do T.U., que define a saúde como o “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não a simples ausência de doença ou enfermidade” (art. 2, parágrafo 1, item “o”), exigindo uma “avaliação completa e certificada de todos os riscos para a saúde e a segurança dos trabalhadores presentes na organização” (art. 2, parágrafo 1, item “q”).

Outras normas do T.U. contêm referências adicionais à organização do trabalho; e segundo a mesma abordagem deve ser interpretada a sentença com a qual o Tribunal de Justiça da União Europeia condenou a Itália, em 2001, por não ter recepcionado corretamente a Diretiva Quadro 89/391/CE na parte em que obriga o empregador à avaliação de “todos os riscos” para a saúde dos trabalhadores.⁸⁹

O problema se deve ao fato de o art. 28 T.U. não oferecer qualquer definição de estresse laboral, limitando-se a mencionar o Acordo-Quadro europeu, que tampouco contém uma definição precisa desse risco, oferecendo apenas uma lista exaustiva dos fatores de estresse.⁹⁰

É por isso que o Decreto Legislativo de 3 de agosto de 2009, n. 106, introduziu, no art. 28 T.U., um novo parágrafo 1-*bis*, que delegou à Comissão consultiva permanente para a saúde e a segurança no trabalho a elaboração dos critérios para a avaliação do estresse laboral.

Com a Circular de 18 de novembro de 2010⁹¹, a Comissão forneceu as indicações para a avaliação do estresse, que, a partir de 31 de dezembro de 2010, tornou-se obrigatória para todos os empregadores.

A Comissão afirma ter se inspirado nos princípios de “simplicidade, brevidade e compreensibilidade”, com o objetivo de “orientar as atividades dos empregadores, seus consultores e órgãos de fiscalização”, e destaca que os critérios elaborados definem apenas “o nível mínimo de implementação da obrigação de avaliação do risco de estresse relacionado ao trabalho”, cuja responsabilidade cabe inteiramente ao empregador. No entanto, o empregador pode valer-se da colaboração de figuras técnicas apropriadas (Responsável pelo Serviço de prevenção e proteção) e da colaboração dos representantes dos trabalhadores.

Foi clara a intenção da Comissão de facilitar o cumprimento de uma obrigação sancionada penalmente⁹² e, por isso, coerentemente com o disposto no

⁸⁹ Corte Giust. CE 15 novembre 2001, n. C-49/00, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, II, p. 247 ss., com comentários de SMURAGLIA Carlo, *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari. I ritardi dell'Italia nell'adempimento e le vie per uscirne*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, I, p. 183 ss.

⁹⁰ Cfr. ANTONUCCI Annamaria, *Il rischio da stress lavoro-correlato*, in TIRABOSCHI Michele; FANTINI Lorenzo (Coord.), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 587-588.

⁹¹ http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Notizie/20101118_stresslavorocorrelato.htm

⁹² Cfr. LAI Marco, *L'obbligo di valutazione del rischio da stress lavoro-correlato*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 2010, n. 8-9, p. 448.

art. 28 T.U., os critérios de avaliação do estresse não se referem a cada trabalhador, mas a “grupos homogêneos de trabalhadores” expostos às mesmas condições de estresse (por exemplo, os trabalhadores por turnos ou os empregados que desempenham a mesma tarefa).

O procedimento definido pela Comissão articula-se em duas etapas diferentes: uma avaliação “preliminar”, definida como “necessária”, que todos os empregadores devem cumprir; e uma segunda avaliação, definida como “eventual”, que deverá ser realizada apenas se a avaliação preliminar identificar elementos de risco de estresse laboral, e as medidas adotadas pelo empregador se revelarem ineficazes.⁹³

A avaliação preliminar “consiste na identificação de indicadores objetivos e verificáveis” em relação a três parâmetros distintos: os eventos “sentinela” (indicadores de acidentes, faltas por doença, *turnover*, procedimentos e sanções disciplinares; indicações do médico competente; queixas dos trabalhadores); os fatores de conteúdo do trabalho (ambiente de trabalho, equipamentos, carga, ritmos e horário de trabalho, turnos, conformidade entre tarefa e competências dos trabalhadores); os fatores de contexto do trabalho (o papel na organização, a autonomia de decisão e controle, os conflitos pessoais, a evolução da carreira, a certeza das exigências laborais).

A Comissão admite que, nas empresas de maior dimensão, esse levantamento seja limitado a uma amostra representativa dos trabalhadores.

Se a avaliação preliminar não detectar condições específicas de estresse que exijam a adoção de medidas corretivas, o empregador simplesmente informará sobre a avaliação realizada no documento de avaliação dos riscos. Se, ao contrário, a avaliação preliminar identificar a presença de fatores de estresse, o empregador adotará as medidas corretivas oportunas (modificação de horário, turno, tarefa, transferência, novos procedimentos, etc.).

Se as ações corretivas se revelarem ineficazes, será feita uma avaliação “aprofundada”, que também deverá levar em conta a percepção subjetiva dos trabalhadores através de questionários, entrevistas, consultas psicológicas. Essa fase poderá também ser realizada por grupos homogêneos de trabalhadores e, em empresas grandes, poderá ser realizada com uma amostra representativa dos trabalhadores.

Considerando o tempo necessário para a realização de tais atividades, a Comissão escolheu a data de 31 de dezembro de 2010 como data de início da avaliação preliminar.

Cabe, agora, questionar se a correta aplicação das indicações da Comissão é suficiente para garantir o cumprimento da obrigação de prevenção do estresse.

Para responder ao questionamento, é preciso esclarecer que a obrigação prevista pelo art. 28 T.U. refere-se apenas à avaliação dos riscos do ambiente de trabalho, permanecendo a obrigação da prevenção dos fatores de risco fixada pelo art. 2.087 do Código Civil.

As duas fases ficam, obviamente, ligadas uma a outra, já que não é possível ter prevenção sem uma avaliação prévia do risco, embora respondam a obrigações

⁹³ NUNIN Roberta. *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Ed. Univ. Trieste, 2012. p. 60 ss.

diferentes⁹⁴: a realização da avaliação dos riscos não libera o empregador da responsabilidade civil, por violação do art. 2.087 do Código Civil, se os fatores de estresse da organização do trabalho causarem dano à saúde do trabalhador.

O empregador não poderá limitar-se ao cumprimento das instruções da Comissão, mas também deverá adotar as medidas de prevenção mais apropriadas, tratando-se de uma obrigação que, segundo afirmado pela própria Comissão e pelo Acordo-Quadro, é de sua exclusiva responsabilidade.

11 AS MEDIDAS INDIVIDUAIS DE PREVENÇÃO DO ESTRESSE

A questão principal é, então, a identificação dos instrumentos de prevenção do estresse que, derivando de fatores objetivos e subjetivos, exige ações de caráter geral, além de medidas de natureza individual.

No plano da prevenção geral, o Acordo-Quadro europeu e os inúmeros estudos sobre a matéria oferecem uma visão bastante completa dos recursos que podem ser adotados para eliminar ou reduzir as causas de estresse; as medidas de proteção individual, ao contrário, devem ser definidas em função das características subjetivas de cada trabalhador.

Nesse sentido, surgem alguns problemas de solução nada fácil.

No que diz respeito à duração do desempenho, o empregador deve, obviamente, exigir um desempenho que não ultrapasse os limites pessoais de tolerabilidade do trabalhador, ainda que a duração do desempenho seja fruto da livre escolha do trabalhador.⁹⁵ Portanto, será necessário avaliar, de tempos em tempos, se a duração, o ritmo e a intensidade do desempenho são compatíveis com as capacidades pessoais do trabalhador.⁹⁶

Outra questão muito delicada diz respeito ao estresse derivado do exercício de tarefas monótonas ou repetitivas. A atribuição de tais tarefas exigiria, como para qualquer outra tarefa, uma avaliação cuidadosa da idoneidade psicofísica do trabalhador. A consequência é que, não havendo outros cargos disponíveis, o empregador é obrigado a despedir o trabalhador, caso as tarefas atribuídas a ele sejam perigosas para o seu estado de saúde.

⁹⁴ LUDOVICO Giuseppe. *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, p. 420; NUNIN Roberta. *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Ed. Univ. Trieste, 2012, p. 69 ss.

⁹⁵ Cass. 1 settembre 1997, n. 8267, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1997, p. 818 ss, com observações de GRAGNOLI Enrico; Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2000, n. 2, p. 395, com observações de LUDOVICO Giuseppe. “*Superlavoro*” e *demansionamento: due pronunce della Cassazione in tema di danno biologico e rilevanza delle concause naturali*; Cass. 8 marzo 2011, n. 5437.

⁹⁶ Sobre o dano resultante de desgaste físico e mental Cass. 27 luglio 2006, n. 17179, in *Giustizia Civile*. 2007, I, p. 127 ss; Cass. 6 giugno 2005, n. 11736; Cass. 3 aprile 2003, n. 5207, in *Giustizia Civile*. 2004, I, p. 3145 ss, com observações de DEL BORRELLO Gilda; Cass. 5 novembre 2003, n. 16626, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2004, II, p. 334 ss, com observações de BOLEGO Giorgio; Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, I, p. 834 ss., com observações de MARIANI Michele.

O estresse provocado pelas vexações e assédio no local de trabalho (o *mobbing*) deve ser tratado separadamente. Como já foi mencionado, em 2007 foi celebrado um Acordo-Quadro europeu específico sobre o tema.⁹⁷

É opinião unânime que o art. 2.087 do Código Civil obriga o empregador não apenas a se abster pessoalmente de tais condutas, mas também a fiscalizar para que não sejam praticadas por outros trabalhadores.⁹⁸

A prevenção do estresse provocado pela flexibilidade da relação de trabalho é bem mais difícil. A dificuldade de identificar medidas eficazes de prevenção se deve ao fato de que, nesses casos, o estresse não depende de fatores ligados ao ambiente de trabalho, mas do tipo de contrato utilizado (sobretudo por tempo determinado).

É suficiente lembrar que os princípios constitucionais e o art. 2.087 do Código Civil obrigam a considerar a saúde como um bem fundamental, que prevalece sobre o interesse do trabalhador à manutenção do emprego. Em outras palavras, a atividade de trabalho nunca poderá causar prejuízo à saúde do trabalhador, com a consequência de que, no caso de contraste, o contrato de trabalho deverá terminar imediatamente por impossibilidade do desempenho laboral.

O art. 28, parágrafo 1, T.U. obriga o empregador a avaliar também os riscos “ligados ao tipo de contrato específico, através do qual se presta o desempenho de trabalho.” É verdade que a norma se refere à maior periculosidade do ambiente de trabalho em relação aos trabalhadores temporários, mas a expressão é suficientemente ampla para poder incluir também o estresse provocado pela flexibilidade do contrato de trabalho.

12 O RESSARCIMENTO DO DANO DE ESTRESSE RELACIONADO AO TRABALHO: O PROBLEMA DO NEXO CAUSAL

Não é difícil compreender que o estresse provocará um aumento de ações judiciais dos trabalhadores para conseguirem um ressarcimento do dano provocado pela organização do trabalho.

⁹⁷ Sobre o *mobbing* v. CARINCI Maria Teresa. *Il mobbing: alla ricerca della fattispecie*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2006, n. 29, p. 42 ss.; BONORA Chiara; IMBERTI Lucio; LUDOVICO Giuseppe; MARINELLI Francesca. *Il mobbing nella giurisprudenza*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2006, n. 29, p. 109 ss.; PEDRAZZOLI Marcello (Coord.), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni da mobbing*, Zanichelli, Bologna, 2007; SCOGNAMIGLIO Renato. *A proposito del mobbing*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2004, I, p. 489 ss.; TOSI Paolo (Coord.), *Il mobbing*, Torino, Giappichelli, 2004; GRAGNOLI Enrico. voce “*Mobbing*”, in *Digesto Discipline Privatistiche Sezione Commerciale*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2003; VISCOMI Antonio. *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lavoro e Diritto*, 2002, p. 45 ss.; DEL PUNTA Riccardo. *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, p. 539 ss.; TULLINI Patrizia. *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2000, I, p. 251 ss.

⁹⁸ Cfr. GARATTONI Marina. *I dintorni del mobbing: dequalificazione, trasferimento, “superlavoro”, licenziamento e dimissioni coartate*, in PEDRAZZOLI Marcello (Coord.), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni da mobbing*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 372 ss.; TULLINI Patrizia. *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2000, I, p. 263.

Aqui também precisamos fazer alguns esclarecimentos. Antes de tudo, deve-se excluir que o estresse seja um dano ressarcível, já que o estresse não identifica a doença, mas a sua eventual causa.⁹⁹ As consequências do estresse serão, portanto, ressarcíveis apenas se provocarem um dano que possa ser classificado nas categorias gerais de dano patrimonial e não patrimonial.

Recentemente, o dano não patrimonial foi definido pelos juízes da Cassação da Itália como categoria unitária não susceptível de distinção nos diversos componentes do dano moral, biológico e existencial.¹⁰⁰ Isso quer dizer que, mesmo no caso de estresse, o ressarcimento do dano não patrimonial deverá ser avaliado e calculado de forma unitária.

É preciso, também, excluir que o ressarcimento exigido pelo trabalhador seja reconhecido automaticamente em sede judicial. O trabalhador tem a obrigação de provar que o dano é imputável ao empregador por violação do art. 2.087 do Código Civil, decorrente da não adoção de medidas de prevenção do estresse.

No entanto, o trabalhador é favorecido pela natureza contratual da responsabilidade prevista pelo art. 2.087 do Código Civil: ao trabalhador cabe apenas a prova do dano e do nexa causal com a atividade laboral, cabendo ao empregador demonstrar que o dano decorre de uma causa a ele não imputável.¹⁰¹

O trabalhador deve, portanto, demonstrar, nos termos do art. 1.223 do Código Civil, que o dano foi “consequência imediata e direta” da conduta do empregador.

Trata-se, evidentemente, de uma prova muito difícil. A dificuldade é que o trabalhador deve demonstrar que o estresse laboral representou a causa eficiente do dano, enquanto as circunstâncias extraprofissionais assumiram o valor de simples concausas.¹⁰²

Além da dificuldade de provar o nexa causal, há também o limite da previsibilidade do dano, conforme afirma o art.1.225 do Código Civil, segundo o qual, não havendo dolo, o ressarcimento deve ser limitado ao dano que podia ser previsto no momento em que surgiu a obrigação.¹⁰³

Esses limites parecem oferecer, portanto, garantias suficientes para que não sejam atribuídos à empresa os danos provocados por condições de estresse decorrentes, acima de tudo, do ambiente social e familiar.¹⁰⁴

⁹⁹ Cfr. CATAUDELLA Maria Cristina. *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2010. p. 688 ss.

¹⁰⁰ Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008 n. 26972-26975, com observações de SCOGNAMIGLIO Renato e DEL PUNTA Riccardo, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 486 ss e 510 ss.

¹⁰¹ Cass. 2 luglio 2008, n. 18107; Cass. 23 aprile 2008, n. 10529, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, II, p. 795 ss, con nota di PASQUARELLA Valentina; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, in *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2006. p. 471 ss; Cass. 28 luglio 2004, n. 14270, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2004, II, p. 79 ss.

¹⁰² Così Cass. 2 gennaio 2002, n. 5, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2002. p. 329 ss., con nota di PAPALEONI Marco.

¹⁰³ TURSI Armando. *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2003, I, p. 303 ss. e MAZZOTTA Oronzo. *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lavoro e Diritto*, 2004. p. 451.

¹⁰⁴ LUDOVICO Giuseppe. *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011. p. 428.

13 A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DAS PATOLOGIAS DERIVADAS DE ESTRESSE LABORAL

As doenças derivadas de estresse interessam também à cobertura de seguro contra acidentes e doenças profissionais.

As dificuldades, nesse caso, vêm da rigorosa noção de doença profissional, contida no art. 3 do d.p.r. n. 1124 de 1965, segundo o qual a doença profissional é apenas a doença “adquirida no exercício e por causa do trabalho.”¹⁰⁵

Isso significa que, se a doença for objetivamente imputável à atividade laboral, devido a tarefas alienantes, monótonas e repetitivas, atividades desgastantes, não haverá dúvida quanto à cobertura do seguro.¹⁰⁶

O verdadeiro problema, também nesse caso, vem do fato de que a doença pode ter sido causada por fatores extraprofissionais.¹⁰⁷ Não é por acaso que essas patologias não tenham sido consideradas, até agora, doenças profissionais, mas doenças comuns. Um problema que não afeta apenas a Itália, considerando que, em nível europeu, há apenas poucos milhares de casos de reconhecimento de doenças profissionais por estresse.¹⁰⁸

A questão surge em termos completamente diferentes quando a doença foi provocada por agressão e violência de colegas (*mobbing*). Nesses casos, a doença não é adquirida “no exercício e por causa do trabalho”, mas é provocada por circunstâncias alheias ao risco específico da atividade laboral.¹⁰⁹

Com a Circular n. 71 de 2003, o INAIL¹¹⁰ tentou ampliar a cobertura também às doenças provocadas por *mobbing*, interpretando de forma ampla a definição legislativa de doença profissional contida no art. 3 do d.p.r. n. 1124 de 1965.

No entanto, o Tribunal Administrativo Regional do Lazio¹¹¹ e o Conselho de

¹⁰⁵Em geral, sobre a definição de doença profissional LUDOVICO Giuseppe. *La malattia professionale*, in GIUBBONI Stefano; LUDOVICO Giuseppe; ROSSI Andrea. *Infortunati sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014. p. 183 ss.

¹⁰⁶LUDOVICO Giuseppe. *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai “nuovi” rischi da lavoro*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2006. p. 394 ss.; LAMBERTUCCI Pietro. *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2010. p. 364 ss.

¹⁰⁷Cfr. Cass. 21 luglio 2010, n. 17193; Cass. 14 maggio 2008, n. 12083; Cass. 26 febbraio 2008, n. 5053; Cass. 11 settembre 2006, n. 19434; Cass. 20 agosto 2004, n. 16392.

¹⁰⁸Cfr. VOGEL Laurent; PAOLI Pascal. *New scope for the Community health and safety at work strategy 2007-2012*, Etui-Rehs, 2006, p. 51, que revelam como, em 2001, os distúrbios músculo-esqueléticos devidos, tipicamente, ao estresse, embora os trabalhadores afetados sejam mais de 50 milhões, foram reconhecidos como doenças profissionais apenas em 11.169 casos na UE com 12 membros, e em 18.490 casos na UE com 15 membros (para ver os dados, KARJALAINEN Antti; NIEDERLAENDER Elodie. *Occupational Diseases in Europe in 2001*, Eurostat, 2004. p. 3).

¹⁰⁹LUDOVICO Giuseppe. *La malattia professionale*, in GIUBBONI Stefano; LUDOVICO Giuseppe; ROSSI Andrea. *Infortunati sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2014. p. 192 ss.

¹¹⁰Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro.

¹¹¹TAR Lazio 4 luglio 2005, n. 5454, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, n. 12, 1119, con nota di SORGI Carlo.

Estado¹¹² anularam essa Circular, reconhecendo que a interpretação do INAIL exigia uma alteração legislativa específica que não pode ser realizada com uma simples Circular do INAIL.

As sentenças dos juízes administrativos obviamente não resolveram o problema de garantir a cobertura de seguro para essas doenças¹¹³, e foi preciso esperar a intervenção do legislador sobre o art. 3 do d.p.r. n. 1124 de 1965.

Cabe, no entanto, o questionamento sobre os efeitos de uma intervenção desse tipo: por um lado, a ampliação da noção de doença profissional não poderia limitar-se apenas às doenças derivadas de *mobbing*, mas a qualquer doença não diretamente imputável ao risco específico da atividade laboral, com o aumento conseqüente da contribuição; por outro lado, a inclusão dessas doenças na cobertura dos seguros deveria garantir ao INAIL o exercício da ação regressiva contra o empregador.¹¹⁴

É por isso, talvez, que o legislador não modificou, até agora, a noção do art. 3 do d.p.r. n. 1124 de 1965.

14 CONCLUSÕES

Podemos, por fim, fazer algumas outras considerações sobre o estresse laboral. É difícil não considerar esse fator de risco como a consequência direta de um sistema econômico altamente competitivo que obriga as empresas à contínua busca da máxima eficiência produtiva.

É evidente que tal situação não pode ter efeitos prejudiciais para os indivíduos que devem, concretamente, cumprir com os objetivos das empresas e que, conseqüentemente, são obrigados a sofrer a contínua tensão do sistema econômico.

Na prática, essa é a maior contradição do estresse laboral: um risco provocado por um sistema econômico que não gera apenas maior riqueza, mas também maior dano.

ABSTRACT

This article aims to analyze the effects of technological changes in the work for the health of the workers and, in particular, consider the measures of prevention, compensation and indemnity in the legal framework of the Italy and the European Union.

Keywords: *European Union and Italian legal framework. Work transformations. Psychosocial risks. Work related stress. Health effects. Prevention. Damage. Social security benefits.*

¹¹²Cons. Stato 17 marzo 2009, n. 1576, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 1042, con nota di LUDOVICO Giuseppe. *L'Inail e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore.*

¹¹³GIUBBONI Stefano. *L'Inail e il mobbing: una critica al Consiglio di Stato*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, p. 729 ss.; GIUBBONI Stefano. *Mobbing e tutela previdenziale*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2005, n. 29, p. 172 ss.; CORSALINI Guglielmo. *Il mobbing: tutela giuridica e protezione previdenziale*, in *Diritto e Giustizia*, 2004, n. 33, p. 89 ss.

¹¹⁴LUDOVICO Giuseppe. *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 137 ss.

DECISÃO PRECURSORA

DECISÃO PRECURSORA

Decisão*

3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Coronel Fabriciano - MG

Ata de Audiência - Processo n. 03/0972/99

Aos 20 dias do mês de outubro do ano de 1999, às 17:55 horas, reuniu-se esta 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Coronel Fabriciano/MG, em sua sede, e sob a Presidência do Juiz do Trabalho, Dr. MAURO CÉSAR SILVA, presentes os Srs. PAULO RODRIGUES DE SOUZA, Juiz Classista representante dos empregados, e JOSÉ MARIA ROCHA KASCHER, Juiz Classista representante dos empregadores, para julgamento da reclamação trabalhista ajuizada por CRISTIANO COELHO LUCAS em face de CIA. DE AÇOS ESPECIAIS ITABIRA - ACESITA S/A., relativa à indenização, etc. ... , no valor de R\$160.993,87.

Aberta a audiência, de ordem do MM Juiz Presidente, foram apregoadas as partes, ausentes.

Proposta a solução do dissídio e colhidos os votos dos Srs. Juízes Classistas, preferiu a Junta a seguinte decisão:

Vistos, etc...

I - Relatório

CRISTIANO COELHO LUCAS, qualificado na inicial (fl. 02), assistido por seu avô e tutor ANTÔNIO LUCAS, também qualificado, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho em face de ACESITA S/A., alegando, em síntese, que seu pai, o Sr. GINO MAURÍCIO LUCAS, foi admitido aos serviços da reclamada em 3/1/80, exercendo a função de OPERADOR VI, quando em 29/11/97 sofreu morte instantânea decorrente de acidente de trabalho. Deu-se o óbito quando trabalhava, juntamente com dois colegas, na plataforma do equipamento denominado LD II, que, contendo aço líquido, em temperatura superior a 1.000°C, basculava seu conteúdo na direção de outro recipiente em forma de panela, em virtude de uma reação química seguida de explosão fazendo projetar a pasta de ferro que o fulminou. Aduz que as explosões são comuns na produção de aço, conforme depoimento prestado por Weverton Gomes de Oliveira perante a Delegacia de Polícia de Timóteo. Assevera ser manifesta a culpabilidade da reclamada pela morte das vítimas, visto que o acidente resultou de falhas técnicas no refinamento do aço e insegurança do equipamento de trabalho, conforme relato da Subdelegacia do Trabalho em Ipatinga, na mesma linha adotada pela comissão interna nomeada pela reclamada com a finalidade de apurar o fato. No mesmo diapasão, continua, que foi o laudo dos peritos criminais que concluiu por falhas no processo de refinamento de aço com rompimento de portão cuja finalidade era evitar a projeção do aço líquido, citando trechos do referido laudo.

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Acrescenta que, em apenas 12 meses, ocorreram 08 acidentes fatais na reclamada, todos em área considerada gargalo da produção, enquanto que a produção de aço bateu recordes. Antes da privatização da reclamada, a medição da temperatura do aço era medida do lado contrário ao do basculamento e, durante o funcionamento do convertedor, era proibida a presença de pessoas na plataforma, especialmente quando da transferência do aço para a panela. Após a privatização, para se ganhar tempo, a temperatura passou a ser medida do mesmo lado do basculamento e no início deste. Apesar de conhecer os riscos e estar ciente da situação de perigo, a reclamada não adotou as providências necessárias e plenamente possíveis para evitar o acidente. Não há que se falar em caso fortuito ou força maior, tampouco de culpa exclusiva da vítima, é indisputável a cumulação da responsabilidade acidentária com a responsabilidade civil comum, a teor da Súmula 229 do STF. Na época do acidente, o pai do reclamante percebia R\$1.136,08. O reclamante vivia sob dependência econômica da vítima, donde sua legitimação para postular indenização por danos materiais, em forma de pensão mensal. O dano moral decorre da gravidade do ato ilícito, eis que a morte prematura do pai do reclamante gera uma presunção natural de profunda dor, tristeza e insegurança, ou seja, o dano moral existe *in re ipsa*, devendo ser fixada uma indenização não inferior a 1.000 salários mínimos.

Pediu o pagamento de pensão mensal, vencidas e vincendas, além de danos morais. Deu à causa o valor de R\$160.993,87. Com a inicial, os documentos de fl. 06/31 e procuração de n. 32.

Defendeu-se a reclamada articulando em prefacial a incompetência da Justiça do Trabalho, visto que o fundamento do pedido decorreria de um suposto ato ilícito que atribui à empresa que daria ensejo à responsabilidade civil e, portanto, a causa de pedir não advém do contrato de trabalho, tratando-se de matéria afeta à competência da Justiça Comum, invocando decisões em favor de sua tese. No mérito assevera, em síntese, que não houve culpa no infortúnio descrito na inicial, visto que o processo de fabricação do aço se dá na mais moderna técnica disponível, observados os parâmetros de segurança. Nega que ocorram explosões no convertedor, que gira 360°C, não podendo se falar em lado contrário do basculamento, e o material projetado na plataforma a ponto de atingir os que lá trabalhavam no dia do infortúnio foi escória. O laudo do Sr. Subdelegado do Trabalho está distorcido em virtude de seu desconhecimento técnico. A explosão havida no dia do acidente teve proporções extremamente superiores às que, em processo normal, ocorrem na fabricação do aço, cuidando-se de fato inédito e imprevisível em toda a história de funcionamento da reclamada que supera 18 anos. A referida explosão atingiu proporções inigualáveis a ponto de romper o travamento do portão, não podendo se falar em ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita da empresa, pelo que se conclui pela inexistência de culpa e, conseqüentemente, não haverá responsabilidade civil e, portanto, não haverá obrigação de indenizar. A vítima era treinada para executar o trabalho e o desempenhava devidamente amparada por EPI. Na absurda hipótese de sobrevier condenação há que se observar o pensionamento na forma do art. 1.537, II, do CCB, observando-se o salário da vítima, descontando-se as despesas e gastos pessoais, devendo ser fixada em 1/3 do salário mínimo, limitada à idade de 21 anos do reclamante, quando cessaria a obrigação alimentar dos progenitores.

Ainda que assim não fosse, o pensionamento vigoraria até o limite de 65 anos do falecido, conforme estimativa de vida média do brasileiro levantada pelo IBGE. Assevere que é absurdo o pedido de indenização por danos morais em 1.000 salários mínimos, que foge aos critérios de razoabilidade, invocando as conclusões do encontro dos Tribunais de Alçada, pugnando pela fixação máxima de 15 salários mínimos.

Trouxe os documentos de n. 51/55 e procuração de fl. 56, manifestando-se o autor às fl. 60/64.

Foram colhidos os depoimentos do preposto da reclamada e de quatro testemunhas, sendo duas trazidas pelo autor e duas pelo reclamado.

À falta de outras provas, determinou-se o encerramento da instrução, com razões finais orais, pelas partes, restando em vão os esforços conciliatórios.

É o relatório.

II - Fundamentos

II - 1. Da competência

Sustenta a reclamada a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar os pedidos de indenização formulados pelo autor, tendo em vista que se fundam em infortúnio caracterizado como acidente do trabalho, o que estaria fora dos limites traçados pelo disposto no art. 114 da Carta Magna.

Situar as questões como a que ora se examina e outras diversas envolvendo pedidos de indenizações decorrentes de danos morais, materiais, estéticos e outros causados ou não por acidentes do trabalho na esfera da Justiça do Trabalho ainda está a suscitar inconformismos. Não será difícil, entretanto, compreender que não se trata de alargar os limites do disposto no art. 114 da Carta Magna, mas lhe dar a devida extensão fugindo de uma visão desatualizada que os operadores do direito ainda insistem em manter.

Tomemos de empréstimo as profícuas lições do Professor Sebastião Geraldo de Oliveira, para quem, na vigência da Constituição da República de 1967, a competência para julgar as controvérsias resultantes de acidente do trabalho era da Justiça Comum Estadual, conforme se extrai do art. 142 da referida Carta, notadamente em seu parágrafo segundo, cuja redação é interessante verificar:

Os litígios relativos a acidentes do trabalho são de competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Trouxe a Constituição da República vigente desde 5/10/88, no bojo dos Direitos Sociais, o disposto no art. 7º, inc. XXVIII, cuja redação deve ser conferida:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII-- seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Por esse preceito já se pode notar que o Constituinte de 1988, além de não fazer a ressalva que anteriormente gizava o Texto Constitucional revogado, inseriu na esfera de responsabilidades dos empregadores a obrigatoriedade de responder pelos efeitos dos acidentes do trabalho.

Por outro lado, o pleito de indenização decorrente de acidente do trabalho ou de pensão mensal indubitavelmente se reporta a um fato situado na órbita da relação que envolve empregado e empregador, denominada contrato de trabalho por conta alheia, ocorrida no ambiente onde era executado o labor sob os comandos do tomador dos serviços. Trata-se, portanto, de um pleito decorrente da relação de emprego havida entre as partes, situada no estuário da norma constitucional definida no art. 114 da Constituição da República.

Dissertando sobre o tema, o Professor Valdir Florindo destaca a decisão proferida pelo STF no julgamento do conflito de jurisdição 6959-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJU de 22/2/91, pág. 1.259, de onde se extrai:

Ementa:

Justiça do Trabalho. Competência. CF, Artigo 114. Ação de empregado contra o empregador, visando à observância das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.

1. Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.

2. A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de Direito Civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. "Como resulta do art. 114, no que interessa, a Constituição cometeu à Justiça do Trabalho 'conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, dissídios, porém, que não de ser os decorrentes da relação de trabalho.'"

O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de Direito Civil.

Não será a fonte formal de direito invocada que definirá a competência do órgão jurisdicional, mas a qualidade jurídica ostentada pelos sujeitos do conflito intersubjetivo de interesses, assevera o Ministro João Oreste Dalazen, pois, a se pensar contrariamente, de nada serviria o disposto no art. 8º consolidado que permite a invocação de normas de direito comum como fonte subsidiária ao Direito do Trabalho. Assim ocorre nas ações compensatórias, consignatórias, reconhecimento de estabilidade resultante de acidente de trabalho e seu notório caráter previdenciário da norma, nas indenizações substitutivas de seguro-desemprego.

O insigne Juiz Vander Zambeli Vale, em seu trabalho *Acidente de Trabalho - Culpa do Empregador - Indenização - Competência da Justiça do Trabalho*, publicado em *TEMAS DE DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO*, Ed. Del Rey e

AMATRA III, Belo Horizonte, 1996, pág. 331 e seguintes, revela-nos que:

Ora, se a competência da Justiça Comum é eminentemente residual, para a fixação de seu âmbito, o primeiro passo há de ser a delimitação das competências das Especiais, adotando-se obviamente em tal mister os critérios estabelecidos pela Constituição e demais leis, situando-se, assim, por exclusão, o campo de atuação da jurisdição comum. A inversão da ordem atenta contra a Constituição e fere o senso lógico quando se procura a competência residual sem se considerar a expressamente prevista.

[...]

Vê-se que a Carta Magna, em relação à Justiça Especial, institui competência em razão das pessoas, abrangendo todas as controvérsias ocorridas no relacionamento entre empregados e empregadores nestas qualidades.

[...]

Retomando o cerne da questão, se o conflito de interesses se dá entre trabalhador e empregador e tem como substrato a relação de emprego, é indubitável a competência da Justiça do Trabalho, seja qual for a natureza da matéria envolvida. É, pois, *sui generis*, a competência fixada no art. 114, já que, na mesma intensidade com que qualifica as pessoas (trabalhador e empregador), condiciona também a natureza da relação jurídica, que só pode ser de emprego.

Nessa linha de ideia, o Ilustre Professor Sebastião Geraldo de Oliveira destaca que

[...] o art. 109, I, da Constituição exclui da competência da Justiça Federal as causas relativas ao acidente do trabalho, bem como aquelas sujeitas à Justiça do Trabalho. Esse dispositivo, entretanto, não define que todas as questões envolvendo acidente de trabalho sejam automaticamente de competência da Justiça Estadual Comum, apenas registra uma exceção à regra geral, qual seja, sempre que participar da relação processual entidade autárquica federal - como é o caso do INSS - a competência será da Justiça Federal, mas, ao envolver as partes do contrato de trabalho, logicamente o pleito há de ser resolvido pela Justiça Laboral. (Rev. TRT 3ª Região, n. 58, jan./dez.98)

Aliás, se a questão há de ser submetida ao Judiciário, não se compreende porque não ao seguimento que mais se afina com as questões envolvendo trabalho assalariado, trabalhador e seu respectivo tomador de serviços, estando material e pessoalmente aparelhados para o exame célere da questão. Toda essa insistência com relação à competência faz-nos supor que a reclamada acredita que não estaríamos à altura de julgar ou pretende com isso criar expedientes protelatórios.

Acrescente-se que o Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, manifestou-se no sentido de que:

Cuida-se, pois, de dissídio entre trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho, o que basta, conforme o artigo 114 da Constituição, a firmar a competência da Justiça do Trabalho, nada importando que deva ser solvido à luz de normas do Direito Civil.

(STF-1ª Turma - RE n. 238.737-4 - São Paulo. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, prof. em 17/11/98 - Publ. DJ 5/2/99 - Ementário 1937-18)

De todo o exposto, conclui o Colegiado pela competência da Justiça do Trabalho, afastando a exceção sustentada.

II - 2. Do infortúnio e suas repercussões

Superada a questão da competência, vamos aos fatos.

No dia 29 de novembro de 1997, na aciaria da ACESITA, por volta das 07:30 horas, operava o vaso convertedor LD II, contendo, em seu interior, a uma temperatura próxima de 1.500°C, a mistura de ferro gusa, sucata, cal dolomítico e minério de ferro com a finalidade de se obter o aço que distingue a reclamada no cenário mundial como uma produtora de notável qualidade. No momento em que o referido equipamento basculava para despejar seu conteúdo em uma panela situada em plano inferior, uma parte de sucata que ainda não havia se fundido integralmente precipitou no seu interior, provocando uma reação química seguida de explosão, que, por sua vez, ejetou grande quantidade de escória incandescente em várias direções, atingindo, inclusive, a plataforma na qual havia três operários em postos de trabalho. Não obstante estarem individualmente protegidos, a grande quantidade de material à altíssima temperatura (superior a 1.000°C) rompeu a trava do portão que os protegia e terminou por vitimá-los fatalmente. Uma das vítimas, o pai do autor, Sr. Gino Maurício Lucas, operador VI, trabalhando para a reclamada desde 1980, encontrava-se na já mencionada plataforma, retirando amostras da temperatura do interior do vaso convertedor com um tubo. Também sucumbiram os colegas Magno Gonçalves Heleno e Nilton Teixeira da Silva.

A instrução processual nos revelou que o método de fabricação do aço na reclamada, naquele dia, não deixou de seguir os parâmetros normalmente adotados, revelando também que, em se tratando de um processo químico objetivando fundir material à altíssima temperatura, implica habituais explosões de reduzidas proporções capazes de arremessar pequenas quantidades de material para fora do vaso convertedor.

A ideia que se faz para melhor compreensão é de um vaso de avantajadas proporções (80 toneladas) semelhante a um vulcão em erupção, contendo em seu interior um líquido incandescente à altíssima temperatura. Os movimentos desse vaso são controlados, como o é a reação que se passa em seu interior, já que o produto final que se busca é fruto de uma mistura delicada e meticulosamente preparada, observando-se com rigor as quantidades de materiais necessários à obtenção do mais perfeito aço. Portanto, é natural que resultem desse processo químico pequenas explosões que fazem projetar material para fora do vaso convertedor.

As pequenas e habituais explosões na visão das testemunhas trazidas pelo reclamante, chegavam a quebrar vidros danificar equipamentos, mas, na visão daquelas que a reclamada buscou ouvir, não chegavam a provocar dano algum. Naquele fatídico dia, entretanto, um tal pedaço de sucata não se fundiu completamente e, ao precipitar-se na mistura, provocou a explosão de proporções inesperadas, projetando grande quantidade de material do interior do vaso a

ponto de atingir violentamente o portão que protegia Gino Maurício Lucas, abriu-lo e vitimá-lo fatalmente.

Assim, afigura-se que o processo de fabricação do aço nesse setor envolve sérios riscos e exige a proteção daqueles que nele laboram. Do ponto de vista individual, a proteção deve dar-se por meio do fornecimento dos chamados EPIs (equipamentos de proteção individual) descritos exaustivamente na Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho, e do ponto de vista coletivo, adotando medidas e equipamentos tendentes a evitar a exposição dos trabalhadores ao risco que somente um EPI não teria condições de suportar.

Um desses equipamentos de proteção coletivo era um portão atrás do qual estava o Sr. Gino Maurício Lucas, que possui cerca de 15 cm de espessura e assemelha-se a um radiador, pois é permeado de tubos nos quais circula água objetivando resfriá-lo. Originalmente fora projetado para proteger quem atrás dele se posta, mas foi reforçado há 08 anos aproximadamente, pois foi considerado insuficiente à época.

A trava do portão, à época do infortúnio, pode-se dizer que não constituía um equipamento adequado à finalidade, pois o deslocamento de ar gerado pela reação química e a explosão que a sucedeu no fatídico dia 29/11/97, foram suficientes para rompê-la, permitindo a abertura do portão, deixando a vítima vulnerável à ação do líquido incandescente projetado para o exterior do vaso convertedor.

Em seguida ao acidente, a reclamada cuidou de restabelecer as condições de operação mantendo, o portão já multimencionado, mas efetuou a troca da referida trava, dotando-a de um sistema de aviso que anuncia seu funcionamento, o que revela uma preocupação com o futuro no sentido de se evitar acidentes, mas também uma prova da insuficiência do sistema anterior.

Melhor dizendo, não é a troca da trava que denuncia a culpa da reclamada pelo evento, mas seu aperfeiçoamento revela que os riscos sempre existiram em proporções muito maiores do que se calculava. Aliás, as testemunhas trazidas pela reclamada esclareceram que o portão e a respectiva trava nunca tinham sido submetidos a ensaios de riscos.

A reclamada não adotou, portanto, todas as medidas necessárias a eliminar totalmente o risco, permitindo a exposição de trabalhadores a eventos, como o que ora se analisa, não obstante a avançada tecnologia de que dispõe para produzir aço, assumindo com isso os resultados danosos dessa conduta. Vale dizer, a busca de proteção a infortúnios deveria seguir a mesma velocidade com que se persegue produtividade e excelência da qualidade do produto, levando-se em conta que o ser humano deveria ser o destinatário de toda proteção.

É bem verdade que hoje há relações de trabalho que não permitem mais jornadas absurdas e explosão de mão de obra sem freios, e nem se quer fazer comparação da reclamada, mas, de um modo geral, as empresas têm exposto seus trabalhadores ao risco, de tal modo que nos faz lembrar o clássico "Tempos Modernos" no qual o genial Charles Chaplin produz ácida crítica à busca exasperada da produção acima de todas as coisas, inclusive ao ser humano que chega a ser tragado literalmente pela máquina.

A insuficiência da proteção coletiva, notadamente pela ausência de ensaios dos anteparos, pela insuficiência da trava do portão e pelo rompimento deste pela

quantidade de material ejetado do interior do vaso convertedor, permite ao Colegiado concluir que a reclamada agiu culposamente, permitindo a exposição do Sr. Gino Maurício Lucas a um risco que se concretizou-se em vitimá-lo fatalmente. Portanto há uma atitude de omissão da reclamada considerada culposa, cujas consequências, pelos danos causados, implicam a necessidade de ser reparada.

Portanto, tendo a reclamada se descuidado de seus deveres, concorreu para o evento do acidente de forma culposa, caracterizando-se o ato ilícito, gerando o direito à reparação. Não há que se falar em caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, eis que suficientemente provado que o trabalho era prestado em ambiente de risco.

O documento intitulado INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTE GRAVE OU FATAL (fls. 15 e 16) destaca, entre outras informações subscritas pelo Sr. Subdelegado do Trabalho em Ipatinga, ratificando as análises levadas a efeito pelo Sr. Engenheiro Adolfo S. Jacob (Agente de Inspeção do Trabalho), que o acidentado não recebia as instruções para a execução do trabalho (fls. 15-verso); que o sistema de proteção coletiva não era adequado e eficiente; não existindo sinalização da área de risco (fl. 16).

Na mesma esteira, os peritos criminais afirmaram que “[...] a corrida do LD II em apreço foi uma operação comprometida.” (fl. 20)

Os elementos carregados aos autos permitem concluir, sem ensejo à dúvida, que a vítima trabalhava em ambiente de risco, denotando a culpa da reclamada em omitir-se de eliminá-los, permitindo a ocorrência do infortúnio, sendo inquestionável o nexos de causalidade.

Assim, com fulcro no disposto nos artigos 159 e 1.539 do CCB, condena-se a reclamada a reparar o dano causado, indenizando o autor na base de 05 (cinco) salários mínimos mensais até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade desde a data do evento, portanto, parcelas vencidas.

O infortúnio trouxe, ainda, danos de caráter moral à pessoa do reclamante, haja vista tratar-se de filho único que vivia sob as expensas da vítima. A morte atingiu profundamente o reclamante em extensão que não se pode mensurar. A reparação pecuniária que se busca pode não fazer face à amargura instaurada no âmago do reclamante pela perda prematura de seu pai; entretanto, pode fornecer-lhe meio de materialmente se preparar para os desafios da vida.

O objetivo da indenização por danos morais é, na lição de Caio Mário da Silva Pereira, 1º) punir o infrator pela ofensa a uma bem jurídico; 2º) pôr nas mãos do ofendido uma importância que garanta a satisfação de qualquer espécie.

Na fixação da indenização decorrente do dano moral, há que se observar, seguindo as precisas lições do Prof. Sebastião Geraldo, o grau de culpa do empregador, o dano em si e as condições econômicas da vítima e do empregador, o que deságua em solução casuística, implicando invocar-se o disposto no artigo 1.538, § 2º do CCB e 53 da Lei 5.250/67.

Em função do exposto, buscando, além de lenitivos à dor do reclamante, o caráter pedagógico da indenização, o Colegiado a fixa em 1.000 (um mil) salários mínimos.

Deverá a reclamada constituir um capital que garanta o cumprimento da pensão fixada até quando a vítima completaria 65 anos, conforme previsto no artigo 602 do CPC.

III - Conclusão

À luz do exposto, resolve esta 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Coronel Fabriciano - MG, à unanimidade, julgar procedentes, em parte, os pedidos aduzidos na ação trabalhista movida por CRISTIANO COELHO LUCAS em face de CIA. AÇOS ESPECIAIS ITABIRA - ACESITA, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, em 48 horas, as seguintes verbas: indenização por danos morais no importe de 1.000 (um mil) salários mínimos; indenização por dano material consubstanciada em pensão importe de 5 (cinco) salários mínimos mensais no período que vai da ocorrência do infortúnio até quando a vítima completaria 65 anos de idade.

Deverá a reclamada constituir um capital que garanta o cumprimento da pensão fixada até quando a vítima completaria 65 anos, conforme previsto no artigo 602 do CPC.

Efetuem-se os recolhimentos fiscais, onde couber fazê-los.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$3.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação em R\$150.000,00.

Intimem-se as partes.

Encerrou-se

Mauro César Silva
Juiz do Trabalho

Paulo Rodrigues de Souza
Juiz Classista Representante dos Empregadores

José Maria Rocha Kascher
Juiz Classista Representante dos Empregados

Marcelo Queiroz Horta
Diretor de Secretaria

Comentário*

Honrada com o convite para tecer comentários sobre a sentença proferida pelo nobre Magistrado Mauro César Silva, quando este era Juiz Titular da primeira Vara do Trabalho de Betim, tenho a dizer que a respeitável decisão é precursora, de vanguarda, porque, já no ano de 1999, declara a competência da Justiça do Trabalho para julgar pedidos, cuja origem é o infortúnio caracterizado como acidente de trabalho, ao tempo em que a Constituição Federal ainda não o declarava expressamente, o que veio a ocorrer somente em dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, através do seu artigo 114, inciso VI.

A referida decisão, ao lado de outras proferidas por juízes do trabalho, faz parte do movimento que se empenhou no sentido de trazer, para o âmbito da Justiça do Trabalho, as causas relativas a acidente de trabalho.

Com o deslocamento definitivo dessa competência para a Justiça do Trabalho, era sabido que a celeridade e o dinamismo desse ramo especializado do Poder Judiciário viriam conferir mais dignidade às relações laborais, considerando que a resposta rápida ao jurisdicionado traz confiança e o incentivo para o acesso à Justiça.

Nos fundamentos da r. sentença, o d. Magistrado teceu considerações a respeito de se estar fugindo de uma visão desatualizada, haja vista que a Constituição de 1988 trouxe, no bojo dos direitos sociais, através do artigo 7º, inciso XXVIII, “seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, contrapondo-se ao artigo 142 da antiga Constituição, de 1967, que declarava ser da competência da justiça ordinária os litígios relativos a acidentes do trabalho.

Na esteira dessa atuação vanguardista dos juízes, aceleram-se mecanismos de atuação do Poder Legislativo para elaboração das leis, notadamente em ocasiões de crise política.

Assim, determinadas decisões judiciais direcionam os olhares ao clamor social e à necessidade premente da maior certeza sobre situações jurídicas específicas, sendo de acentuada importância a questão da competência e da jurisdição.

Essa postura proativa de juízes em prol das mudanças necessárias se encaixa na denominação de “ativismo judicial” e interfere de maneira significativa nas opções políticas dos demais poderes. O juiz que exerce o ativismo judicial, por sua vez, insere-se no conceito de juiz diligente, expedito, laborioso.

A questão fática que envolve o julgamento ora em análise trata de acidente fatal, que vitimou um empregado e deixou sequelas morais em pessoa que era sua dependente.

Do relatório da r. sentença tem-se notícia de que a empresa reclamada, depois de privatizada, negligenciou a questão de mecanismos de segurança e que o número de acidentes fatais, desde então, tivera aumento acentuado.

Caracterizada a culpa da empresa empregadora pelo infortúnio, foi condenada a pagar indenização por danos morais.

* Comentário feito pela Desembargadora Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida.

Portanto, no mérito, o julgamento também se deu nos moldes do que ocorre atualmente.

Já não existindo controvérsia sobre a competência da Justiça do Trabalho para as ações oriundas de acidente de trabalho, o acerto do deslocamento dessa competência se revelou ao longo do tempo.

É que se trata de conflito que tem origem na relação de trabalho, e esse ramo especializado da Justiça, com mecanismos específicos de atuação, tem condição para prestar uma jurisdição mais atenta e célere.

A eficácia do atendimento ao jurisdicionado nas questões relativas a acidentes de trabalho trouxe consciência às pessoas prejudicadas para que atuassem na busca de seus direitos, cujos desdobramentos se revelam também nas reivindicações por trabalho seguro e na conscientização das empresas em relação ao investimento no capital humano e na adoção de atitudes mais humanitárias, em relação a seus trabalhadores.

Atualmente, quase dezesseis anos depois, o Poder Judiciário vem atuando ainda com mais ênfase na prolação de decisões precursoras, que fazem acelerar procedimentos de elaboração de leis pelo Poder Legislativo e trazem harmonia para questões sociais que a base legal ainda não consegue prever.

Merecem aplausos os juízes, cuja atuação judicial se destaca, em relevante contribuição para a paz e o progresso social.

LUCILDE D'AJUDA LYRA DE ALMEIDA
março de 2016.

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO**TRT-01181-2012-060-03-00-0-RO**

Publ. no "DE" de 28/1/2015

RECORRENTES: MD PREDIAL LTDA. (1)

LUCIANO AUGUSTO DE OLIVEIRA (2)

RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Empregadora é a empresa (pessoa física ou jurídica) que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, dirige e assalaria a prestação pessoal de serviços de natureza não eventual e subordinada. A expressão "assumindo os riscos da atividade econômica", contida no *caput* do artigo 2º da CLT, não se restringe ao aspecto financeiro da empresa, com limites em torno da principal prestação devida ao empregado: salário, cuja natureza, a um só tempo, é alimentar e forfatária. As atividades profissionais do empregado, comandadas pela empregadora, expandem-se, multiplicam-se, diversificam-se, variam de acordo com as necessidades produtivas e tornam-se, a cada dia, mais e mais complexas, especializadas e envoltas em agudo risco acidentário, próprio do crescimento da sociedade, bem como do avanço tecnológico e robótico, exigindo, via de regra, aperfeiçoamento, conhecimento e cautela, técnica, capacidade, informação e treinamento por parte do empregado, em procedimentos viabilizados pela empregadora, que é a detentora dos meios da produção, e responsável pela segurança e pela saúde de seus empregados. Constitui, por conseguinte, obrigação da empresa não apenas implementar medidas que visem à redução dos riscos de acidentes, mas também ações concretas hábeis a ampliar a segurança do trabalhador no local de trabalho. Risco da atividade econômica significa também risco de acidente no ambiente de trabalho, que se projeta para fora de seus muros. Nesse contexto, tem a empregadora dever de vigília, seja quanto à pessoa do empregado, seja no que concerne ao local e forma de trabalho em sua acepção mais ampla, uma vez que, nos limites do *ius variandi*, ao dirigir a prestação pessoal de serviços, a empresa enfeixa em sua órbita, ainda que potencialmente, os poderes organizacional, diretivo, fiscalizatório e disciplinar. Em contrapartida, o empregado, nesse contexto, se submete aos comandos de quem lhe comprou a força de trabalho que, por isso, torna-se responsável pelas lesões derivadas de suas atividades. A reparação por danos morais está prevista nos artigos 7º, XXVIII, da Constituição Federal, e 186 e 927 do Código Civil. Maria Helena Diniz, citada por Sebastião Geraldo de Oliveira, define responsabilidade civil como sendo "a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por

alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”
(Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2006. p. 71.)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto de decisão do d. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Itabira, em que figuram como recorrentes e como recorridos MD PREDIAL LTDA. e LUCIANO AUGUSTO DE OLIVEIRA.

RELATÓRIO

O d. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Itabira, através da decisão da lavra do MM. Juiz ANDRÉ LUIZ GONÇALVES COIMBRA, às f. 549/553, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou PROCEDENTE, EM PARTE, a pretensão deduzida em juízo por LUCIANO AUGUSTO DE OLIVEIRA em face de MD PREDIAL LTDA., condenando a reclamada a pagar ao reclamante as parcelas constantes da conclusão, devidamente corrigidas.

As partes opuseram embargos de declaração, sendo julgado PROCEDENTE, EM PARTE, o apelo do reclamante, para prestar os devidos esclarecimentos e IMPROCEDENTES os opostos pela ré, consoante se infere às f. 566/567.

A reclamada interpôs recurso ordinário, às f. 573/605, arguindo preliminar de nulidade da r. sentença, diante do indeferimento da denunciação da lide. No mérito, pleiteia a reforma da r. decisão de origem quanto à indenização por danos morais, aos danos estéticos, aos danos materiais e aos lucros cessantes.

O reclamante também interpôs recurso adesivo, às f. 648/657, visando a ampliar o valor da indenização por danos morais e estéticos, bem como o deferimento da indenização por danos materiais, com a inclusão das parcelas referentes às férias acrescidas de 1/3 e FGTS.

Ofertadas contrarrazões pelo reclamante e reclamada, às f. 624/647 e 661/671.

Dispensado o parecer da d. Procuradoria Regional do Trabalho, conforme artigo 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Preliminar de não-conhecimento da matéria referente à indenização por danos materiais, com a inclusão das parcelas referentes às férias acrescidas de 1/3 e FGTS arguida de ofício

Deixo de conhecer do recurso do reclamante no que tange à indenização por danos materiais, com a inclusão das parcelas referentes ao FGTS e férias acrescidas de 1/3, uma vez que o d. Juízo de origem deferiu tais parcelas consoante se infere à f. 551-verso da r. sentença.

Preliminar de não-conhecimento do recurso da reclamada, por irregularidade de representação processual, arguida em contrarrazões pelo reclamante

O reclamante argui preliminar de não-conhecimento do recurso da reclamada, por irregularidade de representação processual, argumentando que o Dr. Antônio Fabrício de Matos Gonçalves não tem poderes no instrumento de mandato de f. 452, nem se localizou nenhum instrumento de substabelecimento nos autos, pelo que deve ser negado conhecimento ao presente recurso.

A preliminar não merece acolhida.

Diferentemente do que sustenta o autor, o instrumento de mandato de f. 452 contém a regular qualificação do representante legal da Outorgante, o ilustre Dr. Edvar Jorge de Oliveira, Advogado, inscrito na OAB - Seção Minas Gerais, sob o n. 45.476, que assinou o presente recurso ordinário.

Além disso, consoante se infere dos documentos colacionados às f. 617/620, o ilustre Dr. Antônio Fabrício de Matos Gonçalves também se encontra devidamente substabelecido, o que o torna legítimo representante patronal.

Rejeito.

Preliminar de não-conhecimento do recurso da reclamada por inepto - Ausência de pedido expresso de reforma da decisão, arguida pelo reclamante em contrarrazões

O reclamante argui a inépcia do recurso ordinário, por falta de pedido expresso de reforma da sentença para reduzir as condenações.

Note-se que o reclamante, às f. 575/605, expressamente se refere ao inconformismo com a r. sentença, o que justificou a interposição de seu apelo, citando, expressamente à f. 605, a necessidade de reforma do r. *decisum* por esta instância.

E é isso que basta para que seja recebido e processado o apelo, *data venia*, sendo oportuno lembrar que, no processo trabalhista, não vigora a excessiva formalidade que pretende imprimir o reclamante.

Rejeito.

No mais, conheço de ambos os recursos, porque próprios, tempestivos, regulares as representações processuais, e devidamente preparado o apelo da ré.

Juízo de mérito

Recurso da reclamada

Intervenção de terceiros

Entende a recorrente, com fulcro no inciso III do artigo 70 do CPC, que a Caixa Seguros - Caixa Econômica Federal - deverá responder pelos créditos deferidos, ao fundamento de que a demanda trabalhista originou-se em decorrência de acidente do trabalho, havendo seguro quanto a esse evento.

A relação contratual estabelecida entre a recorrente e a Caixa Seguros - Caixa Econômica Federal - tem natureza cível, sendo, de conseguinte, estranha

ao objeto da pretensão instaurada pelo reclamante, de natureza jurídica trabalhista.

Assim, o acolhimento da pretendida denunciação (a qual consistiria em antecipar futura ação de regresso pela obrigada, ora recorrente) importaria na análise e fixação do responsável pelo pagamento das parcelas objeto da condenação, cuja competência não está abrangida pelo artigo 114 da Constituição.

Com efeito, ainda que se admitisse a denunciação da lide no Processo do Trabalho, isso ocorreria em situações excepcionalíssimas entre as quais não se enquadra a hipótese dos autos.

Destarte, não há como acolher o pedido de integração da Seguradora à lide, pois falece competência material a esta Especializada para compor lide de natureza cível entre empresas.

Desprovejo.

Recursos da reclamada e do reclamante

Tendo em vista a identidade de matéria, analiso, em conjunto, os recursos da reclamante e da reclamada.

Acidente do trabalho - Indenização por danos morais, estéticos e materiais - Pensão vitalícia

A reclamada não se conforma com a r. sentença, que julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, estéticos e materiais, em face de acidente do trabalho ocorrido com o autor. Afirma que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não havendo culpa ou dolo da recorrente; que eram devidamente observadas as regras de segurança, higiene e saúde do trabalhador, orientando seus empregados e fornecendo os EPIs exigidos para as atividades; que não há que se falar em responsabilidade objetiva da reclamada; que inexistiu culpa ou ato ilícito da recorrente, nem nexos de causalidade. Em atenção ao princípio da eventualidade, em caso de manutenção de sua responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, alega que deve ser considerada a culpa concorrente da vítima para a fixação dos valores das indenizações, nos termos do art. 945 do CC; que o valor da indenização por danos morais foi fixado em patamar muito elevado, devendo ser minorado; que a indenização por danos estéticos não é cumulável com os danos morais; que o valor fixado para ressarcir os danos estéticos é muito elevado, merecendo redução; que não há prova nos autos da perda patrimonial sofrida pelo reclamante para embasar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

O reclamante, por sua vez, requer a majoração das indenizações por danos morais e estéticos.

Data venia, razão assiste, em parte, apenas ao reclamante.

Nenhuma controvérsia existe quanto à ocorrência do acidente no curso da jornada de trabalho, deixando o obreiro tetraplégico. Cumpre, pois, perquirir acerca da responsabilidade das partes no evento, uma vez que a reclamada insiste na culpa exclusiva da vítima.

É certo que a apuração da culpa em matéria de acidente de trabalho deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao empregado, parte hipossuficiente na relação trabalhista.

Empregadora é a empresa (pessoa física ou jurídica) que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, dirige e assalaria a prestação pessoal de serviços de natureza não eventual e subordinada de determinada pessoa física.

A expressão “assumindo os riscos da atividade econômica”, contida no *caput* do artigo 2º da CLT, não se restringe ao aspecto financeiro da empresa, com limites em torno da principal prestação devida ao empregado: salário, cuja natureza, a um só tempo, é alimentar e forfatária.

As atividades profissionais do empregado, comandadas pela empregadora, expandem-se, multiplicam-se, diversificam-se, variam de acordo com as necessidades produtivas e tornam-se, a cada dia, mais e mais complexas, especializadas e envoltas em agudo risco acidentário, próprio do avanço tecnológico e robótico, exigindo, via de regra, aperfeiçoamento, conhecimento e cautela, técnica, capacidade, informação e treinamento por parte do empregado, em procedimentos viabilizados pela empregadora, que é a detentora dos meios da produção.

Constitui, por conseguinte, obrigação da empresa não apenas implementar medidas que visem à redução dos riscos de acidentes, mas também ações concretas hábeis a ampliar a segurança do trabalhador no local de trabalho.

Risco da atividade econômica significa também risco de acidente no ambiente de trabalho.

Nesse contexto, tem a empregadora dever de vigília, seja quanto à pessoa do empregado, seja no que concerne ao local e forma de trabalho em sua acepção mais ampla, uma vez que, nos limites do *ius variandi*, ao dirigir a prestação pessoal de serviços, a empresa enfeixa em sua órbita, ainda que potencialmente, os poderes organizacional, diretivo, fiscalizatório e disciplinar.

Em contrapartida, o empregado, nesse contexto, se submete aos comandos de quem lhe comprou a força de trabalho que, por isso, torna-se responsável pelas lesões derivadas de suas atividades.

Por tais fundamentos, não prevalecem as alegações da reclamada acerca de culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente.

Não e não.

Mesmo existindo depoimento do encarregado da obra, no qual ele aduz, à f. 547, que o autor iniciou o serviço de calafetação no 5º andar sem a devida autorização, entendo que, se o obreiro executava tarefa para a qual não estava “autorizado”, com certeza o fazia em benefício do empreendimento de seu empregador.

Ademais, restou comprovado nos autos que o motivo que levou o obreiro a montar o andaime no quinto andar e não no segundo, conforme determinado pelo encarregado, foi o fato de a iluminação interna do fosso do elevador estar deficiente.

O próprio encarregado pela obra admitiu a falta de iluminação no local em que determinou a realização da calafetação, consoante se observa à f. 547, *in verbis*:

[...] para o 1º andar não precisava de luz artificial, mas para os demais deveria haver luz elétrica para executar o serviço de calafetação; para trabalhar nos andares superiores ao 1º havia necessidade de puxar um ponto de eletricidade para a luz, que ainda não estava feito; no entender do depoente, era o reclamante quem tinha que chamar o encarregado para que fosse instalada energia elétrica em cada andar do poço, mas ele não fez isso [...].

Ora, não é razoável considerar que os riscos do acidente de trabalho sejam transferidos para o autor, se, no momento do acidente, fornecia sua força de trabalho em prol do empreendimento da ré.

É da natureza de qualquer atividade econômica a busca por resultados cada vez mais satisfatórios, o que, de certa forma, induz nos colaboradores da empresa uma pressão psicológica que os faz sacrificar a própria segurança pessoal para dar cabo à execução da prestação de serviço.

Portanto, tem-se que, em qualquer circunstância, o trabalho foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro.

Além disso, o i. perito, mesmo admitindo que houve negligência do reclamante, o que entendo não existiu, diante da falta de iluminação no local de trabalho, foi de clareza solar ao determinar a culpa da reclamada por diversos motivos, consoante se infere às f. 499/500:

8.1 Causas fundamentais que levaram à ocorrência do acidente

Quebra da peça de madeira *pinus conjugada* com o não-atracamento do(s) talabarte(s) adequado(s) do cinto de segurança em ponto de ancoragem adequado, nos termos dos subitens 18.23.3.1 e/ou 18.23.5, da NR-18, Portaria 3.214/78.

8.2. Fatores contribuintes

Fator contribuinte n. 01:

Falta de treinamento específico do reclamante na montagem e desmontagem de andaime, contrariando a alínea “a” do subitem 18.15.2.7 da NR-18 (Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção)

Fator contribuinte n. 02:

Falta de inspeção ou inspeção deficiente das madeiras utilizadas na montagem dos andaimes, o que conspirou contra o cumprimento do subitem 18.15.15 da NR-1, Portaria 3.214/78 do MTE.

Fator contribuinte n. 03:

Uso de talabarte diferente daqueles especificados no Certificado de Aprovação - CA - do Cinto de Segurança.

Fator contribuinte n. 04:

Negligência do reclamante ao passar do segundo andar para o quinto andar, sem autorização da reclamada através de seu encarregado, após constatar a iluminação deficiente em nível do terceiro andar, sem antes solicitar a melhoria da mesma.

Fator contribuinte n. 05:

Falta de cabo de segurança independente da estrutura do andaime e falta do dispositivo “trava-quedas” acoplado ao cinto de segurança / talabarte, ou; o não-fornecimento, pela reclamada, do cinto de segurança com duplo talabarte ao reclamante.

Fator contribuinte n. 06:

O não-fornecimento do cinto de segurança e talabartes adequados, contrariando a alínea “a” do subitem 6.6.1 da NR-06, Portaria 3.214/78, para trabalhos acima de 2,0 metros de altura.

Fator contribuinte n. 07:

Iluminação deficiente no nível do terceiro andar, segundo o reclamante, o que o levou a montar a plataforma do andaime no quinto andar.

Fator contribuinte n. 08:

O não-fechamento provisório dos vãos de acesso às caixas dos elevadores de acordo com as especificações do subitem 18.18.3 da NR-18, o que facilitou o acesso do reclamante ao seu interior para montar a plataforma do andaime.

A culpa patronal sobressai da falta de adoção de normas ou de medidas que inviabilizassem a ocorrência do acidente, tais como orientações ou incentivos para que o autor agisse de modo a preservar sua segurança pessoal.

De mais a mais, *ad argumentandum tantum*, ainda que a reclamada não tivesse contribuído direta ou indiretamente para o evento, o que não é o caso dos autos, conforme análise do conjunto probatório, aplicar-se-ia ao caso vertente a teoria da responsabilidade sem culpa.

Como já ressaltado, a empresa, considerada empregadora na acepção do *caput* do artigo 2º da CLT, está inserida no contexto do capitalismo como um ente destinado à obtenção do lucro, por isso que, no âmbito do Direito do Trabalho, ela se arroga do poder diretivo, assumindo amplamente os riscos sociais de sua atividade econômica e se investe da obrigação de garantir a segurança, bem como a integridade física e psíquica dos seus empregados, durante a prestação de serviços e em todos os seus ambientes, cujos desdobramentos podem ser intra ou extramuros.

Não é tolerável que o direito à cidadania, à dignidade, à integridade física e mental, à segurança do trabalhador, seja agredido de forma tão violenta, como em caso de tetraplegia suportada pelo empregado em razão de acidente durante a execução do trabalho, sem que se impute responsabilidade a quem explora a atividade econômica.

Garantir a segurança, a integridade física e mental do empregado é obrigação da empresa.

O lucro e o homem estão em polos opostos na sociedade pós-moderna, mas o direito proporciona instrumentos aptos à aproximação deles, estabelecendo novos critérios de responsabilidade em área social tão sensível, qual seja, a teoria do risco, meio caminho entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, por intermédio da qual aquele que almeja o lucro pelo exercício de determinada atividade econômica com o concurso de empregados deve indenizar os danos físicos e psíquicos que estes sofrem em decorrência de suas funções.

Não se trata, a rigor, de responsabilidade objetiva: à tênue e difícil comprovação da culpa, soma-se a teoria do risco, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, plenamente recepcionada pelo Direito do Trabalho, por força do princípio da norma mais favorável, sem ulceração ao disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da Carta Magna.

Releva salientar que a Constituição da República, no artigo 7º, inciso XXII, assegurou como direito dos empregados a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, sendo que esta última tem por escopo a preservação da integridade física do trabalhador.

A segurança é dever de todos: do Estado, do empregador, do empregado e todos os cidadãos, que sempre podem contribuir minimamente.

Ora, como já salientado, os riscos da atividade, que não se subsumem apenas ao aspecto econômico, são do empregador.

Assim, restando incontroverso o nexo de causalidade entre o acidente sofrido pelo autor e a atividade desenvolvida pelo empregado no curso do contrato de trabalho havido com a ré, não há dúvidas de que a empregadora deve responder pelo risco, pois, como visto, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano é obrigado a repará-lo.

Portanto, não tem como prosperar a pretensão da reclamada de se eximir de sua responsabilidade.

Mais robustece esse entendimento o fato de o autor, à época do acidente, ter apenas 37 anos e ficar tetraplégico.

Destarte, não há dúvida de que a completa perda da capacidade não só laboral, mas, também, para a realização das atividades mais simples do dia a dia, ocasiona dor na alma, tristeza profunda e a sensação de inferioridade, sendo que o reclamante irá experimentar, inegavelmente, prejuízo na esfera moral por toda sua vida.

A meu ver, no caso dos autos, o dano moral revela-se ínsito à própria situação ocorrida, irradiada pela dor íntima, em seu sentido mais amplo, ou seja, o sofrimento, a sensação de inferioridade e total incapacidade, visto que irá depender de terceiros por toda sua vida.

Quanto ao valor da indenização por danos morais, devem-se levar em conta duas finalidades: punir o infrator e compensar os danos causados.

A indenização deve ser fixada em valor suficiente para garantir a punição, cujo caráter é pedagógico, mas não elevado demais para justificar enriquecimento sem causa ou mesmo abuso no direito de (re)educar o infrator.

Contudo, trata-se de medida educativa que deve ser aplicada com equilíbrio e obedecer sempre aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Na estipulação do valor do dano moral deve-se observar a igualdade que rege as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desgosto, aos efeitos do gravame suportado.

Portanto, a indenização não deve ser fixada em valor irrisório que desmoralize o instituto ou que chegue a causar enriquecimento acima do razoável, cumprindo assim um caráter pedagógico.

Assim, considerando os parâmetros acima transcritos, a condição econômica da empregadora, a hipossuficiência do reclamante, o grau de culpa da ré, a extensão e a natureza da lesão, entendo que a indenização por danos morais arbitrada na origem deve ser elevada de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Lembre-se de que a indenização por danos morais e estéticos não se confundem, pois possuem causas e consequências diversas, sendo os danos

estéticos espécies do gênero danos materiais, cumuláveis e que admitem cumulação com os danos morais.

Isso porque a estética está intimamente ligada à beleza física, à plástica, atuando sobre as emoções e os sentimentos que desperta no ser humano.

Na sociedade pós-moderna, estimuladora do culto ao belo, a estética imprime nas pessoas verdadeira adoração ao corpo, e delas exige um padrão mínimo de beleza, bem como os traços médios de harmoniosas feições, como se esses atributos fizessem parte da própria personalidade do homem.

Existe, portanto, um gosto, um senso e uma emoção estética, cujas sensações estão ligadas às características do belo e do harmonioso, que trazem um sentimento de alegria natural aos que com elas foram aquinhoados.

Pressuposto mínimo para o alcance de uma aceitação social é que a pessoa não tenha pelo menos uma deformação física, embora isso não seja definitivamente condição para a felicidade e para a beleza interior de quem quer que seja.

Todavia, quando esse equilíbrio é rompido por qualquer deformidade física, plástica ou corporal, emerge o dano estético ou *ob deformitatem*, que deve ser reparado, independentemente do dano moral, já que este “envolve os diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.*)

Estética é a arte do bem e do belo. Para Aristóteles, o belo consiste na ordem, na simetria e numa grandeza que se preste a ser facilmente abarcada pela visão em seu conjunto.

Dano estético, segundo Wilson Melo da Silva,

não é apenas o aleijão. É, também, qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num “afeamento” da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão “desgostante”, ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos. (*O dano moral e sua reparação*)

Na hipótese vertente, em face do acidente, o autor ficou tetraplégico, havendo dano estético e perda total da capacidade para o trabalho, sendo certo que o acidente o deixou incapaz de movimentar o próprio corpo.

Assim, considerando os parâmetros já transcritos, entendo que a indenização por danos estéticos arbitrada na origem deve ser elevada de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Por fim, no tocante aos ganhos suplementares, fixados em R\$ 45.124,00 (quarenta e cinco mil, cento e vinte quatro reais), ressalto que o valor fixado apresenta-se razoável, até mesmo pela determinação de pagamento de pensão vitalícia, considerando que houve perda máxima da função, decorrente do acidente do trabalho.

Quanto à pensão vitalícia, o entendimento desta Eg. Primeira Turma é no sentido de que, em última análise, o pagamento do aludido benefício corresponde, na prática, ao pagamento parcelado do valor da indenização pelos danos materiais devidos em razão do acidente do trabalho.

Como a indenização tem por objetivo diminuir ou compensar perdas sofridas

pelo lesado, além de punição ao agressor, não há falar em aplicação de qualquer redutor, ante o princípio da reparação integral - parágrafo único do artigo 950 do CC.

Nesse sentido, o julgamento proferido no processo 00363-2013-071-03-00-9 RO, Desembargador Relator José Eduardo de Resende Chaves Jr., Publicação: 22/8/2014.

Não há que se afastar, ainda, a condenação à manutenção de plano de saúde, pois, ao contrário do asseverado pela recorrente, restou patente nos autos a culpa da reclamada pelo acidente do reclamante.

Além disso, é de conhecimento geral que, em casos de tetraplegia, a necessidade de tratamentos com médicos de diversas especialidades, fisioterapeutas, psicólogos, terapeutas ocupacionais é uma constante, devendo, assim, o reclamante estar minimamente amparado.

A reclamada deveria se orgulhar de, ao menos, poder proporcionar ao seu colaborador um mínimo de dignidade, pois, em benefício único e exclusivo da ré, o autor foi impedido de exercer as atividades simples do dia a dia, e não apenas requerer a exclusão de pagamento de parcelas que garantirá uma vida um pouco mais estável ao obreiro, no entanto, jamais afastará o sofrimento, pelo que correto o r. *decisum* de origem.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da reclamada.

Dou provimento parcial ao recurso adesivo do reclamante para elevar: a) o valor da indenização por danos morais, de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais); b) o montante da indenização por danos estéticos de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

CONCLUSÃO

Isto posto, conheço do apelo da reclamada e, no mérito, nego-lhe provimento.

Não conheço do recurso do reclamante, no que tange à indenização por danos materiais referentes ao FGTS e às férias acrescidas de 1/3; quanto aos demais aspectos, conheço do apelo adesivo do reclamante e, no mérito, dou-lhe provimento parcial, para elevar: a) o valor da indenização por danos morais, de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais); b) o *quantum* da indenização por danos estéticos de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Elevo o valor atribuído à condenação de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), com o consequente aumento das custas de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a cargo da reclamada.

Publicada esta decisão, de imediato e preferencialmente, cumpra-se o artigo 120 da Lei n. 8.213/91, encaminhando-se cópia da mesma para a Procuradoria-Geral Federal (RECOMENDAÇÃO CONJUNTA N. 2/GP.CGJT, DE 28 DE OUTUBRO DE 2011), para fins de ajuizamento de ação regressiva, no endereço eletrônico nesta 3ª Região - pfmg.regressivas@agu.gov.br, bem como enviando cópia também para o endereço eletrônico presiden@trt3.jus.br, cadastrando este feito na tramitação preferencial.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Primeira Turma, indeferiu o pedido de adiamento do presente julgamento solicitado na petição de n. TRT PG029345 e preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso da reclamada, mas não conheceu do recurso do reclamante no que tange aos danos materiais referentes ao FGTS e às férias acrescidas de 1/3, no mais, conheceu do apelo adesivo; no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso da reclamada; unanimemente, deu provimento parcial ao recurso do reclamante para elevar: a) o valor da indenização por danos morais de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais); b) o *quantum* da indenização por danos estéticos de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Elevou o valor atribuído à condenação de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), com o consequente aumento das custas de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a cargo da reclamada. Publicada esta decisão, de imediato e preferencialmente, cumpra-se o artigo 120 da Lei n. 8.213/91, encaminhando-se cópia da mesma para a Procuradoria-Geral Federal (RECOMENDAÇÃO CONJUNTA N. 2/GP.CGJT, DE 28 DE OUTUBRO DE 2011), para fins de ajuizamento de ação regressiva, no endereço eletrônico nesta 3ª Região - pfm.g.regressivas@agu.gov.br, bem como enviando cópia também para o endereço eletrônico presiden@trt3.jus.br, cadastrando este feito na tramitação preferencial.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2014.

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT
Desembargador Relator

TRT-01077-2012-057-03-00-3-RO

Publ. no "DE" de 28/1/2015

RECORRENTES: BRENO GUSTAVO ROCHA E OUTRA

RECORRIDO: COMERCIAL DE BEBIDAS BRASIL LTDA. - COBEB

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DO TRABALHO. RISCO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU CULPA PRESUMIDA. Tem lugar a responsabilização objetiva do empregador (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil), conforme a consagrada teoria do risco profissional, em se constatando que a atividade de motorista de caminhão, desenvolvida pelo reclamante, colocava-o num degrau de maior probabilidade de sofrer acidentes, sendo notória a possibilidade de enfrentar condições adversas ao lidar diariamente com o arriscado e complicado trânsito nas rodovias brasileiras, além do estado precário das pistas de rolamento e, também, pela probabilidade de que sua vida seja retirada por um simples descuido, o que acabou ocorrendo. Cabe, portanto, a reparação dos danos

causados quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Visto, relatado e discutido o recurso ordinário, nos presentes autos oriundos da 1ª Vara do Trabalho de Divinópolis, proferiu-se o seguinte acórdão:

1 - RELATÓRIO

Inconformados com a sentença de f. 246/248, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, os autores interpõem o recurso ordinário de f. 249/259, versando sobre danos materiais na forma de pensionamento, danos morais, seguro contra acidente de trabalho e horas extras.

Contrarrazões às f. 262/272, arguindo a preliminar de ilegitimidade ativa dos autores no tocante aos direitos trabalhistas postulados.

Manifestação do Ministério Público do Trabalho às f. 276/280 pelo parcial provimento do recurso para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e deferir indenizações por danos morais e materiais, esta última, na proporção de 1/3 do salário mensal do falecido, até a maioria civil ou até 25 anos, se exclusivamente estudantes. Instrumentos de mandato juntados às f. 41/42 pelos autores e à f. 85, com substabelecimento à f. 234, pela reclamada.

É o relatório.

2 - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Presentes e regulares todos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

3 - JUÍZO DE MÉRITO

3.1 - Ilegitimidade ativa

Embora de forma genérica, os autores renovam os pedidos iniciais, dentre estes o pagamento de horas extras, alegando excesso de jornada e descumprimento do intervalo intrajornada, conforme razões expostas às f. 251/252.

Todavia, sequer impugnam os fundamentos da decisão recorrida quanto à ilegitimidade ativa dos autores.

Conforme bem pontuado na r. sentença:

É que, nos termos da Lei 6.858/80, os habilitados a receberem os créditos trabalhistas do falecido são aqueles inscritos como dependentes dele junto à Previdência Social e, na falta, os sucessores na ordem da lei civil.

No caso, há dependentes habilitados, conforme documento de concessão de pensão por morte de f. 36 e 38, ali não constando os nomes dos autores, atraindo a ilegitimidade alegada.

Entretanto, tal condição da ação ausente somente afeta o pedido envolvendo o intervalo intrajornada e seus reflexos, bem como o alusivo às penalidades dos artigos 467 e 477 da CLT, uma vez que apenas estas são genuinamente verbas trabalhistas.

Isso porque, quanto aos demais pedidos, que cuidam de indenização por danos materiais na forma de pensão e por danos morais, retratam direitos personalíssimos dos autores, não se confundindo com os créditos aludidos na Lei 6.858/80 (f. 247).

Irretocável a r. decisão, considerando-se que as dependentes habilitadas perante a Previdência Social (genitoras de cada um dos autores - f. 36 e f. 38) é que são credoras preferenciais para recebimento dos créditos trabalhistas do empregado falecido.

Mantida, portanto, a extinção do processo, sem resolução do mérito (inciso VI do art. 267 do CPC) em relação aos pedidos de horas extras (intervalo intrajornada) e multas dos artigos 467 e 477 da CLT.

Nada a prover.

3.2 - Acidente de trabalho - Indenizações

Inconformados com o indeferimento das indenizações postuladas em decorrência do acidente de trabalho que resultou na morte do trabalhador - Sr. José Bruno Gustavo Neto -, os autores renovam as alegações de que o acidente ocorreu durante o serviço, pelo que cabíveis as indenizações postuladas.

Alegam que a profissão do *de cujus* exige concentração, principalmente à noite, destacando que este se encontrava em processo de desgaste acentuado em decorrência de jornada exaustiva. Fazem menção, ainda, à aplicação ao caso da responsabilidade objetiva da reclamada.

Examina-se.

O Boletim de Ocorrência de f. 27/31 e a CAT de f. 158 revelam que, no dia 15/7/2004, às 3h15, o empregado Sr. José Bruno Gustavo Neto sofreu um acidente de trabalho fatal quando conduzia um caminhão no Km 164 da rodovia estadual MG 164, retornando de Santo Antônio do Monte/MG para Divinópolis/MG. O acidentado teria dormido ao volante, atravessando a contramão, quebrando a mureta de proteção da ponte e precipitando-se no vão, vindo a cair próximo ao leito de um córrego.

Em sua contestação, a reclamada sustentou a tese de que o reclamante não se encontrava laborando em jornada exaustiva no dia do acidente. Ao contrário, encontrava-se dentro de sua jornada noturna contratual, qual seja, das 22h às 5h.

Conforme consignado no Boletim de Ocorrência (f. 31), a testemunha Geraldo Otaviano, colega de trabalho da vítima, seguia logo à frente desta, tendo dito que: “vinha acompanhando os movimentos do veículo acidentado através do retrovisor e que em dado momento o teria perdido de vista. Ao retornar, deparou com a mureta de proteção da ponte quebrada e lá embaixo o veículo.” Constam ainda do BO as seguintes anotações: “No hospital soubemos através de terceiros que a vítima, antes de falecer, teria dito que “cochilara” no momento do acidente.”

Em audiência foi ouvida apenas uma única testemunha - Sr. José Francisco da Silva -, a rogo dos autores, que assim declarou:

O depoente trabalhou na reclamada de 2002 a 2006, inicialmente como ajudante, passando, depois de 2 anos, a motorista; o depoente não chegou a trabalhar no mesmo caminhão com o falecido; o depoente trabalhava das 06h às 16h/22h; o depoente, para almoço, gozava em torno de 20 min. de pausa; o motorista também

auxiliava no descarregamento, não no carregamento; o trecho mais longo percorrido pelo depoente era de 110km, não sabendo dessa informação em relação ao falecido; o controle de ponto não retratava a realidade do horário trabalhado; o horário do falecido era o mesmo do depoente; o falecido já havia reclamado para o depoente que já havia cochilado no volante várias vezes; o falecido, além da jornada normal, fazia a chamada puxada, que consistia em levar mercadoria da reclamada desta cidade para Lagoa da Prata à noite; o depoente nunca fez a puxada; a puxada ocorria no horário entre as 19h e as 06h, variando a duração; no dia do acidente, o falecido trabalhou até às 16h e foi chamado pela reclamada, acreditando que através do Adriano, para fazer uma puxada, não sabendo o horário de início dessa viagem noturna; não pode precisar a data dessa puxada; no referido dia, o depoente chegou de viagem nesta cidade por volta das 17h, não se recordando da origem de tal viagem; a viagem do dia do falecido teve destino diferente da do depoente; não sabe o destino da viagem do falecido; sabe das informações prestadas porque morava no mesmo bairro do falecido, conversando ambos corriqueiramente à noite; o falecido não era motorista apenas de puxada.” Nada mais (f. 238/239).

O indeferimento do pleito pautou-se no fundamento de que a reclamada não teria contribuído direta ou indiretamente para o acidente fatal.

Nos termos da r. sentença:

Embora a testemunha única ouvida tenha trazido algumas informações, elas foram insuficientes a evidenciar que a jornada exaustiva alegada na inicial era imposta ao falecido. Ao contrário, disse que ela, testemunha, não fazia as viagens noturnas de Divinópolis para Lagoa da Prata, chamadas de puxada, apontando para a ausência de imposição no sentido de que fosse cumprida dupla jornada, como ao contrário restou sustentado na peça de ingresso.

Além disso, houve inconsistências no depoimento aludido. Disse que não fazia viagens juntamente com o falecido, mas informou que o *de cujus* chegou de viagem no dia anterior ao acidente às 16h quando a testemunha encerrou sua própria viagem às 17h, sendo desacreditado que soubesse desse dado.

No mais, nem sequer soube do início da puxada do falecido naquele dia para que se possa constatar que tenha havido algum excesso por parte da reclamada, sendo certo que tal puxada tinha início contratual às 22h, fato incontroverso, e não às 19h como disse a testemunha.

Todo esse contexto tornou frágil o depoimento, mormente para evidenciar situação tão grave que é um suposto ato ilícito provocador de um falecimento.

Desse modo, embora lamentável o sinistro ocorrido, restou nos autos a prova apenas de que o acidente decorreu do fato de que o falecido dormiu ao volante, conforme boletim de ocorrência juntado, sem prova convincente de que isso tenha decorrido direta ou indiretamente de alguma conduta da reclamada (f. 247/248).

Comungo do entendimento de origem no sentido de que não restou comprovada a alegada jornada exaustiva. Também não se pode dizer que o *de cujus* estivesse fazendo horas extras, porquanto o acidente ocorreu às 3h15, no decorrer, portanto, da sua jornada contratual, prevista para o horário noturno das 22h às 5h, conforme alegado na própria peça inicial.

Todavia, não se pode relevar que a profissão de motorista de caminhão coloca os empregados em um degrau de maior probabilidade de vir a sofrer acidentes, sendo notório o fato de que enfrentam diariamente condições adversas ao lidar com o arriscado e complicado trânsito nas rodovias brasileiras, em precário estado de conservação e, também, pela probabilidade de que sua vida seja retirada por um simples descuido, o que de fato acabou ocorrendo.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ao mencionar a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, deixa claro que a indenização não decorre do comportamento do sujeito, ou seja, havendo o dano, não é necessário que haja comprovação de qualquer ação ou omissão do empregador, como previsto no art. 186 do Código Civil, para gerar a reparação, porquanto ela decorre tão somente do exercício da atividade de risco (sendo que “atividade” indica a prestação de serviço conduzida pelo empregador), dentro da concepção histórica da responsabilidade objetiva.

Assim, não depende de culpa a obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano (no caso, a empresa) implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem, ou seja, quando se criam condições inseguras para o trabalhador.

Quando o empregador decide-se por explorar uma atividade econômica, assume os riscos dela decorrentes (art. 2º da CLT): o empregado vitimado em razão da prestação dos serviços não pode ficar ao desamparo.

As disposições legais que, em inúmeras hipóteses, determinam a incidência da responsabilidade de natureza objetiva visam a realizar a solidariedade social, por meio da ampla proteção aos lesados. Embora os danos (injustos) sejam causados por atos lícitos, o legislador quis que fossem indenizados, ampliando intencionalmente a proteção em favor da vítima.

Ou seja, diante da natureza da atividade desempenhada pelo autor, entendo que a controvérsia deve ser analisada sob a perspectiva da teoria do risco da atividade. A responsabilidade objetiva (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) tem sido reiteradamente aplicada nas demandas envolvendo acidentes do trabalho, sob a premissa de que o disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da CR/88 deve ser interpretado em conjunto com o *caput* do dispositivo constitucional em questão, ao estabelecer outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores além daqueles elencados em seus incisos.

Nesse sentido é o Enunciado 37, adotado na IV Jornada de Direito Civil promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em outubro de 2006:

Responsabilidade civil objetiva no acidente do trabalho. Atividade de risco. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Portanto, a responsabilização pela indenização decorrente de acidente do trabalho prescindirá de culpa quando evidenciado que a natureza da atividade profissional desempenhada pelo trabalhador, em virtude de suas peculiaridades,

acarreta uma maior probabilidade de exposição ao risco de acidentes comparado ao risco genérico que afeta indistintamente toda a coletividade.

Corroborando esse entendimento, a diretriz aprovada na 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002, por meio de seu Enunciado n. 38:

Enunciado n. 38 Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Seguindo essas premissas em conjunto com os elementos dos autos, resta indubitável que a função exercida pelo autor, de motorista de cargas, colocava-o em um maior degrau de probabilidade de sofrer acidentes automobilísticos.

Ademais, o entendimento reiteradamente adotado pela jurisprudência do Colendo TST é no sentido de se enquadrar a categoria profissional de motorista de caminhão como atividade de risco, conforme acórdãos a seguir transcritos:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. A previsão insculpida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil é aplicável nas indenizações por acidente do trabalho, visto que o *caput* do art. 7º da Constituição da República relaciona os direitos mínimos dos trabalhadores, mas assegura a inclusão de outros que visem à melhoria da sua condição social. Desse modo, a responsabilidade civil de natureza objetiva pode ser aplicada nos casos em que o trabalhador foi vítima de acidente automobilístico, ocorrido no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para a Reclamada, porque não há dúvida de que a função de motorista no transporte rodoviário de carga enquadra-se como de risco acentuado e, uma vez demonstrado o dano e o nexo causal, é imperioso concluir pelo cabimento da indenização, independentemente da comprovação de culpa do empregador. Embargos conhecidos por divergência jurisprudencial e desprovidos.

(TST. SDI-I. E-RR - 31100-91.2007.5.17.0013, Relator: Desembargador Convocado Sebastião Geraldo de Oliveira, DJ 11 nov. 2011)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO. ART. 7º, *CAPUT* E INCISO XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MOTORISTA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. POSSIBILIDADE. O *caput* do art. 7º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Tal se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador,

tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador - ínsitos à teoria do risco -, admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho. Verifica-se, ademais que, no caso concreto, a atividade de motorista exercida pelo Reclamante configura-se de risco. A despeito de tratar-se de um ato da vida comum - dirigir automóvel, que estaria inserido, como tal, no risco genérico, a frequência do exercício de tal atividade, necessária e habitual à consecução dos objetivos patronais, expõe o Reclamante a maior probabilidade de sinistro. Esse é o entendimento que adoto acerca do assunto, não obstante tenho me posicionado de forma diversa no âmbito da Quarta Turma, por questão de disciplina judiciária. Embargos conhecidos e desprovidos.

(TST. SDI-I. E-ED-RR - 102300-42.2007.5.03.0016, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, DJ 18 nov. 2011)

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. MOTORISTA DE CAMINHÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO OCORRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. O novo CC/2002, em seu art. 927, parágrafo único, suscitou uma nova leitura no que tange à responsabilidade civil no âmbito laboral, à luz do art. 7º, *caput*, da CF, porquanto, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco especialmente acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo dispositivo, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Todavia, preserva-se a compreensão de ser incabível a responsabilidade objetiva do empregador quando se tratar de acidente submetido ao Código Civil/1916. O caso dos autos trata de acidente de trabalho verificado antes da vigência do Código Civil de 2002, marco geral em que foi inserida expressamente a hipótese de responsabilidade objetiva, conforme explicitado. No entanto, o dano relatado na presente demanda não se insere nas disposições comuns retratadas no Código Civil de 1916, por se tratar de acidente sofrido por motorista de caminhão da empresa no exercício de suas funções. Na hipótese, é aplicável por analogia a Súmula 187/STF, segundo a qual a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. Com efeito, o acidente de trabalho retratado atrai a responsabilidade civil objetiva do empregador, a qual prescinde da comprovação de culpa, por força do artigo 17 do Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, aplicável à época do acidente. Recurso de revista não conhecido.

(TST. 6ª Turma. RR - 34800-40.2007.5.15.0075, Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, DJ 18 nov. 2011)

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se verifica a nulidade, bem como a alegada violação dos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC, pois, mediante decisão amplamente fundamentada, foi entregue a prestação jurisdicional.

Recurso de revista não conhecido. DANO MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE PENSÃO VITALÍCIA. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. O juiz, ao decidir, deve se ater aos limites da lide, os quais são necessariamente definidos na petição inicial em conjunto com a contestação, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas. Dessa forma, restou caracterizado o julgamento *ultra petita*, uma vez que o Eg. Tribunal Regional entendeu por condenar a reclamada ao pagamento de pensão mensal vitalícia, e o recorrido limitou o pedido ao tempo presumível da vida humana, que é de 70 (setenta) anos. Recurso de revista conhecido e provido. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. CAPOTAMENTO DE VEÍCULO PESADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. ATIVIDADE DE RISCO. É da teoria do risco da atividade econômica, por força do art. 2º da CLT, que se extrai a responsabilidade do empregador, pois é do trabalho e do risco a ele inerente que o empregado se coloca na situação de sofrer danos, quando apenas cumpre sua obrigação contratual. É incontroverso nos autos que o reclamante sofreu acidente de trabalho a serviço da reclamada, quando dirigia veículo pesado em uma estrada de servidão da reclamada, no transporte de vinhaça da usina para a bomba do irrigador localizada no campo, do qual resultou em seu óbito em razão do capotamento ocorrido no percurso. Em sendo atividade de risco acentuado, há perigo para a incolumidade física do empregado. Logo, existindo risco de dano à incolumidade física, a regra geral é de presunção da culpa. Existindo nexo de causalidade entre ação e dano, o ônus de demonstrar ausência absoluta de culpa e a culpa exclusiva da vítima compete à empresa. Recurso de revista conhecido e desprovido. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Não há campo propício para a revisão do valor arbitrado à indenização por danos morais e materiais, pois o juízo de valor emitido na r. decisão recorrida levou em consideração o grau de culpabilidade da empresa, a gravidade e a extensão do dano sofrido pelo empregado. Recurso de revista não conhecido. PENSÃO MENSAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. Nos termos da jurisprudência do C. TST, a previsão legal para a constituição de capital a fim de assegurar o pagamento de pensão mensal encontra-se vinculada ao poder discricionário do juízo, conforme retrata o artigo 475-Q do CPC. Recurso de revista não conhecido. DANO MORAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. Termo inicial. Os juros de mora devem incidir a partir do ajuizamento da reclamação trabalhista, conforme o art. 883 da CLT e o § 1º do artigo 39 da Lei n. 8.177/91. Já o momento de incidência da correção monetária é a partir da data em que se constituiu o direito, a partir da sentença de procedência da ação, momento em que se constituiu em mora o empregador. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. 6ª Turma. RR - 54400-42.2009.5.15.0054, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 30 set. 2011)

Destarte, a responsabilização objetiva do empregador deve ser aplicada na hipótese vertente, conforme a consagrada teoria do risco criado, em que o dever de indenizar advém da atividade profissional da vítima, independentemente da atribuição de culpa à reclamada.

Lado outro, também não se pode relevar a culpa concorrente da vítima ao “dormir no volante”, porquanto se espera de todo motorista comportamento diligente no sentido de se preparar adequadamente para as viagens, evitando dirigir ainda com “débitos de sono”.

É de notório conhecimento que a falta de sono afeta o tempo de reação do motorista e sua capacidade de concentração, fatos que não eram desconhecidos da vítima, na sua função de motorista de caminhão.

Tem lugar, portanto, a culpa concorrente do falecido, a teor do que preceitua o art. 945 do Código Civil:

Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Como se depreende, a culpa concorrente não exclui a responsabilidade civil do empregador, mas determina a fixação de valor indenizatório na proporção da culpa das partes no acidente ocorrido, o que leva à distribuição proporcional dos prejuízos, arbitrada, ao caso, como sendo de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes.

3.3 - Danos materiais

Acerca dos danos materiais, não há dúvidas de que os autores, filhos do falecido obreiro, se sentiram privados da renda proporcionada pelo trabalho do pai. Assim, tendo havido inegável desfalque dos rendimentos familiares em função do falecimento do obreiro, têm direito ao pensionamento pleiteado.

Primeiramente, há de se ressaltar que a percepção de pensão previdenciária por morte pelas genitoras dos dois filhos do falecido (f. 36 e f. 38) não prejudica o deferimento da verba indenizatória pela responsabilidade civil atribuída ao empregador. Além dos fundamentos legais (inciso XXVIII do art. 7º da CF e art. 121 da Lei n. 8.213/91), a controvérsia está solucionada pelo Supremo Tribunal Federal por intermédio da Súmula n. 229.

No TRCT de f. 159 consta a remuneração do autor para fins rescisórios no valor de R\$ 681,35. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é de que, na base de cálculo do pensionamento, deve ser deduzido o valor correspondente a 1/3 como presumíveis despesas pessoais da vítima.

Levando-se em consideração o critério acima, de se considerar apenas 2/3 do valor da remuneração e, sobre essa, aplicar-se ainda o percentual redutor de 50% decorrente da culpa concorrente, chega-se à base de cálculo do pensionamento mensal como sendo no valor de R\$ 227,12 (duzentos e vinte e sete reais e doze centavos), em 15/7/2004 (data do acidente).

Referido valor (R\$ 227,12) representa, portanto, o montante do pensionamento mensal devido a todos os quatro dependentes, incluindo-se as genitoras dos autores (filhos do *de cujus*), por se encontrarem estas na condição de dependentes do falecido, porquanto beneficiárias da pensão por morte previdenciária, conforme documentos de f. 36/38.

Portanto, o montante do pensionamento mensal devido aos dois autores alcança o valor de R\$ 113,56 (cento e treze reais e cinquenta e seis centavos), a ser dividido igualmente para cada um.

Deve ser observada não a expectativa de vida do *de cujus*, mas a idade dos autores, seus filhos, já que se presume que, a certa altura da vida, eles cuidarão

de sua própria subsistência. Dessa forma, a pensão deverá ser paga proporcionalmente a cada um dos autores, até a idade de 25 anos.

À medida que os filhos do *de cujus* atingirem a idade limite de 25 anos ou se emanciparem na forma da lei civil (art. 5º, parágrafo único, incisos I a V), o valor da quota-parte do ex-beneficiário do pensionamento deverá ser revertido e rateado para o beneficiário remanescente (direito de acrescer), visando assim à observância do princípio basilar do *restitutio in integrum* em conjunto com a aplicação analógica do disposto no artigo 77 da Lei n. 8.213/91.

Extrai-se da prova documental que o autor e filho do falecido - Breno Gustavo Rocha - contava com 10 anos de idade na época do acidente (f. 16/17) e a outra filha e autora Bruna Gustavo Quirino, com menos de 01 ano de idade (f. 18). À míngua de comprovação de que o primeiro já tenha sido emancipado, presumir-se-á a dependência financeira de ambos até que completem 25 anos.

Por todo o exposto, condeno a reclamada ao pagamento de uma indenização por danos materiais, na forma de pensionamento mensal, com observância dos seguintes parâmetros:

- R\$ 56,78 (cinquenta e seis reais e setenta e oito centavos) ao autor Breno Gustavo Rocha, devidos a partir da data do acidente, a serem quitados diretamente a este, por já ter atingido a maioridade civil;

- R\$ 56,78 (cinquenta e seis reais e setenta e oito centavos) à autora Bruna Gustavo Quirino, devidos a partir da data do acidente, a serem quitados à genitora e ex-companheira do falecido, Maricélia de Jesus Quirino e que a representa na presente demanda (f. 42), até que a autora atinja a maioridade civil, a partir de quando passarão a ser quitados diretamente a esta.

- Fica assegurado o direito de acrescer do beneficiário remanescente quando um deles perder o direito ao pensionamento, seja por morte, emancipação, ou por ter atingido a idade de 25 anos.

- O valor do pensionamento mensal deverá ser reajustado anualmente com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), conforme aplicação analógica do art. 41-A da Lei n. 8.213/91, considerando-se que os autores não apresentaram qualquer instrumento normativo que estabelecesse o piso salarial aplicável à categoria profissional do falecido.

- No mês de dezembro de cada ano será devida uma prestação adicional equivalente ao 13º salário.

- Objetivando resguardar a sobrevivência digna dos filhos do *de cujus*, beneficiários da pensão ora deferida, e considerando o disposto no artigo 475-Q do CPC em conjunto com o entendimento consubstanciado na Súmula n. 313 do STJ, determino que a reclamada deverá constituir capital que assegure o cumprimento da obrigação relativa à pensão mensal.

Não cabe a integração no pensionamento da parcela referente às férias, porque tal direito não representava um aumento da renda anual do reclamante, já que seu principal objetivo era o repouso mais prolongado. Da mesma forma, os valores do FGTS não devem ser incluídos na base de cálculo da pensão porque não faziam parte da renda habitual do autor.

Provimento parcial, nos termos supra.

3.4 - Danos morais

Quanto aos danos morais, são eles ínsitos à irreparável perda prematura do pai experimentada pelos autores.

A fixação da indenização por danos morais deve atentar para o grau de culpa do ofensor, a gravidade dos efeitos do dano sofrido e o equilíbrio entre a vedação do enriquecimento sem causa e a capacidade econômica do causador do dano.

Tomando-se como base os parâmetros acima citados e a já reconhecida culpa concorrente, arbitro a indenização a título de danos morais no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada um dos autores.

A parcela destinada à autora Bruna Gustavo Quirino deverá ser depositada em caderneta de poupança até que esta complete 18 anos, adotando-se os preceitos contidos no § 1º do art. 1º da Lei n. 6.858/80:

Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

§ 1º - As quotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, e só serão disponíveis após o menor completar 18 (dezoito) anos, salvo autorização do juiz para aquisição de imóvel destinado à residência do menor e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e educação do menor.

[...]

Provimento parcial nos termos acima.

3.5 - Correção monetária e juros

No que concerne ao pensionamento, a atualização monetária deverá incidir desde o vencimento de cada parcela mensal, separadamente, aplicando-se o entendimento da Súmula n. 381 do Colendo TST. Quanto às parcelas vincendas, somente se estas forem pagas com atraso.

E, quanto aos juros de mora das parcelas vencidas antes do ajuizamento da presente reclamatória, só haverá sua incidência a partir da data do ajuizamento (art. 883 da CLT e § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/91). No tocante às parcelas vencidas após o ajuizamento, os juros moratórios incidirão desde o vencimento de cada parcela mensal, separadamente. Quanto às parcelas vincendas, somente se estas forem pagas com atraso.

No que tange à indenização por danos morais, a atualização monetária deverá incidir a partir da data de julgamento referente a este acórdão, em que foi arbitrado o valor da aludida parcela. Os juros de mora serão computados a partir da data de ajuizamento da ação (art. 883 da CLT e § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/91).

3.6 - Seguro contra acidentes de trabalho

Verifica-se que, na peça inicial, os autores alegaram que a reclamada teria sido omissa no tocante à contratação do Seguro contra Acidentes de Trabalho, embora não tenham formulado qualquer pedido específico de indenização substitutiva.

A sentença, por sua vez, sequer apreciou a matéria, o que não foi objeto de questionamento dos autores por meio de embargos de declaração.

Resta evidente, portanto, a preclusão operada no tocante à matéria ora abordada.

Nada a prover.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por sua Segunda Turma, à unanimidade, conheceu do recurso dos autores e, no mérito, por maioria de votos, deu-lhe parcial provimento para condenar a reclamada ao pagamento das seguintes parcelas: indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada um dos autores; pensão mensal devida desde a data do acidente até a data em que os autores completem a idade de 25 anos, a ser quitada nos seguintes termos: R\$ 56,78 (cinquenta e seis reais e setenta e oito centavos) ao autor Breno Gustavo Rocha, a ser quitada diretamente a este; R\$ 56,78 (cinquenta e seis reais e setenta e oito centavos) à autora Bruna Gustavo Quirino, a ser quitada à genitora e ex-companheira do falecido, Maricélia de Jesus Quirino, até que a autora atinja a maioridade civil, a partir de quando passará a ser quitada diretamente a esta; no mês de dezembro de cada ano será devida uma prestação adicional equivalente ao 13º salário; ficou assegurado o direito de acrescer do beneficiário remanescente quando um deles perder o direito ao pensionamento, seja por morte, emancipação, ou por ter atingido a idade de 25 anos; determinou que o valor do pensionamento mensal seja reajustado anualmente com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), conforme aplicação analógica do art. 41-A da Lei n. 8.213/91 e que a reclamada constitua capital que assegure o cumprimento da obrigação relativa à pensão mensal, nos termos do artigo 475-Q do CPC; fixou que a correção monetária e os juros serão calculados na forma da fundamentação; para fins do disposto no § 3º do artigo 832 da CLT, declarou que as parcelas deferidas possuem natureza indenizatória, não havendo incidência de contribuição previdenciária; venceu o Ex.^{mo} Desembargador Revisor que negava provimento ao recurso; fixou custas, pela reclamada, no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), considerando-se o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) arbitrado à condenação.

Belo Horizonte, 22 de janeiro de 2015.

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA
Desembargador Relator

TRT-02296-2013-025-03-00-6-RO

Pub. no "DE" de 22/6/2015

RECORRENTE: HENRIQUE CARLOS ESTEBAN DE SOUSA ROCHA SANTOS
RECORRIDO: TCI BPO - TECNOLOGIA CONHECIMENTO E INFORMAÇÃO S.A.

EMENTA: ACÚMULO DE FUNÇÃO. O desvio ou acúmulo de função, em consonância com a condição pessoal do trabalhador, faz parte do *jus variandi* do empregador. Se o reclamante executou serviços de acordo com a sua condição pessoal e recebeu o salário ajustado, inclusive horas extras prestadas, não tem direito à diferença salarial pretendida (parágrafo único do art. 456 da CLT). Quando o legislador quis garantir direito ao trabalhador por acúmulo de funções em um mesmo contrato de trabalho o fez expressamente, conforme consta no art. 13 da Lei n. 6.615/1978, regulamentadora da profissão de radialista. Não há como estender a regra dos radialistas aos outros trabalhadores, como quer o recorrente, em face do princípio da interpretação restritiva das normas especiais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto de decisão proferida pelo Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em que figuram, como recorrente, HENRIQUE CARLOS ESTEBAN DE SOUSA ROCHA SANTOS e, como recorrido, TCI BPO - TECNOLOGIA CONHECIMENTO E INFORMAÇÃO S.A.

RELATÓRIO

O Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela sentença de f. 177 a 180v, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a reclamada ao pagamento do FGTS do mês de agosto de 2012, com adicional de 40%.

Recurso Ordinário do reclamante (f. 201 a 212), insistindo nos pedidos de diferença de adicional de horas extras e respectivos reflexos, multas previstas nas CCTs e diferença salarial por acúmulo de função.

Contrarrazões apresentadas pela reclamada, f. 230 a 235.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

VOTO

1 - Admissibilidade

Conheço do recurso interposto, porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade, exceto em relação ao pedido de honorários advocatícios assistenciais.

Na petição inicial o reclamante postulou honorários advocatícios com fundamento nas Leis n. 1.060/1950 e 5.584/1970 e entendimento resumido na Súmula n. 219 do TST. Não juntou aos autos do processo a carta de credenciamento pelo sindicato.

O MM. Juiz julgou improcedente o pedido com fundamento na inaplicabilidade dos dispositivos do Código Civil sobre honorários advocatícios no processo do trabalho.

Em seu recurso o reclamante não teceu uma linha refutando os fundamentos da sentença. Apenas reiterou o pedido de honorários assistenciais no final de seu recurso. Consequentemente, não há como conhecer do seu recurso, no que se refere aos honorários assistenciais, por falta de dialeticidade.

Conheço das contrarrazões da reclamada, tempestivamente apresentadas.

2 - Mérito

Diferença de horas extras

Insiste o reclamante no pedido de diferença de horas extras, sustentando que as normas coletivas estabeleceram o adicional de 100%, e a reclamada pagou a maioria delas com o adicional de 50%.

Sem-razão.

Em defesa a reclamada alegou que não havia norma coletiva fixando adicional de horas extras em 100%, e o reclamante não juntou as supostas normas coletivas aos autos do processo.

O pedido foi julgado improcedente por falta de prova sobre negociação coletiva prevendo o adicional de 100%.

Examinando os autos do processo, constata-se que o reclamante não apresentou normas coletivas e sequer indicou a categoria na qual estava enquadrado.

Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Nego provimento ao recurso.

Multas normativas

Como dito no item precedente, o reclamante sequer juntou aos autos as normas coletivas mencionadas na petição inicial e seu recurso. Além disso, seu pedido fundamentado em suposta norma coletiva foi julgado improcedente.

Nada a prover.

Diferença salarial por acúmulo de função

O reclamante reitera o pedido de diferenças salariais por acúmulo de funções, sustentando que foi contratado em 13/7/2009, para trabalhar como supervisor de operações, promovido a coordenador de operações em 1º/4/2011, quando, concomitantemente, passou a acumular o cargo de bibliotecário, atuando como responsável técnico pela empresa em licitações, inclusive com exigência de inscrição no conselho de classe. Acrescentou que era o único bibliotecário indicado como responsável técnico na filial da reclamada em Minas Gerais, e que a prova oral, inclusive o depoimento do preposto, confirma o acúmulo de funções. Invoca a aplicação analógica da Lei n. 6.615/78.

Pretende um *plus* salarial correspondente a 40% do seu salário, com os respectivos reflexos nas demais verbas trabalhistas.

Em sua defesa a reclamada alegou que o pedido não tem amparo legal, e que o reclamante exercia somente as tarefas de coordenador de operações. Acrescentou que, na empresa, sequer havia biblioteca.

A decisão recorrida indeferiu o pedido pelos seguintes fundamentos:

O autor alega que acumulou indevidamente as funções de coordenador de operações e de bibliotecário. A ré aduziu que a função de bibliotecário é inerente ao cargo ocupado pelo reclamante e que, para o desenvolvimento de sua atividade econômica, é imprescindível que haja em seus quadros um profissional qualificado nessa área.

Inicialmente, ressalto que o próprio depoimento pessoal do autor contradiz, parcialmente, o que foi alegado na petição inicial. Isso porque relatou, em audiência de instrução, que sempre realizou as mesmas tarefas e que exercia a função de bibliotecário mesmo antes de ser promovido para coordenador de operações. O registro no Conselho de Biblioteconomia teria se dado em janeiro de 2010.

Ademais, a prova oral produzida corroborou a tese da reclamada.

A testemunha Leticia Sousa Antunes afirmou que, “como coordenador, o autor fazia liderança de operações, tinha metas a cumprir e parte técnica da operação” e que “havia um galpão com a documentação dos clientes e que o reclamante era responsável por dar as instruções e coordenar as funções como bibliotecário.”

A testemunha Gustavo Fernando de Oliveira declarou que já auxiliou o reclamante nas tarefas de armazenamento e que outros empregados também realizavam essas funções: “que, na área de logística, trabalhava com o autor com autopeças, defensoria e, em outro galpão trabalhava auxiliando o autor algumas vezes com questões de armazenamento; que, em algumas vezes, auxiliou no arquivamento de caixas e documentos, o que também era realizado por outros empregados.”

Não restou demonstrado, portanto, que o autor desempenhava tarefas que exigissem maior qualificação técnica. Com efeito, o acúmulo de função apenas se configura quando as atividades desempenhadas exigem o exercício de labor qualitativamente e quantitativamente superior às originalmente contratadas.

De fato, o exercício de mais de uma função, salvo ajuste ou norma expressa em contrário, por força de um único contrato de trabalho e em horário único, não gera direito à multiplicidade de salário, em face da inexistência de amparo legal. Nos termos do parágrafo único do artigo 456 da CLT, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

A experiência tem demonstrado a necessidade de um dinamismo natural nas condições de trabalho, que se modificam, se aperfeiçoam e se transformam em busca de maior eficiência. A pluralidade de atribuições e tarefas afins entre os empregados se traduz na imposição do sistema racional de trabalho na empresa moderna.

Tem-se por normal que o empregado forneça ao seu empregador a ajuda necessária para assegurar a execução de boa-fé do seu contrato, oferecendo todo o apoio para conduzi-lo a bom termo, com diligência, obediência e fidelidade.

A caracterização do acúmulo de função somente ocorrerá se comprovado o exercício de função diversa daquela para qual o empregado foi contratado e que com ela seja absolutamente incompatível, o que não ocorreu no presente caso.

Não merece reparo ou censura a decisão recorrida.

O desvio ou acúmulo de função, em consonância com a condição pessoal do trabalhador, faz parte do *jus variandi* do empregador.

Se o reclamante executou serviços de acordo com a sua condição pessoal e recebeu o salário ajustado, inclusive horas extras prestadas, não tem direito à diferença salarial pretendida (parágrafo único do art. 456 da CLT).

Quando o legislador quis garantir direito ao trabalhador por acúmulo de funções em um mesmo contrato de trabalho o fez expressamente, conforme consta no art. 13 da Lei n. 6.615/1978, regulamentadora da profissão de radialista.

Não há como estender a regra dos radialistas aos outros trabalhadores, como quer o recorrente, em face do princípio da interpretação restritiva das normas especiais.

Nas palavras de Carlos Maximiliano,

Em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no espírito das disposições: baseia-se neste postulado a exegese extensiva. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito.

Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-se mais na justiça, esta, na utilidade social, local ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da mesma natureza; a que mais abarca, há de constituir a regra; a outra, a exceção. Se os dois campos têm amplitude relativamente igual, se um envolve tantos casos como o outro, conclui-se haver duas regras, e nenhuma exceção.

(MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 225.)

As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a *Werturteil* dos tudescos, e outras.

O art. 6º da antiga Lei de Introdução abrange, em seu conjunto, as disposições derogatórias do Direito comum; as que confinam a sua operação a determinada pessoa, ou a um grupo de homens à parte; atuam excepcionalmente, em proveito, ou prejuízo, do menor número. Não se confunda com as de alcance geral, aplicáveis a todos, porém suscetíveis de afetar duramente alguns indivíduos por causa da sua condição particular. Refere-se o preceito àquelas que, executadas na íntegra, só atingem a poucos, ao passo que o resto da comunidade fica isenta.

Impõe-se também a exegese estrita à norma que estabelece uma incapacidade qualquer, ou comina a decadência de um direito: esta é designada pelas expressões legais - "ou restringe direitos".

(obra citada, p. 227.)

Ainda hoje se alude, a cada passo, à distinção clássica entre Direito comum e Direito singular (*Jus commune* e *Jus singulares*). O primeiro contém normas gerais, acordos com os princípios fundamentais do sistema vigente e aplicáveis universalmente a todas as relações jurídicas a que se referem; o segundo atende a particulares condições morais, econômicas, políticas, ou sociais, que se refletem na ordem jurídica, e por esse motivo subtrai determinadas classes de matérias, ou de pessoas às regras de Direito comum, substituídas de propósito por disposições de alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para que foram prescritas.

Vários escritores confundem o *jus singulare* dos romanos e o moderno Direito Excepcional, do que resulta uma cornucópia de erros. Também há quem admita que o primeiro constitui o gênero e o segundo, uma de suas espécies, formada a restante pelo Direito Especial. Este, às vezes, em lugar de tomar o aspecto restrito de exceção, dilata a regra geral e, por isso, comporta até a analogia: o Direito Comercial, por exemplo, é especial, e não excepcional; admite exegese ampla; é mais útil, elástico e liberal e menos formalista que o Civil, sobretudo no que diz respeito aos contratos. De fato, o Direito Especial abrange relações que, pela sua índole e escopo, precisam ser subtraídas ao Direito comum. Entretanto, apesar desta reserva, constitui também, por sua vez, um sistema orgânico e, sob certo aspecto, geral; encerra também regras e exceções. A sua matéria é, na íntegra, regulada de modo particular, subtraída ao alcance das normas civis, subordinada a preceitos distintos. Seria absurdo considerar exorbitantes, anômalas centenas de normas, concatenadas, reunidas em um sistema, em complexo orgânico. O Direito Comercial, por exemplo, não constitui exceção ao Civil: forma, como ele, um ramo, à parte, autônomo, completo, do Direito Privado. A disposição excepcional e aquela a que a mesma se refere devem ser de natureza idêntica; enquadram-se na mesma ordem de relações a exceção e a regra. Ao contrário, o Direito comum contempla, em suas normas, relações jurídicas, fatos sociais ou econômicos distintos dos regulados por leis ou repositórios especiais. Aplicam-se os preceitos destes de acordo com os motivos que os determinaram; a exegese há de ser estrita, ou ampla, conforme as circunstâncias, a índole e o escopo da regra em apreço. A norma de Direito Especial estende-se tanto quanto se justifica teleologicamente a dilatação do seu imanente valor jurídico-social, do seu imperativo intrínseco, da sua ideia básica; ao passo que a regra excepcional só de modo estrito se interpreta.

Enquadram-se no Direito Especial o Código Comercial, o Penal, o Rural, o Florestal, o das Águas, o Aduaneiro e o de Contabilidade Pública; as leis sobre a responsabilidade do Chefe de Estado e demais funcionários, sobre minas, estradas de ferro, patentes de invenção, acidentes de trabalho, impostos, trabalho de mulheres e menores, e outras.

(obra citada, p. 228/229.)

No direito brasileiro, o reconhecimento do desvio de função só pode ser reconhecido nas hipóteses de plano de cargos e salários ou de fixação de salário para determinada função em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Não cabe ao Judiciário determinar que o dono do negócio, responsável pelos riscos da atividade econômica, fixe o salário dos empregados contratados sem apresentar fundamento legal ou contratual para a decisão.

A Justiça do Trabalho passa por uma epidemia de pedidos de diferenças salariais por acúmulo de função, todos eles sem amparo legal ou contratual. Nada

mais do que a crença cega na função lotérica do Poder Judiciário, com resultados extremamente danosos para o interesse público, principalmente para a tramitação dos processos, em que o autor tem reais possibilidades de sucesso na demanda. Nego provimento ao apelo.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso, exceto em relação aos honorários advocatícios, e, no mérito, nego-lhe provimento.

MOTIVOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em Sessão Ordinária da 5ª Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, à unanimidade, conheceu do recurso, exceto em relação aos honorários advocatícios e, no mérito, negou-lhe provimento.

Belo Horizonte, 09 de junho de 2015.

MANOEL BARBOSA DA SILVA
Desembargador Relator

TRT-01398-2014-181-03-00-1- RO

Publ. no "DE" 11/3/2015

RECORRENTES: SEBASTIÃO JOAQUIM DE OLIVEIRA

COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS - CEMIG E OUTRAS
(CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. E CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A.)

RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: 1. MOTIVAÇÃO PARA A DISPENSA. 2. CRITÉRIOS. Exige-se do empregador motivar a dispensa do empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No caso, embora o empregado alegue a inexistência desse pressuposto, a motivação está expressa na própria carta de dispensa, sem nada a infirmá-la. Pelo contrário, os fatos, em especial a crise energética, confirmam-na. A instituição de critérios tão objetivos quanto possíveis para a dispensa revela equidade, opondo-se à iniquidade, que seria, por exemplo, dispensar profissionais jovens, ainda sem condições de obter complementação de aposentadoria, em suma, outra fonte de renda para a subsistência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 43ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, MG, em que figuram, como recorrentes, SEBASTIÃO JOAQUIM DE OLIVEIRA e COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS - CEMIG E OUTRAS (CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. E CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A.), e, como recorridos, OS MESMOS.

RELATÓRIO

A MM. Juíza da 43ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, MG, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados para declarar a nulidade da dispensa e determinar à terceira reclamada que reintegre o reclamante, condenando-a, juntamente com as demais (solidariamente), na remuneração vencida e vincenda com reflexos, desde a dispensa até a efetiva reintegração, na indenização por danos morais (R\$ 100.000,00), e em custas processuais (R\$ 8.000,00) em prol da União Federal (f. 1.085/1.098).

Recorre o reclamante (advogado) insistindo na indenização por assédio moral, nas horas extras intervalares, na integração do auxílio-alimentação, no salário-habitação e na multa do § 8º do art. 477 da CLT. Reitera o pedido de tutela antecipada e de apreciação sucessiva de readmissão, caso seja reformada a sentença quanto à reintegração (f. 1.110/1.118).

Há embargos de declaração das reclamadas (f. 1.106/1.108), julgados procedentes para autorizar a “compensação dos valores pagos pela Forluz” (f. 1.121/1.123).

O reclamante opôs embargos de declaração (f. 1.125/1.126), julgados procedentes para “esclarecer que os valores compensados pela reclamada, a título de complementação de aposentadoria recebidos pelo reclamante, deverão ser repassados à Forluz” (f. 1.147/1.148).

As reclamadas em recurso ordinário arguem a nulidade da sentença, por (I) ausência de prestação jurisdicional, (II) julgamento *extra et ultra petita* e (III) cerceamento de defesa; no mérito, impugnam a nulidade da dispensa e a reintegração, a indenização por danos morais e a gratuidade da justiça (f. 1.128/1.140-v.).

As custas estão recolhidas e há depósito recursal (f. 1.141/1.141-v.).

O reclamante adita o recurso ordinário para arguir a nulidade da decisão de embargos de declaração que conferiu efeito modificativo sem intimar a parte contrária, impugnando a compensação de valores autorizada na decisão complementar (f. 1.152/1.156).

Contrarrazões, das reclamadas (f. 1.158/1.167) e do reclamante, em que alega deserção do recurso (f. 1.168/1.181).

Tudo visto.

VOTO

1. Admissibilidade

1.1. Pressupostos recursais

Preenchidos os pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao poder de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, quitação das custas e depósito recursal), conheço dos recursos.

O art. 11 da Lei n. 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial, valida a transmissão de recurso ordinário por meio eletrônico, tal como transmitido pelas reclamadas, ao dispor que “os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos [...] serão considerados originais para todos os efeitos legais.”

Se isso não bastasse, as reclamadas juntaram os originais das guias das custas e do depósito recursal (f. 1.144/1.145), donde insubsiste a deserção arguida nas contrarrazões do autor (f. 1.168-v./1.169).

2. Mérito

Por conter matéria prejudicial, aprecio em primeiro lugar o recurso das reclamadas.

2.1. Recurso ordinário das reclamadas

2.1.1. Negativa de prestação jurisdicional

Sob o fundamento de que a douta juíza sentenciante não se manifestou na decisão complementar (embargos de declaração) acerca do julgamento fora dos limites da lide quanto à causa de pedir da reintegração no emprego, sustentam as reclamadas a negativa de prestação jurisdicional.

Não houve negativa de prestação jurisdicional. Pelo que se infere da decisão de primeiro grau, entendeu-se que os limites da lide comportam aferir a validade da motivação para a dispensa. O exame da motivação compõe o contexto intrínseco da decisão, após declarar que a dispensa “não foi precedida de qualquer procedimento administrativo, nem de motivação” (f. 1.087v.) e que não foi conferido ao reclamante o direito a recurso, previsto na cláusula 30ª do dissídio coletivo da categoria (f. 1.088v.).

A alegação de *error in iudicando*, notadamente o julgamento *extra* ou *ultra petita*, deve ser deduzida em meio próprio, e não em embargos de declaração.

Não houve violação aos dispositivos legais e constitucionais.

Rejeito.

2.1.2. Julgamento *extra et ultra petita*

As reclamadas sustentam que há vício de julgamento *extra et ultra petita*, pois a causa de pedir da reintegração é a ausência de motivação para a dispensa, e não a validade do motivo da dispensa.

O reclamante, sob a alegação de “ilegalidade do procedimento da reclamada, ao rescindir imotivadamente o contrato de trabalho”, pediu “que seja declarada a nulidade da dispensa em face da AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO (A DISPENSA) a fim de determinar a imediata REINTEGRAÇÃO.” (f. 08 e 25)

Todavia, a inicial está acompanhada da carta de dispensa, donde se extrai a motivação do ato (f. 29).

A meu ver, a causa de pedir contém em seu *medium* um grau excessivo de ambivalência ou dubiedade, autorizando aferir a eficácia da motivação, tal como aferida na decisão.

Nos termos do § 1º do art. 840 da CLT, basta a breve exposição dos fatos e o pedido. Significa que a causa de pedir não pode ser interpretada com o rigorismo pretendido pelas reclamadas.

Outrossim, a nulidade não deve ser declarada quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que a alega (§ 2º do art. 249 da CLT).

Rejeito.

2.1.3. Cerceamento de defesa - Perícia financeira

A nulidade da sentença por cerceamento de defesa sustentada pelas reclamadas tem por cerne o indeferimento da perícia financeira pretendida (f. 1.131/1.131-v.).

A perícia financeira a ser realizada por “economista com conhecimento técnico em direito regulatório, com o intuito de evidenciar os impactos da revisão tarifária da edição da Lei n. 12.783/13” (f. 975-v.) foi requerida para o caso de ser admitido o alargamento da causa de pedir. Realizou-se, porém, a audiência de instrução processual, livremente encerrada (f. 1.063/1.067), sem protesto.

As nulidades devem ser arguidas na primeira oportunidade “em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.” (art. 795 da CLT)

Rejeito.

2.1.4. Cerceamento de defesa - Invalidez da prova testemunhal

Como último motivo para auspicar a nulidade da sentença por cerceamento, as reclamadas sustentam a invalidez dos depoimentos das testemunhas, eis que “tinham laços de amizade íntima com o autor e interesse na demanda, o que prejudica a veracidade das informações trazidas.” Alegam que a documentação colacionada prova que as testemunhas patrocinaram ações trabalhistas em face das reclamadas, em conjunto com o patrono desta ação, e que a testemunha Maria José “detém mágoa e animosidade em relação à reclamada, haja vista que pleiteou perante a Diretoria jurídica a contratação de sua filha e não foi atendida.”

Os depoimentos das testemunhas do autor, Emerson Oliveira Machado e Maria José Vilela Figueiredo Campos, foram colhidos sem objeção ou contradita.

No dia seguinte ao encerramento da instrução processual é que se peticiona com a tese da invalidez dos depoimentos, ao fundamento de que as testemunhas “figuraram como advogados na inicial trabalhista movida contra a CEMIG.” (f. 1.071/1.071-v.)

Não há nenhuma prova do fato alegado quanto à testemunha Maria José Vilela Figueiredo Campos, aliás, pura novidade na lide.

A contradita deve ser apresentada antes do início do depoimento da testemunha (art. 414 do CPC).

Quanto à tese de que as reclamadas não conheciam antecipadamente as testemunhas que iriam depor, Amauri Mascaro Nascimento, em seu *Curso de direito processual do trabalho*, 24. ed., p. 560, esclarece:

Importa, então, distinguir, no processo trabalhista, se houve ou não apresentação de rol de testemunhas. No primeiro caso, a prova deve ser produzida na audiência e com a contradita. No segundo caso, a parte tem o direito de pedir o adiamento da audiência para apresentar os documentos e testemunhas, uma vez que só teve conhecimento destas no momento de contraditar. É evidente que nessas condições não é possível exigir da parte que desde logo compareça com contraprova na contradita de testemunha que não conhecia até essa ocasião.

Do termo da ata de f. 1.063/1.067, infere-se que não há pedido e prova para demonstrar a tendenciosidade ou impedimento da testemunha.

São válidos os depoimentos e os compromissos prestados pelas testemunhas. Rejeito.

2.1.5. Legalidade da dispensa - Reintegração

A sentença, referindo-se a precedente de repercussão geral originário do excelso Supremo Tribunal Federal, declarou a necessidade de motivação da dispensa do autor, empregado de sociedade de economia mista, não vislumbrando prova da “alegada readequação do quadro de pessoal, em razão da atual realidade do setor elétrico”, donde decorre a nulidade da dispensa e sua reintegração ao emprego. A par disso, extraiu da prova oral a discriminação por idade na dispensa, considerando-a “retaliação à falta de adesão do reclamante ao plano de desligamento” (f. 1.086-v./1.091-v.).

As reclamadas advogam que as sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inc. II da CR/88), estando desobrigadas de motivar a dispensa de seus empregados, notadamente por inexistir estabilidade. Evocam o item I da OJ n. 247 do TST.

Por eventualidade, alegam que a revisão tarifária e a MP n. 579/2012 causaram impactos negativos na estrutura das empresas do setor elétrico.

Enfatizam que as provas oral e documental endossam a tese da necessidade de redução de custos com pessoal, devido à crise do setor elétrico, e que não houve dispensa discriminatória, pois ponderada na política de readequação do quadro de recursos humanos a situação previdenciária dos empregados, destacando, por fim, que a reintegração determinada se traduz em reconhecimento da estabilidade (f. 1.132-v./1.139-v.).

A natureza das reclamadas - sociedades de economia mista - integra-nas na administração indireta do Estado de Minas Gerais.

A contratação de pessoal desse tipo de empresa deve ser precedida de concurso público, para preservar os princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37 da Constituição da República).

Entretanto, a realização de concurso não estende aos empregados da terceira reclamada (Cemig - Geração e Transmissão S/A.), subsidiária de sociedade de economia mista, que exerce atividade econômica, a estabilidade do art. 41 da Constituição. Apenas os servidores estatutários e os empregados da Administração Direta, Autárquica e Fundacional usufruem aquela prerrogativa, sendo oportuno rememorar que a OJ n. 265 da SDI-I foi cancelada e convertida na Súmula n. 390 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte redação:

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.

O reconhecimento da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República ou mesmo da obrigatoriedade de motivar a dispensa, em casos como o dos autos, colide com o inc. II do § 1º do art. 173 da Carta Magna.

Todavia, em 20.mar.2013, na sessão de plenário, o ex. STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 589.998/PI, “deu provimento parcial ao recurso extraordinário para reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho” pela empresa pública e de sociedade de economia mista da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, enaltecendo os princípios da impessoalidade e da moralidade, observando a simetria das formas, conforme se depreende a seguir:

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n. 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Não se trata de justa causa para a dispensa, tal como ocorre com os servidores acobertados por estabilidade, mas apenas de justificativa formal da rescisão contratual. Nesse sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho, já atento à repercussão geral proclamada pelo ex. STF:

O concurso é pré-requisito de ingresso no serviço público, independente do regime jurídico a que pertencer o servidor, e em nenhum momento a estabilidade foi atrelada a esse requisito. Desse modo, não será atribuída ao servidor trabalhista a garantia da estabilidade ainda que tenha sido aprovado em concurso público antes da contratação. O concurso, nesse caso, tem o mesmo valor jurídico do procedimento levado a efeito por algumas entidades da iniciativa privada quando pretendem selecionar os melhores candidatos para a contratação trabalhista.

Existe entendimento, no entanto, segundo o qual seria ilegítima a possibilidade de a Administração rescindir imotivadamente o vínculo laboral e despedir o servidor, com os ônus decorrentes, tal como no direito trabalhista. Ora, na verdade sempre haverá motivo para a rescisão do contrato, mesmo que seja o desinteresse do empregador, e, por isso mesmo, a lei trabalhista lhe comina certos efeitos pecuniários mais gravosos na hipótese de rescisão contratual, que é exatamente essa que fica ao

alvedrio do empregador. Eis por que, somente em casos especialíssimos, a Justiça do Trabalho admite a reintegração do empregado despedido. O que se tem exigido, isto sim, é que o ato administrativo que determina a rescisão contratual tenha motivação, vale dizer, a justificativa formal do desfazimento.

Assim, não nos parece que a ordem jurídica confira alguma situação especial aos servidores contratados pelo Estado sob a égide trabalhista. Pode ocorrer que a lei federal contemple, especificamente, para algumas categorias de servidores trabalhistas garantias não previstas na CLT [...]. Mas excluídas tais hipóteses, incide normalmente a legislação trabalhista e esta admite (*si et in quantum*) a rescisão contratual pela só manifestação volitiva do empregador. Aliás, o próprio TST reconsiderou sua posição anterior.

(*Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 688/689.)

Trago à baila o entendimento do col. TST, consubstanciado na OJ n. 247 da SDI-I, ainda vigente:

SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (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;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Se necessário fosse motivar a dispensa do empregado de sociedade de economia mista, a motivação se contém na carta de dispensa juntada à própria inicial:

Registra-se que, sendo necessária a readequação do quadro de pessoal da empresa à atual realidade do Setor Elétrico, a dispensa encontra-se devidamente motivada e observa a sua situação previdenciária, considerando seu direito à previdência social e complementar.

Ressalta-se que os critérios foram estabelecidos, tendo em vista o menor impacto social, sem prejuízo para o (a) Sr.(ª), eis que considerada, em especial, a sua situação previdenciária [...].

Esclarecemos-lhe, na oportunidade, que poderá V.Sª interpor recurso junto ao Diretor de sua área, no prazo máximo e improrrogável de 2 (dois) dias úteis, contados a partir do recebimento da comunicação. (f. 29)

O reclamante não provou nenhuma irregularidade na dispensa. Aliás, nem sequer a peça inicial tece qualquer crítica textual à motivação antes transcrita.

A motivação da dispensa vai ao encontro da “Comunicação de Resolução da Diretoria”, de 4.abr.2013, documento juntado pelas rés e que trata da “Readequação da estrutura de pessoal da Empresa”, da qual se lê:

A Diretoria Executiva deliberou determinar que, para readequar o quadro de pessoal da Empresa à nova realidade do Setor Elétrico, tendo em vista as alterações econômicas, de legislação de regulação ocorridas e, ainda, devido à necessidade de implantação de novas tecnologias nos processos da Empresa, para eventuais dispensas calçadas em motivos técnicos e/ou econômicos, deverão ser observados e avaliados em conjunto, naquilo que for possível, os seguintes critérios: a) a situação previdenciária do empregado; b) a necessidade de manutenção do posto de trabalho; a necessidade de manutenção do conhecimento empresarial, medida pela capacitação e experiência do empregado; d) as últimas avaliações de desempenho do empregado e e) a prescindibilidade da mão de obra, em razão dos avanços tecnológicos de equipamentos capazes de dinamizar a produção. (f. 347)

A defesa trouxe ainda a nota técnica da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, consistente na conclusão da audiência pública n. 040/2010, acerca da proposta de metodologia de cálculo de custos operacionais regulatórios a ser aplicada no terceiro ciclo de revisões tarifárias das concessionárias de distribuição de energia elétrica - 3CRTP, com vigência de 2011 a 2014 (f. 516/586).

Embora se trate de documento extremamente técnico, é possível verificar que o salário médio, composto também pela remuneração dos advogados (f. 544), é considerado na análise do custo operacional das concessionárias de serviço público e influencia na revisão tarifária.

Aliado a isso, a testemunha Angélica Tozatto Baptista, economista, ouvida por indicação das reclamadas, noticiou:

72. que trabalha para a reclamada como analista econômico financeiro, desde 2006;
73. que o reclamante foi dispensado por causa de processo de regulação econômica, que exigiu que a reclamada fizesse algumas adequações de natureza operacional, tendo sido dispensado por tal motivo;

[...]

75. que o custo operacional da reclamada é superior ao reconhecido pela ANEEL não sendo coberto pelas tarifas de distribuição e transmissão;

76. que, no caso da geração, há redução grande no número de geradores, em razão da entrega de algumas geradoras, em razão da finalização de alguns contratos;

77. que houve revisão tarifária em 2013 da distribuição e uma extraordinária da transmissão, sendo que o valor do custo operacional foi bem inferior ao que as reclamadas praticam;

78. que, se não houver redução do quadro de pessoal, poderá ser afetada a sustentação da reclamada;

79. que os critérios para dispensa de empregados são: os que estavam aptos para aposentadoria pelo INSS e pela Forluz;

80. que houve redução do número de empregados contratados na área da depoente;

81. que os contratos temporários também foram reduzidos; [...]. (f. 1.066/1.067)

Além da ausência de crítica na peça inicial à motivação para a sua dispensa, limitando-se o reclamante a contestá-la na impugnação, a defesa mostrou a harmonia da motivação à realidade, aliás, fato notório na crise energética e hídrica atual.

A contratação de advogado concursado, posteriormente à dispensa do autor, não invalida a dispensa deste, pois ainda assim o custo operacional seria menor, por se tratar de empregado em início da carreira.

Acrescente-se que o fato de as reclamadas não estarem em crise financeira não torna ilícita a dispensa, pois o objetivo é justamente evitar a crise.

A dispensa discriminatória por idade, ou seja, dos empregados que já implementaram os pressupostos para aposentação e não aderiram ao plano de aposentadoria voluntária, conforme noticiado na inicial, também não foi provada. Nesse ponto, amparo-me no teor do depoimento da segunda testemunha do reclamado, Kleber Rodrigues Soares (f. 1.067), especialmente às respostas n. 16/93 (f. 1.067).

A testemunha indicada pelas reclamadas, Luiz Mauro Noronha de Almeida, ouvida por carta precatória, presente às reuniões mencionadas pelas testemunhas do reclamante, declarou que nunca ouviu comentários desairosos da diretoria jurídica da Cemig endereçados a advogados que recusassem a assinar pareceres, enaltecendo a liberdade intelectual desses profissionais na reclamada. Também não noticia nada que se assemelhe a discriminação por idade. Noutro vértice, afirmou que “havia comentários de que necessidades econômicas estavam impelindo a Cemig à redução de quadro de empregados.” (f. 1.052)

Minha percepção é completamente diversa àquela da douta juíza *a qua*. Para mim, a equipolência dos depoimentos - os das testemunhas do reclamante, de que houve dispensa discriminatória, os das reclamadas, de que nunca houve esse tipo de dispensa -, conduz a solução da lide para o campo da distribuição probatória.

Cabia ao reclamante provar os fatos alegados (art. 818 da CLT). Sem essa prova, o resultado da demanda lhe é desfavorável.

O reclamante ao ser dispensado contava com 55 anos, aproximadamente. Embora essa idade não o enquadre propriamente na categoria dos idosos, não haveria censura alguma às reclamadas pela adoção de um critério ponderando idade, tempo de serviço e condições de aposentação, por meio do qual se objetiva preservar o emprego daqueles que não reúnem condições para a percepção de vencimento oriundo de outra fonte.

Critério, etimologicamente, vem do grego, com o sentido de separar, distinguir, julgar. O estabelecimento de critérios tão objetivos quanto possíveis revela equidade, opondo-se à iniquidade, que seria, por exemplo, dispensar profissionais jovens, ainda sem condições de obter complementação de aposentadoria, em suma, outra fonte de renda para a subsistência.

Não constatada nenhuma ilegalidade, a dispensa permanece hígida.

Desconsiderando tudo isso, ainda que não fosse regular a dispensa, por ausência de motivação, não seria caso de reintegrar o reclamante, sob pena de conferir-lhe o atributo da estabilidade no emprego.

Não provada a dispensa discriminatória, ficam também rechaçados os pedidos sucessivos de readmissão e/ou indenização previstas nos incisos I e II do art. 4º da Lei n. 9.029/95.

Provejo para reconhecer a hígidez da dispensa e absolver a terceira reclamada da obrigação de reintegrá-lo, absolvendo-a também de pagar a remuneração vencida e vincenda com reflexos, desde a dispensa até a efetiva reintegração.

2.1.6. Indenização por danos morais

Sob a alegação de que não houve ato discriminatório na dispensa do autor, requerem as reclamadas a absolvição da indenização por danos morais ou a redução do *quantum* arbitrado. Evocam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (f. 1.139-v./1.140-v.).

O conceito de dano moral é de domínio público dos profissionais atuantes na área trabalhista, sendo desnecessário expô-lo.

Não há prova de conduta discriminatória da empregadora, conforme fundamentos anteriores, ou abuso de direito, ofensa à personalidade ou à dignidade humana. É indevida a indenização por danos morais pretendida pelo reclamante.

Provejo para absolver as reclamadas da condenação na indenização por danos morais (R\$ 100.000,00).

2.1.7. Justiça gratuita

A juíza sentenciante concedeu a gratuidade da justiça ao autor (f. 1.096-v.).

As reclamadas alegam que não estão atendidos os pressupostos, pois o autor possui “visíveis condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento” (f. 1.140-v.).

O reclamante declarou sua incapacidade financeira para arcar com as despesas processuais (f. 27), havendo presunção a lhe favorecer. É o quanto basta para lhe garantir o acesso ao Judiciário, independentemente do pagamento de custas processuais.

Cabia às recorrentes infirmarem a miserabilidade declarada. O valor da remuneração percebida durante o vínculo, por si só, não obsta o deferimento da gratuidade.

Correta a sentença.

2.2. Recurso ordinário do reclamante

2.2.1. Assédio moral

Insiste o reclamante na indenização por assédio moral consistente na obrigatoriedade de alteração de pareceres e na “pressão para que firmasse pareceres com os quais não concordava, bem como pelas consequências da resistência legítima.” (f. 1.110-v./1.112)

A sentença sabiamente indeferiu esse pedido, pois “o reclamante não se desincumbiu a contento do encargo da prova que lhe incumbia acerca do alegado assédio moral especificamente quanto à obrigatoriedade de alteração de pareceres.” (f. 1.093/1.094)

O assédio moral no local de trabalho caracteriza-se quando o trabalhador sofre violência psicológica extrema, de forma habitual por período prolongado, para desestabilizá-lo emocionalmente, levando-o a romper o vínculo empregatício. *En passant*, rememoro que a responsabilidade indenizatória pressupõe o concurso da ação ou omissão, dolosa ou culposa, por parte do agente, efetivo prejuízo para a vítima e nexos causal entre o evento e o dano. O reclamante não se desincumbiu de evidenciar os pressupostos para ser indenizado.

A testemunha Luiz Mauro Noronha de Almeida afirmou categoricamente que “o reclamante, como advogado, tinha ampla liberdade intelectual na emissão dos pareceres, nunca tendo sido obrigado a fazer ou assinar parecer jurídico com o qual não concordava.” Acrescentou que o autor “nunca sofreu qualquer retaliação por recusar assinatura em parecer jurídico.” (f. 1.052).

A primeira testemunha do autor corroborou a tese inicial, mas admitiu que as dúvidas quanto aos pareceres eram sanadas com o reclamante, advogado experiente. Esse fato, de *per se*, revela sintomática contradição do depoimento, pois demonstra a confiança da empresa no trabalho do autor. *In verbis*:

20. que os pareceres da área de direito administrativo são quase que um formulário, especialmente no que se refere a dispensa e inexigibilidade de licitação, com parecer já praticamente pronto, indicando o modelo respectivo;

21. que, caso o advogado não concorde com o parecer padrão, é feita uma pressão em cima do advogado para modificar seu entendimento, colocando em conformidade com o entendimento da reclamada;

22. que, caso haja resistência por parte do advogado, na avaliação de desempenho do final de ano, o advogado não seria contemplado, apesar de ter sido bem avaliado;

23. que o reclamante tem um tom de voz mais elevado e em tom inflamado, de modo que o depoente poderia ouvir, o reclamante não concordava com alguns pareceres, havendo resistência da reclamada, que insistia até que prevalecesse o posicionamento da mesma, até tirar o parecer dele, passando para outra advogada, que assinava o parecer, tal como havia sido encaminhado;

24. que o reclamante orientava os advogados temporários e os recém-contratados no sentido de alertá-los a respeito do teor dos pareceres, avisando que tomassem cuidado com o que estavam assinando, alertando tais advogados, inclusive com processos que poderiam sofrer em razão de tais pareceres e por tal motivo foi transferido para outro setor, totalmente desvinculado de sua formação;

25. que os advogados contratados perguntavam ao depoente e, quando o depoente os encaminhava para o reclamante, eles lhe diziam que estavam proibidos de procurar o reclamante para consulta; [...] que já aconteceu de ser obrigado a assinar um parecer com o qual não concordava, sendo que as dúvidas com relação ao parecer eram tiradas com o reclamante ou com o gerente; [...]. (Emerson Oliveira Machado, f. 1.063/1.065)

Já a segunda testemunha do autor, Maria José Vilela Figueiredo, com o nítido interesse de favorecê-lo, visto que nem sequer elaborava pareceres, tentou infrutiferamente dar consistência à tese inicial, conforme se infere à f. 1.065 e seguinte, em especial às respostas n. 65/68.

Por fim, a testemunha Kleber Rodrigues Soares, indicada pelas reclamadas e que trabalhou com o autor no último ano, na mesma área, noticiou a liberdade total para o parecerista elaborar sua peça (f. 1.067, resposta 86).

Nego provimento.

2.2.2. Intervalo intrajornada

Pretende o reclamante horas extras pela concessão irregular do intervalo intrajornada.

Para tanto, sustenta que os controles de jornada juntados pela ré são apócrifos e invariáveis, atraindo-lhe o ônus de provar a concessão do intervalo intrajornada, afirmando que a prova oral revelou a veracidade da sua tese (f. 1.112/1.113-v.).

Nos termos do § 2º do art. 74 da CLT, o intervalo intrajornada pode ser pré-assinalado, tal como nos cartões de ponto juntados (f. 446/466). Logo, o ônus de provar a irregularidade na sua concessão é do autor.

A testemunha Emerson, também advogado, disse que o autor não usufruía intervalo, mas que ele, depoente, sim, o que causa estranheza, por não ser razoável essa distinção imotivada e inexplicada.

A segunda testemunha do autor não soube dizer se ele usufruía o intervalo.

Já as testemunhas Kleber e Luiz Mauro foram categóricas quanto à regularidade da concessão do intervalo intrajornada.

Se isso não bastasse, extrai-se do depoimento da segunda testemunha do reclamante que havia certa flexibilidade na jornada, haja vista que poderiam sair durante o horário de trabalho para ir ao “dentista, velório, cursos, dentre outros”.

Nego provimento.

2.2.3. Tíquete-alimentação - Integração

A sentença indeferiu a integração do tíquete-alimentação, sob o fundamento de que a norma coletiva que o instituiu definiu sua natureza indenizatória (f. 1.094-v./1.095-v.).

A tese do apelo é de que a reclamada passou a conceder auxílio-alimentação em 1989, e somente em 1992 aderiu ao PAT, caso em que a atribuição de natureza indenizatória ao tíquete-alimentação afronta a OJ n. 413 da SDI-I do TST. Acrescenta que a negociação coletiva a que se referiu a sentença foi apenas um acordo em dissídio coletivo, plano piloto do benefício, mas, quando de sua implantação efetiva, as negociações coletivas nada dispuseram acerca da sua natureza indenizatória. Pugna pela sua integração e reflexos (f. 1.113/1.116).

A reclamada alegou em defesa que, quando o auxílio-alimentação foi instituído, houve definição de sua natureza indenizatória, e também que, quando de sua extensão a todos os empregados, houve previsão da coparticipação destes, mantida a natureza indenizatória (f. 281/289).

O reclamante foi admitido em 16.jun.1980 (f. 30).

Celebrou-se acordo no dissídio coletivo n. 168/88, prevendo a concessão de tíquete-refeição, de natureza indenizatória (cláusula 5ª, parágrafo único, f. 839).

O ACT de 1989/1990, vigente de 1º.nov.1989 a 31.out.1990, que estendeu o tíquete-alimentação “a todos os empregados, a partir de 1º (primeiro) de janeiro de 1990”, manteve a natureza indenizatória, haja vista a previsão de coparticipação do empregado (cláusula nona, f. 844). “O fornecimento de alimentação e transporte custeado pelo trabalhador afasta a natureza salarial das parcelas.” (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 323.)

Acrescente-se que, em 07.fev.1992, a reclamada filiou-se ao PAT (f. 498).

O reclamante sempre recebeu tíquete-alimentação com natureza indenizatória. Não há afronta à OJ n. 413 da SDI-I do TST.

Nego provimento.

2.2.4. Salário-habitação

O recorrente sustenta que “os acordos coletivos da categoria apenas fixam o valor do salário-habitação, sem, contudo, delimitar expressamente os destinatários desse direito”, e que a reclamada não pode regulamentar unilateralmente direito previsto em negociação coletiva. Ressalta que há empregados que o recebem ou já o receberam sem nunca ocuparem casas da Cemig, conforme depoimento de testemunhas ouvidas em outros processos (f. 1.116/1.117).

A defesa colaciona a Instrução de 19.mar.1977, na qual se estabelece que o “salário-habitação é a parcela remuneratória decorrente de concessão de casa a empregado.” (f. 905/906).

Conquanto os ACTs estipulem o teto para pagamento do salário-habitação (v.g. ACT de 2007/2008, cláusula décima quarta, f. 773), não há indícios de que essa parcela tenha sido instituída em negociação coletiva, mas apenas regulada por ela.

O reclamante admitiu que “não residia em casa ou vila da CEMIG” (f. 1.063), não fazendo jus ao benefício pretendido.

Nada a reparar.

2.2.5. Dispensa discriminatória - Pedido sucessivo

Apreciado no recurso das reclamadas.

2.2.5. Multa do art. 477 da CLT

Diante da declaração de higidez da dispensa e absolvição da terceira reclamada da obrigação de reintegrar o autor, aprecio o pedido de condenação na multa do § 8º do art. 477 da CLT.

A tese do reclamante é de que, dispensado em 28.nov.2013, só recebeu as verbas rescisórias em 11.dez.2013 (f. 22).

Do TRCT verifica-se a dispensa em 02.dez.2013, com aviso prévio indenizado. Logo, é tempestivo o pagamento das verbas rescisórias em 11.dez.2013 (f. 30/31).

Embora a carta de dispensa tenha sido recebida em 28.nov.2013, dela consta expressamente que o reclamante deveria encerrar suas atividades “a partir do dia 2/12/2013”, data da efetiva dispensa.

A antecedência da comunicação da dispensa deve-se ao fato da concessão de “prazo máximo e improrrogável de 2 (dois) dias úteis, contados a partir” do recebimento da correspondência para que fosse interposto recurso administrativo (f. 29).

Nego provimento.

2.2.6. Tutela antecipada - Reintegração

Prejudicada, em vista da higidez da dispensa e absolvição da obrigação de reintegrar o reclamante.

2.2.7. Nulidade da decisão de embargos de declaração

O reclamante sustenta a nulidade da decisão complementar (dos embargos de declaração), haja vista que julgados parcialmente procedentes os opostos pelas reclamadas, com efeito modificativo, sem que lhe fosse concedida vista (f. 1.153/1.154).

Nos termos do item II da OJ n. 142 da SDI-I do TST, transcrita pelo recorrente, não há necessidade de vista à parte contrária para manifestação prévia, quando for dado provimento a embargos de declaração opostos contra sentença, ainda que com efeito modificativo, em “decorrência do efeito devolutivo amplo conferido ao recurso ordinário.”

De todo modo, o provimento na decisão dos embargos de declaração das reclamadas - compensação de valores percebidos pela Forluz - deixou de ter relevância, haja vista a improcedência desta ação.

Rejeito.

2.2.8. Complementação de aposentadoria - Compensação

Sustenta o reclamante que não se pode deferir a compensação quando as partes não são ao mesmo tempo credoras e devedoras mutuamente, nos termos do art. 368 do Código Civil (f. 1.154/1.155).

Questão prejudicada, à vista da improcedência.

2.3. Ônus sucumbenciais - Inversão

Absolvidas as reclamadas, torna-se improcedente a reclamação. Invertem-se os ônus de sucumbência, com isenção ao reclamante do pagamento das custas, pois amparado pela gratuidade da justiça (f. 1.096-v.).

3. CONCLUSÃO

O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO, por sua Nona Turma, à vista do contido na certidão de julgamento (f. retro), à unanimidade, conheceu dos recursos; rejeitou as preliminares; no mérito, sem divergência, deu provimento parcial ao recurso das reclamadas para (I) reconhecer a higidez da dispensa do autor e absolver a terceira reclamada da obrigação de reintegrá-lo; absolvendo-as (II) da condenação em remuneração vencida e vincenda com reflexos, desde a dispensa até a efetiva reintegração e (III) da indenização por danos morais (R\$ 100.000,00); negou provimento ao recurso do reclamante, julgando improcedente a reclamação, com inversão dos ônus de sucumbência, isento o reclamante das custas processuais. Determinou a remessa do acórdão à Escola Judicial para publicação na Revista deste Egrégio Tribunal.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2015.

RICARDO ANTÔNIO MOHALLEM
Desembargador Relator

TRT- 0011381-71.2014.5.03.0077-AP

Publ. no "DE" de 2/3/2015

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

AGRAVADA: FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS REABILITADOS OU PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ART. 93 DA LEI N. 8.213/91 - IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA NORMA LEGAL DEMONSTRADA - INEXIGÍVEL A MULTA PREVISTA NO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUITA - TAC. A norma do art. 93 da Lei n. 8.213/91 visa a promover uma sociedade mais justa e solidária, bem como concretizar os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da proibição da discriminação aos portadores de deficiência. Todavia, a aplicação do predito preceito tem sido atenuada em conformidade com o princípio da razoabilidade, notadamente quando demonstrada a dificuldade de se encontrar profissionais deficientes e habilitados para o preenchimento dos cargos que lhes são reservados por força daquele mandamento legal. Na hipótese dos autos, há prova inconcussa de que a Fundação procurou, de forma incessante, preencher as vagas destinadas aos reabilitados e portadores de deficiência, como determina o citado art. 93 da Lei n. 8.213/91, razão pela qual se afigura escorreita a decisão *a qua* que declarou inexigível a multa pretendida pelo Ministério Público do Trabalho e estipulada no TAC, mantendo, porém, a obrigação de a Fundação permanecer com os projetos de inclusão social, empenhando-se em preencher a cota legal prevista no predito dispositivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição, interposto de decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni, em que figuram, como agravante, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e, como agravada, FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS.

RELATÓRIO

O Ex.^{mo} Juiz da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni, Walder de Brito Barbosa, exarou suas razões de decidir na r. sentença de ID 4b2fa69, julgando procedentes os embargos à execução da executada.

Inconformado com a prestação jurisdicional de primeira instância, o Ministério Público do Trabalho - MPT - interpôs o agravo de petição de ID 30dcae1.

Contram minuta da executada no ID 7a32dbb, pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do agravo de petição, dele conheço.

Juízo de mérito

Contratação de empregados reabilitados ou portadores de deficiência - Art. 93 da Lei n. 8.213/91 - Impossibilidade de cumprimento da norma legal demonstrada - Inexigível a multa prevista no Termo de Ajustamento de Conduta - TAC

Não se conforma o MPT com a r. decisão agravada que julgou procedentes os embargos à execução da executada - Fundação Presidente Antônio Carlos -, declarando inexigível a multa pretendida pelo exequente prevista no TAC. Alega o MPT que a multa estipulada no termo de ajustamento de conduta possui natureza de astreintes, visando a compelir o compromitente ao adimplemento das obrigações pactuadas, e não de cláusula penal, pelo que é inaplicável a sua desconsideração judicial ao argumento de que a empresa teria encontrado obstáculos alheios à sua vontade para dar cumprimento às obrigações. Sustenta que tais obstáculos não se mostraram realmente convincentes, sobretudo de que outras empresas estariam a oferecer condições melhores e salários mais altos. Argumenta, ainda, que a convocação, em jornais e a integração com as APAEs e Sistema "S", por si só, não exime a agravada de buscar outras soluções para o cumprimento da avença que firmou, em título executivo extrajudicial, com o Ministério Público do Trabalho, até porque existem outros cadastros que poderiam ter sido acionados para a busca dessa mão de obra especial. Insiste na exigibilidade da multa. Requer, assim, seja provido o presente recurso, para que o valor executado não seja declarado inexigível, por absoluta falta de amparo legal e fático, restabelecendo-se a execução, nos valores apresentados.

Ao exame.

A hipótese dos autos versa sobre a cobrança de multa prevista no Termo de Ajustamento de Conduta - TAC - a respeito do descumprimento do art. 93 da Lei n. 8.213/91, que impõe a contratação de portadores de deficiência habilitados ou trabalhadores reabilitados pelo INSS, nos percentuais mínimos estipulados pela referida norma legal.

Extrai-se dos autos que as partes firmaram o Termo de Ajustamento de Conduta, em fevereiro/2008, no sentido de preencher, no prazo de dezoito meses, a partir da assinatura do Termo, o percentual previsto no art. 93 da Lei n. 8.213/91, referente à contratação de pessoas com deficiência ou reabilitadas (ID 2ba095d), sendo que, após o vencimento do prazo acordado, a compromissada deveria apresentar a documentação necessária para a comprovação do cumprimento da obrigação convencionada.

Pois bem. Retira-se do citado art. 93 da Lei n. 8.213/91, inserido na Subseção II - da Habilitação e da Reabilitação Profissional a serem realizados pela Previdência Social -, a obrigação de as empresas com 100 (cem) ou mais empregados preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados pela Previdência Social ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na proporção estabelecida em seus incisos. Vejamos o teor da referida norma:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados.....2%;
- II - de 201 a 500.....3%;
- III - de 501 a 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante.5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Tal norma visa a promover uma sociedade mais justa e solidária, bem como concretizar os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho (artigos 1º, III e IV e 3º, IV, da Carta Magna) e da proibição da discriminação aos portadores de deficiência (inciso XXXI do artigo 7º da Constituição Federal).

Conforme se vê do predito dispositivo, não existe nenhuma distinção relativa à atividade perigosa ou que exija plena aptidão física do trabalhador. De outro lado, como é cediço, ao Juiz cumpre o dever de interpretar as leis de acordo com o que o caso concreto lhe opuser. Contudo, onde o legislador não distingue, não cabe ao magistrado fazê-lo, muito menos para adotar tese que prejudique aquele a quem o preceito visa a proteger.

Saliente-se que as vagas são destinadas àqueles trabalhadores reabilitados que ainda possuam capacidade para o exercício de alguma atividade laborativa ou aos que sejam portadores de deficiência compatível com a função a ser desempenhada. Tanto é assim que o § 5º do artigo 36 do Decreto n. 3.298/99 estabelece ser atribuição do Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer a sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas.

Frise-se, por oportuno, que a lei não vincula o preenchimento da cota percentual prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91 a cargos que demandem formação profissional, como o faz a lei do aprendiz, e também não faz qualquer exceção ao tipo de empreendimento econômico desenvolvido pela empresa. Aliás, deve-se deixar claro que existem vários graus e tipos de deficiência. De fato, existem algumas funções que determinada pessoa, portadora de necessidades especiais, não está apta a exercer. Isso não quer dizer, contudo, que um outro indivíduo, também enquadrado na definição de deficiente físico, não possa exercê-la. Na verdade, tais circunstâncias ocorrem mesmo quando está a se falar de pessoas que não possuem nenhum tipo de deficiência.

Nesse aspecto, cumpre pontuar, outrossim, que a agravada, por meio do Termo de Compromisso de ID 2ba095d, comprometeu-se a preencher 5% dos seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados e pessoas

portadoras de deficiência habilitadas ou, ainda, as que estejam capacitadas para o exercício da função. Ao firmar referido compromisso, a Fundação não ressaltou nenhum tipo de função perigosa ou que não pudesse ser cumprida por deficientes físicos, tendo, na verdade, considerado, para tal efeito, todos os cargos da empresa.

Ocorre que o relatório da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE -, ID b737abc, apurou que a Fundação possui 4.712 empregados, conforme CAGED referente a setembro/2013, sendo que, da cota de 5% a ser cumprida (236 empregados), a ora agravada possui 95 trabalhadores com deficiência ou reabilitados, o que ensejou o auto de infração 202.230.333, em decorrência da inobservância do § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/91.

Destaque-se, contudo, que a executada, após a realização de audiência no MPT (ID f353149), informou que possui o total de 4.589 empregados, sendo 101 pessoas portadoras de necessidades especiais, o que não foi refutado pelo MPT, demonstrando, assim, a existência de 128 vagas a serem preenchidas (ID 3c692dc).

De outro lado, não se olvida de que a jurisprudência tem entendido pela possibilidade de exclusão da obrigação de preenchimento de cargos com beneficiários reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência, diante da justificada comprovação da impossibilidade da empresa em contratar empregados nessas condições. Em outras palavras, a empregadora, para se eximir de cumprir a exigência legal, deve demonstrar que buscou, embora sem êxito, preencher a cota prevista no artigo 93 da Lei n. 8.213/91. Corroboram os seguintes precedentes:

[...] AUTO DE INFRAÇÃO N. 016397550. ART. 93 DA LEI N. 8.213/91. PERCENTUAL DE VAGAS PREVISTAS PARA BENEFICIÁRIOS REABILITADOS OU PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. EMPRESA QUE PROCUROU DAR CUMPRIMENTO À NORMA. Não se pode penalizar a empresa que buscou, embora sem êxito, preencher a cota prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/91, enviando, inclusive, mensagens eletrônicas ao serviço de recrutamento de pessoal de Chapecó/SC e ofício ao INSS, oferecendo oportunidades de emprego. A aplicação do dispositivo não pode se distanciar do princípio da razoabilidade, notadamente quando demonstrada a dificuldade de se encontrar profissionais deficientes e habilitados para o preenchimento do cargo. Demonstrada a boa-fé da empresa e seus esforços em inserir deficiente físico em seu quadro, impõe-se a declaração de nulidade do auto de infração. Recurso de revista conhecido e provido. [...]. (TST-RR-3993-30.2010.5.12.0038, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 4/9/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/9/2013)

RECURSO DE REVISTA. CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. RESERVA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE TOTAL DE CUMPRIMENTO DO ART. 93 DA LEI N. 8.213/91 NÃO DEMONSTRADA. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA CONFIGURADA. Eventual exclusão da obrigação de preenchimento de cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência só se justificaria ante a impossibilidade total da empresa em contratar empregados que se enquadrem como reabilitados ou portadores de deficiência. O que não restou demonstrado, já que a diminuição no número de deficientes contratados e o estabelecimento de exigências mínimas para contratação de deficientes demonstra conduta discriminatória da empresa. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-344700-80.2009.5.09.0071, Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 21/9/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/9/2011)

Todavia, no caso dos autos, há prova inconcussa de que a Fundação agravada procurou, de forma incessante, preencher as vagas destinadas aos reabilitados e portadores de deficiência, como determina o citado art. 93 da Lei n. 8.213/91. É o que se vê nos recortes de jornais e dos inúmeros ofícios enviados às entidades inerentes às pessoas portadoras de necessidades especiais, tais como SESI/SENAT, SINE, CAAD - Coordenadoria de Apoio e Assistência a Pessoa Deficiente -, Associação Santa Luzia, ADESF - Associação de Deficientes e Familiares, APAE, Rede HEMIG, Centro Estadual de Educação Especial Maria do Rosário, Faculdade de Educação e Estudos Sociais de Estrela do Indaiá, Escola Estadual Rubens Crespo, Instituto José Luiz Ferreira, Faculdade de Educação e Estudos Sociais de São Lourenço, Faculdade de Educação e Estudos Sociais de Várzea da Palma e de Divisa Alegre, merecendo destacar que alguns são anteriores à fiscalização do MTE e ao próprio TAC, o que demonstra a preocupação da agravada em atender ao preceito legal em análise (IDs 6db9d9c, 5ae86b5, 8b516d6, 5e1c298, 60bf744, 15dbe48 e 20e2fe6).

Sobreleva mencionar, também, que os documentos de IDs 8572f7c, f497f71, 5db6263, b96001b, cfb63c0, d8ae151, 7ecffd8, a2b5d13, 14d7971, a673980, 0259fe1, 528a680, 729552f, 1144cea, c1c3af0 e d875a99 revelam que a executada, ora agravada, desenvolve projetos direcionados à inclusão social dos deficientes, promovendo cursos de libras, ofertados gratuitamente à comunidade.

Destarte, é improcedente o pleito recursal do MPT, quando demonstrada a dificuldade de se encontrar profissionais deficientes e habilitados para o preenchimento dos cargos existentes na executada, restando, pois, evidenciada a boa-fé da Fundação e seus esforços em inserir o deficiente físico em seu quadro, pelo que mantenho a r. decisão agravada.

Nego, pois, provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do agravo de petição. No mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Oitava Turma, hoje realizada, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Márcio Ribeiro do Valle, presente a Ex.^{ma} Procuradora Maria Amélia Bracks Duarte, representante do Ministério Público do Trabalho e, computados os votos dos Excelentíssimos Desembargador Sérgio da Silva Peçanha e Juíza Convocada Ana Maria Amorim Rebouças; JULGOU o presente processo e, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do agravo de petição; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2015.

MÁRCIO RIBEIRO DO VALLE
Desembargador Relator

TRT-00701-2014-066-03-00-8-RO

Publ. no "DE" de 2/2/2015

RECORRENTE(S): ENERGISA MINAS GERAIS - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.

RECORRIDO(S): MARCOS ANTÔNIO MARTINS (1)

LP4 ELETRIFICAÇÃO LTDA. (2)

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DONO DA OBRA. Demonstrado que o contrato firmado entre as reclamadas não decorreu de obra determinada e eventual, como é da essência do contrato de empreitada previsto na OJ 191 da SDI-I do TST e no art. 455 da CLT, tendo, ao revés, envolvido a prestação de serviços normais, cotidianos e indispensáveis ao exercício da atividade econômica da contratante, não cabe a aplicação do entendimento contido na OJ 191 da SDI-I do TST, mas sim daquele consubstanciado na Súmula n. 331 do TST, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora em relação aos créditos trabalhistas não satisfeitos oportunamente pelo empregador.

Vistos etc.

RELATÓRIO

A Ex.^{ma} Juíza SIMONE SOARES BERNARDES, da 1^a Vara do Trabalho de Manhuaçu, por meio da r. sentença de f. 256/264, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Marcos Antônio Martins em face de LP4 Eletrificação Ltda. e Energisa Minas Gerais Distribuidora de Energia S.A.

Recorreu a 2^a reclamada às f. 268/283, arguindo a nulidade do processo desde a sua citação, a fim de que o sócio e único proprietário da 1^a reclamada - Luiz Carlos de Carvalho, seja incluído no polo passivo desta demanda. Argui, ainda, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* e se insurge contra a responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta, invocando o benefício de ordem em seu favor.

Custas pagas e depósito recursal recolhido às f. 284/285.

Não foram apresentadas contrarrazões (certidão - f. 295).

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho, a teor do art. 82 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e inverteo a ordem de apreciação dos temas nele suscitados.

Juízo de mérito

Nulidade processual - Sucessão trabalhista

Argui a recorrente a nulidade do feito desde a citação, a fim de que o sócio da 1ª reclamada - Luiz Carlos de Carvalho - seja incluído no polo passivo desta demanda. Para tanto, argumenta que, a partir da 5ª alteração efetuada no contrato social da 1ª reclamada, em janeiro/2013, o sócio citado passou a deter a integralidade das cotas de capital da empresa, assumindo o compromisso de, no prazo de 180 dias, admitir outro sócio, o que não ocorreu até o presente momento. Alega que, se não foi constituído novo sócio e nem sequer foi requerido o benefício previsto no parágrafo único do art. 1.033 do CCB, a referida sociedade está irregularmente constituída e, portanto, automaticamente dissolvida, devendo o único sócio, Luiz Carlos, responder diretamente pelas dívidas da sociedade, nos moldes do art. 1.016 do CCB e dos arts. 2º, 9º, 10 e 448 da CLT. Nesse passo, requer seja declarada a sua responsabilidade apenas depois de esgotadas as possibilidades de se executarem bens da empresa e do referido sócio.

Contudo, não existe nulidade a ser declarada.
A teor do disposto no art. 794 da CLT,

Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

A exegese do citado dispositivo legal evidencia que a nulidade somente vicia o processo e impede sua sequência quando for de tal gravidade que seja objetiva e imediatamente verificada, resultando claro o prejuízo acarretado.

In casu, tal hipótese não foi demonstrada, pois ainda que se confirme a dissolução da sociedade, nos termos do inciso IV do art. 1.033 do CCB - já que adquirida a totalidade das cotas da empresa pelo sócio Luiz Carlos de Carvalho (f. 174/177), sem que fosse providenciada a reconstituição da pluralidade de sócios no prazo de 180 dias, como determina o parágrafo único do citado artigo -, é certo que tal situação não exime a recorrente da responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta.

Vale dizer: a inclusão do sócio Luiz Carlos no polo passivo desta demanda pode ser determinada a qualquer momento, até mesmo na fase executória em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da 1ª reclamada, o que afasta a tese da nulidade do feito desde a citação.

Na verdade, o que verifico é a tentativa da recorrente de invocar em seu favor o benefício de ordem ou responsabilidade de terceiro grau, o que não se pode admitir.

Com efeito, é próprio da responsabilidade subsidiária que a execução só seja direcionada contra o devedor subsidiário quando constatado o inadimplemento do devedor principal, mas, por outro lado, não há norma legal que imponha o direcionamento da execução em face dos sócios da devedora principal antes de voltá-la em face da tomadora de serviços. Além disso, é nitidamente alimentar a natureza dos créditos trabalhistas reconhecidos, não se podendo olvidar da exigência da celeridade em sua satisfação. E mais: não havendo prova em sentido contrário, é fato que a 1ª reclamada continua existindo no mundo jurídico, não tendo havido a sua efetiva baixa na Junta Comercial e, por isso, está perfeitamente apta a figurar no polo passivo desta demanda e a responder pela dívida trabalhista reconhecida.

Diante do exposto, caso se adentre na fase de execução e se esta for frustrada em face da 1ª reclamada, a execução deverá ser direcionada em face da recorrente, devedora subsidiária, sob pena de se transferir para o reclamante o ônus de tentar localizar bens de sócio particular.

Rejeito a arguição de nulidade.

Responsabilidade subsidiária

A recorrente renova a arguição de ilegitimidade passiva *ad causam* e se insurge contra a responsabilidade subsidiária que lhe foi imposta, alegando que firmou contrato de empreitada com a 1ª ré para execução de obra certa, aplicando-se ao caso o art. 455 da CLT e a OJ 191 da SDI-I do TST.

Mas, não lhe assiste razão.

Ab initio, destaco que o exame da presença das condições da ação deve se dar, necessariamente, no plano abstrato, à vista do que se afirmou na exordial e independentemente de sua efetiva ocorrência. Assim, sendo a recorrente titular do direito que se opõe à pretensão inicial, está legitimada para o feito.

Quanto à responsabilidade subsidiária, o conjunto probatório evidencia que a segunda reclamada firmou com a primeira um “contrato de prestação de serviços em regime de empreitada” (f. 188/249), através do qual o reclamante laborou em benefício desta recorrente.

E, não obstante a denominação dada ao contrato, verifico que não houve empreitada típica, mas efetiva intermediação de mão de obra permanente, por parte da segunda reclamada, e não mera contratação para a execução de um único serviço eventual, como restou comprovado pelo citado contrato, notadamente às f. 208/225.

Assim, tem-se que a contratação da primeira reclamada não decorreu de obra determinada, eventual, como é da essência do contrato de empreitada previsto na OJ 191 da SDI-I do TST, mas, sim, de serviços normais, cotidianos e indispensáveis ao exercício da atividade econômica da contratante, não se aplicando ao caso, portanto, a referida orientação jurisprudencial e nem sequer a disposição contida no art. 455 da CLT.

Assim, correta a decisão que declarou a responsabilidade subsidiária da tomadora, nos moldes do item IV da Súmula n. 331 do TST.

Nada a reformar.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Quinta Turma, à unanimidade, conheceu do recurso. No mérito, rejeitou as arguições de nulidade processual e de ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª reclamada, negando-lhe provimento, quanto ao mais.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2015.

MARCUS MOURA FERREIRA
Desembargador Relator

TRT-00254-2014-024-03-00-5 AP

Publ. no "DE" de 26/1/2015

AGRAVANTE(S): ANTÔNIO DE PÁDUA CARVALHO

AGRAVADO(S): PAULINHO GIOVANNINI PEREIRA E OUTRAS (1)

BIG STOK LTDA. E OUTROS (2)

EMENTA: SEGURO DE VIDA - VALOR RESGATÁVEL PELO EXECUTADO EM QUALQUER TEMPO - POSSIBILIDADE DE PENHORA. O seguro de vida, por se tratar de direito expectativo dos beneficiários, não pode sofrer constrição judicial em execução trabalhista manejada contra o segurado, porquanto o capital estipulado não compõe e nunca comporá o patrimônio deste. Entretanto, se se verificar que a modalidade contratada autoriza o resgate de valores em vida, pelo próprio estipulante, tem-se que o dito seguro de vida tem finalidade semelhante a outros investimentos, hipótese na qual será afastada a regra protetiva do inciso VI do art. 649 do CPC.

Vistos e analisados os presentes autos.

RELATÓRIO

Adoto o relatório de f. 90 e a este acrescento que a d. 3ª Turma deste eg. Tribunal conheceu do agravo de petição interposto por Paulinho Giovannini Pereira, Lígia Giovannini Pereira e Carolina Giovannini Pereira e deu provimento ao apelo para, reconhecendo a legitimidade ativa das partes para ajuizamento dos embargos de terceiros, determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento do julgamento, como se entender de direito, conforme acórdão de f. 90/91.

Em continuação, o d. juízo da 24ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte julgou procedentes os pedidos formulados nos embargos de terceiros, para decretar a insubsistência da penhora que recaiu sobre apólice de seguro de vida, como constou da r. decisão de f. 96/97.

Irresignado, o exequente - Antônio de Pádua Carvalho - interpôs o agravo de petição de f. 101/108, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa dos embargantes. No mérito, sustentou a penhorabilidade do seguro de vida.

Contraminuta pelos embargantes, postulando, no mérito, o não provimento do agravo (f. 111/115).

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 82 do Regimento Interno deste eg. Tribunal.

É o relatório.

VOTO**Juízo de admissibilidade**

O agravo de petição aviado pelo exequente é cabível e adequado, havendo legitimidade e interesse do sucumbente na reversão da decisão. Além disso,

encontra-se o apelo corretamente formado, com representação processual regular. Por fim, verifico ser o recurso tempestivo, tendo delimitado os valores e matérias objeto de irrisignação, motivos pelos quais dele conheço. Nesse mesmo sentido, conheço da contraminuta apresentada pelos agravantes, por regularmente formada e tempestiva.

Juízo de mérito

Preliminar

1. Ilegitimidade ativa dos embargantes

O agravante sustenta que os embargantes não são partes legítimas para os embargos de terceiros, porque não são senhores ou possuidores do bem penhorado.

A matéria, entretanto, já foi objeto de exame por esta d. Turma, que produziu a r. decisão de f. 90/91. Não há, pois, possibilidade de nova apreciação da tese, em face do que dispõe o art. 836 da CLT.

Mérito propriamente dito

2. Seguro de vida. (Im)penhorabilidade.

Insiste o agravante na tese de que o seguro de vida pode ser penhorado. Afirma que o executado tem a liberdade de resgatar o capital, a qualquer tempo.

Examinou.

O art. 649 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista por força do art. 769 da CLT, dispõe, em seu inciso VI, que é absolutamente impenhorável o seguro de vida.

A impenhorabilidade absoluta prevista no dispositivo legal acima citado trata-se de norma de ordem pública, revelando-se ilegal a penhora sobre valores pagos a título de seguro de vida, pelo menos numa primeira análise.

Essa cláusula de impenhorabilidade, legalmente instituída, o foi para favorecer o beneficiário do seguro, indicado na apólice, e não o segurado, porquanto o capital estipulado não compõe e nunca comporá o patrimônio deste, conforme preconiza o art. 794 do Código Civil.

Todavia, a modalidade de seguro de vida contratada pelo executado, em benefício dos filhos e ora embargantes, possui a peculiaridade de se permitir ao segurado o resgate de valores no momento em que desejar. Em fevereiro de 2013, a quantia disponível ao executado alcançava mais de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme informado no ofício de f. 52.

O seguro contratado, na hipótese, não é aquele tradicional, em que não se permite o resgate em vida; refere-se, sim, a institutos mistos, de seguro e de investimento, com valores acessíveis tanto pelo segurado em vida (capital resgatável) quanto pelos beneficiários, depois da morte do segurado (capital estipulado). Assim, o valor resgatável tem semelhança com outros investimentos disponíveis no mercado.

Logo, por não se tratar de um seguro de vida genuíno ou tradicional, deve-se manter a penhora realizada.

Provejo o apelo do exequente.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do agravo de petição interposto por Antônio de Pádua Carvalho. No mérito, dou provimento ao apelo para manter a penhora sobre seguro de vida efetuada na execução trabalhista, até o limite do valor resgatável pelo executado. Custas inexigíveis.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da 3ª Turma, hoje realizada, julgou o presente feito e, à unanimidade, conheceu do agravo de petição interposto por Antônio de Pádua Carvalho; no mérito, sem divergência, deu provimento ao apelo para manter a penhora sobre seguro de vida efetuada na execução trabalhista, até o limite do valor resgatável pelo executado. Custas inexigíveis.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2014.

CAMILLA GUIMARÃES PEREIRA ZEIDLER
Desembargadora Relatora

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0001435-73-2013-5-03-0089

Data: 15/6/2015

DECISÃO DA 3ª VARA DO TRABALHO DE CORONEL FABRICIANO - MG

Juiz Substituto: ALEXANDRE PIMENTA BATISTA PEREIRA

No dia 15 de junho de 2015, às 16h57, na sede da 3ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano, pelo Meritíssimo Juiz do Trabalho, Dr. ALEXANDRE PIMENTA BATISTA PEREIRA, realizou-se audiência de decisão da ação trabalhista ajuizada por IVANILDO MANOEL DE ANDRADE em face de USIMINAS - USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S.A.

Aberta a audiência, apregoadas as partes. Ausentes.

Pelo MM. Juiz foi proferida a seguinte decisão:

SENTENÇA**I - RELATÓRIO**

Trata-se de reclamação trabalhista movida por IVANILDO MANOEL DE ANDRADE em face de USIMINAS - USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S.A., partes qualificadas (f. 2). Aponta o autor que foi admitido pela reclamada em 4/1/1984, tendo sido dispensado sem justa causa em 1º/7/2013; alega descumprimentos de preceitos legais/contratuais e pleiteia os pedidos de f. 12/14. Atribuiu à causa o valor de R\$ 276.000,00. Juntou procuração, declaração de hipossuficiência financeira e documentos (f. 16/154).

Regularmente notificada, a reclamada compareceu em audiência (ata de f. 159), pelo que, depois de frustrada a tentativa inicial de conciliação, apresentou defesa escrita com documentos (f. 160/406), rebatendo as alegações da peça de ingresso e pugnando ao fim pela improcedência dos pedidos.

O reclamante manifestou-se sobre a defesa da reclamada em f. 428/433.

Laudo do assistente técnico em f. 435/440.

Laudo pericial às f. 442/470, com manifestação da reclamada em f. 472/475.

Na audiência de instrução (ata de f. 480), houve a tomada do depoimento pessoal das partes com a oitiva de duas testemunhas, uma a rogo do reclamante e outra a rogo da reclamada. Sem outras provas, restou encerrada a instrução processual.

Razões finais orais remissivas.

Última tentativa de conciliação rejeitada.

É o relatório.

DECIDO.

II - FUNDAMENTAÇÃO**Prejudicial de mérito - Prescrição quinquenal**

Arguida a tempo e modo pela reclamada, PRONUNCIO a prescrição quinquenal, nos termos do inciso XXIX do art. 7º da CF/88, para extinguir, com resolução de mérito, os pedidos relativos ao período anterior a 9/8/2008, consoante

inciso IV do art. 269 do CPC e Súmula n. 308 do TST, considerando-se o ajuizamento da reclamação trabalhista em 9/8/2013. Esclareça-se que, com esteio na Súmula n. 206 do TST, os reflexos em FGTS ora postulados estão abrangidos também pela prescrição.

Desvio de função - Diferenças salariais - Reflexos remuneratórios

Aduz o autor que, a partir de 1998, teria passado a exercer as atividades de supervisor/gestor, mas recebendo remuneração inferior, referente à função de líder de grupo; que os *e-mails* e relatórios colacionados comprovam o exercício da função de supervisor; que teria realizado a dispensa do empregado Gladston Lincoln Lopes de Souza, função efetivamente a cargo do supervisor/gestor.

A ré nega o fato e salienta que o simples fato de ter assinado o documento de dispensa não lhe atribui a decisão quanto à dispensa do funcionário.

Pois bem.

O direito do trabalho guia-se pelo princípio da primazia da realidade sobre as formas, de sorte que a realidade da vida há de superar a formalização. Importam, para fins de definição e enquadramento funcional, as atividades especificadamente exercidas na prática e verificadas no dia a dia.

O postulante traz à colação farta e ampla prova documental, não impugnada, consistindo em *e-mails*, documentos, organogramas, comunicados da empresa (f. 21/151), apta a corroborar que, embora o reclamante tivesse sido registrado como líder de grupo, exercia na prática a atividade de supervisor/gestor.

Como se não bastassem os exaustivos documentos a favorecerem a pretensão obreira, também a prova oral oferece guarida à pretensão autoral.

O preposto da ré confessa

que o reclamante exerceu a supervisão cobrindo férias e também substituindo supervisores; que o reclamante não chegou a ser promovido; que o reclamante exerceu a cobertura de férias como supervisor durante aproximadamente 4 meses por ano; que de 2011, quando aposentou outro supervisor, o reclamante ficou direto como supervisor.

A testemunha Manoel Abel de Oliveira, ouvida a rogo do reclamante, disse que,

em 1999/2000, o reclamante já exercia função de supervisor; que, a partir de 2003, o reclamante era supervisor integral, ou seja, apto para exercer todos os encargos da função de supervisor, pois o reclamante era respeitado na empresa e conhecedor de todo o processo de produção na empresa.

Por seu turno, a testemunha Flaviano de Andrade Rosa, ouvida a pedido da própria ré, apontou que

o reclamante substituíu os supervisores em férias e ausências; que, desde 2001, o reclamante substituiu os supervisores no setor que trabalha o depoente, aproximadamente 4 vezes ao ano em caso de férias; que, na área, tem

aproximadamente 4 supervisores; que acha que, nos últimos cinco anos, a substituição não foi integral, ou seja, acima de 4 meses.

A partir da valoração da prova testemunhal, emerge, como de clareza quase solar, que o reclamante efetivamente exercia a função de supervisor há muito, desde 1998, como postulado, em cotejo à confissão do preposto a confirmar o exercício da função diversa à anotada, somando-se à declaração da testemunha Manoel Abel, em convincente depoimento, de que, já em 1999, o reclamante exercia essa mesma função.

Lembre-se de que a substituição não-eventual da função (questão deixada bem claro pela testemunha da ré, bem como a partir do depoimento do preposto) implica o reconhecimento do igual salário ao substituído, nos termos do entendimento pontificado pelo item I da Súmula n. 159 do TST, *in verbis*: “Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituído fará jus ao salário contratual do substituído.”

Então, com base nas reflexões aduzidas, o autor merecia um salário maior, já que realizava, efetivamente, a função de supervisor/gestor, desde 1998, que este juízo declara para todos os fins.

Portanto, condeno a ré a pagar ao autor diferenças salariais do período imprescrito, no montante mensal de R\$ 1.404,00, resultante da diferença entre o salário efetivamente pago e aquele recebido pelo supervisor/gestor, como aduzido no petítório, com os lógicos corolários, ante a habitualidade, em RSR (porque o reclamante era horista), aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%.

Não há falar em reflexos na participação nos lucros, uma vez que a rubrica ostenta natureza indenizatória, inexistindo as projeções neste caso.

Para fins de liquidação dever-se-á considerar a evolução salarial do autor e os salários auferidos pelos supervisores/gestores.

A fim de se impedir o enriquecimento sem causa do autor à custa da ré (CCB, art. 884), autoriza-se, quando da liquidação, a compensação/dedução dos valores pagos a idêntico título, que deverá ser feita sobre o valor total apurado e atualizado do que foi pago ao autor ao longo do período do contrato de emprego, sem limitação mês a mês.

Adicional de insalubridade/periculosidade - Reflexos

Aduz o reclamante que, pelo exercício diário das funções, estaria exposto a agentes nocivos, insalutíferos e perigosos.

A ré nega o fato, salientando a inexistência de qualquer agente nocivo.

Nessa situação, a prova pericial é imprescindível para o julgamento, na forma do art. 195 da CLT, de natureza tarifária/indiciária.

O sr. perito concluiu que

o reclamante, exercendo a função de operador IV, na área de recozimento em caixa de bobinas da ré, esteve exposto ao agente ruído nas avaliações periciais. A ré não apresentou comprovantes de fornecimento de EPIs ao autor, não atendendo ao que determina a NR-6 [...]. Portanto, caracteriza-se a insalubridade em grau médio em todo o pacto laboral não prescrito. (f. 454)

O perito, ao contrário do que aponta a ré, procedeu *in loco* ao exame quanto ao setor de trabalho do reclamante. Especificou a incidência do suposto agente nocivo, tendo por base a falta de comprovação quanto ao fornecimento de EPIs.

O perito é um agente de confiança do juízo. Destarte, em que pese a irresignação do demandante, este Juízo acolhe e prestigia a conclusão do perito nomeado, já que produziu trabalho eficiente e apoiou suas conclusões em dados científicos, expondo seus pareceres com base na legislação vigente. Em possuindo fé de ofício e sendo os olhos do Juízo na constatação de fatos da causa, age o perito com isenção e zelo na busca da verdade, tornando mais claros e seguros os elementos sobre os quais deve repousar a solução do litígio.

Sublinho que a impugnação ao laudo não descaracteriza sua validade, pois não foi realizada qualquer prova em contrário dos fatos tomados como pressupostos pelo perito, em seu laudo, nem demonstrada qualquer inadequação técnica nos resultados aferidos pelo louvado.

Com efeito, é ônus do empregador comprovar o fornecimento e uso devido dos EPIs, à luz do disposto no art. 157 da CLT, consolidado na NR-6 do MTE, tendo ainda a responsabilidade da entrega quanto a EPIs com certificado de aprovação reconhecido e válido.

A reclamada, nesse sentido, ao não ter trazido a respectiva comprovação dos instrumentos necessários de uso imprescindível do trabalhador, violou o dever de velar pelo meio ambiente hígido e seguro de labor, descumprindo as exigências no subitem 15.4.1 da NR-15 e nos subitens 6.2 a 6.6 da NR-6, ambas redações dadas pela Portaria n. 3.214/78.

Prestigio e acolho as explicações do sr. *expert* quanto à sonegação de alguns documentos indispensáveis para apuração das condições adequadas de labor, sendo certo que a ausência de tais provas (como a comprovação de adequado fornecimento de EPIs) não pode favorecer a ré, que tem o dever de zelar por meio ambiente seguro e hígido de trabalho.

Destaco também que o perito respondeu satisfatoriamente todos os quesitos formulados pelas partes.

Nessa toada, para que haja caracterização da incidência do agente insalutífero, o art. 189 da CLT toma por imprescindível o “tempo de exposição” e a “intensidade do agente”. Acolho as elucidações do sr. Perito quanto ao estabelecimento de exposição do reclamante ao agente nocivo.

No tocante à base de cálculo, em atenção ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 6.266/DF, a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário mínimo, enquanto não for editada lei prevendo outro critério, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante n. 04 do STF, tendo por base a suspensão da eficácia da Súmula n. 228 do TST. Não merece guarida o pleito obreiro de considerar como base de cálculo o salário real, porque tal pretensão colide com o entendimento já consolidado pelo Pretório Excelso.

Assim, adotando como razão de decidir os minuciosos apontamentos do laudo pericial, julgo parcialmente procedente a pretensão da exordial para condenar a ré a pagar adicional de insalubridade, em grau médio (20%) em todo o pacto laboral não prescrito, pela exposição não neutralizada ao agente ruído.

Diante da habitualidade e da natureza remuneratória da parcela, defiro o pagamento dos reflexos do adicional de insalubridade, pela habitualidade, em aviso

prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%, RSR (empregado horista).

Sucumbente a ré no objeto da perícia, deverá arcar com os honorários periciais arbitrados em R\$ 1.800,00 (CLT, *caput* do art. 790-B), em atenção à complexidade e grau de zelo pelos trabalhos realizados, observada a OJ n. 198 do TST como critério de atualização.

Improcede o pedido de pagamento do adicional de periculosidade, porque o reclamante não estava exposto a agentes nocivos perigosos, consoante a constatação do i. vistor, em f. 452/453, acolhida também por este juízo como *ratio decidendi*.

Horas extras - Minutos antecedentes - Tempo à disposição antes da marcação do ponto

Sustenta o autor que sempre teria sido obrigado a iniciar a jornada com 30 minutos de antecedência de seu turno, permanecendo nas dependências da ré, para fazer a rendição do colega.

A ré defende-se sustentando a validade das cláusulas convencionais, estatuídas no acordo coletivo, desde 2000, prevendo a fixação do tempo de início da jornada; que a norma teria sido novamente estabelecida na negociação coletiva de 2008, ao prever a entrada do funcionário no pátio de acesso da empresa, sem que isso possa representar tempo à disposição, possibilitando o uso de posto bancário instalado na área interna da empresa.

Com razão a reclamada.

Isso porque o próprio autor, em relação ao tempo de trabalho na Usiminas Mecânica, confessou que “dava entrada e saída no cartão de ponto; que as marcações eram corretas; que entrava pela portaria DOAP; que a portaria era perto do local do trabalho; que gastava de 5 a 8 minutos da portaria ao local de trabalho” o que colide, por si, com a narrativa da inicial quanto à obrigação de chegar mais cedo para um suposto tempo de rendição.

Como se não bastasse, a prova testemunhal nada esclareceu a respeito de uma suposta exigência imperiosa de tempo de chegada, antes da marcação do ponto, tendo em vista inclusive que o autor reconheceu “corretas” as marcações dos registros.

Inexiste qualquer prova de existência de minutos residuais, supostamente destinados a tempo à disposição, pelo percurso da portaria até o local de trabalho, tendo em vista que a Súmula n. 366 do C. TST e o § 1º do artigo 58 da CLT estabelecem a margem de tolerância de 10 minutos diários, não computados na jornada, situação verdadeiramente atingida na prática do autor, até porque o autor confessou “que a portaria era perto do local do trabalho”.

Ainda que assim não fosse, como se não bastasse a inexistência de prova do fato constitutivo, não há falar de espaço para aplicação do entendimento sufragado pela Súmula n. 449 do C. TST, já que a cláusula 5.4 do ACT em voga destina os minutos de tolerância, não em decorrência do simples elastecimento do período previsto em lei (§ 1º do art. 58 da CLT), mas, sim, em razão da utilização dos postos bancários instalados na área interna da empresa, em nítido benefício aos próprios funcionários. Pensar de modo diverso contrariaria o princípio do conglobamento mitigado em consonância ao postulado da autonomia privada coletiva (inciso XXVI do art. 7º da CF).

Veja-se, por fim, que o próprio petitório quanto a minutos residuais posteriores (f. 13) coloca-se em rota de colisão à narrativa da causa de pedir (item 6, f. 05/07) que descreve tão somente os minutos de antecedência, em nada apontando um tempo posterior não registrado nas marcações.

Em razão disso, é IMPROCEDENTE o pedido de pagamento de horas extras por minutos residuais, anteriores e posteriores à jornada.

Relógio de ouro

O exame restritivo, por um suposto juízo mecânico da lógica subsuntiva, em relação a qual o intérprete e julgador seriam meros autômatos, faz-se, deveras, superado, em tempos que se almeja a construção de uma sociedade solidária, na qual o julgador ocupe espaço de construção criativa de uma cultura de paz.

Nesse sentido, não se pode conceber a visão estigmatizada do aplicador como “boca da lei” (*la bouche de la loi*) na clássica definição de Montesquieu.

O pensar egoísta deve ser deixado de lado na ponderação com os valores sociais (trabalho e dignidade) que estão a emergir do contrato de emprego. Urge salientar que o princípio da solidariedade desponta como objetivo fundamental da República, encontrando sua positivação no inciso I do art. 3º da Constituição da República, em nome da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, ancorados na força normativa da Constituição. Não se pode olvidar, inclusive, da importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicada no âmbito do contrato de emprego.

Feitas as devidas elucubrações, sem chance para conceber que a pretensa interpretação restritiva do art. 114 do Código Civil possa ser uma barreira intransponível ao recebimento do benefício contratual, estabelecido em norma interna da empresa, eis que a aplicação da lógica do razoável deve orientar a moderna hermenêutica.

Não se pode acolher a procedência da tese de defesa ao simples argumento de que o benefício da entrega do “relógio de ouro” deveria ser atingido apenas pelo empregado na situação restritiva de 30 anos de casa.

Nada disso.

É incontroverso que o trabalhador teve computados 29 anos e 7 meses no serviço; a ré nem mesmo impugnou a assertiva de que ele tivesse sido “um empregado exemplar”, situação sim extremamente plausível para se atingir a mencionada premiação do “relógio de ouro”, entregue ao funcionário que se dedicou durante toda a vida à empresa, até aposentar-se.

Definida a premissa que o benefício teria sido atingido se o empregado permanecesse pelo período de trinta anos, tem-se que os efeitos restaram, decerto, atingidos pelo funcionário que trabalhou por 29 anos e 7 meses, em nome da função social dos contratos, à luz da boa-fé objetiva.

Lembre-se de que a teoria do adimplemento substancial tem sido admitida para justificar a pretensão do credor nos casos de cumprimento de parte expressiva do contrato para atingir a justiça e proteção à confiança nas relações. A aplicação da teoria do adimplemento substancial tem sido efetivada pelo Superior Tribunal de Justiça em nome da superação dos exageros do formalismo exacerbado na execução dos contratos.

E disso mesmo se trata a questão.

O reclamante, tendo se dedicado por quase toda a vida, para os serviços da empresa, entregando a sua prestação da força produtiva por cerca de três décadas, não pode ter a pretensão restrita por uma aplicação imponderada de uma visão estanque e matematizada.

Entendo, assim, que, no caso em espécie, estavam preenchidas todas as circunstâncias para recebimento do aludido (benefício), levando em conta o considerável tempo de serviço (29 anos e 7 meses), sabendo da proximidade imediata de se atingir a integralidade plena para se atingir os pressupostos de concessão (30 anos).

Não se esqueça de que o empregado foi dispensado sem justa causa (TRCT de f. 17), o que confirma a ideia da impossibilidade de se ter por atingido o benefício diante da conduta lesiva da própria reclamada. E não por conduta do autor, de reputação ilibada, sem qualquer conduta faltosa.

Vale a pena, por fim, trazer à tona o entendimento corroborado na ideia contida na Súmula n. 26 do TST, antiga base de concessão do regime da estabilidade celetista, em relação a qual se firmava a presunção da dispensa obstativa na hipótese de despedida do empregado que alcançava 9 anos de trabalho.

A ideia é a mesma.

A dispensa injustificada do obreiro que se encontrava na iminência de alcançar o benefício é considerada obstativa, porque violadora da boa-fé objetiva e da justiça nas relações sociais.

Em razão disso, entendo que o empregado atingiu, sim, todas as condições necessárias para a premiação, de modo tal que julgo PROCEDENTE o pedido de concessão de relógio de ouro ao reclamante.

Para se fazer valer a efetividade da medida, arbitro, de ofício, multa diária de R\$ 1.000,00, limitada a R\$ 20.000,00, após o trânsito em julgado e intimação da ré para efetivação da obrigação de fazer.

Honorários advocatícios

O deferimento de honorários advocatícios depende da cumulação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a concessão de justiça gratuita e a assistência do trabalhador por sindicato da categoria (OJ n. 305 da SDI-I do TST), na forma do artigo 14 da Lei n. 5.584, de 1970, com validade ratificada pela jurisprudência do TST (Súmulas n. 219 e 329). Diante da inexistência da comprovação da assistência sindical, indefiro o pedido.

Compensação/dedução

Não havendo comprovação de que o autor seja devedor de verbas de natureza trabalhista, indefiro a compensação. Para evitar enriquecimento sem causa, defiro a dedução das parcelas quitadas a idêntico título.

Contribuições previdenciárias e fiscais

As contribuições sociais deverão ser calculadas conforme Súmula n. 368 do TST, considerando as alíquotas vigentes à época própria de recolhimento, das

parcelas que integram o salário-de-contribuição. Descontos fiscais serão efetivados na forma da nova redação conferida ao artigo 12-A da Lei n. 7.713, de 1988, observadas as tabelas constantes da IN 1.127 de 2011 da Receita Federal, como ratificado pelo TST através da alteração do item II da Súmula n. 368. Aplica-se a OJ n. 400 da SDI-I do TST quanto aos juros de mora. O reclamante deve ser responsabilizado por sua cota-parte no recolhimento dos tributos, ante a renda auferida, em conformidade com a OJ n. 363 da SDI-I do TST.

Para os fins do § 3º do artigo 832 da CLT, deve ser observado o regramento contido no artigo 28 da Lei n. 8.212, de 1991, o qual define salário-de-contribuição, bem como o respectivo § 9º que reconhece a natureza indenizatória de cada parcela, ambos dispositivos regulamentados pelo Decreto n. 3.048, de 1999.

Juros e correção monetária

A correção monetária incide desde o vencimento de cada obrigação, observado o teor da Súmula n. 381 do C. TST. Os juros deverão ser calculados sobre o principal já corrigido (Súmula n. 200 do TST), no importe de 1% ao mês, desde a distribuição da ação, na forma do § 1º do artigo 39 da Lei n. 8.177/1991 e do artigo 883 da CLT, aplicando-se a OJ n. 400 da SDI-I do TST (os juros de mora não integram a base de cálculo do imposto de renda).

Expedição de ofício

Expeça-se ofício, após o trânsito em julgado, ao MTE, para adoção das medidas legais cabíveis.

III - DISPOSITIVO

Isto posto, e tudo o que mais consta dos autos, na ação trabalhista movida por IVANILDO MANOEL DE ANDRADE em face de USIMINAS - USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S.A., pronuncio a prescrição quinquenal, para extinguir, com resolução de mérito, os pedidos relativos ao período anterior a 09/08/2008, e, no mérito, julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados para condenar a reclamada a pagar ao autor no prazo legal:

a) diferenças salariais do período imprescrito, no montante mensal de R\$ 1.404,00, resultante da diferença entre o salário efetivamente pago e aquele recebido pelo supervisor/gestor, com reflexos em RSR, aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%;

b) adicional de insalubridade, em grau médio (20%), em todo o pacto laboral não prescrito, pela exposição não neutralizada ao agente ruído, com reflexos em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3, FGTS + 40% e RSR.

Deverá ainda a ré providenciar a concessão de relógio de ouro ao reclamante, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, limitada a R\$ 20.000,00, após o trânsito em julgado e intimação específica para tal fim.

Tudo nos termos da fundamentação, parte integrante desta decisão.

Concedo ao autor os benefícios da justiça gratuita.

Contribuições previdenciárias e fiscais, juros e correção monetária na forma

da fundamentação.

Para evitar enriquecimento sem causa, defiro a dedução das parcelas quitadas a idêntico título.

Sucumbente a ré no objeto da perícia, deverá arcar com os honorários periciais arbitrados em R\$ 1.800,00 (CLT, *caput* do art. 790-B), em atenção à complexidade e grau de zelo pelos trabalhos realizados, observada a OJ n. 198 do TST como critério de atualização.

Transitada em julgado a sentença de liquidação, a Reclamada deverá comprovar o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias, incidentes sobre as parcelas de natureza salarial, ora deferidas, quais sejam, diferenças salariais, adicional de insalubridade, reflexos em 13º salário e RSR.

Expeça-se ofício, após o trânsito em julgado, ao MTE, para adoção das medidas legais cabíveis.

Custas pela reclamada, no importe de R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação em R\$ 100.000,00.

Adverte-se às partes que embargos declaratórios não se prestam à revisão de fatos e provas, nem à impugnação da justiça da decisão, cabendo sua interposição nos estreitos limites previstos nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT. A interposição de embargos declaratórios meramente protelatórios ensejará a aplicação de multa, nos termos do parágrafo único do art. 538 do CPC. E será considerado ato protelatório a interposição de embargos prequestionadores, ante o caráter devolutivo do recurso ordinário.

Intimem-se as partes em face da antecipação do julgamento.

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0000767-09.2014.5.03.0141

Data: 30/4/2015

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE ARAÇUAÍ - MG

Juiz Substituto: RICARDO LUÍS OLIVEIRA TUPY

Aos 30 dias do mês de abril de 2015, às 17h52, na sede da Vara do Trabalho de Araçuaí/MG, o MM. Juiz do Trabalho, Dr. RICARDO LUÍS OLIVEIRA TUPY, proferiu a seguinte SENTENÇA na ação trabalhista ajuizada por Leonilson Lopes Ferreira em face do(a) Dayane Silva Pereira de Freitas - EPP.

RELATÓRIO

Leonilson Lopes Ferreira ajuizou ação trabalhista em face de Dayane Silva Pereira de Freitas, ambos qualificados, alegando, em síntese, que: trabalhou ininterruptamente para a reclamada de 1/5/2011 a 10/3/2013, data em que sofreu um acidente de trabalho que deixou sequelas permanentes, deixando-o paraplégico; exercia a função de entregador, além das demais atividades determinadas pelo reclamado; ao tempo de sua prestação de serviços, havia no estabelecimento da reclamada mais de 10 empregados; laborava de domingo a sábado, das 7h às 19h, com 1 hora de intervalo; a CTPS não foi registrada nem recebeu o acerto rescisório; era obrigado a utilizar uniforme com propagandas de produtos, ofendendo o seu direito de imagem; o acidente

de trabalho produziu danos materiais e morais que devem ser ressarcidos/indenizados pela reclamada. Postulou as pretensões de f. 23-26. Atribuiu à causa o valor de R\$ 212.485,14. Juntou documentos, declaração de hipossuficiência e procuração.

Na audiência realizada em 21/10/2014, a reclamada apresentou defesa escrita (f. 59-68), na qual arguiu ilegitimidade passiva e sustentou, em resumo, que jamais manteve relação empregatícia com o autor e que não possui relação alguma com o acidente ocorrido com ele. Impugnou os pedidos e requereu a condenação do reclamante por litigância de má-fé. Juntou documentos, declaração de pobreza e procuração.

Impugnação às f. 85-89.

Laudo pericial médico às f. 132-142.

Na audiência realizada em 24/4/2015, foram ouvidas as partes e inquiridas quatro testemunhas e um informante.

Tendo declarado as partes não terem outras provas a produzir, encerrei a instrução processual, com razões finais orais e proposta conciliatória recusada.

FUNDAMENTAÇÃO

Retificação do polo passivo

Proceda a Secretaria da Vara à retificação da capa dos autos e demais registros para acrescentar ao final do nome da reclamada a expressão “EPP” e, com isso, fazer constar a correta e atual denominação da reclamada, qual seja, Dayane Silva Pereira de Freitas - EPP, conforme demonstrado pelo requerimento empresarial de f. 83, procuração de f. 79 e declaração de pobreza de f. 80.

Protestos

O juiz possui ampla liberdade na condução do processo, devendo zelar pela rápida tramitação dos processos, podendo indeferir as diligências desnecessárias à solução dos conflitos ou determinar diligência que entender imprescindível ao esclarecimento da lide, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento, prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça (CRFB, art. 5º, LXXVIII; CPC, art. 125 e CLT, art. 765).

As decisões que rejeitaram a contradita formulada em face da testemunha Izarlete Barbosa de Oliveira, e acolheram a contradita formulada em face do depoente Fagner Barbosa de Oliveira e determinaram a oitiva deste último como informante foram devidamente fundamentadas, estando, pois, satisfeita a exigência prevista no inciso IX do art. 93 da CRFB.

Logo, os protestos das partes registrados no termo da audiência realizada em 24/4/2015 são infundados, não havendo nenhuma nulidade a ser declarada, ficando mantidas e ratificadas as deliberações tomadas na condução do processo até o encerramento da instrução.

Ilegitimidade passiva

As condições da ação são aferidas a partir das alegações apresentadas na

exordial (Teoria da Asserção).

Logo, basta a correspondência lógica entre a relação jurídica alegada na inicial e a relação processual formada no feito para justificar a legitimidade das partes.

No caso dos autos, as alegações do autor de que a reclamada foi sua empregadora e de que esta última é devedora de direitos trabalhistas constituem fundamentos para a legitimação de ambos.

Ademais, a análise da procedência ou improcedência dos pedidos é pertinente ao mérito.

Desse modo, rejeito a preliminar em epígrafe.

Relação jurídica havida entre as partes

Antes de se proceder à análise das provas, entendo necessário o registro de algumas observações e ponderações.

O juiz está adstrito aos termos da inicial e da contestação, não podendo proferir sentença contrária a essa limitação.

Além disso, o juiz deve formar o seu convencimento com base nos elementos probatórios coligidos aos autos e com observância dos princípios da persuasão racional e da livre convicção motivada.

A controvérsia aqui instaurada é complexa, na medida em que os pontos de convergência das teses do autor e da reclamada são ínfimos e, quiçá, inexistentes.

Em caso como os dos presentes autos todos os detalhes são fundamentais para a formação da convicção do juiz. As alegações, as contradições, o que foi dito, o que não foi dito e até aquilo que ficou subentendido ou implícito são elementos que, analisados de forma conjunta e harmônica, podem trazer para o magistrado uma diretriz para a solução do conflito.

Cumpre-me esclarecer que as análises dos depoimentos das testemunhas e do informante foram feitas com as devidas cautelas e reservas, uma vez que, com base na experiência comum e no exercício da magistratura, percebo que aqueles que prestam depoimento acabam possuindo, cada qual, uma tendência ou empatia para um dos lados da polarização do conflito, maximizando as informações em proveito de uma das partes e sendo evasivo ou genérico no aspecto que beneficia a outra parte.

Além disso, também foram levados em consideração o contato de cada depoente com as partes e a coerência e consistências de suas declarações.

Em suma, as informações que foram trazidas pelas testemunhas e pelo informante não serão acolhidas sem qualquer reflexão, sem qualquer comparação com outros elementos de convicção ou sem qualquer filtro lógico, de bom senso ou da observância das regras de experiência.

Pois bem.

Analisando os termos da inicial, chamaram-me a atenção os seguintes pontos/aspectos: o elevado valor do salário mensal (R\$ 920,00), o qual é incomum para a região do Vale do Jequitinhonha e Nordeste de Minas; apesar de ter incluído no polo passivo “Dayane Silva Pereira de Freitas”, pessoa jurídica, o autor somente utilizou em sua peça vestibular a expressão “o Reclamado”, dando a entender que se trata de uma referência ao Sr. Geraldo Gomes Pereira, ao qual imputou a condição de “chefe imediato”; a extensa jornada de trabalho e a ausência de repouso semanal, o que também desafia as regras de experiência comum e de bom senso;

e, ainda, a alegação de existência de que há mais de 10 empregados no estabelecimento da reclamada.

Por sua vez, a contestação chamou-me a atenção pelo fato de frisar e dar ênfase à ausência de vínculo empregatício com a reclamada, ou seja, com “Dayane Silva Pereira de Freitas”, pessoa jurídica.

Causou-me estranheza a ausência de narrativa e/ou de uma fundamentação na inicial explicando o nexa entre o Sr. Geraldo Gomes Pereira (suposto “chefe imediato do autor”) e a reclamada, pessoa jurídica. Há uma lacuna/omissão na peça exordial nesse aspecto.

E a defesa também evitou fazer essa correlação, limitando-se e concentrando-se na tese da negativa de vínculo entre o reclamante e a pessoa jurídica “Dayane Silva Pereira de Freitas”.

Contudo, da análise da documentação e com base nos depoimentos das partes, restou evidenciado que o Sr. Geraldo Gomes Pereira é o pai da representante legal da reclamada, ou seja, pai da pessoa física “Dayane Silva Pereira de Freitas”.

Tal fato é inusitado e pode dar margem a várias especulações. Entretanto, conforme já ponderado anteriormente, o juiz está adstrito aos limites postos na inicial e na contestação.

E, no presente caso, o reclamante entendeu por bem demandar em face apenas da pessoa jurídica “Dayane Silva Pereira de Freitas” e utilizar, como base de seus pedidos condenatórios, apenas o reconhecimento do vínculo empregatício entre ele e a aludida pessoa jurídica, deixando de se valer de outras teses e/ou de outros pedidos (alternativos e/ou subsidiários) para imputar à reclamada e/ou a outros possíveis demandados a responsabilidade pelos danos sofridos.

Portanto, volto a destacar, a análise do presente feito obedecerá aos limites da litiscontestação.

Os requerimentos empresários (f. 82 e 83) demonstraram que a constituição da empresa e o início das atividades da ré são, respectivamente, 18/4/2005 e 1º/5/2005, enquanto o início da suposta prestação de serviços do reclamante para a reclamada teria ocorrido a partir de 1º/5/2011. A propósito, estranhamente, essa data apontada pelo reclamante corresponde justamente a um feriado nacional, o que não é um fato comum.

Como a constituição da reclamada é bastante anterior ao período de prestação de serviços alegado na inicial, tenho por afastada a hipótese de alteração/modificação da estrutura da empresa ou a transferência da unidade empresarial do Sr. Geraldo Gomes Pereira para a sua filha com o suposto objetivo de frustrar o ressarcimento do autor pelos danos alegados.

Em outras palavras, é a reclamada, e não o Sr. Geraldo Gomes Pereira, a responsável pelo empreendimento sediado na Avenida Minas Gerais, 847, Centro, do Município de Padre Paraíso - MG, que teve como objeto o “comércio varejista de bebidas e comércio varejista de balas, bombons e semelhantes” e que passou a ter por objeto o

comércio varejista de bebidas, comércio varejista de gás liquefeito de petróleo (GLP), comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armazéns e comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes.

Vale frisar que a reclamada já era responsável pelo empreendimento acima descrito muito antes da suposta prestação de serviços do autor.

Lado outro, não foi alegado expressamente nem há elementos de prova consistentes aptos a afastar a constatação supracitada.

Passo a analisar a prova oral.

No depoimento pessoal do reclamante (f. 146-147), no meu entender, ficou implícita a vinculação do pagamento ao dia laborado, na medida em que o reclamante informou que recebia R\$ 30,00 por dia laborado, bem como que recebia “por fora” mais R\$ 40,00 (acredito que também por dia de labor), quando fazia as viagens com o Sr. Geraldo.

Vale a pena destacar que o autor confessou que, nos dias em que não laborava, não recebia R\$ 30,00 de sua diária e que, quando não trabalhava, ficava em casa, apesar de ter afirmado que esse fato “era muito difícil de acontecer.”

O reclamante também declarou que teria trabalhado “direto” com o reclamado apenas durante mais ou menos 1 ano e que antes disso prestava serviços de forma “picada”, no dizer dele, umas 3 vezes por semana.

O depoimento do reclamante mostrou-se contraditório com os termos da inicial. Isso porque, na peça de ingresso, ficou evidente a afirmação de que, no estabelecimento reclamado, havia mais de 10 empregados. Contudo, em seu depoimento, o reclamante se recordou apenas do nome da empregada Gabrielle e do entregador William, não se recordando dos nomes de outros empregados nem de outros entregadores. Como se não bastasse, o reclamante acabou declarando que não sabia o número de empregados da distribuidora, pois lá adentrava apenas para pegar as entregas.

Em suma, o descompasso entre o depoimento pessoal do autor e a sua inicial é por demais evidente.

Curiosamente, isso para se dizer o mínimo, o reclamante não se recordou do informante Fagner como sendo um dos entregadores da reclamada, apesar de este último ter declarado que, quando começou a trabalhar na distribuidora, o reclamante já estava trabalhando como entregador e que o reclamante lá permaneceu trabalhando após a saída dele (saída do informante).

O aludido informante também afirmou que, além dele, informante, e do reclamante, havia outro entregador, cujo nome também não se recordava.

O salário mensal alegado na inicial é um dado que está dissociado dos elementos de prova trazidos ao caderno processual.

Enquanto a inicial fixou o patamar de R\$ 920,00 mensais e o reclamante afirmou que recebia R\$ 30,00 por dia de labor, além dos R\$ 40,00 que recebia por viagens realizadas, o informante declarou que o salário dele era uns “seiscentos e poucos reais”, ou seja, compatível com o salário-mínimo legal.

A propósito, os depoentes Hilio Cezar Batista da Silva e Cláudio Gonçalves Martins confirmaram que o salário recebido por eles, na condição de entregador, era equivalente ao salário-mínimo legal.

Logo, o patamar remuneratório alegado pelo autor não se mostrou condizente com a realidade dos entregadores que prestam serviços para a reclamada.

O depoimento da testemunha Izarlete Barbosa de Oliveira não me transmitiu a segurança e a credibilidade necessárias para infirmar os depoimentos de outros depoentes nem para afastar a validade da prova documental, pois não trouxe

substrato lógico nem fático para algumas de suas informações e porque ficou evidente que era superficial o seu conhecimento a respeito da relação havida entre as partes e/ou sobre as condições de trabalho na reclamada.

Referida testemunha possui residência distante da sede da reclamada e nunca prestou serviços para a ré nem para o pai da representante legal da reclamada (Sr. Geraldo Gomes Pereira), tendo contato com a ré apenas por lá comparecer aos sábados (não em todos) e para comprar “um refrigerante”, não se recordando do nome de nenhum dos empregados da ré.

De concreto e plausível, a depoente Izarlete afirmou que já presenciou (2 ou 3 vezes) o Sr. Geraldo indo buscar o reclamante na casa deste para fazer viagens, sendo a última delas em que ocorreu o acidente que vitimou o autor. Contudo, não soube dizer se, na malsinada viagem, o Sr. Geraldo estaria buscando mercadorias para a mercearia dele, do Sr. Geraldo, ou para a mercearia da Sr^a Dayane.

A propósito e sem qualquer respaldo fático em outros elementos de prova contido nos autos, a testemunha Izarlete afirmou que o proprietário da “Mercearia do Bode” seria o Sr. Geraldo e que a Sr^a Dayane teria outra mercearia, as quais estariam estabelecidas em ruas distintas. Declarou, ainda, não saber se a Sr^a Dayane é casada ou se tem companheiro. Afirmou, também, que o dia da audiência foi o primeiro em que teria visto a Sr^a Dayane.

É bem verdade que a testemunha Izarlete declarou que já viu o reclamante passando de moto fazendo entregas e que “acredita” (não demonstrou certeza) que a referida moto era da “Mercearia do Bode”. Contudo, essa depoente não soube nem mesmo dizer que tipo de produtos o reclamante estava entregando.

E ao ser inquirida de como era conhecido o Sr. Geraldo na cidade e região de Padre Paraíso, a depoente afirmou que “o senhor Geraldo contrata a publicidade e anuncia em seu carro essa publicidade; não se recordando de uma empresa específica para a qual ele tenha feito propaganda.” Confirmou, lado outro, que o Sr. Geraldo possuía um caminhão, mas não sabe dizer se ele fazia frete e/ou carretos de cargas.

O depoimento do informante já foi objeto de análise, quando da comparação e da demonstração das contradições havidas com o depoimento do autor, não havendo mais nada que entendo necessário reportar.

Passo, agora, à análise dos depoimentos das testemunhas Hilio Cezar Batista da Silva, Isnaldo Pereira de Sá e Cláudio Gonçalves Martins.

O teor dos depoimentos supracitados infirmam a tese do reclamante de existência de vínculo empregatício com a reclamada, infirmando, inclusive, a alegação de que o autor teria prestado serviços de entregador durante o período alegado.

O depoente Hilio, o qual afirmou ter trabalhado para a reclamada durante o período de agosto de 2011 até o final de 2012, foi categórico e taxativo ao asseverar que, durante o período de sua prestação de serviços (do depoente), o informante Fagner não trabalhou como entregador e que seria ele, depoente, o único que fazia entregas para reclamada. Afirmou, ainda, que na distribuidora da reclamada, além dele, depoente, trabalhavam apenas o pessoal da família, quais sejam, a Sr^a Dayane e a mãe desta. Também foi categórico ao atestar que, durante o período de sua prestação de serviços, o Sr. Geraldo não lhe dava ordens.

No mesmo sentido e/ou harmonizando-se com o depoimento do Sr. Hilio foram as declarações do depoente Cláudio, o qual afirmou que entrou no lugar do Sr. Hilio, exercendo a função de entregador por aproximadamente 6 meses, e que, durante esse período, era apenas ele, depoente Cláudio, quem fazia os serviços de entregas. Também foi peremptório ao asseverar e reiterar que, durante o período de sua prestação de serviços, o reclamante não prestou serviços para a distribuidora reclamada, afirmando que não conhecia o reclamante nem sabia o que ele fazia antes do acidente. Disse, ainda, que, na época de sua prestação de serviços, o Sr. Geraldo não tinha poder de mando na distribuidora e nunca deu ordens para o depoente.

Os depoimentos de Hilio e de Cláudio possuem grande força de convicção, pois tiveram contato direto com a reclamada e exerceram a mesma função que o reclamante alegou exercer (entregador), bem como porque se mostraram sinceros, ao declararem fatos prejudiciais à reclamada e a elas, quais sejam, confirmaram a prestação de serviços para a reclamada sem anotação ou com anotação parcial da CTPS em relação ao período de labor, e que faziam entregas pilotando moto sem possuírem habilitação para tanto.

A propósito, e diga-se de passagem, em seu depoimento pessoal, a representante legal da reclamada, Sr^a Dayane, confessou que, “antes de fazer o registro na CTPS, o costume é se trabalhar por experiência por 3 meses.”

Por sua vez, o depoente Isnaldo, o qual possui comércio e residência próximos à sede da reclamada, reconheceu apenas a testemunha Hilio como alguém que tivesse realizado entregas para a “Distribuidora do Bode”. Esclareceu que a distribuidora é de propriedade da Sr^a Dayane e que a utilização da expressão “Bode” para o nome de fantasia e/ou nome do estabelecimento era porque o apelido “Bode”, do pai dela (Sr. Geraldo), era mais conhecido na cidade. Esse depoente também esclareceu que o Sr. Geraldo tem como atividade de sobrevivência a realização de fretes, realizados tanto na cidade de Padre Paraíso como fora dela.

E todos os três depoentes foram uníssonos ao afirmarem que as camisas retratadas à f. 14 são brindes distribuídos pela reclamada para clientes e para toda e qualquer pessoa como objeto de publicidade, não sendo obrigatório o seu uso pelos funcionários da reclamada.

Assim, diante do exposto e, sobretudo, da ausência de elementos probatórios que demonstrassem as alegações do reclamante quanto à prestação de serviços para e/ou em proveito da reclamada, vale a pena frisar, da pessoa jurídica “Dayane Silva Pereira de Freitas - EPP”, julgo improcedentes os pedidos de reconhecimento do vínculo empregatício e de todas as pretensões que lhes são correlatas e inerentes.

Gratuidade de justiça

Declarada a pobreza e não afastada por prova em sentido contrário, concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT.

Tratando-se a reclamada de empresária, pessoa jurídica e com utilização de CNPJ (f. 82 e 83), e não de empregadora pessoa física, a ela não se aplica o dispositivo celetista acima mencionado. Logo, deixo de conceder à reclamada os benefícios da justiça gratuita por ela requeridos.

A empresária ou a sociedade empresarial se equiparam e, nessa condição, devem suportar os riscos da atividade econômica, não podendo, nesse caso, se valer dos benefícios inerentes às pessoas físicas.

Honorários periciais - Sucumbência da parte autora

Em vista da sucumbência do reclamante no objeto da perícia médica, dada a ausência de reconhecimento do vínculo empregatício, condeno-o ao pagamento dos honorários do Dr. Paulo César Ferreira Alves, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais). Contudo, isento o reclamante do pagamento, nos termos do art. 790-B da CLT.

Após o trânsito em julgado, a Secretaria deverá providenciar a requisição de que trata a Resolução n. 66/2010 do CSJT, para fins de pagamento dos honorários do perito supracitado.

Litigância de má-fé

Tanto o autor como a ré exerceram seus respectivos direitos de ação e de defesa sem extrapolarem os limites legais, sendo que a solução da lide somente foi possível após a ampla dilação probatória e após análise criteriosa dos elementos de convicção contidos nos autos.

Logo, não há que se falar, por ora, em aplicação da penalidade em epígrafe a qualquer uma das partes.

Expedição de ofício(s)

Tendo em vista o dever-geral do juiz de oficiar as autoridades competentes (interpretação extensiva do art. 40 do CPP) e diante da demonstração de irregularidades praticadas pela reclamada no que concerne ao desrespeito à legislação trabalhista (admissão de empregados sem o devido registro na CTPS) e à de trânsito (permitir que funcionários não habilitados para conduzirem motocicletas), após o trânsito em julgado, expeçam-se ofícios à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego e à Autoridade de Trânsito responsável pela jurisdição de Padre Paraíso, para as providências que entenderem cabíveis, com cópias da ata do dia 24/4/2015 e desta sentença, informando-se a qualificação da ré.

Desnecessária, por ora, a expedição de ofícios a outras autoridades.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva; e julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados por Leonilson Lopes Ferreira em face de Dayane Silva Pereira de Freitas - EPP, absolvendo a reclamada dos ônus da presente demanda.

Concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Honorários periciais do Dr. Paulo César Ferreira Alves, arbitrados em R\$ 1.000,00, a cargo do reclamante, isento.

Após o trânsito em julgado e conforme fundamentação, a Secretaria deverá expedir ofícios à SRTE e à Autoridade de Trânsito responsável pela jurisdição de Padre Paraíso, bem como providenciar a requisição de que trata a Resolução n. 66/2010 do CSJT, para fins de pagamento dos honorários do perito supracitado.

Proceda a Secretaria da Vara à retificação da capa dos autos e demais registros para fazer constar a denominação correta e atual da reclamada, qual seja, Dayane Silva Pereira de Freitas - EPP.

Custas processuais, pelo autor, no importe de R\$ 4.249,70, calculadas sobre R\$ 212.485,14, valor dado à causa, também isento.

Diante da antecipação da publicação desta sentença, INTIMEM-SE AS PARTES.

Encerrou-se.

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0002015-46.2013.5.03.0011

Data: 25/5/2015

DECISÃO DA 11ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juíza Substituta: LILIAN PIOVESAN PONSSONI

Reclamante: Priscila Gomes do Nascimento Moreira

1ª Reclamada: SAMBH - Serviço de Anestesia Médica de Belo Horizonte S/C Ltda.

2ª Reclamada: Hospital Mater Dei S.A.

Vistos, etc.

Priscila Gomes do Nascimento Moreira ajuíza, em 27/9/2013, reclamatória trabalhista em face de SAMBH - Serviço de Anestesia Médica de Belo Horizonte S/C Ltda. e Hospital Mater Dei S.A., ambos qualificados na petição inicial. Alega ter trabalhado para a reclamada de 18/10/2010, tendo sido despedida sem justa causa em 3/12/2012. Após breve exposição fática, requer a condenação ao pagamento dos pedidos arrolados na petição inicial. Requer a concessão do benefício da justiça gratuita e dá à causa o valor de R\$ 30.000,00.

As reclamadas apresentam contestações escritas, separadamente, aduzindo preliminares de ilegitimidade passiva e prejudicial de mérito de prescrição. No mérito, impugnam especificamente todos os pedidos, sustentando a improcedência da ação.

São produzidas provas documentais e são ouvidas duas testemunhas, uma delas como informante, convidadas pela reclamante.

A instrução é encerrada, com razões finais orais remissivas pelas partes.

As propostas conciliatórias, oportunamente formuladas, são rejeitadas.

É o relatório.

ISSO POSTO, DECIDO:

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente

Carência de ação - Ilegitimidade passiva

Argui a 2ª reclamada que não pode figurar no polo passivo da demanda, devendo ser excluída, já que não pode ser responsabilizada por vínculo de emprego relacionado apenas com a 1ª reclamada.

Não verifico qualquer hipótese que possa conduzir ao acolhimento da preliminar, já que a parte reclamante endereçou sua pretensão contra a 1ª reclamada por entender que é responsável pelos direitos pleiteados, tendo em vista que requer vínculo direto com a 1ª reclamada.

Friso que as condições da ação são consideradas em abstrato, conforme Teoria da Asserção, e considero suficiente a indicação com os motivos de fato e de direito para que a 1ª reclamada conste no polo passivo da presente reclamatória trabalhista.

Eventual responsabilidade ou não da 1ª reclamada é matéria de mérito da demanda e com ele será analisada.

Rejeito.

Prejudicialmente

Prescrição

Levando em consideração a arguição de prescrição pela 2ª reclamada, tendo em vista que a relação de emprego mantida entre as partes ocorreu de 18/10/2010 a 3/12/2012 e sendo a presente ação ajuizada em 27/9/2013, não há prescrição a ser declarada, haja vista que, forte na Súmula n. 308 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, não existem parcelas no presente processo cuja exigibilidade tenha se dado em data anterior a 27/9/2008.

NO MÉRITO

Da relação jurídica das partes

Alega a reclamante que trabalhava em atividade-fim da 2ª reclamada, qual seja, auxiliar administrativa e faturista, sendo diretamente subordinada à 2ª reclamada.

A 2ª reclamada contesta a pretensão autoral, afirmando que não existiram entre 2ª reclamada e reclamante quaisquer dos elementos que caracterizam relação de emprego.

A 1ª reclamada alega que jamais ocorreu prestação de serviços pela reclamante à 2ª reclamada, que os equipamentos utilizados pela reclamante pertencem à 1ª reclamada.

Em depoimento pessoal a reclamante afirma que respondia às ordens da Senhora Valéria, a qual é empregada da 1ª reclamada.

A Senhora Geilza, convidada pela reclamante como testemunha, somente foi ouvida como informante, tendo em vista que negou qualquer forma de amizade com a reclamante, tendo sido comprovado pela 1ª reclamada, através de fotos públicas de rede social (f. 186), que reclamante e Geilza mantêm amizade íntima, pois das fotos adunadas aos autos, em que somente estão reclamante e Geilza, constam as legendas “minha amiga irmã”, “é amor demais!” nos dizeres da reclamante.

Assim, neste tópico e nos demais não serão levadas em consideração quaisquer das informações benéficas à reclamante prestadas pela Senhora Geilza, tendo em vista a cristalina parcialidade.

No que se refere ao testemunho da Senhora Suellen, este igualmente não será levado em consideração, tendo em vista que demonstrou parcialidade em suas respostas, sendo que constantemente desviou o olhar enquanto respondia às perguntas feitas por este juízo, como se “procurasse” alguma resposta vinda da reclamante, a qual se encontrava de costas.

Não tem a capacidade de formar o convencimento deste juízo a testemunha que hesita demais em suas respostas, as quais seriam facilmente respondidas se a testemunha Suellen tivesse conhecimento dos fatos, o que faria com que não precisasse de desviar o olhar quando questionada sobre determinados assuntos, fato que constou em ata a qual a própria depoente assinou.

Além desse fato, em sendo a 2ª reclamada um hospital de grande porte na cidade de Belo Horizonte, a testemunha Suellen, que diz ter visto a reclamante estar trabalhando às 7h30, horário em que a depoente chegava no local de trabalho, confirma que os locais de entrada da depoente e reclamante eram em ruas distintas do quarteirão sede da 2ª reclamada, afirmando, então, fatos que não poderia saber, pois, além de ambas entrarem por locais diferentes - Rua Araguari e Rua Mato Grosso, estas são paralelas. Ainda, afirma que via a reclamante trabalhando antes das 8h da manhã, contudo se contradiz ao informar que ambas laboravam em andares distintos, pois a depoente afirma que era recepcionista para a 2ª reclamada na época dos fatos, sendo que a reclamante laborava no 1º andar, conforme informação passada pela própria reclamante à ilustre perita (f. 154).

Inexistem provas nos autos que comprovem os fatos constitutivos do direito da reclamante à declaração de vínculo com a 2ª reclamada.

Improcedente o pedido de vínculo com a 2ª reclamada.

Adicional de insalubridade

O perito apresentou seu laudo às f. 153/161, no qual concluiu que a reclamante não trabalhou em condições insalubres.

Verificou o perito, em suma, a inexistência de agentes insalubres no desenvolvimento das funções da reclamante, sendo que a reclamante acompanhou toda a perícia realizada.

Não vislumbro elementos aptos a afastar a conclusão do perito, tendo em vista que todos os esclarecimentos requeridos pela reclamante (f. 164/165) foram prestados de forma suficiente (f. 170/171).

Em depoimento a reclamante ainda confirmou quais as funções que desempenhava, sendo que em nenhuma delas pode se considerar que havia risco de insalubridade, tendo em vista, principalmente, que o fundamento exposto pela reclamante na petição inicial, qual seja, contato diário com pacientes, não é sequer fundamento para o deferimento do pedido.

Indefiro o pedido de adicional de insalubridade e periculosidade e reflexos.

Diferenças salariais pela isonomia e equiparação salarial

Alega a reclamante que desempenhava a mesma função dos faturistas/auxiliares administrativos da 2ª reclamada, recebendo salário inferior. Aduz que recebia salário inferior à paradigma Geilza. Requer o pagamento de diferenças salariais por isonomia ou equiparação salarial com reflexos.

Inexistem provas nos autos que comprovem os fatos constitutivos do direito da reclamante de diferenças salariais decorrentes da isonomia com auxiliares administrativos da 2ª reclamada, tendo em vista que as testemunhas convidadas, uma ouvida como informante e outra claramente demonstrando parcialidade e desconhecimento dos fatos, não formaram a convicção deste juízo sobre os fatos.

Improcedente o pedido de diferenças salariais decorrentes da isonomia e reflexos.

Em análise do pedido sucessivo, tenho que a 1ª reclamada aduna aos autos os recibos de pagamento da paradigma Geilza, comprovando que inexistia qualquer diferença salarial entre os valores recebidos pela reclamante (f. 77/83) e pela paradigma (f. 81/93).

Não existindo quaisquer diferenças salariais entre paradigma e reclamante, não há falar em aplicação do disposto no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, tendo em vista a falta de pressuposto a configurar o direito à equiparação salarial.

Improcedente o pedido de equiparação salarial.

Acúmulo de função

Alega a reclamante que foi contratada pela reclamada para desempenhar a função de auxiliar administrativo e faturista, contudo exercia além dessa função as funções do setor da auditoria. Pelos motivos expendidos, postula o pagamento de indenização pelo acúmulo de funções.

Deve se observar que em algumas situações o exercício concomitante de duas funções ou mais durante a mesma jornada não tem o condão de caracterizar alteração contratual lesiva que exija a modificação no salário contratual recebido pelo empregado.

O fato de o trabalhador exercer algumas tarefas condizentes a outra função não traduz, de forma imperativa, a ocorrência de uma efetiva alteração funcional. Para isso, é necessário que haja uma concentração significativa do conjunto de tarefas da função enfocada.

É caracterizado acúmulo de funções nos casos em que há a designação de um empregado para desempenhar funções de outro, com as mesmas responsabilidades e integral jornada de trabalho, sem prejuízo do desempenho das suas próprias funções e da sua jornada de trabalho, hipótese em que o empregado fará jus ao salário de ambas as funções ou a um *plus* salarial.

O acúmulo deve retratar o exercício habitual e contínuo de outra função, de modo que o empregador aproveite um só empregado para atividades distintas entre si e que normalmente demandariam dois ou mais trabalhadores para sua execução.

Ainda, para que haja o reconhecimento de existência de acúmulo de função que enseje diferenças remuneratórias, é necessária a verificação de um

desequilíbrio entre os serviços exigidos do empregado e a contraprestação salarial inicialmente pactuada, levando ao enriquecimento sem causa do patrão, considerando-se, ainda, que o empregador não pode exigir mais daquilo que firmou com seu empregado, mantendo o mesmo salário ajustado, sob pena de instaurar desnível no sinalagma do contrato.

Dessa forma, nos casos em que, durante o desenvolvimento do contrato de trabalho, o empregado exerce funções distintas das inicialmente contratadas, tem o direito de receber o acréscimo salarial correspondente. Friso que são toleradas pequenas variações, vedadas, dessa forma, as que, por determinação unilateral do patrão e prejudiciais ao obreiro (art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho), alterem qualitativamente e/ou se desviem, de modo sensível, dos serviços a cuja execução se obrigou o trabalhador, em flagrante abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

Por fim, entendo que o parágrafo único do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece que “À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.”, não pode ser interpretado de modo a legitimar o locupletamento ou a exploração aviltante do trabalhador, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano (art. 1º, incisos III e IV, e art. 170 da CF) e dos princípios da confiança negocial, da função social e da boa-fé objetiva, devendo o obreiro ser remunerado se trabalhar em atividade atípica para a qual não foi contratado.

O caráter sinalagmático e comutativo do contrato de trabalho impõe ao empregador a justa e equivalente remuneração do serviço prestado. Assim, eventual demanda para execução de outras tarefas não previstas na avença contratual constituirá risco da atividade econômica, suportado pelo empregador pelo patrão.

Na situação em análise, inexistem provas nos autos que comprovem os fatos constitutivos do direito da reclamante, tendo em vista que a Senhora Geilza é amiga íntima da reclamante e a Senhora Suellen, única testemunha ouvida e compromissada, hesitou em diversas respostas, demonstrando não conhecer a realidade dos fatos, desviando constantemente o olhar enquanto respondia aos questionamentos.

Improcedente o pedido de indenização por acúmulo de função.

Horas extras e reflexos

A 1ª reclamada aduna aos autos cartões de ponto da reclamante (f. 51/76) e comprovantes de pagamento (f. 77/79), ambos englobando todo o lapso contratual.

A reclamante não demonstra, sequer por amostragem, a existência de horas extras prestadas e não pagas pela 1ª reclamada.

Em depoimento a reclamante afirma que os cartões de ponto estão corretamente anotados, sendo que a incorreção diz respeito apenas ao horário de início, tendo em vista que não havia possibilidade de “bater o ponto” antes das 7h55. Questionada sobre os dias em que constam dos cartões de ponto horários anteriores a 7h55, a reclamante afirma que poderia marcar o ponto antes das 7h55 nos casos em que a supervisora Valéria liberasse o ponto.

As informações prestadas pela Senhora Geilza são totalmente parciais e por isso não são consideradas na presente decisão.

No que se refere àquelas prestadas pela Senhora Suellen, tenho que esta trabalhava no térreo da 2ª reclamada, como recepcionista, sendo que a reclamante laborava no 1º andar da 2ª reclamada, não sendo coerente a informação prestada pela Senhora Suellen de que, quando chegava às 7h30, via a reclamante trabalhando, tendo em vista que ambas trabalhavam em andares diferentes. Além disso, o testemunho prestado pela testemunha Suellen é contraditório, além de parcial e, devido a constantes desvios de olhar, não foi suficiente para formar a convicção deste juízo.

Não desconstituídos os cartões de ponto adunados aos autos pela 1ª reclamada, tenho que estes eram válidos, não havendo diferenças ou horas extras a serem pagas.

Improcedente o pedido.

Indenização por dano moral

Requer a reclamante o pagamento de indenização por danos morais decorrentes de fazer transporte de numerário para a 1ª reclamada, chegando a levar até o banco para depósito o valor de R\$ 40.000,00.

No tocante à reparação por dano moral, a obrigação de reparar estará configurada quando houver lesão a atributos íntimos da pessoa, sobre os quais a personalidade é moldada, de modo a atingir valores juridicamente tutelados.

Entretanto, existem diversas situações, cabendo ao magistrado verificar se houve o dano e a extensão do mesmo, a fim de que não haja abuso do direito quanto aos pedidos de indenização por danos morais.

Analisando o contexto probatório trazido aos autos, não restou comprovado que a reclamante fazia o transporte de numerário para a 1ª reclamada, sequer que estes depósitos eram de grandes quantias.

Novamente não são levadas em consideração as informações parciais da Senhora Geilza, sendo que a testemunha Suellen não sabe informar quais valores eram transportados pela reclamante quando fazia o serviço do banco.

Inexistem provas nos autos que comprovem os fatos constitutivos do direito da reclamante.

Assim, no caso em tela, não houve prejuízo à reclamante, não estando presente o pressuposto básico da reparação civil, qual seja, a existência de conduta ilícita por parte da 1ª reclamada. Não há falar, então, em aplicação do disposto nos artigos 187 e 927 do Código Civil.

Improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Indenização - Uniformes

Requer a reclamante o pagamento de R\$ 250,00 por semestre laborado, tendo em vista que a 1ª reclamada exigia a utilização de uniforme, mas não o concedia.

A 1ª reclamada nega a pretensão autoral, afirmando que sempre forneceu os uniformes para a reclamante.

A reclamada comprova na f. 87 que adquiriu uniformes.

A reclamante, em manifestação sobre a defesa, impugna o documento, alegando que o pedido se refere à data de 2011, um ano após a admissão da reclamante.

Infiro frente aos documentos apresentados pela 1ª reclamada e por não haver qualquer prova em sentido contrário - tendo em vista que até mesmo a informante Geilza confirma que a 1ª reclamada fornecia uniformes - que a 1ª reclamada procedeu à entrega dos uniformes para a reclamante, não havendo que se falar em indenização dos valores requeridos.

Improcedente.

Benefício da justiça gratuita

Diante da declaração de hipossuficiência econômica da reclamante, e estando presentes os requisitos do § 3º do artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, defiro o benefício da justiça gratuita.

HONORÁRIOS PERICIAIS

Sucumbente na pretensão objeto da perícia, caberá ao reclamante arcar com honorários periciais, forte no disposto no artigo 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho.

Contudo, estando a parte reclamante sob o pálio da justiça gratuita, conforme decisão supra, o valor será arcado pela União, conforme mencionado dispositivo celetista e nos termos do art. 2º da Resolução n. 66 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Fixo o valor dos honorários periciais em R\$ 1.000,00, frente aos critérios mencionados na referida Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Expeça-se requisitório para este Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região para fins de pagamento ao perito dos honorários periciais.

Contribuições previdenciárias e imposto de renda

Não existem parcelas nos autos que sejam base de cálculo de contribuições previdenciárias e imposto de renda, tendo em vista a natureza estritamente indenizatória dos pedidos ora deferidos.

Compensação e dedução

A reclamada requer que sejam compensados/deduzidos quaisquer valores pagos ou pagos a maior com eventuais créditos da reclamante.

Conforme dispõe o art. 368 do Código Civil, a compensação ocorre somente no caso de as partes serem, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra, até que o valor se compense.

No caso dos autos, não se encontram atendidos os pressupostos que autorizam a compensação, especialmente a existência de dívida exigível do reclamante.

De outra parte, inexistem pagamentos já promovidos sob títulos objeto de condenação, motivo pelo qual não há dedução a ser considerada.

Responsabilidade das reclamadas

Inexistindo condenações em face de quaisquer das reclamadas, não há falar em responsabilidade solidária ou subsidiária da 2ª reclamada.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, decido, na reclamação trabalhista ajuizada por Priscila Gomes do Nascimento Moreira em face de SAMBH - Serviço de Anestesia Médica de Belo Horizonte S/C Ltda. e Hospital Mater Dei S.A.:

I - preliminarmente, rejeitar as arguições de ilegitimidade passiva e inépcia da petição inicial;

II - no mérito, julgar IMPROCEDENTES os pedidos feitos pela reclamante em face das reclamadas.

Defiro à reclamante o benefício da justiça gratuita.

Custas processuais de R\$ 600,00, calculadas sobre o valor da causa de R\$ 30.000,00, pela reclamante, das quais está isenta, frente ao deferimento do benefício da justiça gratuita.

Cumpra-se, após o trânsito em julgado.

Intimem-se as partes, em face da antecipação da data de publicação do julgamento.

Dispensada a intimação da União nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda n. 582, de 11 de dezembro de 2013.

Nada mais.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2015.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0000363-29.2014.5.03.0182

Data: 5/3/2015

DECISÃO DA 44ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juíza Substituta: HADMA CHRISTINA MURTA CAMPOS

Aos dias 5 de março do ano de dois mil e quinze, às 17h13, na sala de audiência desta Vara do Trabalho, por ordem da Drª HADMA CHRISTINA MURTA CAMPOS, Juíza do Trabalho Substituta, foram apregoados os litigantes GERALDO MAGELA FERREIRA, VIAÇÃO SANTA EDWIGES LTDA. e CSS MECÂNICA E MANUTENÇÃO LTDA.

Partes ausentes.

Submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte SENTENÇA:

1 - RELATÓRIO

O reclamante ajuizou ação trabalhista em face das reclamadas, postulando direitos e verbas, conforme rol de pedidos (f. 07/09). Juntou documentos e atribuiu à causa o valor de R\$ 60.000,00.

Regularmente notificadas, as reclamadas compareceram à audiência designada.

Primeira tentativa conciliatória frustrada (CLT, art. 846).

Apresentada defesa escrita, conjunta, sob a forma de contestação, ocasião em que as rés impugnam os fatos e as verbas pleiteadas (f. 97/117). Juntaram documentos.

Manifestação escrita do reclamante sobre a defesa e documentos (f. 247/253 e 557/568).

Foi determinada a realização de prova pericial para aferição das condições insalubres e perigosas, com laudo às f. 298/309, complementado pelos esclarecimentos de f. 336/339.

Foi determinada a realização de perícia contábil, cujo laudo foi anexado aos autos às f. 357/392, complementado pelos esclarecimentos de f. 427/457 e 471/472.

Em instrução foi colhido o depoimento do reclamante e de uma testemunha (f. 487/488).

Sem outras provas, declarou-se encerrada a instrução processual.

Inviável a conciliação.

Razões finais orais remissivas.

É o relatório.

2 - FUNDAMENTOS

2.1 - Ilegitimidade passiva

A legitimidade passiva é uma das condições da ação e estas devem ser analisadas abstratamente, de acordo com as alegações expostas pelo reclamante.

As reclamadas foram indicadas pelo reclamante como devedoras da relação jurídica material de forma solidária ou subsidiária, o que basta para justificar a formação do polo passivo.

A relação jurídica material não se confunde com a relação jurídica processual, sendo certo que a existência ou não de vínculo empregatício, unicidade contratual, bem como a responsabilidade e o seu grau de extensão são matérias afetas ao mérito.

Rejeito.

2.2 - Revelia e confissão

O reclamante, à f. 248 dos autos, requer o reconhecimento da revelia e confissão da 2ª reclamada.

Sem-razão, contudo, eis que a 2ª reclamada esteve representada por preposta legalmente constituída, conforme documento de f. 267.

Rejeito.

2.3 - Prescrição total e parcial

A prescrição será analisada em momento oportuno, uma vez que depende do julgamento do pedido de unicidade contratual.

2.4 - Unicidade contratual - Terceirização ilícita - Formação de relação de emprego com a primeira reclamada

O reclamante foi contratado pela 1ª reclamada em 1º de setembro de 1997, tendo sido dispensado em 31 de julho de 2007 (f. 14). Ato contínuo foi contratado pela 2ª reclamada em 1/8/2007, prestando serviços até 19 de novembro de 2011 (f. 12). Por fim, foi novamente contratado pela 1ª reclamada em 21/11/2011 com término do contrato em 25/11/2013 (f. 13).

O que se depreende dos autos é a existência de grupo econômico de fato entre as reclamadas, eis que patente a relação de vinculação entre estas. A defesa foi apresentada em conjunto; as rés funcionavam no mesmo endereço, conforme confirmado pela única testemunha ouvida; o reclamante sempre prestou serviços nas dependências da 1ª reclamada e, por fim, foram firmados sucessivos contratos, sem solução de continuidade.

Há, portanto, comunhão de interesses entre as reclamadas.

Ademais, da prova testemunhal (f. 487/488) e documental, resulta que o reclamante exerceu a mesma função, sempre em benefício da 1ª reclamada. Ainda, a testemunha Rogério Machado confirmou que o reclamante era subordinado ao Sr. Evandro, empregado da 1ª reclamada.

Reconheço, portanto, que o reclamante prestou serviços de forma pessoal e subordinada à 1ª reclamada, ininterruptamente, de 1º de setembro de 1997 a 25/11/2013, sendo nulos os sucessivos contratos de trabalho (art. 9º da CLT). Diante da nulidade ora reconhecida, irrelevante a ausência da sucessora da 2ª reclamada na lide, circunstância veiculada em defesa (f. 99).

O reconhecimento de vínculo direto, nos termos acima, torna desnecessária a análise da alegada terceirização ilícita.

Julgo procedente o pedido de unicidade contratual. A 1ª reclamada deverá anotar a relação de emprego mantida com o reclamante em sua CTPS, fazendo constar a admissão em 1º de setembro de 1997 e saída em 25/11/2013, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da sua intimação específica, após a juntada do documento aos autos, sob pena de pagamento de multa no importe de R\$ 50,00 por dia de atraso, até o limite de R\$ 2.000,00, observando-se que a possibilidade de a CTPS ser anotada pela Secretaria da Vara não impede a cominação da multa em questão, por força do § 4º do art. 461 do CPC. Para tanto, deverá o reclamante juntar a CTPS aos autos no prazo de 05 dias, a contar do trânsito em julgado.

Diante da fraude perpetrada, as reclamadas respondem solidariamente pela sua reparação, por força do disposto no parágrafo único do art. 942 do Código Civil.

Reconhecida a unicidade contratual, não há que se falar em prescrição nuclear.

Rejeito.

Tendo sido a presente reclamação trabalhista ajuizada em 3/2/2014, por aplicação do inciso XXIX do art. 7º da CRFB, reconheço a prescrição das parcelas com exigibilidade anterior a 3/2/2009, que ficam extintas, com exame do mérito. Tal regra não se aplica às pretensões de cunho declaratório (§ 1º do art. 11 da CLT) e às férias, cuja regra é aquela prevista no art. 149 da CLT, sendo a prescrição contada do término do prazo previsto no art. 134 da CLT.

De outro lado, o mero reconhecimento da unicidade contratual, por si só, não autoriza concluir pela irregularidade no recolhimento da multa de 40% sobre o FGTS, sendo digno de nota que não houve lapso temporal entre as contratações e em todas elas houve regular acerto rescisório, não tendo o reclamante apontado diferenças, conforme lhe incumbia a teor do art. 818 da CLT. Pelo mesmo motivo, não há que se falar em pagamento em dobro de férias mais 1/3.

Ainda, embora tenha alegado que foi obrigado a devolver o valor relativo à indenização de 40% incidente sobre o FGTS relativa aos sucessivos contratos, o reclamante não produziu qualquer prova nesse sentido. Assim, não são devidas diferenças de multa de 40% sobre o FGTS.

Considerando todo o período contratual, o reclamante tem direito ao recebimento do aviso prévio proporcional, na forma da Lei n. 12.506/2011, sendo de 03 dias por cada ano de serviço, até o máximo de 60 dias ou critério mais benéfico previsto em norma coletiva vigente à época da dispensa, conforme se apurar, observado o limite do pedido.

2.5 - Enquadramento sindical - Benefícios convencionais

O reclamante pretende receber os benefícios convencionais que a 1ª reclamada reverte aos seus empregados, conforme normas coletivas firmadas pelo SETRA e SSTBH, enquadramento sindical reconhecido em defesa (f. 113) e, portanto, incontroverso.

Em relação ao pedido de diferenças salariais pela aplicação dos reajustes previstos nas normas coletivas, o reclamante não cumpriu seu encargo probatório, eis que não indicou, nem mesmo por simples amostragem, a diferença de valores a tal título, o que também não foi comprovado através da perícia contábil.

Assim, julgo improcedente o pedido de item V, f. 08 da inicial, bem como seus reflexos, meros consectários.

Não há que se falar em integração do vale-alimentação e pagamento de reflexos daí decorrentes, haja vista que a 1ª reclamada comprovou estar filiada ao PAT em período anterior à relação de emprego firmada com o autor, conforme documentos de f. 235/245. Julgo improcedente o pedido de item VI da inicial.

Condeno as reclamadas ao pagamento da PLR, na forma estabelecida nos instrumentos coletivos anexados aos autos, observando-se, no seu cálculo, o que neles é disposto sobre tais benefícios, inclusive a proporcionalidade com relação aos meses trabalhados, valendo ressaltar que as reclamadas não demonstraram que o reclamante deixou de preencher os requisitos de elegibilidade para a percepção da parcela. Devem ser compensados os valores pagos sob idêntico título, a fim de evitar enriquecimento ilícito do reclamante.

Não são devidas multas convencionais, visto que as CCTs dispõem que a cláusula penal somente será devida após a ciência das infrações à Comissão Paritária, na presença do representante da empresa e do Sindicato Profissional, conforme cláusulas 72.2 (f. 68) e 72.3 (verso de f. 80), cuja redação foi repetida nos demais instrumentos coletivos, o que não restou comprovado nos autos.

Condeno as reclamadas ao pagamento do Abono Especial (abono único) no período de 1/2/2010 a 31/1/2011, conforme previsto na Cláusula Nona (f. 72), observada a faixa salarial do reclamante, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Ainda, devido o abono de retorno de férias, na forma das normas coletivas, a exemplo da Cláusula 50.10 (f. 295) em todo o período imprescrito, observados os critérios pactuados coletivamente.

2.6 - Insalubridade e periculosidade

O reclamante afirma que trabalhava exposto a agentes insalubres e em área de risco, fazendo jus ao adicional de insalubridade e periculosidade.

As reclamadas negam o labor em condições insalubres ou perigosas.

O laudo pericial de f. 298/309, complementado pelos esclarecimentos de f. 336/339, elaborado por Perito de confiança do Juízo, concluiu pela caracterização da insalubridade em grau médio pelo trabalho sujeito a ruído acima do limite de tolerância, nos termos do Anexo 01 da NR 15 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego e pela exposição à umidade excessiva. Ainda, o Sr. Perito concluiu que o reclamante trabalhava em contato permanente com óleos minerais, ficando caracterizada a insalubridade em grau máximo (40%), nos termos do Anexo 13 da NR 15.

Ainda, através do laudo pericial foi constatado trabalho em condições perigosas pelo contato com inflamável, nos termos do Anexo 02 da NR 16 da Portaria n. 3.214/78 do MTb.

Embora esta magistrada não esteja adstrita às conclusões periciais (art. 436 do CPC), a matéria é de ordem técnica, o trabalho pericial foi completo, coerente e fundamentado. Ainda, houve análise ambiental e as informações foram prestadas pelo reclamante e por representantes da reclamada (verso de f. 298), tudo em estrita observância ao art. 429 do Código de Processo Civil.

Assim, a prova técnica apresenta elementos satisfatórios para formação do convencimento do Juízo e, principalmente, não foi infirmada por qualquer outro meio de prova. Adoto integralmente as conclusões periciais.

Condeno as reclamadas ao pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo (40%), eis que mais vantajoso, observada a prescrição parcial acolhida.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 30/4/2008, aprovou a Súmula Vinculante n. 4, consagrando entendimento no sentido de que o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Na reclamação n. 6.266/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, o Excelso Tribunal registrou ainda que “não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade” e suspendeu a eficácia da Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho, que determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário básico.

Portanto, a controvérsia acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade restou decidida pelo E. STF, segundo o qual, até a edição de lei que venha a regulamentar o pagamento do adicional de insalubridade, e ausente regra convencional prevendo expressamente base de cálculo diversa para o adicional de insalubridade, a sua base de cálculo continuará sendo o salário mínimo.

Condono as reclamadas ao pagamento do adicional de periculosidade (30%), nos termos do § 1º do art. 193 da CLT.

Revedo posicionamento anterior, em exegese evolutiva e teleológica do art. 193, § 2º, da CLT, de acordo com as normas constitucionais (art. 5º, § 2º, incisos XXII e XXIII do artigo 7º da CF), reconheço ser devida a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, que representam duas parcelas absolutamente distintas, cujos fatos geradores também são diversos. Enquanto o adicional de insalubridade, no caso, visa a indenizar danos causados ao trabalhador pelo contato diuturno com agentes agressivos à sua saúde, o de periculosidade tem por fim compensar o risco à vida a que o trabalhador está exposto em decorrência do contato com radiação.

O direito à cumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRFB/88), no inciso XXII do art. 7º da CRFB/88, que impõe a adoção de medidas tendentes a propiciar a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e também na Convenção n. 155 da OIT, que determina que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Enfim, a cumulação conspira a favor da melhoria das condições do meio ambiente de trabalho, alcançando os objetivos constitucionais consagrados no inciso XXII do art. 7º da CRFB/88.

Ainda, a opção prevista na CLT é inaplicável devido à introdução no sistema jurídico brasileiro das Convenções n. 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que têm *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal. A Convenção n. 148 “consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho”, e a 155 determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”.

Recentemente o C. TST decidiu no mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES N. 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente

que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.” Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio Brandão - DJE 2/10/2014)

Os adicionais de insalubridade e periculosidade serão enriquecidos dos reflexos em férias mais 1/3, gratificações natalinas, FGTS mais 40%, aviso prévio e horas extras quitadas no curso do contrato.

A 1ª reclamada deverá fornecer PPP ao reclamante, com o registro dos agentes insalubres e perigosos ora constatados, no prazo de 05 (cinco) dias após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 até o limite de R\$ 2.000,00 (§ 4º do art. 461 do CPC).

2.7 - Jornada

O reclamante afirma que sua jornada contratual era antecipada em 20 minutos e prorrogada em 30 minutos (tempo não registrado nos cartões de ponto) e que não usufruía de intervalo intrajornada. As reclamadas sustentam que a jornada do reclamante está consignada nos controles de ponto anexados, sendo certo que as horas extras prestadas foram pagas ou compensadas e que houve gozo integral do intervalo intrajornada.

As reclamadas juntaram cartões de ponto, que apresentam horários variados.

A testemunha Rogério Machado do Carmo afirmou trabalhar das 7h às 17h, sendo que o reclamante já estava trabalhando quando chegava e, ao sair, o reclamante permanecia trabalhando (f. 487). Assim, referida testemunha não soube informar com precisão o horário de entrada e saída do reclamante, sendo a prova oral frágil, no particular. Do mesmo modo, frágil a prova oral em relação ao denunciado prejuízo no gozo do intervalo intrajornada.

Assim, pela fragilidade da prova oral, considero que a jornada efetivamente cumprida pelo reclamante é a consignada nos controles de jornada.

O laudo pericial contábil de f. 357/392 concluiu que não houve registro de dobra de serviços nos cartões de ponto (f. 362); que não houve trabalho no período das 22h às 05h (f. 370); que não houve trabalho em regime de dupla pegada (f. 368); que existem diferenças das horas extras registradas; que não foi realizada a correta compensação (f. 368); que existem diferenças de pagamento do intervalo intrajornada (f. 369); que não foram identificadas diferenças do intervalo interjornada (f. 370) e que houve trabalho em feriados e domingos, sem a devida compensação (f. 370).

Adoto as conclusões periciais, eis que não contrariadas pelas demais provas dos autos.

São devidas ao reclamante as diferenças de horas extras, conforme se apurar em liquidação de sentença, sendo as superiores à 8ª diária ou 44ª horas semanais (jornada contratual). Conforme já demonstrado no laudo pericial contábil, o sistema de compensação adotado pelas reclamadas não atendeu à norma coletiva, sendo inválido, no particular.

Ainda, conforme controles de jornada anexados aos autos, nos dias em que não houve gozo integral do intervalo intrajornada é devida uma hora como extra.

Em qualquer trabalho contínuo é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação. Trata-se de norma imperativa, de indisponibilidade absoluta, inderrogável pelas partes, exceto por ato do Ministério do Trabalho, uma vez que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho.

A concessão parcial do intervalo intrajornada implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, possuindo natureza salarial. Inteligência dos itens I e III da Súmula n. 437 do TST.

Condeno as reclamadas a pagar em dobro os feriados e domingos trabalhados e não compensados com folgas. Deverão ser observados os feriados civis e religiosos, nacionais e locais.

As horas extras (diferenças e intervalares) serão acrescidas do adicional convencional ou, na ausência deste, o legal e deverão observar os dias efetivamente trabalhados, o divisor 220 e a evolução salarial do reclamante (Súmula n. 264 do TST), com a integração das verbas salariais deferidas no presente feito, inclusive insalubridade e periculosidade.

As horas extras (diferenças e intervalares) serão enriquecidas dos reflexos em RSR, gratificações natalinas, férias mais 1/3, aviso prévio, FGTS e respectiva indenização de 40%. Indevidos os reflexos sobre reflexos, nos termos da OJ n. 394 da SDI-I do TST.

Na hipótese de ausência de algum cartão de ponto, as horas extras do período serão apuradas conforme média extraída da documentação existente nos autos.

Em relação aos feriados e domingos são devidos os reflexos em gratificações natalinas, férias mais 1/3, aviso prévio, FGTS e respectiva indenização de 40%.

Julgo improcedentes os pedidos de horas extras noturnas, diferenças de adicional noturno e intervalo interjornada, em face do resultado da perícia contábil.

2.8 - Reparação moral

Os fatos indicados como causa de pedir da reparação moral pretendida (f. 105/106) não foram comprovados pelo autor (art. 818 da CLT). Aliás, o próprio reclamante confessou (f. 487) que o local de trabalho contava com vestiário, bebedouro e banheiro.

O dano moral é o sofrimento humano estranho ao patrimônio material, decorrente de ofensas à honra, ao decoro, à paz interior, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal.

A indenização por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe a existência de um ato ilícito praticado pelo empregador, de um prejuízo suportado pelo ofendido e de um nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, a teor dos artigos 186 e 927 do CC e inciso XXVIII do artigo 7º da CRFB.

Improcedente.

2.9 - Demais questões

Por aplicação do § 3º do art. 790 da CLT e tendo em vista a declaração constante na inicial, concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Indevida a indenização por perdas e danos pela contratação de advogado. Se o reclamante optou por contratar advogado particular deve arcar com as despesas correlatas. Isso porque, não obstante os termos do art. 133 da CRFB, vige no Processo do Trabalho a disposição do art. 791 da CLT.

As disposições do Código Civil somente são aplicáveis ao Processo do Trabalho subsidiariamente, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade entre os dispositivos, o que não é o caso (parágrafo único do art. 8º da CLT).

Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios não decorrem da simples sucumbência. Devem ser preenchidos os requisitos previstos na Lei n. 5.584/70. Nesse sentido a Súmula n. 219 do TST e a OJ n. 305 da SDI-I do TST. Ausente a assistência sindical, nada a deferir.

Para efeito do § 4º do art. 832 da CLT, todas as verbas deferidas possuem natureza salarial, exceto: PLR, abono retorno de férias, abono único, aviso prévio proporcional e os reflexos das verbas de natureza salarial em férias indenizadas mais 1/3, aviso prévio e FGTS mais 40%.

Contribuições fiscais e previdenciárias na forma do Provimento n. 03/2005 do TST e da Súmula n. 368 do TST, sendo que, para cálculo do IR, deverá ser observado o regime de competência (mês a mês), nos termos do art. 12-A da Lei n. 7.713/88, incluído pela Lei n. 12.350, de 20/12/10, e Instrução Normativa RFB n. 1.127, de 7/2/11. O fato gerador das contribuições previdenciárias será a data da prestação de serviços, a ser apurada mês a mês, a partir de março de 2009, na forma da MP 449/08, convertida na Lei n. 11.941/09.

Ficam autorizados os descontos da cota-parte do reclamante (OJ n. 363 da SDI-I do TST).

Correção monetária, a partir do 1º dia do mês subsequente ao trabalhado, nos termos do parágrafo único do artigo 459 da CLT, Súmula n. 381 do TST e *caput* do art. 39 da Lei n. 8.177/91. Sobre os valores atualizados incidirão juros de mora (Súmula n. 200 do TST) na forma do § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/91 (1% ao mês), simples e *pro rata die*, contados do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT). Não incidirá IR sobre os juros de mora (OJ n. 400 da SDI-I do TST). As parcelas referentes a FGTS também deverão ser corrigidas através dos critérios próprios dos débitos trabalhistas (art. 39 da Lei n. 8.177/91). Não cessa a incidência de juros e atualização monetária até que haja o efetivo pagamento.

Indefiro a compensação, uma vez que não há dívidas recíprocas entre as partes (artigo 368 do CC c/c parágrafo único do artigo 8º da CLT). Como forma de obstar o enriquecimento ilícito, autorizo a dedução das verbas comprovadamente

quitadas a idêntico título das deferidas no presente feito. Deverão ser considerados os documentos anexados aos autos, sendo vedada a dilação probatória. O fato de a sucessora da 2ª reclamada não ter figurado no polo passivo não autoriza a limitação das verbas ao período anterior à sucessão, eis que reconhecida a unicidade contratual e o vínculo direto com a 1ª reclamada, tudo em decorrência da fraude perpetrada.

As reclamadas são sucumbentes no objeto das perícias e arcarão com os honorários periciais (art. 790-B da CLT), ora fixados em R\$ 1.800,00 para cada perícia, considerando o grau de zelo dos peritos, a complexidade dos laudos, sua importância para o deslinde da controvérsia, o tempo presumivelmente gasto na sua realização e confecção, as dificuldades do trabalho realizado, as despesas presumivelmente efetuadas e, sobretudo, a necessidade de se remunerar condignamente os profissionais que atuam em colaboração com o Poder Judiciário. Os valores serão atualizados na forma da OJ n. 198 da SBDI-I do TST.

As verbas deferidas deverão ser apuradas em liquidação de sentença, observando-se os parâmetros fixados na presente decisão e a prescrição parcial acolhida. Não há que se falar em limitação aos valores atribuídos aos pedidos. Os valores apresentados servem apenas para eleger o rito a ser seguido, sendo inaplicáveis à espécie as disposições dos artigos 128 e 460 do CPC. O princípio da adstrição limita os títulos e não os valores postulados. No cálculo das verbas deverão ser observados os dias efetivamente trabalhados pelo reclamante.

3 Conclusão

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva; acolho a prescrição parcial e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por GERALDO MAGELA FERREIRA, para declarar a existência de vínculo empregatício diretamente com a 1ª reclamada de 1º de setembro de 1997 a 25/11/2013 (unicidade contratual) e condenar as reclamadas VIAÇÃO SANTA EDWIGES LTDA. e CSS MECÂNICA E MANUTENÇÃO LTDA., solidariamente, ao pagamento das seguintes verbas, no prazo legal, conforme se apurar em liquidação de sentença, observados os parâmetros constantes na fundamentação, que integram o presente dispositivo:

- a) aviso prévio proporcional;
- b) PLR, abono retorno de férias e abono especial (abono único), na forma da fundamentação;
- c) adicional de insalubridade em grau máximo (40%) e seus reflexos, na forma da fundamentação;
- d) adicional de periculosidade e seus reflexos, na forma da fundamentação;
- e) diferenças de horas extras e seus reflexos, na forma da fundamentação;
- f) hora extra intervalar (intrajornada) e seus reflexos, na forma da fundamentação;
- g) feriados e domingos em dobro e seus reflexos, na forma da fundamentação.

A 1ª reclamada deverá retificar a CTPS do reclamante, na forma, prazo e sob pena de incidência das cominações impostas na fundamentação, bem como fornecer o PPP, na forma da fundamentação.

No mesmo prazo, as reclamadas deverão pagar os honorários periciais, na forma da fundamentação, que devem ser atualizados na forma da OJ n. 198 da SDI-I do TST.

As parcelas serão apuradas em liquidação de sentença, observando-se estritamente os parâmetros traçados na fundamentação, inclusive quanto aos critérios de cálculo e dedução autorizada.

Descontos fiscais, previdenciários, correção monetária e juros, na forma da fundamentação.

Concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Custas pelas reclamadas no valor de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00, valor arbitrado à condenação.

Partes cientes (Súmula n. 197 do E. TST).

ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

DISPENSA DO EMPREGADO - PROXIMIDADE DA APOSENTADORIA - TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL Alexandre Pimenta Batista Pereira	381
RELAÇÃO DE EMPREGO - IMPROCEDENTE - PROVA Ricardo Luís Oliveira Tupy	389
TESTEMUNHA - AMIZADE ÍNTIMA - <i>FACEBOOK</i> Lilian Piovesan Ponssoni	397
UNICIDADE CONTRATUAL - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Hadma Christina Murta Campos	404

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA Luiz Otávio Linhares Renault	327
ACIDENTE DO TRABALHO - MOTORISTA DE CAMINHÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR Sebastião Geraldo de Oliveira	337
ACÚMULO DE FUNÇÃO - PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS NORMAS ESPECIAIS Manoel Barbosa da Silva	349
DISPENSA - MOTIVAÇÃO - EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA Ricardo Antônio Mohallem	354
EMPREGADOS REABILITADOS E PORTADORES DE DEFICIÊNCIA - CONTRATAÇÃO - NORMA LEGAL - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE Márcio Ribeiro do Valle	368
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DONO DA OBRA Marcus Moura Ferreira	373
SEGURO DE VIDA - POSSIBILIDADE DE PENHORA Camilla Guimarães Pereira Zeidler	376

NORMAS EDITORIAIS

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS À REVISTA DO TRT 3ª REGIÃO

A *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* tem periodicidade semestral, sendo formada por: Composição do TRT; Apresentação; Doutrinas; Decisão precursora com o respectivo comentário; Jurisprudência (acórdãos) e decisões de 1ª Instância.

- 1 NORMAS EDITORIAIS PARA ENCAMINHAMENTO DE MATÉRIA
 - 1.1 A Revista publicará trabalhos inéditos.
 - 1.2 A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores nem direitos autorais.
 - 1.3 Os trabalhos serão avaliados quanto a seu mérito (conteúdo científico/jurídico), relevância, interesse e atualidade do tema, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas para respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a autoria e a originalidade do texto, bem como as afirmações, as opiniões e os conceitos emitidos.
 - 1.4 A triagem inicial será feita pelos Coordenadores da Revista, que poderão aceitar ou não os trabalhos a eles submetidos, e, eventualmente, sugerir modificações ao(s) autor(es), a fim de adequar os textos à publicação. A publicação dos textos enviados decorrerá da utilização de padrão-publicação estabelecido pelo TRT/MG e do juízo de oportunidade da Revista.
 - 1.5 Os trabalhos que exponham, em tese, as pessoas a situações vexatórias, violando o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, terão os nomes das pessoas envolvidas abreviados, utilizando-se as iniciais.
 - 1.6 Os trabalhos deverão ser enviados por *e-mail* para o endereço eletrônico: revista@trt3.jus.br com nome completo do(s) autor(es), endereço, telefone, *e-mail*.
 - 1.7 A autorização para publicação do trabalho é automática, quando do envio da matéria e da aceitação das normas para publicação.
 - 1.8 O termo de responsabilidade pela autoria do conteúdo do trabalho encontra-se explícito na página 4 da Revista e no item 1.3 desta norma.
 - 1.9 Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos a(os) seu(s) autor(es).
 - 1.10 O(s) autor(es) receberão, quando do lançamento da Revista, 1 (um) exemplar do periódico, se impresso, em cuja edição o trabalho tenha sido publicado.
 - 1.11 Os trabalhos recebidos em língua estrangeira serão publicados na Revista impressa e/ou digital em sua versão original, ou poderão ser traduzidos para a língua portuguesa, caso seja necessário.
 - 1.12 O conteúdo da Revista poderá ser citado, reproduzido, armazenado ou transmitido por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original.

2 FORMATO DE APRESENTAÇÃO

- 2.1 Os trabalhos encaminhados à Revista deverão estar digitados na versão do aplicativo Word (ambiente Windows) e encaminhados via *e-mail*.
- 2.2 Os parágrafos deverão ser justificados; a fonte será arial 11 para o texto, 10 para citações longas, notas e resumos; o espaço interlinear será simples; as margens superior, inferior e laterais terão 1,5 cm; o tamanho papel formato será A-4 (210 x 297 mm)
- 2.3 À Seção da Revista será reservado o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como de adequar os trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- 2.4 A primeira lauda/página deverá conter o título do artigo (em português e inglês), nome completo do autor, nome da(s) instituição(ões) a que está vinculado, o cargo que ocupa, bem como o resumo informativo em português de 100 a 200 palavras, que apresentará concisamente os pontos relevantes do texto (NBR 6028-ABNT - Resumos), com suas finalidades, metodologias, resultados e conclusões. Após o resumo informativo, deverão ser relacionadas as palavras-chave, de 3 a 8, em português. O *abstract* (resumo informativo) e as *keywords* (palavras-chave) deverão constar no final do artigo em inglês, para atender à ampla divulgação do periódico. Ao final deverá ser relacionada lista de referências utilizadas no corpo do texto. Os autores citados no decorrer do artigo serão subordinados ao seguinte esquema: (SOBRENOME DE AUTOR, data-ano) ou (SOBRENOME DE AUTOR, data, página). Diferentes títulos do mesmo autor publicados no mesmo ano serão identificados por uma letra após a data. Ex.: (EVANS, 1989a), (EVANS, 1989b).
- 2.5 Citações com até 3 linhas deverão ser inseridas no corpo do texto entre aspas. Caso as citações tenham mais de 3 linhas, deverá ser utilizado parágrafo independente com recuo de 2 cm, sendo a fonte arial 10 com espaço interlinear simples, sem aspas.
- 2.6 As notas de rodapé constituirão “notas explicativas”. Serão anotações concernentes ao texto, mas que não interferirão no desenvolvimento lógico do trabalho. Referências (bibliográficas, eletrônicas, etc.) deverão ser colocadas ao final do artigo em ordem alfabética de autor sempre atualizadas. Regras gerais de apresentação de referências (vide NBR 6023/2002). A pontuação utilizada na presente norma segue os padrões internacionais.
- 2.7 Para maiores esclarecimentos, poderão ser consultadas as seguintes normas da ABNT: NBR 6022; NBR 6023; NBR 6024; NBR 6028; e NBR 10520.

3 A BIBLIOGRAFIA UTILIZADA SERÁ APRESENTADA NO FINAL DO ARTIGO, LISTADA EM ORDEM ALFABÉTICA, OBEDECENDO ÀS SEGUINTE NORMAS:

Livro

SOBRENOME, Nome. (ano). *Título em itálico*: subtítulo. Número da edição, caso não seja a primeira. Local da publicação: nome da editora, data.

Formato eletrônico

AUTOR. *Título*: subtítulo. Edição. Local (cidade de publicação. Descrição física do meio eletrônico (disquete, CD-ROM et.) ou Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Autor único: FONSECA, Vicente José Malheiros da.

Até 3 autores: Devem ser separados por ponto e vírgula.
LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette.

Mais de 3 autores: Indica-se o primeiro autor, seguido da expressão *et al*.
PIMENTA, José Roberto Freire *et al*.

Responsabilidade intelectual (Organizadores, Coordenadores, Editores)
BARROS, Alice Monteiro de (Coord.).
VIANA, Márcio Túlio (Org.).

Instituições (não utilizar siglas)

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.
MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa.

Autoria desconhecida ou sem indicação de responsabilidade

A entrada é pelo título, sendo que apenas a primeira palavra deve ser grafada em maiúsculo.

TRATADO de ecologia.
NATUREZA da vida.

Outros tipos de responsabilidade (Tradutor, Ilustrador, Revisor, etc.)

Tradutor, ilustrador, revisor, etc. podem ser digitados após o título da obra.

MOORE, Thomas. *A emoção de viver a cada dia*: a magia do encantamento.
Tradução Raquel Zampil. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

Artigo de periódicos

AUTOR. Título do artigo. *Título do periódico*. Local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial-final, mês e ano.

Formato eletrônico

AUTOR DO ARTIGO. Título do artigo. *Título do periódico*. Local, volume, fascículo, páginas, data. Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Dissertações e teses

SOBRENOME, Nome (abreviado). (ano). *Título em itálico*. Local. Número total de páginas. Grau acadêmico e área de estudos [Dissertação (mestrado) ou Tese (doutorado)]. Instituição em que foi apresentada.

Documento jurídico: Inclui legislação, jurisprudência (decisões judiciais) e doutrina (interpretação dos textos legais)

Legislação:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) ou NOME DA ENTIDADE (caso se tratar de normas). Título. Numeração e data (dia, mês e ano). Elementos complementares para melhor identificação do documento. No caso de Constituições e suas emendas, entre o nome da jurisdição e o título, acrescenta-se a palavra Constituição, seguida do ano de promulgação, entre parênteses. Ex: BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. *Lex*: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59, p.1966, out./dez. 1995.

Jurisprudência:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) e órgão judiciário competente. Título (natureza da decisão ou ementa) e número. Partes envolvidas (se houver). Relator. Local, data (dia, mês e ano). Dados da publicação que transcreveu o documento. Ex: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA:

Escola Judicial / Seção da Revista
Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027 - Belo Horizonte - MG
Fone: (31).3228.7169
E-mail: revista@trt3.jus.br

Escola
Judicial
TRT-3ª Região



JUSTIÇA DO TRABALHO
MINAS GERAIS

