
REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 2 • Nº 3

ISSN 2358-0038

2º SEMESTRE • 2014



AMATRA.2

ESPECIAL:

HOMENAGEM A AMADOR PAES DE ALMEIDA

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Chamone

Colaboração: Membro do Conselho Fiscal da AMATRA-2, Desembargadora Maria Cristina Fisch,
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha,
Juiz Hécio Luiz Adorno Júnior

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA **ASSOCIAÇÃO** DOS **MAGISTRADOS** DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 2 • Nº 3

ISSN 2358-0038

2º SEMESTRE • 2014



ESPECIAL:

HOMENAGEM A AMADOR PAES DE ALMEIDA

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Chamone

Colaboração: Membro do Conselho Fiscal da AMATRA-2, Desembargadora Maria Cristina Fisch,
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha,
Juiz Hécio Luiz Adorno Júnior

PREZADO ASSOCIADO,

Com muita alegria, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos juízes do trabalho associado da entidade, a terceira edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem ao nosso querido associado Desembargador Aposentado Amador Paes de Almeida que tanto contribuiu para a melhoria e eficiência da Justiça e do Direito do Trabalho.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Agradeço a colaboração dos participantes desta revista, especialmente, aos associados Carlos Francisco Berardo, Marcelo Chamone, Rodrigo Garcia Schwarz, Maria Cristina Fisch e Hécio Luiz Adorno, que tanto contribuíram para o lançamento dessa edição.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços.

FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA
Vice-Presidente da AMATRA2



AMATRA-2

AMATRA-2
Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

Conselho Editorial:
Patricia Almeida Ramos Presidente
Fábio Ribeiro da Rocha Vice-Presidente
Carlos Francisco Berardo Diretor Cultural
Marcelo Azevedo Chamone Diretor Cultural Adjunto
Rodrigo Garcia Schwarz Diretor de Direitos Humanos
Maria Cristina Fisch Conselho Fiscal
Hélcio Luiz Adorno Júnior

Diretoria Executiva:
Patricia Almeida Ramos
Presidente
Fábio Ribeiro da Rocha
Vice-Presidente
Isabel Cristina Quadros Romeo
Diretora Secretária
Farley R. de C. Ferreira
Diretor Financeiro e de Patrimônio
Carlos Francisco Berardo
Diretor Cultural
Silvana Louzada Lamattina
Diretora Social
Valéria Nicolau Sanchez
Diretora de Benefícios
Jefferson Amaral Genta
Diretor de Esportes e Lazer
Richard W. Jamberg
Diretor de Assuntos Legislativos
Mauricio Marchetti
Diretor de Assuntos Institucionais
Rodrigo Garcia Schwarz
Diretor de Direitos Humanos
Marcio Mendes Graconato
Diretor de Direitos Humanos
Marcelo Azevedo Chamone
Diretor Cultural Adjunto
Fernanda Zanon Marchetti
Diretora Social Adjunta I
Raquel Gabbai de Oliveira
Diretora Social Adjunta II
Tatiana A. J. E. H. B. Maranesi
Diretora de Benefícios Adjunta

Comissão de Prerrogativas Titulares:
Rosana de Almeida Buono, Maria Fernanda de Queiroz da Silveira e Daniel Rocha Mendes
Comissão de Prerrogativas Suplentes:
Ivete Ribeiro, Marco Antonio dos Santos e Rodrigo Acuio
Conselho Fiscal Titulares:
Cristina Ottoni Valero, Magda Cristina Muniz e Látia Lacerda Menendez
Conselho Fiscal Suplentes:
Maria Cristina Fisch, Renata Bonfiglio e André Eduardo Dorster Araújo
Diretoria de Aposentados:
Amador Paes de Almeida, Maria Alexandra Kowalski Motta e Maria Luiza Freitas
Comissão de Juízes Titulares:
Adriana Prado Lima, Maurílio de Paiva Dias, Aparecida Maria de Santana e Rogéria do Amaral
Comissão de Juízes Substitutos:
Fernanda Miyata Castello Branco, Juliana Dejavitte dos Santos, Katiussia Maria Paiva Machado e Mara Carvalho dos Santos
Diretoria de Guarulhos e Região:
Anneth Konesuke e Renata Simões Loureiro Ferreira
Diretoria de Osasco e Região:
Maurílio de Paiva Dias e Juliana Jamtchek Grosso
Diretoria da Região do ABC:
Elisa Maria de Barros Pena e Diana Marcondes Cesar Kambourakis
Diretoria da Baixada Santista:
Adalgisa Lins Dornellas Glerian e Igor Cardoso Garcia

AMATRA-2
Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar – Barra Funda - São Paulo - SP
CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

Produção:
4Press Agência de Notícias
Jornalista Responsável: Fernanda d’Ávila (MTB 30171)
Av. São Gabriel, 149 – cj 505 – Tel 11 5096-0439

Arte:
Ariana Assumpção
ariana.assump@gmail.com

SUMÁRIO

Homenagem a Amador Paes De Almeida	
Um exemplo de magistrado – Francisco Pedro Jucá	6
DOUTRINA DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	7
Aspectos Controvertidos do Depósito Recursal – Fábio Ribeiro da Rocha	7
Descentralização de Fóruns Trabalhistas em uma mesma cidade: Possibilidade à luz das regras de competência – Fábio Moterani	11
Anotações sobre a Assistência Judiciária na Justiça do Trabalho – Carlos Francisco Berardo	14
O princípio da cooperação e as questões de ordem pública. Uma visão da garantia do contraditório – Walter Vegas Junior	18
A ação coletiva passiva – Farley Roberto De Carvalho Ferreira	22
Meio ambiente do trabalho: fiscalização e meios de defesa – Marcelo Azevedo Chamone e Carmem Regina Knapp Cerdeira	30
Tutela preventiva no meio ambiente do trabalho – Salvador Franco De Lima Laurino	45
DOUTRINA DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO	48
Os aspectos psicossociais e jurídicos da invenção pelo empregado no ambiente de trabalho – Helcio Luiz Adorno Júnior e Marcele Carine Dos Praseres Soares	48
Lei 11.340/2006. Obrigações do empregador e efeitos sobre o contrato de trabalho – André Cremonesi	56
Atividades insalubres e a possibilidade de cumulação de adicionais – Juliana Ferreira de Moraes Azevedo	59
DOUTRINA DIREITOS HUMANOS	68
A ponderação da reserva do possível sob o aspecto. Do custo de oportunidade e a judicialização das políticas. De saúde na jurisprudência federal brasileira – Rodrigo Garcia Schwarz	68
DOUTRINA ESTRANGEIRA.	79
La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012 - Antonio Baylos.	79
LEGISLAÇÃO	89
SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.	90
JURISPRUDÊNCIA.	92

FRANCISCO PEDRO JUCÁ
Juiz Titular da 14ª VT/SP do TRT – 2ª Região
Livre Docente em Direito Financeiro pela USP
Doutor em Direito Constitucional pela USP
Doutor em Direito Privado pela PUC/SP
Professor Universitário

FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA
Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP
Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Vice-Presidente da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região)

AMADOR PAES DE ALMEIDA: UM EXEMPLO DE MAGISTRADO

Amador Paes de Almeida é merecedor dos agradecimentos, gratidão mesmo, dos seus jovens colegas, atuais Juizes do Trabalho de São Paulo.

Sua história em grande parte se confunde com a da Justiça do Trabalho. Em terras bandeirantes, seu espírito é realmente bandeirante, eis que veio de Catalão, na Goiás das Esmeraldas, e as veio encontrar construindo sua vida no torrão paterno de São Paulo, e mesmo em vida, frutuosa e generosamente compartilhada, tem um legado a um só tempo rico e em enriquecimento.

Na condição de Magistrado Trabalhista, onde ingressou em um dos primeiros Concursos, e abrilhantou a jurisdição com a sua contribuição serena, humilde e sábia, foi a acepção mais essencial do termo Juiz do Trabalho, marcado pelo equilíbrio, sobriedade e ponderação, trazendo, ainda um preocupação que marcou sua carreira judicante: a eficiência na prestação jurisdicional, onde sempre apresentou produtividade singular, que o fazia destacar-se entre seus pares.

Além de Magistrado que honrou sobremaneira a Toga, Amador se fez notar como jurista, não apenas do Direito do Trabalho, com o seu clássico livros de Processo Trabalhista. Foi mais além, revelou-se comercialista de escol, pertencendo ao Instituto Cairú, suas obras de Direito Empresarial são clássicas e revelam sucessivas edições, como Títulos de Crédito, Falências e Recuperação Judicial, Estabelecimento Comercial, Execução dos bens de sócio.

Suas lições são sempre seguras, claras, profundas, pragmáticas e cuidadosas, como o foi em seu Magistério de mais de quatro décadas desde a Universidade de Mogi das Cruzes, até a Universidade Presbiteriana Mackenzie, de cuja Faculdade de Direito foi Diretor.

A gratidão, assim, se justifica sobejamente, é antes ato de justiça, é reconhecimento necessário que se impõe, o carinho pela sua figura atemporal decorre do que é e representa, é por isso que os magistrados, ex-alunos e mais próximos destacam duas coisas, é Amador porque é amado como ser humano, é Amador, mas como jurista, professor e magistrado, é profissional.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO DEPÓSITO RECURSAL

AREA DO DIREITO: Constitucional e Processual do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo analisará a natureza e o procedimento do depósito recursal na Justiça do Trabalho na oportunidade de interposição de recurso quando no pólo passivo da demanda judicial figurar o empregador. Serão abordados, ainda, os aspectos controvertidos do depósito recursal, especialmente quanto à constitucionalidade do pressuposto recursal e confrontarmos com a obrigatoriedade do depósito em face do duplo grau de jurisdição e ao princípio da igualdade entre as partes no processo do trabalho. E, por fim, será analisado se a concessão da gratuidade judicial contém o depósito recursal, inclusive, pela vigente legislação processual.

PALAVRAS CHAVES: Pressuposto Recursal - Gratuidade Judicial - Depósito Recursal – Condenação – Legislação Trabalhista.

ABSTRACT: This article will examine the nature and procedure of appeal bond in the Labour Court in the opportunity to appeal when the defendant in the lawsuit included the employer. Are also addressed the controversial aspects of the appeal bond, especially over the constitutionality of the appellate presumption and confronted with the requirement of filing in the face of double jurisdiction and the principle of equality between the parties in the labor process. And finally, be examined whether the grant of judicial gratuity contains the appeal bond, even by current procedural legislation.

KEYWORDS: Assumption Appeals – Judicial Gratuity – Deposit Appeal - Condemnation – Labor Legislation.

SÚMARIO: 1. Introdução – 2. Do Depósito Recursal – 3. Da (In) Constitucionalidade do Depósito Recursal – 4. Gratuidade Judicial e Depósito Recursal – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

1 – Introdução

Com o advento da Lei 5.442 de 24 de maio de 1968, surge o depósito recursal na Justiça do Trabalho, que tem como objetivo garantir o Juízo quando da interposição de recursos.

O depósito recursal é, na verdade, pressuposto recursal extrínseco no Direito Processual do Trabalho, que a parte deve preencher para o seu recurso ser admitido. O referido depósito deve ser realizado na conta vinculada do reclamante junto ao FGTS (artigo 899, § 4º, da CLT) em valor fixado pela Lei.

Ainda, além de ser um pressuposto recursal objetivo, que não preenchido importará a deserção do recurso, é uma garantia de futura execução por quantia certa. E mais, não obstante ter natureza jurídica de garantia de Juízo tem também a finalidade de desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios.

O presente artigo abordará os aspectos controvertidos do depósito recursal, especialmente quanto à constitucionalidade do pressuposto recursal e confrontarmos com a obrigatoriedade do depósito em face do duplo grau de jurisdição e ao princípio da igualdade entre as partes no Processo do Trabalho.

2 – Do Depósito Recursal

A admissibilidade dos recursos está diretamente subordinada ao atendimento, pelo recorrente, a determinado pressupostos recursais previstos em lei e classificados pela doutrina em dois grupos: a) Subjetivos ou intrínsecos, os quais compreendem: a legitimação, interesse, a capacidade e a representação; b) Objetivos ou extrínsecos, abrangendo a recorribilidade do ato, regularidade formal do ato, adequação, tempestividade, depósito, custas e os emolumentos.

O legislador criou o depósito recursal, através do Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966. A exigência de depósito recursal está prevista no Artigo 40 da Lei 8.177/91. O depósito recursal constitui mera garantia do Juízo, evitando, assim, a interposição temerária ou procrastinatória de recursos. Ressalta-se, por oportuno, que a exigência do depósito consagra, substancialmente, o princípio da isonomia real, sabido que o empregador é, via de regra, economicamente superior ao empregado.

O empregado é a parte hipossuficiente na relação de emprego, sendo assim, a norma jurídica visa equilibrar a relação do empregado e empregador, busca-se uma maior proteção jurídica ao empregado tendo em vista a inferioridade econômica frente ao empregador.

Da interpretação do artigo 899 da CLT, verificamos que somente o empregador condenado em obrigação de pagar poderá ser o responsável pelo depósito recursal, uma vez que este tem por finalidade garantir a execução. O empregado jamais será responsável pelo recolhimento do depósito recursal, ainda que seja condenado em ação ou reconvenção movida pelo empregador.

Uma vez transitada em julgado a decisão que condenou o réu a pagar parcelas pecuniárias ao credor, o Juiz do Trabalho deve liberar o valor do depósito recursal ao autor, o que denota ser o depósito uma verdadeira garantia de futura eficácia da execução por quantia.

Ademais, o depósito recursal é feito na conta vinculada do empregado, inexistindo, ainda, previsão legal para que tal depósito seja suportado pelo empregador. Sendo assim, não há se falar em deserção do recurso interposto pelo empregado.

O depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso, ou seja, havendo a interposição de recurso antes de vencido o prazo recursal, o depósito pode ser feito até o último dia do prazo para o respectivo recurso. O depósito prévio é devido em cada novo recurso interposto no decorrer do processo, inclusive, em face de recurso interposto contra acórdão que julga ação rescisória. Recentemente, por força da Lei 12.275, de 29.06.2010, é devido também na oportunidade da interposição do recurso de Agravo de Instrumento.

Entretanto, atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso (Súmula 128 do C. TST). Na execução, desde que garantido o Juízo, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do artigo 5º da CF/88. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do Juízo.

Cumprido ressaltar que o depósito recursal só é devido se a sentença condenatória impuser ao vencido obrigação de caráter pecuniário. Tratando-se de sentença meramente declaratória ou constitutiva, bem como condenatória, quando a esta última desde que a obrigação não seja de dar ou pagar quantia certa, não há falar em depósito recursal (Súmula 161 do C. TST).

As pessoas jurídicas de direito público e o Ministério Público do Trabalho não estão sujeitos ao depósito recursal. A massa falida também não está sujeita ao pagamento de custas nem ao depósito recursal, o mesmo não ocorrendo em relação às empresas em liquidação extrajudicial (Súmula 86 do Colendo TST).

Segundo o disposto no inciso II do artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005 subsiste a obrigação das empresas em regime de recuperação judicial pelo recolhimento das custas processuais. Não se aplica a essas empresas, ainda, a diretriz da Súmula 86 do C. TST, na medida em que ao requerer a recuperação judicial o devedor não perde o direito de administrá-las e tampouco sofre a indisponibilidade de seus bens, ao contrário do que ocorre no processo falimentar. Por isso, deixando o empregador de efetuar o recolhimento das custas e do depósito recursal (artigo 899 da CLT), resta configurada a deserção que inviabiliza o conhecimento do recurso.

O depósito recursal efetuado pela devedora subsidiária não beneficia o litisconsorte devedor principal, mesmo porque o recurso interposto por uma parte não aproveita ao outro litisconsorte, quando são distintos e opostos seus interesses não ocasião em que pretendem se ver excluídos do processo (Súmula 128, III, do Colendo TST).

No que tange aos valores do depósito recursal, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho edita Atos publicados no DEJT que estabelecem os novos valores reajustados anualmente pela variação acumulada pelo INPC do IBGE dos 12 (doze) meses imediatamente anteriores (Instrução Normativa n.º 3/1993 do Colendo TST).

Os recursos das decisões proferidas nas novas ações oriundas da relação de trabalho diversas da relação de emprego em decorrência da Emenda Constitucional n.º 45/2004 também deverão observar as regras alusivas ao depósito recursal, consoante entendimento consubstanciado na Instrução Normativa 27/2005 do Colendo TST, segundo a qual a sistemática recursal a ser observada é a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive no tocante à nomenclatura, à alçada, aos prazos e às competências, sendo certo que para o empregador ou tomador do serviço, o depósito recursal a que se refere o artigo 899 da CLT é sempre exigível como requisito extrínseco do recurso, quando houver condenação em pecúnia.

3 – Da (In) Constitucionalidade do Depósito Recursal

Corrente doutrinária trabalhista entende que a exigência de depósito prévio para a interposição de recurso pelo empregador não é incompatível com a ordem constitucional vigente. Conquanto a Constituição da República assegure o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, também impõe aos jurisdicionados a observância das normas legais pertinentes.

Como se sabe, o depósito recursal tem por escopo garantir futura e eventual execução (garantia do Juízo), consubstanciando verdadeira proteção legislativa à parte hipossuficiente na relação processual trabalhista, prestigiando o princípio da compensação de desigualdades, uma vez que o empregador, via de regra, é economicamente superior ao empregado. Contudo, não impede a interposição de recursos, tampouco cerceia o acesso ao Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, correntes doutrinárias manifestaram-se pela inconstitucionalidade do depósito recursal prévio, sob o argumento de que ele impede o exercício do amplo direito de defesa com os meios e recursos a ela inerente (CF, artigo 5º, LV). Houve, inclusive, o ajuizamento das ADIs n.º 836 e 884 perante o Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, negou a liminar postulada em ambas ações, sendo certo, ainda, que o Pretório Excelso julgou prejudicadas as referidas ações, tendo em vista que houve alteração do texto impugnado e não houve aditamento das respectivas petições iniciais.

Para a referida corrente doutrinária trabalhista, a exigibilidade do depósito recursal invocam-se os princípios da celeridade e efetividade, já que a obrigatoriedade de depósito prévio para interposição de recurso desestimula os recursos meramente protelatórios. Também se prestigia a proteção ao trabalhador, já que este, em tese, é a parte economicamente mais fraca, sendo então, partindo desta premissa, perfeitamente justificável o depósito recursal, ao passo que é forma de garantia de Juízo.

Ademais, não há falar em inconstitucionalidade do art. 899 da CLT, uma vez que o duplo grau de jurisdição não é princípio absoluto, nem está previsto expressamente na Constituição, já que esta admite até mesmo a existência de instância única (CF, art. 102, III).

Entretanto, existe corrente doutrinária trabalhista que defende tese contrária, afirmando que o artigo 5º da Constitui-

ção Federal de 1988 vem contemplar essa questão, visando igualar as pessoas de uma forma geral.

Quando a Constituição da República assegura que todos são iguais perante a Lei, ela não diz que pessoas jurídicas ou físicas são diferentes, pois, se do contrário fosse, de certo o Constituinte Originário colocaria tal previsão. O Princípio da isonomia veio a fim de igualar às pessoas, físicas ou jurídicas.

Através do artigo 5º, XXXV, CF/88 (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), o qual contempla o Princípio da Inafastabilidade das decisões judiciais, tem-se que, nada passará sem ser percebido pelo Poder Judiciário, ou seja, todos têm o direito de ter seu caso apreciado pela justiça, dessa forma, nada (ninguém nem o legislador) poderá impedir o acesso de um jurisdicionado de ingressar em juízo, ou percorrer as vias judiciárias, a fim de ter seus direitos resguardados.

As garantias fundamentais devem ser interpretadas de forma ampliada, não podendo a lei ser interpretada de forma que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.

Em decorrência deste princípio se extrai o princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes e os mesmos instrumentos processuais, para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais.

A conclusão que chega é que, o Poder Judiciário está sobrecarregado de processos, em que na maioria das vezes poderiam ser resolvidos por uma forma simples, por vezes às partes abusam do direito de ação, consequência, tudo acaba por acumular a justiça. Na tentativa de frear a crescente demanda judiciária, o Legislador acaba por criar mecanismos, os quais se tornam abusivos para a sociedade em geral, pois, aniquilam regras e garantias constitucionais, a fim de, amenizar um colapso geral no judiciário brasileiro.

E a exigência do depósito recursal limita o acesso ao judiciário, no caso, ao duplo grau de jurisdição, pois não podemos nos esquecer do pequeno empresário, do empresário individual, do empregador doméstico, do pequeno agricultor. Nos dias atuais, a maioria esmagadora dos empregadores do Brasil são micros, pequenos e médios empresários que, frente a uma exigência inconstitucional, acabam ficando ou descapitalizados ou impedidos de ver apreciado o seu apelo, inibindo a revisão da lide em segundo grau.

O melhor que se pode fazer é tentar conscientizar a sociedade de que excesso de demanda jurídica acaba por colocar em descrédito a todos de um modo geral, na medida em que às partes são colocadas em dúvida acerca de seus direitos e o judiciário que não consegue entregar a prestação jurisdicional, a qual seria a ideal.

4 – Gratuidade Judicial e Depósito Recursal

O depósito recursal está disciplinado no artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Conforme a Instrução Normativa do TST n. 3/93, os depósitos de que trata o art. 40, e seus parágrafos, da Lei n. 8.177/91, com a redação dada pelo art. 8º da Lei nº 8.542/92, não tem

natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado.

Como já salientado, o depósito recursal, além de possuir natureza jurídica de garantia de Juízo, também tem uma inegável finalidade de desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios.

Até mesmo a diferença ínfima do depósito recursal é capaz de elidir a eficácia do pressuposto recursal objetivo, o que certamente também resulta, ainda que não expressamente, em uma forma de limitar a interposição de recurso, já que significa mais um obstáculo ao acesso do duplo grau de jurisdição (TST – OJ 140 da SDI-I do C.TST).

É de se frisar que de fato a finalidade do depósito recursal é garantir o Juízo, mas, sobretudo, evitar a interposição de recursos procrastinatórios. Exemplo bem apropriado é a sanção da Lei 12.275 de 29 de junho de 2010, que tornou obrigatório o pagamento prévio de depósito recursal de 50% para interposição de Agravos de Instrumento na Justiça do Trabalho.

Sendo o depósito recursal constitucional ou não, fato é que o mesmo poderia, ainda que em tese, ser inexigível àquelas empresas que comprovassem a impossibilidade de litigar em juízo, sem prejuízo do efetivo funcionamento de suas atividades empresariais. Esta possibilidade é aplicada às empresas que possuem o benefício da assistência judiciária gratuita.

Em países com grandes desigualdades sociais, como o Brasil, o estudo do depósito recursal assume papel ainda mais relevante, especialmente na órbita processual do trabalho, na medida em que se parte do pressuposto de que a lide envolve polos economicamente desiguais, ou seja, o conflito jurisdicional envolve o capital e o trabalho.

O depósito recursal se por um lado tem a função de evitar a interposição de recursos protelatórios por parte do empregador, por outro tem se tornado um obstáculo para que os Micro e Pequenos Empresários em dificuldades econômicas, bem como empregadores domésticos, empresário individual e outros empreendimentos econômicos de pequena capacidade financeira, exerçam efetivamente o direito de acesso à justiça previsto na Carta Constitucional de 1988.

A possibilidade de flexibilização ao micro e pequeno empregador, no Processo do Trabalho, quanto ao depósito recursal, pode e deve ser garantida; levando em consideração a necessidade de oferecer tratamento desigual aos desiguais, ainda que do mesmo gênero e, também, visando proteger o empregado, que tem, nesse filão de mercado, a maior fonte geradora de emprego da atualidade.

Quanto à permanência do modo de garantia do juízo, que, ainda somente pode ocorrer mediante depósito pecuniário, poder-se-ia flexibilizar aquele valor, criando-se percentuais mínimos a serem exigidos, respectivamente, pela microempresa e empresa de pequeno porte, ou, até mesmo, isentá-los.

Entretanto, na seara trabalhista, são poucas as prerrogativas concedidas a estas empresas, pelo que se observa que o Direito do Trabalho caminha a passos lentos para o estabelecimento de um sistema jurídico diferenciado em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte, especial-

FÁBIO MOTERANI

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela USP

mente no campo processual, cujas inovações são ínfimas.

Para garantir a efetividade deste princípio processual constitucional aos empregadores deste porte, surge a possibilidade de se conceder a isenção do depósito recursal.

A Lei 1060/50, que estabelece normas gerais para a concessão de assistência judiciária e da justiça gratuita, considerando-se necessitado todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

O artigo 3º da Lei 1060/50 sofreu importante modificação da Lei Complementar n.º 132, de 07.10.2009, deixando explícita a inclusão da dispensa do depósito recursal para o beneficiário da justiça gratuita (artigo 3º, VII).

O tratamento da legislação celetista referente à concessão da justiça gratuita, no âmbito da Justiça do Trabalho, limita sua aplicabilidade ao trabalhador, mediante a presunção de hipossuficiência (artigo 790 da CLT), não impedindo a aplicação do artigo 3º da Lei 1060/50 no Processo do Trabalho.

Para se buscar tratamento regulatório da possibilidade de concessão da justiça gratuita ao empregador, no âmbito da Justiça do Trabalho, deve-se buscar a Resolução 66/2010 do CSJT, que deu importante passo para assegurar garantia do amplo acesso à justiça ao reconhecer a possibilidade de concessão de justiça gratuita ao empregador pessoa física quando comprovado nos autos situação de carência que inviabilize a assunção do ônus decorrentes da demanda judicial (artigo 2º, § 1º).

Seguindo unicamente o critério de debilidade econômica para a concessão de justiça gratuita, verifica-se que a nova redação do artigo 836 da CLT, fixada pela Lei 11.495/2007, ao tratar dos requisitos para ajuizamento da ação rescisória, estabelece a necessidade de depósito prévio de 20% do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor (não faz qualquer diferenciação a natureza da pessoa – física ou jurídica).

Analisando essa problemática, já verificamos que o depósito recursal realmente não se trata de taxa judiciária, pois não se destina a cobrar serviços judiciais, constituindo-se como pressuposto recursal objetivo que possui a finalidade de evitar recursos protelatórios e garantir eventual execução futura do título judicial ou extrajudicial.

Mesmo considerando o objetivo e a natureza jurídica do depósito recursal, cabe destacar que quando o legislador ordinário, ao estabelecer os parâmetros gerais de concessão da justiça gratuita, fixou no artigo 3º, da Lei 1060/50 expressa inclusão da dispensa do depósito recursal para o beneficiário da justiça gratuita (artigo 3º, VII).

Em que pese o fato de existir divergência acerca da aplicação da Lei 1060/50 na área trabalhista, temos que a citada inovação legislativa pode acarretar um novo debate acerca da obrigatoriedade do empregador beneficiário da gratuidade de Justiça, efetuar o depósito recursal para interpor recurso.

5 – Considerações finais

Os princípios da celeridade e da efetividade devem nortear a Justiça do Trabalho, garantindo, destarte, uma duração razoável do processo, porém, é imprescindível que tal celeri-

dade não seja pretendida a todo custo, sem a observância do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Com base no direito fundamental ao amplo acesso à justiça, consagrado no texto constitucional (artigo 5º, LXXIX), fixa-se o entendimento de que é possível conceder ao empregador (física ou jurídica) o benefício da justiça gratuita, desde que haja o requerimento e seja demonstrado nos autos pela parte interessada sua debilidade econômica para arcar com as despesas processuais, ressaltando-se que o empregador beneficiário da justiça gratuita é isento do recolhimento de custas e, em caso de interposição de recurso, fica dispensado de comprovar o depósito recursal, consoante estabelecem os parâmetros do artigo 3º, da Lei n.º 1060/50.

6 - Referências Bibliográficas

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton, O benefício da gratuidade da justiça ao empregador na seara processual trabalhista à luz da Constituição, São Paulo, LTR, Novembro/2013, páginas 348/351.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

JUCÁ, Francisco Pedro, Renovação do Direito do Trabalho, Editora LTR, São Paulo, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito Processual do Trabalho. Editora LTR, São Paulo, 2011.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista, Direito Processual do Trabalho, 2ª Edição, Editora Campus, São Paulo, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, Editora Atlas, São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito Processual do Trabalho, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

SCHIAVI, Mauro, Manual de Direito Processual do Trabalho, Editora LTR, São Paulo, 2008.

ROMITA, Arion Sayão, Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, 4ª Edição, Editora LTR.

DESCENTRALIZAÇÃO DE FÓRUNS TRABALHISTAS EM UMA MESMA CIDADE: POSSIBILIDADE À LUZ DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA

1 – Constitucionalidade e legalidade da descentralização

O tema tem sido objeto de intensos debates e o pioneiro a efetuar esse desmembramento de Fóruns trabalhistas - com competências próprias - em uma mesma cidade têm sido o TRT da 2ª Região, em sua sede, São Paulo.

A medida está sustentada no art. 96, I, “a”, da CRF, que delega a competência dos Tribunais para dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Além disso, o art. 28 da Lei 10.770/2003 foi mais enfático a respeito da autonomia do Tribunal em estabelecer ou alterar a jurisdição de suas Varas do Trabalho.

Dessa forma, o art. 650/CLT restaria tacitamente revogado. Porém, importante trabalhar com sua redação, segunda a qual “a jurisdição de cada Junta de Conciliação e Julgamento abrange todo o território da Comarca em que tem sede, só podendo ser estendida ou restringida por lei federal”.

No caso do TRT 2ª Região, particularmente, cada Vara do Trabalho criada detém competência própria, restrita ao território para o qual foi concebida, mesmo porque – presume-se - a necessidade de sua criação baseou-se no critério quantitativo de atendimento à população, quando em processo legislativo. Sob a ótica do art. 650/CLT, não poderia o Tribunal alterar essa regra territorial de implantação, exceto se a própria lei preveja essa possibilidade.

Foi o que aconteceu com a Lei 12.427/2011. Criou 68 Varas do Trabalho para o TRT 2ª, com possibilidade de manejo para a implantação. Vejam a redação do art. 4º: “cabe ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, mediante ato próprio, alterar e estabelecer a jurisdição das Varas do Trabalho criadas por esta Lei”.

Essa alteração pode representar extensão ou restrição do território “da Comarca”. Portanto, há a possibilidade de desmembramento em mesma cidade.

Vale notar que a descentralização está em conformidade com a EC 45/04, que previu a Justiça itinerante e, sobretudo, o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça (vejam §§ 1º e 2º, do artigo 115 da CRF). Embora o § 2º retrate a segunda instância, o espírito de descentralização com o objetivo de alcançar a população é similar.

Como contraponto a esse último argumento, o amplo acesso do cidadão não é um fundamento central, haja vista que o critério de competência ainda será o local de prestação de serviços, ao passo que o trabalhador, regra geral, trabalha em região diversa de sua residência. Não obstante, a medida – além do acesso à jurisdição - visa à otimização da prestação jurisdicional, em consonância ao princípio da rápida duração do processo por meios que garantam a celeridade de sua tra-

mitação (art. 5º, LXXVIII, da CRF).

Há o argumento não-jurídico de eventual problema de deslocamento do advogado e partes. Entretanto, esse problema pode ocorrer de várias formas, independentemente da descentralização. Por exemplo, o advogado que patrocina causas simultâneas nas Justiças do Trabalho, Estadual ou Federal, ou se depare com audiências simultâneas em um mesmo Fórum, cuja solução será o substabelecimento ou adiamento do ato, para garantir o patrocínio de profissional habilitado. De qualquer forma, não é fundamento persuasivo, sobretudo com o advento do Processo Judicial Eletrônico, que permite o acompanhamento remoto do feito e ameniza eventual problema de deslocamento.

Portanto, o desmembramento não é irregular ou ilegal, quando a própria lei que criou a unidade jurisdicional o fez com a possibilidade de alterar sua abrangência. No mais, não representa óbice à ampla defesa.

2 - Regras de competência

Em matéria trabalhista, as regras de competência iniciam-se na Constituição da República, caso em que retrata a competência material e em razão da pessoa (sindicatos). Depois, a CLT, que retrata a competência em razão do lugar como critério geral (art. 651) e competência funcional (artigos 652 e 653). Por último, chegamos ao CPC, que completa o tema quando dispõe sobre conexão, continência, prorrogação, perpetuação da jurisdição (art. 87), competência internacional, alçada etc. Essencial a aplicação de algumas dessas regras no Processo do Trabalho.

O art. 111 do CPC indica a possibilidade de eleição de foro. Logo, a competência em razão do lugar é relativizada. Se houver ajuizamento de ação em lugar diverso e não houver exceção de incompetência, a competência permanece. Trata-se do evento da prorrogação, contida no art. 114/CPC. A eleição de foro não é possível na relação jurídica trabalhista, que pode inviabilizar o amplo acesso à Jurisdição pelo trabalhador. A exemplo disso, a jurisprudência tem adotado a “competência territorial absoluta”, declinando a competência para o foro de residência do consumidor. Trabalhador e consumidor possuem o estigma principiológico da hipossuficiência.

Ainda assim, não obstante os fundamentos da inaplicabilidade da eleição de foro, a regra primordial no Processo do Trabalho é a da prestação de serviços e, por meio de construção jurisprudencial, observando o último local de prestação de serviços, se as regras dos parágrafos do art. 651/CLT não resolverem. É possível, dessa forma, que tenha havido prestação de serviços na cidade de São Paulo e o trabalhador ajuíze ação em Guarulhos, onde reside. A reclamada poderá susci-

tar a incompetência em razão do lugar, porque assim estaria prestigiando a redação celetista, que objetivou o acesso às provas. Contudo, caso seja revel ou simplesmente não suscite a incompetência, haverá a prorrogação.

Para temperar o tema, a CLT nada dispõe a respeito da prorrogação. Será que o art. 651/CLT se esgota em sua literalidade a ponto de ser insuscetível de as partes modificarem a competência em razão do lugar? É compatível com o art. 114 do CPC? A se pensar.

A situação é muito delicada, pois envolve competência em razão do lugar, direito de acesso à Justiça em confronto à ampla defesa, temperado com extensão territorial do país, de proporção continental.

Como ressaltado, o “*caput*” do art. 651 é de muita clareza, para impor a competência do Juízo da prestação de serviços, mesmo que tenha sido contratado em outra localidade. Não se aplica a regra contida no CPC, de competência em razão do domicílio do réu (art. 94/CPC).

A opção do legislador celetista justifica-se para a busca da verdade real. O processo do trabalho se esmera no princípio da oralidade, que não se limita ao depoimento das partes, mas na apresentação de defesa e oitiva de testemunhas, sem contar outras diligências que se fariam necessárias. Dessa forma, o local de prestação de serviços permitirá o melhor e mais amplo acesso à prova, com o comparecimento de testemunhas, possibilidade de ampla defesa e diligência para verificação do meio ambiente do trabalho.

Por outro lado, pode ser argumentado que o empregador optou por arregimentar trabalhadores de outra localidade com o fim de impedir o acesso ao Judiciário, haja vista que depois de encerrada a vigência de seu contrato de trabalho retornaria à sua terra natal a lhe impossibilitar o ajuizamento de ação, postulando direitos trabalhistas de índole fundamental.

Essa hipótese não pode ser descartada, especialmente em determinados ramos econômicos, como a construção civil. A propósito, o § 3º do art. 651 não ajuda o trabalhador, mesmo que arregimentado em outra localidade, se fixar a literalidade do dispositivo, no sentido de que o contrato foi “celebrado” em localidade diversa daquela em que foi selecionado.

Para evitar solução casuística a respeito do assunto, a jurisprudência opta por aplicar a literalidade do “*caput*” do mencionado art. 651/CLT, embora seja ambivalente o prejuízo à ampla defesa (comparecimento à audiência para apresentar defesa) e o acesso ao Judiciário (comparecimento ao local de prestação de serviços, distante da residência do trabalhador).

Por fim, mesmo que se fundamente a rejeição da exceção em razão do lugar pela excepcionalidade contida no próprio art. 651/CLT (o citado parágrafo terceiro), a rejeição da exceção pode acarretar prejuízo ao rápido andamento do feito e busca da verdade real, porque exigiria oitiva de testemunhas, além de outras diligências probatórias, como perícia, por meio de carta precatória. Além disso, os princípios do juiz natural e do livre convencimento devido ao contato direto com a prova – princípio da imediatidade, art. 446, II, do CPC - restarão vulnerados.

Trabalhador não consegue ver reconhecida a competência do foro de seu domicílio – 31/05/2012 A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) determinou que a ação trabalhista movida por um tratorista contra o seu empregador seja julgada na Vara de Trabalho correspondente ao local em que ele havia prestado serviços para a empresa, e não no novo domicílio do empregado. Por maioria, a Turma negou provimento a recurso do empregado. Empregado rural, ele trabalhava em uma fazenda em São Miguel do Araguaia (GO). Após o término do contrato, mudou-se para o município de Alvorada (TO), e lá tentou ajuizar ação na Vara de Trabalho de Gurupi (TO), jurisdição mais próxima à sua cidade. Todavia, o artigo 651, caput, da CLT, afirma que a competência da Vara do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que contratado noutro local ou no estrangeiro. (RR-77200-32.2009.5.10.0821).

3 - Descentralização do foro em mesma cidade

Importante atentar que a descentralização não se refere à instalação de Varas do Trabalho em locais diferente, com o mesmo critério de competência. Trata-se de instalação de Varas do Trabalho em locais diferentes e com limites territoriais definidos (distritais) conforme o local de prestação de serviço, usando algum critério objetivo de determinação, como código de endereçamento postal (CEP). Assim, estamos tratando de foro distrital.

Surge outro tempero. O trabalhador prestou serviço na zona leste da Capital, com fórum e foro próprios de ajuizamento de sua ação. Mas preferiu endereçar sua ação para o fórum central, com foro distrital diverso. A parte adversa respondeu e, por conveniência própria, não suscitou a incompetência em razão do lugar. Houve prorrogação? Se entender positivamente, isto é, pela aplicação do art. 114 do CPC, significa que o desmembramento será em vão, especialmente se as regras de organização judiciária editadas pelo Tribunal foram motivadas – o que se presume - para melhor atender à população, com otimização de recurso e pessoal.

Forçoso concluir que o evento da prorrogação, a partir de então, tornou-se inaplicável, sob o risco de comprometer os motivos que levaram o Tribunal a desmembrar, amparado pela lei. Mais que um ato administrativo, tornou-se norma por delegação e, sob essa perspectiva, poderia ser harmonizada à necessidade que motivou sua existência.

A partir daí, o art. 795, § 1º, da CLT passa a ser contextualizado a essa nova realidade. Dispõe que “*deverá, entretanto, ser declarada ex officio a nulidade fundada em incompetência de foro. Nesse caso, serão considerados nulos os atos decisórios*”.

Foro diz respeito à jurisdição. Se a ação foi endereçada para foro distrital diverso daquele estabelecido nas regras de organização judiciária, significa que a matéria tornou-se de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício, com base no artigo acima citado.

Reconheço que isso causa reflexo se mesma situação fática suceder-se em cidades diversas, p.ex., prestação de

serviços em Guarulhos e ajuizamento de ação em Osasco. A competência territorial permanecerá absoluta, ainda que não haja provas a produzir em audiência, como ocorre em matéria apenas de direito, caso em que não haveria prejuízo à ampla defesa se o feito permanecesse em Juízo diverso da localidade onde ocorreu a prestação de serviços.

4 - Conclusão

Resta plena a possibilidade de desmembramento de Fóruns Trabalhistas com competência própria, em uma mesma Comarca, diante de expressa redação constitucional (art. 96, I, “a”, da CRF) e, não bastasse, de lei federal a conferir uma margem para o Tribunal alterar o critério territorial de implantação de suas unidades judiciárias. Persiste a discussão a respeito de inexistir a prorrogação para a jurisdição distrital, ressaltando a possibilidade harmonização da regra de desmembramento de foro com o disposto no art. 795, § 1º, da CLT.

CARLOS FRANCISCO BERARDO

Desembargador Aposentado do TRT – 2ª Região
Doutor em Direito do Trabalho pela USP
Ex Vice-Presidente Administrativo do TRT – 2ª Região
Ex Corregedor do TRT – 2ª Região
Membro do Instituto de Direito Social Cesarino Júnior
Diretor Cultural da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região)

ANOTAÇÕES SOBRE A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

RESUMO: O artigo examina a concessão de justiça gratuita no Processo do Trabalho. Antecipa conceitos de assistência jurídica e assistência judiciária. Menciona as limitações da concessão do benefício ao empregador com doutrina e jurisprudência ao exame.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Assistência jurídica e assistência judiciária. 3. Justiça gratuita no processo do trabalho: trabalhador 4. Justiça gratuita no processo do trabalho: empregador 5. Conclusão.

1 - Introdução

O Segundo Congresso da Magistratura Trabalhista da Segunda Região, patrocinado pela Associação dos Magistrados do Trabalho da Segunda Região, que contou com indispensável e imprescindível apoio do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, nas pessoas das Exmas. Desembargadoras: Presidente Maria Doralice Novaes; Vice-Presidente Administrativa Sílvia Regina Ponde Galvão Devonald; Vice-Presidente Judicial Rílma Aparecida Hemetério e Corregedora Anéli Li Chum e, ainda, da Escola Judicial da Magistratura, na pessoa do ilustre Desembargador e Professor Carlos Roberto Husek, recentemente realizado, trouxe à reflexão (e discussão) vários temas atualíssimos do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

Entre os de maior frequência, cotidiana mesmo, está o da justiça gratuita. O processo pode ser definido como “o direito constitucional aplicado”, e o acesso à justiça passa a ser a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico, direito humano e direito fundamental.

É direito humano, porque consta de tratados internacionais de direitos humanos e tem por objeto a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre as pessoas humanas, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil.

Está na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. 8º).

O acesso à justiça é também direito fundamental no Brasil. A Constituição Federal de 1988 assegurou a ampla, geral e irrestrita atuação do Poder Judiciário, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV). E, firme na garantia de acesso

universal à Justiça - inclusive àqueles atingidos pela desigualdade econômica -, dispôs que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, inciso LXXIV).

Gize-se que o amplo acesso à justiça não significa garantia de ingresso a todos os graus de jurisdição. O princípio do duplo grau sofre restrições, sem que, com isso, se tenha negado o amplo acesso à jurisdição. Como tal matéria demanda exposição mais aprofundada, não será abordada neste escrito.

Da mesma forma, a questão atualíssima dos honorários de advogado no processo do trabalho, demanda considerações mais exaustivas.

2 - Assistência Jurídica e Assistência Judiciária

Conceitos básicos, que devem ser distinguidos, portanto, são o da assistência jurídica e o da assistência judiciária, esta, espécie daquela, gênero.

A assistência jurídica é a prestação gratuita de serviços jurídicos, dividida em assistência judiciária, que é o patrocínio de causas judiciais e assistência jurídica extrajudicial, que é o serviço de orientação jurídica e de conscientização dos direitos do cidadão. (Otávio Pinto e Silva, in “Assistência Judiciária na Justiça do Trabalho”, Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo n. 59, junho de 2000, PP.27 a 30).

A assistência judiciária é o benefício concedido ao necessitado de, gratuitamente, movimentar o processo e utilizar os serviços profissionais de advogado e dos demais auxiliares da Justiça, inclusive os peritos. (Carrion, Comentários, 2002, 27ª Ed., p. 577).

A justiça gratuita diz respeito ao direito daquele cidadão que não reúne condições econômicas para arcar com o ônus de um processo, seja com o procedimento no âmbito administrativo ou na litigância em juízo, de satisfazer as despesas processuais.

O conceito de assistência jurídica é bem mais amplo que o de assistência judiciária, que é mais restrito, pois aquela envolve também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientação individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda comunidade. (Augusto Tavares Rosa Marcacini in “Acesso à Justiça: benefício da gratuidade e assistência judiciária”, Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n. 2, maio de 2001, p. 124).

3 - Justiça gratuita no processo do trabalho: trabalhador

Se há reconhecimento do direito à assistência judiciária, nele está compreendido o de justiça gratuita, ou seja, as isen-

ções de custas, taxas e emolumentos. A regência legal, para o processo do trabalho, consiste no art. 790 e parágrafo, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

§ 2º No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

A redação do § 3º traz apenas duas condicionantes para a obtenção, pelo trabalhador, do benefício: 1) a percepção, pelo jurisdicionado, de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou, 2) a declaração, sob as penas da lei, de que não está em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família.

Esse marco legal é posterior aos demais diplomas que regiam a matéria (notadamente a Lei 5.584/70) cessou a querela a respeito da imprescindibilidade da assistência sindical (exceto, agora – e por enquanto – a respeito dos honorários de advogado). A Lei posterior revoga a anterior.

O juiz está obrigado à isenção, na primeira hipótese (salário inferior ao dobro do mínimo legal) em face do disposto no art. 7º, inciso VI, da Carta, a vinculação ao salário mínimo é inconstitucional (Sérgio Pinto Martins, Comentários, 8ª edição, p. 832).

Alguns julgados consideravam que somente a declaração do trabalhador (de próprio punho) – trazendo, inclusive, a expressão “sob as penas da lei”, seria apta a produzir os efeitos almejados. Todavia, passou-se a admitir a declaração formulada pelo advogado, mediante exibição de procuração expressa para essa finalidade, presumindo-se verdadeira. (Lei 7115/83, art. 4º, da Lei 1.060/50).

Alguns passos adiante, O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que não há necessidade de outorga de poderes especiais para declaração de insuficiência e econômica, destinada à concessão da justiça gratuita. (OJ-S-DI-1 n. 331 - DJ 09.12.2003). Basta, portanto, a afirmação que,

usualmente, é feita à inicial.

Reitere-se: usualmente. Porque “o benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso” (OJ-SDI-I, nº. 269 (Inserida em 27.09.2002)).

A assistência judiciária, porém, continua a ser encargo (de prestação) do - ou pelo - Sindicato da categoria profissional do trabalhador (Sérgio Pinto Martins, Comentários, 8ª edição, p. 832).

Cabe notar que, caso o trabalhador estiver assistido pelo Sindicato da categoria profissional, a entidade não é responsável pelas despesas processuais e pelas custas. “Concedida isenção de custas ao empregado, por elas não responde o sindicato que o representa em juízo” (STF, Súmula 223).

Muitas foram as decisões que entendiam que, caso o trabalhador constituísse advogado, particular, ou estivesse assistido pelo sindicato da respectiva categoria profissional, não faria jus à referida isenção. Nada obstante, jurisprudência caudal estabeleceu tese em sentido contrário. Exemplificativamente, a Súmula n. 5 do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região:

“JUSTIÇA GRATUITA - ISENÇÃO DE DESPESAS PROCESSUAIS - CLT, ARTS. 790, 790-A E 790-B - DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA FIRMADA PELO INTERESSADO OU PELO PROCURADOR - DIREITO LEGAL DO TRABALHADOR, INDEPENDENTEMENTE DE ESTAR ASSISTIDO PELO SINDICATO”. (Res. nº 03/06 - DJE 03/07/06)

Cumpra anotar, ainda, que a referida declaração traz apenas presunção *juris tantum* de miserabilidade jurídica. Vale dizer: pode ser elidida ante a existência de prova em contrário (mediante arguição e confirmação pela parte contrária).

E a verificação da capacidade econômica faz-se casuisticamente. A propriedade de eletrodomésticos, por exemplo, não tem sido aceita como prova da referida capacidade econômica.

E, de forma geral (ou seja, não somente com relação ao processo do trabalho) é sempre reconhecido o direito à isenção.

“Justiça gratuita. Requerimento. Ausência de apreciação. Consequências. Uma vez pleiteado o reconhecimento do direito à justiça gratuita, afirmando a parte interessada não ter condições de fazer frente a preparo, cumpre afastar a deserção.” (AI 652.139-AgR, rel. p/ o ac. min. Marco Aurélio, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, DJE de 23-8-2012.)

Na hipótese de condenação por litigância de má-fé, porém, o benefício, ainda que concedido, é inócuo. A gratuidade da Justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé. Súmula nº 6 do 2º Colégio Recursal da Capital, Santana.

4 - Justiça gratuita no processo do trabalho: empregador

A ausência de menção, no artigo ora sob exame, de “em-

pregador”, indicou, a alguns autores, que somente o trabalhador é que faria jus à justiça gratuita. Sobretudo, porque este é que auferia salário.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 estendeu as atribuições da Justiça do Trabalho. A competência foi ampliada. As várias categorias de empregadores passaram a figurar, com frequência maior nos processos trabalhistas (domésticos, autônomos, etc.), assim como outras matérias e direitos foram incluídos (notadamente, aqueles compreendidos no artigo 7º, parágrafo único).

Nesse sentido estabeleceu acórdão do Tribunal Superior do Trabalho o seguinte:

O simples fato de ser empregador não desautoriza (a concessão de justiça gratuita à pessoa jurídica) principalmente em se tratando de empregador doméstico. O benefício da assistência judiciária gratuita tem sede na Constituição e na Lei n. 1060/50, que disciplina os requisitos para a sua concessão, quais sejam, não ter a parte condições para demandar sem prejuízo do próprio sustento e o de sua família, sendo bastante a declaração do próprio interessado. O Regional registra a existência dessa prova. Destarte, o empregador doméstico, desde que declarada a sua miserabilidade jurídica, é também destinatário do benefício da justiça gratuita. Entretanto, o benefício se limita às custas processuais, visto que a lei exime apenas do pagamento das despesas processuais e o depósito recursal trata-se de garantia da execução.” (itálico nosso) Recurso provido. TST-RR 771.197/01.0 (apud Eduardo Gabriel Saad, CLT comentada, 39ª edição, 2006, p. 770).

A natureza jurídica do depósito para recurso, porém, exclui a possibilidade de incluí-lo no âmbito do poder de isenção. No âmbito do Tribunal Superior de Justiça foi editada a Súmula 481:

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais. (DJEletrônico 02/08/2012).

A jurisprudência sumulada ora referida está em consonância com as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

“Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.” (Rcl 1.905-ED-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 20-9-2002.) No mesmo sentido: AI 810.593-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-9-2011, Segunda Turma, DJE de 4-10-2011; AI 726.444-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 16-10-2009; AI 646.251-

AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; AI 716.294-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 31-3-2009, Segunda Turma, DJE de 30-4-2009.

Ressalte-se, assim, a condição essencial: a indispensabilidade de a pessoa jurídica comprovar o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.

O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região (São Paulo) trouxe a Súmula n. 6:

JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - IMPOSSIBILIDADE. (Res. nº 04/06 - DJE 03/07/06) Não se aplica em favor do empregador o benefício da justiça gratuita.

O exame dos precedentes que ensejaram a elaboração da Súmula, certamente demonstrará que a forma genérica com que a ementa foi redigida, não exclui as exceções mencionadas anteriormente. Vale dizer: mediante prova da insuficiência econômica do (ex) empregador requerente do benefício.

As decisões seguintes, do Tribunal Superior do Trabalho, bem explicitam todas as condições para reconhecimento do direito em causa.

(Processo: RR - 157000-14.2008.5.15.0043) A assistência judiciária gratuita é dirigida às pessoas físicas cuja situação econômica não lhes permita custear as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou da família. Em se tratando de pessoas jurídicas, embora se admita a concessão do benefício, exige-se, para tanto, a demonstração cabal da impossibilidade de arcar com as despesas do processo. Decisão nesse sentido prevaleceu na Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao negar o pedido formulado pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de Campinas, Paulínia e Valinhos (SP).

O sindicato ajuizou ação civil pública requerendo a concessão de medida liminar para impedir que a empresa HSJ Comercial S.A. exigisse trabalho de seus empregados no feriado do dia 12 de outubro de 2008, com fixação de multa cominatória e outras incidências. O juiz concedeu a liminar e fixou multa em caso de descumprimento no valor de R\$ 1 mil por empregado que viesse a trabalhar ou que sofresse qualquer constrangimento nesse sentido.

No ano seguinte, antes da análise de mérito, o sindicato juntou aos autos pedido de desistência do feito. Homologada a desistência, o juiz condenou a entidade de classe no recolhimento das custas processuais. Não satisfeito, o Sindicato recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP) pleiteando os benefícios da justiça gratuita e a consequente isenção do pagamento das custas.

O Regional negou o pedido de isenção. Segundo o TRT, aos sindicatos de classe não se estendem os benefícios da justiça gratuita, com isenção de custas. “A definição legal de pobreza corresponde à situação em que a pessoa não está em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio, consoante parágrafo 3º do artigo 790 da CLT, previsão que não se compatibiliza com a situação do autor”,

registrou o acórdão.

O sindicato recorreu, sem sucesso, ao TST. Alegou ser desnecessária a apresentação de declaração de pobreza para ter acesso ao benefício da justiça gratuita, de acordo com o previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85. O ministro Vieira de Mello Filho, relator do recurso de revista na Primeira Turma, considerou descabido o pedido fundado apenas na declaração de fragilidade econômica, sem a devida comprovação. Segundo ele, a dispensa de comprovação de pobreza somente é cabível para pessoas físicas. A decisão do ministro se deu em conformidade com diversos precedentes da Corte.

Processo: (AIRR) 4007/2002-902-02-40.0 - Justiça gratuita – Empregador - Depósito recursal - O benefício da justiça gratuita, embora relacionado, como regra geral, à figura do empregado, pode ser aplicado também ao empregador pessoa física, mas não atinge o depósito recursal, cujo credor não é o Estado, e sim o empregado. Com este fundamento, a Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou agravo de instrumento contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que considerou deserto recurso de um empregador doméstico pela ausência de comprovação das custas processuais e do depósito recursal.

Ao recorrer, o empregador deixou de recolher os valores e pediu os benefícios da justiça gratuita alegando ser pobre. O TRT/SP rejeitou os pedidos por considerar que a isenção de custas só deveria beneficiar o trabalhador, desde que atendidos os requisitos legais. “No caso, o empregador não produziu nenhuma prova do alegado de pobreza”, afirmou o Regional, que negou seguimento também ao recurso de revista, objeto do agravo julgado pela Sexta Turma.

O relator do agravo, Ministro Maurício Godinho Delgado, lembrou que, para a extensão da justiça gratuita ao empregador tem caráter excepcional e exige a comprovação de que o pagamento de custas comprometeria o sustento próprio e da família, pois, “tratando-se de alguém que teve capacidade econômica para contratar pessoa a seu serviço, desaparece a presunção legal de pobreza”. O Ministro destacou ainda que, no processo do trabalho, além do pagamento das custas, exige-se o recolhimento do depósito recursal. “Essa imposição visa a garantir a satisfação do julgado, pois o levantamento do depósito em favor do vencedor será ordenado de imediato pelo juiz, assim que transitada em julgado a decisão”, explicou.

Desse modo, ainda que se concedesse a justiça gratuita ao empregador, o benefício somente alcançaria as custas processuais, emolumentos e honorários periciais, não o isentando do recolhimento do depósito recursal. “É que a justiça gratuita atinge despesas processuais passíveis de serem arcadas pelo Estado, ao passo que o depósito gradativo da condenação é vantagem própria do credor privado favorecido pela condenação judicial, no caso, o empregado, ainda que submetida tal vantagem a condição resolutiva” (eventual reversão da condenação), concluiu o relator.

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou decisão que considerou deserto o recurso de uma empregadora que, ao recorrer, não recolheu valor referente ao depósito recursal. Para os ministros, mesmo quando é concedido o benefício da assistência judiciária gratuita, é indispensável a

realização do depósito recursal, por ser garantia da execução.

A reclamação trabalhista foi ajuizada por uma auxiliar de cozinha que pedia, além de verbas rescisórias, reparação por suposto dano moral em razão de sua exposição pública numa grande rede nacional de comunicação. Nessa oportunidade, a cozinheira, em nome da patroa, ensinou receitas de lasanha de berinjela e torta de tomates em um programa de culinária veiculado pelo SBT- Sistema Brasileiro de Televisão.

Apesar de a juíza da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba (PR) ter indeferido o pedido de indenização, reconheceu outras verbas, provocando o recurso ordinário da empregadora para o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR). Na sentença, após a condenação ao pagamento de custas, foram concedidos os benefícios da justiça gratuita à empregadora, que explicou ser pessoa física que sobrevivia de sua aposentadoria. Todavia, o Regional considerou recurso ordinário deficitário ante a constatação de deserção por ausência de depósito recursal.

No TST, o agravo de instrumento da empregadora foi analisado na Oitava Turma pela ministra Dora Maria da Costa, que considerou acertada a decisão regional. A ministra explicou que, mesmo que goze dos benefícios previstos na Lei 1.060/50, o empregador não está dispensado do recolhimento do depósito recursal, uma vez que o artigo 3º da lei, que estabelece as normas para a concessão da justiça gratuita, o exime apenas do pagamento das despesas processuais. O depósito recursal é garantia do juízo da execução, esclareceu, cabendo à empregadora preencher esse requisito para a admissão do recurso.

A decisão foi por maioria de votos. Posteriormente, a Turma rejeitou embargos de declaração opostos pela empregadora, à unanimidade. Processo: AIRR-98-15.2011.5.09.0651 Publicado em 19 de Julho de 2013 às 10h58

5 - Conclusão

O trabalhador brasileiro tem franqueado o amplo acesso ao Poder Judiciário. E não depende sequer de contratação de advogado (particular). Tampouco interfere nesse direito, a insuficiência econômica. Basta simples declaração, feita pelo próprio ou por procurador bastante, sob as penas da lei, para que o benefício seja reconhecido.

Tal declaração, nada obstante, gera apenas presunção *juris tantum* (de miserabilidade jurídica). É elidível mediante arguição e comprovação, em sentido contrário, da parte adversa.

O empregador faz jus, da mesma forma, ao referido benefício. Todavia, deve comprovar *in limine* a impossibilidade de litigar, a não ser mediante prejuízo.

O duplo grau de jurisdição não é direito constitucionalmente expresso. É criação doutrinária e jurisprudencial. Há limitações, inclusive legais.

WALTER VEGAS JUNIOR

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito e Processual do Trabalho pela USP
Mestrando em Direito do Trabalho pela USP

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. UMA VISÃO DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO.

1- Introdução

O presente estudo tem por objetivo a análise do denominado princípio da cooperação e de sua necessária observância no Direito Processual Civil Brasileiro, em especial quando da aplicação do disposto no § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil, como decorrência lógica de uma nova interpretação da garantia constitucional do contraditório.

2 - A Garantia do Contraditório. Conceito e novas perspectivas

Como é cediço, o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou a garantia ao contraditório como direito subjetivo público de todos os cidadãos brasileiros, devendo ser observada em todos os processos judiciais e administrativos.

A doutrina nacional tem conceituado o contraditório como a necessária ciência da existência de uma ação e de todos os atos processuais às partes, bem como a possibilidade destas reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

Assim, pode-se resumir o supramencionado princípio constitucional a observância do binômio ciência-participação, entendida esta última como mera faculdade a ser concedida ao jurisdicionado.

Trata-se de um postulado essencial ao regime democrático, sendo que sua observância é fator que legitima todo o processo político e, por conseguinte, o próprio exercício do poder.

Ocorre que, na atualidade, em decorrência da incansável busca pela efetividade do processo demonstrada pelas recentes reformas ao Código de Processo Civil, bem como em face da complexidade das relações jurídicas conflituosas que são submetidas ao Poder Judiciário, não mais se permite uma visão restrita da garantia do contraditório, como aquela indicada no binômio supramencionado.

Tal conclusão é obtida ainda em virtude da moderna visão do conceito de jurisdição, a fim de afastá-lo da ideia simplória do poder de dizer o direito, de modo a restar evidente a preocupação com a observância de todos os escopos ou objetivos do processo, quais sejam, o jurídico, o social e o político.

Nesse sentido, tem-se colocado a importância do papel do magistrado, agora como participante efetivo do processo, afastando-se dos antigos dogmas da equidistância e da passividade que nortearam a atuação daquele por muitos anos.

Esta nova posição do magistrado, como efetivo participante do contraditório, tem sido fundada em uma nova interpretação dos poderes que lhe são concedidos, levando a um inevitável ativismo judicial, a fim de se permitir uma solução mais justa e efetiva para o litígio submetido ao Poder

Judiciário.

Contudo, da mesma forma que se atribui ao magistrado um novo papel, não se pode olvidar dos destinatários de sua atuação, quais sejam, as partes processuais, tendo em vista que, em regra, estão são as titulares da relação jurídica de direito material que será afetada pelo exercício da jurisdição.

Assim, chega-se a uma nova perspectiva da garantia do contraditório, fundada na dialética e mais preocupada com os resultados úteis do processo como instrumento de trabalho, de modo que não se pode mais limitar àquele a observância formal do binômio ciência-participação.

Nesse sentido, são preciosas as lições do Professor Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra a Instrumentalidade do Processo, para quem:

“A dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressasse na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de Direito e apropriação do enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. **O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o Juiz.**”

Ademais, a interação entre as partes e o magistrado, por meio do necessário diálogo sobre todos os atos e fatos componentes do processo, acaba por ampliar o quadro de análise, reduzindo demasiadamente o risco de opiniões preconcebidas e, por conseguinte, beneficiando a construção de um juízo mais aberto e ponderado.

Logo, em decorrência da ideia central de efetividade, como caminho e objetivo da processualística moderna, surge a necessidade de uma nova análise da garantia do contraditório, a qual deve ser ampliada para albergar o direito das partes participarem de forma concreta na formação do provimento jurisdicional.

3 - O Princípio da Cooperação. Origem e aplicação no Direito Comparado. Conceito. Deveres essenciais. Dever de Colaboração.

O princípio da cooperação ou colaboração tem sido adotado pelos ordenamentos jurídicos de diversos países do continente europeu, tendo a doutrina atribuído ao Direito Alemão a origem do instituto.

O Código de Processo Civil Português, em seu artigo 266, consagra de forma expressa o postulado em epígrafe, trazendo em seu texto o exato conceito deste princípio, *in verbis*:

“Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”

Da breve leitura da norma supratranscrita resta evidente a intensa ligação entre o princípio da cooperação e a justa composição da lide, de modo a demonstrar a importância daquele postulado como requisito para a adequada pacificação do conflito de interesses submetido ao Estado Juiz.

Consoante já apontado no tópico anterior, a garantia do contraditório, em face da atual perspectiva do processo civil, deve ser ampliada para albergar uma nova posição das partes e do magistrado.

Desse modo, conforme já pode ser visto no Direito Comparado, é evidente que o conteúdo do princípio da cooperação vai ao encontro desta nova visão a respeito da garantia do contraditório.

A ideia de cooperação há muito tempo vem sendo objeto de estudos pela Doutrina Estrangeira, sendo também veiculada em incipientes manifestações na doutrina pátria, em que pese a inexistência de disposição expressa sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio.

Este poder-dever de cooperação ou colaboração recíproca entre as partes e o magistrado, consoante a doutrina, é desdobrado em quatro elementos essenciais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de auxiliar as partes e dever de consultar as partes.

Os dois primeiros elementos do princípio da cooperação (esclarecimento e prevenção) consistem, em síntese, na necessidade do magistrado esclarecer-se perante os litigantes quanto às possíveis dúvidas que ele possua a respeito das alegações e/ou dos pedidos formulados, bem como, sobre o segundo aspecto, na necessidade do magistrado alertar as partes sobre as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.

Já o dever de auxiliar as partes, como uma das decorrências do princípio da cooperação, consiste na ideia de que cabe ao magistrado, sempre que possível, reduzir os obstáculos existentes para a obtenção da tutela jurisdicional efetiva.

Não se pode deixar de apontar que a aplicação dos três deveres acima relatados possui maior relevância nas demandas em que não se exige a capacidade postulatória dos litigantes (Juizados Especiais e Justiça do Trabalho), de modo a reduzir os prejuízos do tecnicismo que norteiam a atuação dos profissionais do Direito.

Por fim, e dentro do objetivo central do presente estudo, está o dever de consultar as partes, o qual consiste na impossibilidade do magistrado fundamentar a sua decisão sobre quaisquer questões de fato ou de direito, ainda que possam ser conhecidas *ex officio*, sem antes permitir que as partes sobre ela se manifestem.

Ora, tal dever torna indispensável a presença do contraditório sobre todas as matérias que serão objeto de apreciação pelo magistrado, a fim de qualificar a manifestação jurisdicional, por meio do exercício do debate entre os litigantes.

Trata-se, como já foi apontado, de ampliar a interpretação da garantia constitucional consagrada no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, bem como de colocar em pé de igualdade as partes processuais e o magistrado, com o objetivo de se obter a pacificação da lide por meio da participação de todos os envolvidos no processo.

Em uma sociedade democrática é impossível manter-se uma visão puramente positivista do Direito, de modo a limitar este como mera expressão arbitrária da vontade do Poder Estatal, especialmente considerando que aquele, para funcionar de forma eficaz, deve também ser aceito pelos destinatários e não só imposto por coação.

Procura-se assim permitir que as partes não sejam surpreendidas por decisões inesperadas que tenham por fundamento questões que não foram objeto de arguição e debate no curso do processo.

Nesse sentido é o teor do item 3 do artigo 3º do Código de Processo Civil Português, em sua nova redação, *in verbis*:

“O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”

Ora, não se procura com a ideia em análise postergar o andamento processual, mas sim permitir que a participação das partes e, por conseguinte, o diálogo entre os atores processuais, legitime o exercício da jurisdição, observando-se o regime democrático adotado pela Constituição Federal de 1988.

Não se alegue ainda a incompatibilidade do princípio da cooperação com a efetividade da tutela jurisdicional, em especial com as tutelas de urgência, já que, consoante pacífica manifestação doutrinária e jurisprudência, não há qualquer garantia constitucional absoluta, razão pela qual, em hipóteses excepcionais, onde serão ponderados os valores em jogo por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, tornam-se lícitos os provimentos concedidos *inaudita altera pars*.

Permite-se, com a observância do dever de consultar, por exemplo, que a parte eventualmente prejudicada pelo reconhecimento oficioso da ausência de uma das condições da ação ou de um dos pressupostos processuais, que sequer foi objeto de debate pelos litigantes, possa influenciar no convencimento do magistrado.

Ademais, o desprezo pela contribuição crítica e construtiva das partes na formação do convencimento do magistrado, acaba por estimular um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas as suas consequências negativas.

Em resumo, com a observância do princípio da cooperação em todo o seu conteúdo, em especial pelo dever de consultar, busca-se acabar com o dogma da posição passiva e soberana do magistrado, por meio de colaboração ativa e necessária de todos os atores do processo, legitimando o exercício da função jurisdicional e evitando-se o perigo das decisões-surpresa.

4 – Questões de ordem pública. O artigo 267, § 3º do CPC e sua aplicação em face da nova perspectiva da garantia do contraditório

As questões de ordem pública, no âmbito do processo civil, podem ser diretamente relacionadas aos requisitos necessários à existência e formação válida do processo (pressupostos processuais), bem como às condições necessárias ao exercício do direito de ação (condições da ação), abrangendo ainda algumas matérias relacionadas ao próprio direito material (prescrição e decadência).

Constituem-se em temas nos quais o interesse público, pelo menos numa primeira análise, suplanta o interesse individual das partes em litígio, de modo que ao magistrado é atribuído o poder-dever de conhecê-los independentemente de qualquer manifestação das partes.

Inicialmente, é importante destacar a existência de intensas controvérsias sobre as questões de ordem pública, em especial no que concerne aos denominados requisitos de admissibilidade do mérito da causa (pressupostos processuais e condições da ação).

Porém, em virtude do objeto central do presente estudo, a análise do tema restringir-se-á ao ponto relativo ao reconhecimento *ex officio* previsto no § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Consoante estabelece o dispositivo legal supracitado, ao magistrado cabe o conhecimento oficioso, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das matérias relativas aos pressupostos processuais (incisos IV e V do art. 267) e às condições da ação (inciso VI do art. 267).

Não se pode negar que o Direito Processual é ramo do Direito Público, razão pela qual se torna inevitável a existência de situações nas quais o interesse da coletividade deve preponderar sobre o interesse dos particulares.

Ocorre que não se pode olvidar que um dos objetivos do processo é justamente a pacificação da lide, por meio da apresentação de uma solução justa do conflito submetido ao Poder Judiciário, de modo que esta não é obtida por meio de uma extinção anômala do processo, por meio de uma sentença que não efetue a apreciação do mérito da causa.

Assim, não se pode coadunar com o afastamento da garantia do contraditório nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, em especial nas situações em que as partes não tenham qualquer participação na solução jurídica descoberta pelo magistrado.

Nessa medida, o exame de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual que extinguem o feito, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz conhecê-las independentemente de provocação, deve, antes de proferir a decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes.

Trata-se da observância do princípio da cooperação, em seu dever de consultar, como formar de legitimar o exercício da função jurisdicional e proporcionar a democratização do debate no curso do processo.

Ressalte-se ainda, a título de argumentação, que nos exatos termos do que dispõe o artigo 327 do Código de Processo Civil vigente, caso seja de iniciativa do réu a arguição de

uma das questões de ordem pública, há previsão expressa da necessidade de oportunizar-se a outra parte o exercício do contraditório, de modo que, numa visão moderna e paritária dos sujeitos processuais, não há qualquer razão para não se efetivar o mesmo procedimento quando a questão é conhecida pelo magistrado.

Oportuno indicar também que a sentença não pode mais ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo emanado do Estado, mas sim pela sua força intrínseca de persuasão obtida por meio da colaboração dos protagonistas do processo.

Como já foi dito no tópico inicial, às partes, assim como ao magistrado, deve ser atribuído um novo papel em face da moderna visão de processo, permitindo-se uma participação efetiva na formação do convencimento do magistrado sobre todas as questões de direito e de fato relevantes para o deslinde da causa.

Por este procedimento de ciência prévia às partes evita-se ainda a existência das denominadas decisões-surpresas, que não devem ser a regra dentro da processualística moderna.

Este modelo já é adotado de forma expressa nas legislações infraconstitucionais da Alemanha e de Portugal, consoante dispositivos apresentados no tópico anterior, e constitui-se numa nova visão a ser atribuída garantia do contraditório, mais consentânea com a efetividade dos direitos fundamentais.

Contudo, a legislação pátria vigente continua estabelecendo uma desigualdade patente entre as partes processuais e o magistrado, de modo a colocar este numa posição de soberania que não mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Mais grave ainda é a situação do reconhecimento oficioso das matérias de ordem pública que possuem relação direta com direito material, como, por exemplo, nos casos de decadência e prescrição. Nestas hipóteses o magistrado estará com sua decisão afetando de forma direta e imediata tanto a relação processual como a relação jurídica de direito material, sem permitir que a parte prejudicada possa influir em seu convencimento.

Logo, dentro da nova perspectiva da garantia do contraditório, torna-se vedado ao magistrado conhecer das matérias de ordem pública, sem antes colher a manifestação das partes a respeito da questão, sob pena de não conferir a legitimidade necessária à tutela jurisdicional concedida.

5 - Conclusão

Este estudo procurou apresentar uma nova visão da garantia do contraditório prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, de modo a torná-la mais efetiva e preocupada com o Estado Democrático de Direito, prestigiando-se a participação dos litigantes sobre todas as questões de fato e de direito que são objeto de apreciação pelo magistrado, em especial no que concerne ao conhecimento das denominadas matérias de ordem pública.

Para tal finalidade, utilizou-se do postulado da cooperação, que é reconhecido de forma expressa pela legislação infraconstitucional de países do continente europeu, de modo a

que sejam revistos os papéis de todos os atores processuais, com o escopo de uma solução mais justa, democrática e eficaz das lides submetidas ao Poder Judiciário.

Assim, em face de toda a análise efetuada, faz-se necessária uma nova interpretação de alguns dos dispositivos do Código de Processo Civil, em especial do §3º do artigo 267, a fim de adequá-lo a nova visão da garantia do contraditório, de modo a que seja concedida oportunidade às partes para que se manifestem previamente sobre a questão de ordem pública não suscitada, mormente quando o efeito do reconhecimento desta levar a extinção do processo.

Com esse entendimento, prestigia-se a garantia do contraditório em seu aspecto material, como direito à efetiva participação dos litigantes na formação do convencimento do magistrado.

6 – Referência Bibliográficas

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. Notas ao CPC. 2º Vol. 3ª ed. – Lisboa: Editora Lisboa, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório in Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

DIDIER Jr., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação in Revista de Processo, São Paulo, v. 127, p. 75-80, 2005

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 11ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O Dever de Cooperação dos juízes e Tribunais com as partes - Uma análise sob a ótica do Direito Comparado in Revista da ESMape – Recife Vol.5, nº 11, jan/jun 2000, págs. 247/273.

NERY JR, Nelson. Os Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO DE. A Garantia do Contraditório in Garantias Constitucionais do Processo Civil. José Rogério Cruz e Tucci (coord.) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Pode o juiz considerar na sentença matéria de direito ou fato não alegada pelas partes sem observar o contraditório substancial? in Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 206. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1650> Acesso em: 23 maio. 2014.

PERELMAN, CHAIM. Lógica Jurídica: nova retórica; tradução

de Verginia K. Pupi – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FARLEY ROBERTO DE CARVALHO FERREIRA

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UGF/RJ
Mestrando em Direito do Trabalho pela USP
Diretor Financeiro e de Patrimônio da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho)

A AÇÃO COLETIVA PASSIVA

1 – Noções Introdutórias

1.1 – Conceito e características

A doutrina conceitua a ação coletiva passiva da seguinte forma:

“A ação coletiva passiva é espécie de ação na qual a coletividade ocupa o polo passivo da demanda, vale dizer, o pedido veiculado na ação é deduzido em face de um grupo, categoria ou classe de pessoas”.

“Haverá ação coletiva passiva quando um grupamento humano (titular do direito coletivamente considerado) for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial – demanda-se contra os interesses de uma dada comunidade, coletividade ou grupo de pessoas”.

Das conceituações acima transcritas, observa-se que a ação coletiva passiva tem como principal premissa a dedução de pretensão em juízo direcionada em face de uma dada coletividade, representada por um ente coletivo.

Em conceituação mais ampla, Thiago Oliveira Tozzi propõe:

“a aptidão atribuída a determinada entidade legitimada extraordinariamente para atuar defensivamente na tutela jurisdicional de direitos e interesses metaindividuais de grupo, classe ou categoria”.

A amplitude proposta por este autor considera como ação coletiva passiva aquela movida em face de qualquer ente que defenda direitos e interesses metaindividuais, tal como o Ministério Público em ação rescisória ou ação declaratória de legalidade de licenciamento ambiental em face da União, entre outros.

Essa posição mais ampliativa parece-me ser a mais adequada, porquanto conceitua o instituto de acordo com o seu objeto (bem da vida em conflito) e sujeito processual (ente coletivo ou coletividade por ele representada), enquanto aquelas atribuem maior ênfase ao sujeito processual, o que poderia excluir algumas hipóteses tipicamente de defesa dos interesses metaindividuais no polo passivo da demanda.

Logo, a amplitude proposta na caracterização de ação coletiva incluiria também as ações pseudoindividuais, isto é, aquelas movidas por qualquer pessoa natural ou jurídica que veicule direito metaindividual.

1.2 – Objeto e finalidade

O ordenamento jurídico brasileiro confere proteção a uma complexa diversidade de direitos e interesses metaindividu-

ais, inerentes à nova dimensão de direitos humanos em um Estado Democrático de Direito.

Esses interesses e direitos, naturalmente, podem colidir diante de fatos do cotidiano de uma sociedade. Por exemplo: a) greve de bancários (artigo 9º da CF) e direito de disponibilidade da propriedade dos consumidores bancários (artigo 5º, XXII, da CF e artigo 170, V, da CF); b) política de desenvolvimento urbano (art. 182 da CF) e defesa do patrimônio histórico (216, V, da CF); dentre inúmeros que se poderia elencar.

Não somente isso. Deve-se considerar ainda a existência de legítimos direitos subjetivos que podem estar em conflito com interesses e direitos metaindividuais, como a declaração de validade de licenciamento ambiental de determinado empreendedor em face da União.

A partir da premissa de possibilidade de colisão entre interesses e direitos, não há motivo juridicamente justificável para se afastar *prima facie*, a tutela jurisdicional do Estado (artigo 5º, XXXV, da CF) para solucionar esses conflitos.

Nesse contexto, a ação coletiva passiva é instrumento hábil para alcançar os seguintes objetos:

- a) infirmar direito coletivo pertencente a certa coletividade;
- b) afirmar direitos subjetivos em face de coletividade; e
- c) harmonizar o exercício de direitos metaindividuais.

Claramente, percebe-se que os objetos da ação coletiva passiva são direcionados à pacificação social de interesses ou direitos, individuais ou coletivos, que estejam em situação conflituosa com direitos metaindividuais.

As ações coletivas passivas também geram economia processual, acesso à justiça, efetivação do direito material e inibição de práticas ilícitas, tal quais as ações coletivas ativas.

1.3 – Direito Comparado: noções da defendant class action

As ações coletivas passivas têm como origem as experiências do direito anglo-saxões denominada *defendant class action*.

Atualmente, nos Estados Unidos, a Rule 23 estabelece que um ou mais membros de um grupo podem demandar ou serem demandados como representantes do grupo a que pertencem. Usualmente, são utilizadas para uma sentença declaratória, mandamental ou indenizatória, explica Antonio Gidi:

“O seu uso mais comum, todavia, é para dar efeito erga omnes a uma decisão de conteúdo declaratório ou injuntivo, contra um grupo numeroso de pessoas que cometeram um mesmo ilícito civil, ou com o objetivo de interpretar ou determinar a validade de um do-

cumento ou norma (lei, regulamento, decreto, etc). A condenação do grupo-réu a pagar uma indenização em geral é condicionada à apresentação de defesas individuais: dificilmente uma sentença coletiva condenará o grupo-réu a pagar um valor determinado em dinheiro”.

Não se pode olvidar que a *defendant class action* deve ser certificada pelo juiz, mediante o preenchimento das seguintes exigências:

- a) o número de membros do grupo-réu deve ser numeroso a ponto de dificultar o litisconsórcio de todos;
- b) deve haver uma questão de fato ou de direito comum aos membros;
- c) as defesas do representantes devem ser típicas dos demais membros; e
- d) o representante deve tutelar adequadamente os interesses dos membros ausentes.

Além disso, a controvérsia deve ser subsumível em uma das hipóteses da Rule 23:

- a) risco de conflito de decisões;
- b) conduta uniforme do réu; e
- c) predominância de questões comuns.

Todos esses requisitos são aferidos pelo juiz diante do caso concreto que lhe é submetido, a fim de que possa certificar a ação sobre a representação adequada da coletividade e vinculação desta à decisão judicial.

2. Ação coletiva passiva no Direito Brasileiro

2.1 – Posições doutrinárias

Os doutrinadores, majoritariamente, não admitem a ação coletiva passiva, por ausência de previsão legal e incompatibilidade com o regime da coisa julgada coletiva.

Nesse sentido, pode-se apontar Arruda Alvim, Ricardo de Barros Leonel, Hugo Nigro Mazzili, Pedro da Silva Dinamarco, Geisa de Assis Rodrigues e, inicialmente, Antonio Gidi.

Em sentido contrário, admitindo a ação coletiva passiva *lege lata* no ordenamento jurídico brasileiros, pode-se destacar, dentre outros constantes das referências bibliográficas: Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso, Pedro Lenza, Ronaldo Lima dos Santos, Freddie Didier Jr., Camilo Zufelato e Antonio Gidi.

Os argumentos para admissão da ação coletiva passiva posicionados por Ada Pellegrini Grinover advêm da sistemática do artigo 5º, §2º, da LACP (que admite o litisconsórcio de qualquer das partes), o artigo 107 do CDC que dispõe sobre a convenção coletiva de consumo (que obriga os filiados às entidades signatárias) e não existir impedimento no artigo 83 do CDC para a efetiva tutela coletiva, nem mesmo quando a coletividade se encontrar no polo passivo da demanda.

Camilo Zufelato sintetiza com propriedade a questão no direito brasileiro:

“Não há como negar que a legislação coletiva nacional, se não de modo absoluto, ao menos predominante, é voltada para a inserção da coletividade no polo ativo da demanda. Outra coisa é dizer se tal escolha não deixou espaço para a possibilidade da legitimação coletiva passiva... a simples colocação do problema propiciou a análise da necessidade de regulamentação do assunto...”

De fato, a normatização do ordenamento jurídico brasileiro limitou-se à legitimidade ativa das ações coletivas, silenciando-se a respeito da ação coletiva passiva.

Conforme será demonstrado, em acréscimo aos argumentos apontados por Ada Pellegrini Grinover, o ordenamento jurídico brasileiro admite a ação coletiva passiva, que deve ser tratada cautelosamente diante do vácuo normativo a respeito.

2.2 – Experiências jurisprudenciais

A jurisprudência brasileira em muito está diante de ações coletivas passivas. Em verdade, na seara trabalhista, há muitos anos elas estão presentes.

O dissídio coletivo de natureza jurídica tem como finalidade a interpretação de cláusulas ou sentenças normativas, dentre outros instrumentos normativos. A decisão proferida nessa espécie de processo, evidentemente declaratória, vincula toda a categoria econômica e profissional vinculada aos sindicatos representativos.

A propósito, no item 1.3 destacou-se que a ação coletiva passiva dos Estados Unidos da América, *defendant class action*, tem seu uso mais comum para interpretar ou determinar a validade de um documento ou norma. Nesse ponto, evidente a extrema semelhança com o dissídio coletivo de natureza jurídica trabalhista.

No mesmo contexto, a possibilidade de ação declaratória interpretativa de convenção coletiva de consumo (artigo 107 do CDC) movida em face do ente coletivo que a subscreveu, tal como proposto por Ada Pellegrini Grinover.

No âmbito da tutela do patrimônio público, pode-se apontar o processo n. 2008.34.00.010500-5 do TRF da 1ª Região em que a Universidade de Brasília pleiteava proteção possessória do prédio de sua reitoria que fora invadido por alunos da Universidade, em face do Diretório Central dos Estudantes, órgão de representação estudantil. A tutela em obrigação de fazer (inibitória ou remoção de ilícito) visava a preservação do patrimônio público invadido.

Pode-se ainda destacar diversas ações movidas por pessoas jurídicas de direito público em face de sindicatos de funcionários públicos para desocupação de prédios públicos (greve de ocupação) e para garantir a continuidade dos serviços públicos.

Em sede de meio ambiente, Rodolfo de Camargo Mancuso, exemplifica uma ação declaratória promovida por indústria sediada em Cubatão a fim de obter decisão judicial reconhecendo que tenha cumprido a obrigação legal de instalação de filtros antipoluição.

Em suma, a ação coletiva passiva já está no seio do direito brasileiro e a jurisprudência enfrenta diuturnamente essa questão.

Ocorre que a novel disseminação da tutela coletiva no direito brasileiro (recorda-se que somente a partir da Lei 7347/85 e da CF de 1988 o instrumento coletivo passou a ser utilizado em escala considerável), chega desordenadamente quando se trata de ação coletiva passiva, justamente por ausência de normatividade específica a respeito.

Isso não impede, em absoluto, a viabilidade desse importante instrumento processual.

2.3 – *Contraposições aos principais entraves*

Os principais entraves para a admissão da ação coletiva passiva no direito brasileiro podem ser assim elencados:

- a) inexistência de previsão legal admitindo expressamente tais ações – sob o ponto de vista processual, a previsão legal de tais ações é irrelevante, pouco importando o *nomen iuris* previsto no ordenamento jurídico de direito processual, porquanto a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da CF). A admissão dessas ações deve ser observada em cotejo com seu objeto (bem da vida pretendido) conforme será demonstrado abaixo.
- b) desarmonia com o regime da coisa julgada coletiva – sabe-se que a coisa julgada coletiva está disciplinada no artigo 103 do CDC e artigo 16 da Lei 7347/85; esses artigos inseriram o sistema de coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*. Todavia, não se pode olvidar que a improcedência de ação coletiva por qualquer motivo, que não a insuficiência de provas, ensejará os efeitos *erga omnes* (direitos difusos – artigo 103, I, do CDC) e *ultra partes* (direitos coletivos – artigo 103, II, do CDC) da coisa julgada, não prejudicando os interesses e direitos individuais (artigo 103, §1º do CDC). Isso demonstra que a própria sistemática de ações coletiva admite a existência de coisa julgada material em prejuízo da coletividade, não podendo esse argumento ser tratado de forma absoluta para afastar a possibilidade de ação coletiva passiva. A questão será explorada com maior atenção no decorrer do trabalho.

- c) inexistência da representatividade adequada *ope judicis* para vinculação dos membros da coletividade acionada – com efeito, a representatividade dos legitimados para ações coletivas ativas derivam da lei, ex vi, artigo 5º da LACP, nada se mencionando quanto ao polo passivo da demanda; não obstante, a própria Constituição Federal atribuiu a possibilidade de representatividade da coletividade por adesão voluntária do indivíduo (associações – artigo 5º, XX e XXI, da CF) ou por imposição¹ constitucional (sindicatos – artigo 8º, II e III, da CF); também conferiu às pessoas jurídicas de direito público a defesa de direitos metaindividuais (por exemplo: artigo 23, III, VI, VII, da CF). Logo, em tese, é possível que os direitos metain-

1. A imposição deriva do princípio da unicidade sindical estabelecida na Carta Magna, o que será explorado mais adiante no presente trabalho.

dividuais sejam objeto de ações movidas em face desses entes jurídicos acima, cujos efeitos recaiam sobre a coletividade, classe, categoria ou grupo. Isso leva à conclusão de que a representatividade adequada deriva da própria Constituição Federal, *ope legis*. Finalmente, a viabilidade da pretensão deduzida em juízo, ou seja, se é possível a tutela jurisdicional pretendida em face da coletividade, classe, categoria ou grupo, é matéria a ser analisada pelo juiz diante do caso concreto. Não se pode, de plano, rejeitar em absoluto essa modalidade de ação pelo argumento da representatividade adequada.

- d) violação à garantia individual do contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal – esse argumento é, de fato, intrigante. Seria possível o prejuízo a determinado membro da coletividade, classe, categoria ou grupo, sem que este pudesse exercer seu direito constitucional subjetivo ao contraditório e à ampla defesa? Thiago Oliveira Tozzi propõe o juízo de ponderação tendente a extrair o melhor equilíbrio, à luz dos valores constitucionais em cotejo com o acesso à Justiça, vedação do *non liquet*, argumento que entendo irreprochável. Contudo, diante da complexidade de situações do cotidiano, é possível que o indivíduo não tenha a possibilidade de se opor à decisão judicial coletiva, por exemplo, em razão da indivisibilidade do direito. Não se trata de ponderar o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, porquanto a matéria submetida à jurisdição coletiva é indivisível e a representatividade dela somente será exercida coletivamente. Nesse ponto, o contraditório e a ampla defesa serão inaplicáveis ou diferidos. Esse é um ponto que será explorado com mais profundidade no presente trabalho no capítulo seguinte.

Os argumentos trazidos em contraponto aos entraves enumerados têm como finalidade demonstrar que sua relatividade, não suficiente para alijar a ação coletiva passiva do ordenamento jurídico brasileiro *lege lata*.

3 – *Visão sistêmica lege data da ação coletiva passiva*

3.1 – *Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*

O artigo 81 do CDC sistematizou a conceituação dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Transcrevo-o:

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

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

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

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de

pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

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

A doutrina, majoritariamente, concebeu que a defesa coletiva dos direitos difusos e coletivos ocorre pelo instituto de substituição processual, isto é, alguém pleiteia em nome próprio direito alheio, por expressa previsão legal (artigo 6º do CPC e artigo 5º da LACP e artigo 82 do CDC).

Em sentido contrário, obtempera Nelson Nery Júnior que:

“A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade”.

Valendo-se do direito alemão, que identificou pela primeira vez a figura da substituição processual, esse autor chega à conclusão de que as entidades que defendem a tutela dos interesses difusos e coletivos tem legitimação autônoma para condução do processo, porque independentemente do direito material a ser discutido, o legislador legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo.

Outrossim, essas entidades defenderiam seus próprios objetivos institucionais e não típico direito alheio.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, estes não perdem sua natureza individual, apenas sendo protegidos pelo ordenamento jurídico em razão da relevância social de sua origem comum. Por essa razão, estão sujeitos à substituição processual (determinação do sujeito) e são considerados acidentalmente coletivos.

A adoção desse posicionamento é de suma importância por se inserir no ponto nevrálgico da ação coletiva passiva: a) representatividade adequada; e b) vinculação do indivíduo membro da coletividade, classe, categoria ou grupo.

Antes disso, necessário destacar mais uma característica diferenciadora dos interesses e direitos coletivos: a indivisibilidade do objeto nos interesses e direitos difusos e coletivos; a divisibilidade do objeto presente nos direitos individuais homogêneos.

Parece-me que a representatividade adequada da ação coletiva passiva e vinculação do indivíduo necessariamente passam pela legitimação autônoma para a condução do processo e indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos.

A legitimação autônoma para a condução do processo deriva da atribuição, pelo legislador constitucional, às pessoas com legitimidade de defender interesses e direitos coletivos, como exemplo: associações (artigo 5º, XX e XXI, da CF), sindicatos (artigo 8º, II e III, da CF); e pessoas jurídicas de direito

público (artigo 23, III, VI, VII, da CF).

Isso significa que o legislador conferiu a essas entidades o poder-dever de defesa dos interesses e direitos difusos/coletivos.

Por sua própria natureza, esses interesses e direitos difusos/coletivos são indivisíveis. Esse é o motivo pelo qual os membros da coletividade estarão vinculados à decisão da ação coletiva passiva: porque impossível seccionar um direito indivisível.

Não por outra razão, até mesmo pode falecer legitimidade ou interesse do membro para se opor judicialmente em sentido contrário.

Veja, por exemplo, uma ação declaratória de interpretação de convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC) em face de associação da qual o consumidor faz parte. Solucionada a questão em âmbito coletivo, o consumidor não poderá se valer de ação individual para conseguir interpretação diversa daquele instrumento normativo, porquanto a norma abstrata é indivisível. Nesse exemplo, o patrimônio jurídico do consumidor será afetado pela ação coletiva, independentemente de sua participação no processo coletivo.

Tratemos de outros dois exemplos.

Uma ação coletiva passiva em face de torcida organizada (associação) com pretensão de tutela inibitória, para impedir que seus membros ingressem em determinado jogo de futebol em razão da violência praticada em jogo anterior por seus membros. Em que pese a dificuldade prática da identificação do membro, ela é possível. Esse indivíduo associado estará albergado pela decisão coletiva e sofrerá consequências em seu patrimônio jurídico, independentemente de sua vontade ou participação no processo.

Uma ação coletiva passiva em face de associação de pescadores com pretensão de tutela inibitória, para impedir que seus associados pesquem no período de defeso. O provimento jurisdicional nesse sentido, incindível, vinculará a todos os associados do ente coletivo, que ficarão sujeitos à execução específica em caso de descumprimento.

Diferentemente, os direitos individuais homogêneos são divisíveis e a vinculação dos associados/representados parece-me incabível, por necessidade de se aferir o grau de responsabilidade de cada membro (decorrente da divisibilidade do direito).

A pretensão condenatória em obrigação de pagar (divisível), na própria *defendant class action*, é condicionada à apresentação de defesas individuais e dificilmente ocorre (veja item 1.3 acima).

Antes de encerrar esse tópico, necessário mais um destaque para a viabilidade da ação coletiva passiva: a pertinência temática do ente coletivo.

Por óbvio, o ente coletivo é representante adequado na ação coletiva passiva que verse sobre interesses difusos/coletivos em correspondência aos seus objetivos institucionais.

Caso contrário, não detém legitimidade autônoma para condução do processo, porquanto seus objetivos institucionais são previamente estabelecidos.

Assim, não se pode cogitar uma ação coletiva passiva em face de torcida organizada (associação), apenas pela condi-

ção associativa e desprezando-se outros fatos, para que seus membros não pesquem no período de defeso.

3.2 – Peculiaridade no Processo do Trabalho

No âmbito trabalhista, insta destacar a posição do sindicato no direito brasileiro. Ele não é apenas uma associação de livre adesão, ele é uma imposição constitucional para a categoria.

Diz-se imposição porque o princípio constitucional da unicidade sindical impede que exista mais de um sindicato na mesma base territorial (artigo 8º, II, da CF).

Em outras palavras, não se escolhe o sindicato representativo de determinada categoria, porque há um monopólio determinado pelo legislador. Por consequência, ele é o único ente representativo de toda a categoria, judicialmente ou administrativamente (artigo 8º, III, CF).

Não por outro motivo, a ação coletiva passiva no âmbito trabalhista é um fecundo campo para a análise, no dizer de Camilo Zufelato.

Diante desse prisma constitucional, a representatividade adequada do sindicato passa a ser indiscutível e, portanto, a vinculação da categoria é inexorável.

Rememora-se ainda que a categoria representada não se confunde com o associado ao sindicato. A categoria está definida no artigo 511 da CLT e envolve todos empregadores e todos os empregados da base territorial do respectivo sindicato (econômico ou profissional), enquanto que o associado é aquele que adere por livre iniciativa ao estatuto do sindicato.

Para exemplificar recente caso de ação coletiva passiva, pode-se mencionar o processo n. 00002859420125020000, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que determinadas concessionárias de veículos propuseram dissídio coletivo de natureza jurídica em face dos sindicatos representativos econômicos e profissionais para invalidar cláusula normativa que impedia a abertura dos estabelecimentos aos domingos.

Da mesma forma, ações anulatórias de cláusula convencional propostas pelo Ministério Público do Trabalho em face dos sindicatos signatários de convenção coletiva.

Em ambos os casos, o provimento jurisdicional vinculará a categoria representada por ambos os sindicatos, impossibilitando-se que, na esfera individual, utilize-se daquela cláusula normativa.

Os membros da categoria, em que pese não participarem do processo, terão seu patrimônio jurídico afetado pela decisão coletiva.

Nessa seara, necessário lembrar ainda a expressa disposição constitucional de ação coletiva passiva quando fixa a competência da Justiça do Trabalho:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

...

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

As ações sobre representação sindical entre sindicatos é tipicamente uma ação coletiva bilateral, isto é, envolve entida-

des coletivas no polo ativo e passivo da demanda. A decisão sobre a entidade representante da categoria, inexoravelmente, influirá na esfera individual de seus membros (artigo 8, II e III da CF e artigo 511 da CLT).

A despeito da facilidade em se identificar a representatividade adequada do sindicato em decorrência do princípio da unicidade sindical, não se pode abusar desse sistema constitucional para manejar quaisquer tipos de ação em face do sindicato.

Explico: o simples exercício privado de atividade econômica ou profissional é suficiente para vincular o empregador/empregado a um determinado sindicato.

Isso poderia traduzir na possibilidade de se intentar quaisquer ações coletivas em face de sindicato para vincular seus membros.

A dificuldade em limitar essa representatividade ocasionou decisões conflitantes como o indeferimento de ação coletiva promovida pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra sindicato que congregava as escolas particulares; e admissão de ação coletiva movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face de sindicato econômico dos postos de gasolina para fixação de teto para margem de lucro dos postos de Curitiba.

Sobre esse aspecto, *lege lata*, não há escapatória: o juiz observará, no caso concreto, se as pretensões alheias às relações de trabalho estão inseridas nos objetivos institucionais do sindicato para defesa dos interesses de sua categoria representativa.

3.3 – Tutela do patrimônio público e moralidade administrativa

A ação coletiva passiva na tutela do patrimônio público e moralidade administrativa também trazem uma peculiaridade impeditiva: a aplicação de sanção do membro.

A própria doutrina progressista desse instituto, nega essa feição:

“Conforme já dissemos, a ação coletiva passiva pode ter como propósito infirmar direito supostamente pertencente a uma coletividade, mas não a aplicação de sanções jurídicas, portanto, de feição punitiva”

De fato, a feição punitiva da Lei 8.429/92 impede a possibilidade de ação coletiva passiva nesse ponto.

Nas palavras de Fábio Medina Osório:

“... Direito Processual Punitivo, que pode ser tanto do Direito Processual Administrativo quanto do Direito Processual Penal... A importância de um Direito Processual Punitivo se reflete na dimensão dos direitos fundamentais em jogo, vertidos pelo Direito Material aplicável às relações jurídicas pertinentes.”

A partir dessa premissa jurídica, pode-se afirmar que a feição punitiva da Lei 8.429/92 implica na indispensável participação processual do acusado, garantindo-lhe o contraditório e ampla defesa, ainda em observância ao princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF), que seria comple-

tamente expurgado em uma ação coletiva passiva.

Em relação às ações coletivas passivas estudadas nos itens anteriores, não há impedimento de sua aplicabilidade em busca da tutela do patrimônio público (conforme exemplos anteriormente registrados) e da moralidade administrativa.

Assim, não se vislumbra impedimento, por exemplo, de propositura do Ministério Público Federal em face de determinado partido político com a finalidade de que seus membros se abstenham de receber quaisquer valores para votarem em favor de projetos legislativos do Poder Executivo, pena de multa a ser executada em face do próprio parlamentar, caso identificado.

Nesse exemplo, estar-se-ia diante de tutela jurisdicional indivisível, com pertinência temática aos objetivos institucionais do partido político e teria o condão de vincular todos os membros dessa entidade, independentemente de participação no processo coletivo.

4 - Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro admite *lege lata* a existência de ações coletivas passivas, inspiradas nas *defendant class action* do direito anglo-saxão.

São fundamentos legais dessa possibilidade: artigo 5º, §2º, da LACP, artigos 83 e 107 do CDC. Em sua conceituação mais ampla, são legítimas para figurarem no polo passivo da ação coletiva para defenderem interesses e direitos coletivos, exemplificativamente: associações (artigo 5º, XX e XXI, da CF), sindicatos (artigo 8º, II e III, da CF); e pessoas jurídicas de direito público (artigo 23, III, VI, VII, da CF).

A doutrina e jurisprudência atuais admitem a possibilidade dessas ações, com algumas ressalvas. Esses entraves não são absolutos a ponto de alijar esse instrumento do ordenamento jurídico brasileiro.

As ações coletivas passivas são viáveis diante da legitimidade autônoma para condução do processo de entes coletivos e vinculam os membros da coletividade, categoria, classe ou grupo por se tratarem de direitos indivisíveis, o que impossibilita a secção da tutela jurisdicional. A despeito disso, necessária a observância temática do ente coletivo, em sendo o caso.

No campo trabalhista, o princípio constitucional da unicidade sindical é fundamento primordial para garantia da representatividade adequada no polo passivo da demanda, devendo o juiz observar no caso concreto a possibilidade desse gênero de ação quando alheia às relações de trabalho.

Essas ações podem veicular pretensões no âmbito da tutela do patrimônio público e moralidade administrativa, ressaltando-se ação de feição punitiva, como a tutelada pela Lei 8429/92.

As ações coletivas passivas são realidades do ordenamento jurídico brasileiro, dependem de sistematização normativa para seu melhor aproveitamento, mas podem ser manejadas para gerar economia processual, acesso à justiça, efetivação do direito material e inibição de práticas ilícitas, tal quais as ações coletivas ativas.

5 – Referências Bibliográficas

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, et al. Código do consumidor comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. 1995.

BIASI, Francislaine Guidoni de. Ação coletiva passiva. Revista LTr. São Paulo, a. 74, t. II, n. 12, p. 1491-1499, dez. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2010-2011. v. 1.

_____. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. A class action norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo. São Paulo, 82/92.

CAMPOS JÚNIOR, Efraim de. Substituição processual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1985.

CRUZ, Carlos Wagner Araújo Nery da. Ação coletiva passiva originária: ações contra o grupo, categorias ou classes. Aplicação em face da tutela dos direitos metaindividuais. Revista do TRT - 22ª Região. Teresina, v. 6, n. 1, p. 84-122, jan./dez. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, Curso de direito processual civil, Volume 4, Processo coletivo. Salvador : JusPODIVM, 2011.

_____. Situações jurídicas coletivas passivas. Revista Jurídica NotaDez. Porto Alegre, a. 57, n. 384, p. 41-52, out. 2009.

_____. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: Revista Dialética de Direito Processual, n.25., p. 50-56, abr. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo coletivo passivo. Revista de Processo. São Paulo, a. 33, n. 165, p. 29-43, nov. 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública e suas condições da ação. São Paulo, 2000. 365 p. Dissertação (Mestrado).

FAVA, Marcos Neves. Ação civil pública trabalhista : teoria geral. São Paulo : LTr, 2005. 240 p.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. São Paulo, 2010. 188 p.

GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 525 p.

_____. Coisa julgada e litispendência em ações cole-

- tivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Revista Forense. n. 361. 2002, p. 03-12. (a)
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- KOCHER, Eva. A ação civil pública e a substituição processual na justiça do trabalho: verbandsklagen no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1998. 88 p.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Processo. São Paulo, a. 34, n. 173, p. 95-128, jul. 2009.
- LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 477 p.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.
- MAIA, Diego Campos Medina. Ação Coletiva Passiva. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 161-173.
- _____. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7347/1985 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 478 p.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Processo coletivo do trabalho. São Paulo : Editora LTr, 2009. 326 p.
- MATTOS, Viviann Rodriguez. A legitimidade passiva do administrador público em ações coletivas trabalhistas. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio (org.). Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho. São Paulo : LTr, 2006. , 375 p.
- MAZZEI, Rodrigo Reis et al. Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 832 p.
- MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. Revista de Processo. São Paulo, a. 37, n. 209, p. 243-264, jul. 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 13, p. 185-89, jan./jun. 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública. Justitia. São Paulo, a. 60, n. especial, p. 910-918, 1999
- _____. Código de processo civil comentado. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 1530 p.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Substituição processual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1971.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PASCHOAL, Maximilian Fierro. A representatividade adequada na ação coletiva brasileira : lei da ação civil pública e código de defesa do consumidor. São Paulo, 2007. 342 p
- PEREIRA, Rafael Caselli. Ação coletiva passiva (defendant class action) no Direito Brasileiro. Processos Coletivos, vol. 2 n. 3. Porto Alegre, 01.07.2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>. Acesso em 15.11.2012.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. O uso das ações coletivas passivas e bilaterais para proteção de direitos na internet. FMU Direito. São Paulo, a. 20, n. 28, p. 95-105, 2006.
- _____. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. Revista de Processo. São Paulo, a. 32, n. 149, p. 79-103, jul. 2007.
- ROSSI, Julio Cesar. A ação coletiva passiva. Revista de Processo. São Paulo, a. 36, n. 198, p. 259-280, ago. 2011.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant Class Actions”. O Grupo como Legitimado Passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. jan-mar/2004, p. 139-154.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. Limites à legitimidade das associações nas ações coletivas. Revista LTr. São Paulo, a. 69, n. 11, p. 1339-1348, nov. 2005.
- TOZZI, Thiago Oliveira. Ação coletiva passiva conceito, características e classificação. Revista de Processo. São Paulo, a. 37, n. 205, p. 267-296, mar. 2012.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo : Método, 2007. p. [373]-396.
- VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. Disponível em: <http://www.marcelovigliar.com.br>
- YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas reflexões a propósito da legitimidade passiva nas ações civis públicas envolvendo atividades sujeitas à regulação. São Paulo: Atlas, 2006. p. 110-113.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo : tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo, SP, Brasil : Editora Revista dos Tribunais, c2009. 272 p.
- ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no Direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara (coord.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada pellegrini Grinover. São Paulo : Saraiva, 2010. p.

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho)

CARMEM REGINA KNAPP CERDEIRA

Analista Judiciária – Assessora de Desembargadora do TRT – 2ª Região

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: FISCALIZAÇÃO E MEIOS DE DEFESA

1 - Introdução

1.1 - Segurança e Medicina do Trabalho

O surgimento do Direito do Trabalho está ligado precisamente à idéia de assegurar ao trabalhador, “não apenas a subordinados, mas àqueles que pessoalmente prestam serviços não subordinados também, em especial o independente contínuo, que na qualidade de autônomo executa serviços sem subordinação a outrem, e, igualmente, ao eventual” (Mascaro, Curso, p. 832), “o desenvolvimento das suas atividades em ambiente moral e rodeado de segurança e higiene” (p. 835), inclusive com a redução dos riscos inerentes ao trabalho, nos moldes do art. 7º, XXII, da CF.

Por outro lado, promover o bem estar de todos, sem qualquer distintivo preconceituoso (art. 3º, IV) é, tal qual a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), objetivo assegurado pela Constituição Federal, que dispõe, em seu art. 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”, e, no art. 200, II, competir, ao sistema único de saúde, dentre outras atribuições, “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.”

Nesse contexto, o Direito Ambiental do Trabalho constitui direito difuso fundamental. Compreendendo, o meio ambiente do trabalho, “o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições do trabalho etc.” (Mascaro, Curso, p. 835), conforme destaca Raimundo simão (Direito Ambiental, p. 27), quando adequado e seguro “é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca a agressão a toda sociedade, que, no final das contas, é quem custeia a Previdência Social”, advindo daí a sua natureza jurídica difusa (p. 29).

Sob tal perspectiva, Segadas Vianna (Instituições, v. 2, p. 923) discrimina, como deveres específicos do empresário, a) organização racional do trabalho; b) higiene dos locais e segurança industrial; c) prevenção de acidentes; d) reparação de sinistros ou incapacidade, ressaltando que “As empresas estão obrigadas - dependendo do respectivo porte e da atividade

que empreende - a manter serviço especializado em segurança e medicina do trabalho, além de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), integrada por representantes dela e dos trabalhadores. Os empregadores têm o dever de instruir seus empregados sobre as precauções a tomar, a fim de evitar acidentes do trabalho, doenças e intoxicações ocupacionais e, ainda, colaborar com as autoridades na adoção de medidas que visem à proteção dos empregados e à fiscalização (...), especialmente quanto à existência de comissão de prevenção. Mas a verdadeira prevenção decorre da conscientização do empresário, uma vez que, além do aspecto humano e social, o acidente de trabalho acarreta prejuízos econômicos à empresa. E também necessária é a conscientização do trabalhador de que mais graves e dolorosas consequências recaem sobre ele próprio e sua família” (p. 940).

Isto porque, como salienta Arnaldo Süsssekind (Instituições, v. 2, p. 927-928), “não obstante o adequado sistema legal vigente no Brasil, continuamos a representar trágica estatística em matéria de acidentes de trabalho”, arrolando, como causas, sinteticamente, a falta de conscientização de empresários, resistentes em implementar reformas no estabelecimento, e trabalhadores, que rejeitam o uso de equipamentos individuais de proteção, preferindo receber o adicional sobre o salário do que insistir, junto às CIPAs e aos sindicatos, para que as empresas invistam na prevenção dos infortúnios, neutralizando ou reduzindo os riscos de acidentes e doenças profissionais; formação profissional inadequada, quase sempre inapta em transmitir ao trabalhador noções fundamentais de prevenção de acidentes correlacionadas com o ofício ensinado, sobretudo em empresas terceirizadas; sobrejornadas de trabalho, circunstância agravada nas grandes cidades por longos períodos de transporte incômodo e fatigante; alimentação imprópria e insuficiente; e prestação de serviço em condições insalubres ao longo da jornada de trabalho, quando recomendável o seu encurtamento, a fim de limitar a agressão dos agentes físicos e químicos a níveis de tolerância, e não a concessão do adicional de salário.

Assim, na medida em que a todos deve ser assegurado o meio ambiente, incluído o do trabalho, ecologicamente equilibrado (art. 225, da CF), impõe-se não só ao Poder Público, mas à toda sociedade civil (associações civis com ou sem fins sindicais, Comissões Internas de Prevenção de Acidentes e o próprio cidadão), o dever de defendê-lo e preservá-lo, a ser exercitado de forma eficaz, com a adoção dos diversos instrumentos de prevenção e tutela disponíveis (administrativos e judiciais), na medida em que apenas o arcabouço jurídico protetivo não é

bastante para resguardá-lo.

Nessa trilha, o legislador atribui às empresas o dever adotar medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador (art. 19, §1º, da Lei n. 8213, de 24.07.1991), cumprindo e fazendo cumprir as normas pertinentes, devendo informar seus empregados quanto aos riscos no exercício de suas atividades e às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais (arts. 19, §3º, da Lei n. 8213, e 157, da CLT), que, por seu turno, deverão observar tais normas, colaborando com o empregador na sua aplicação, constituindo ato faltoso o descumprimento (art. 158 e p.ú., da CLT).

A título comparativo, no sistema europeu, o empregador é obrigado a assegurar a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspectos relacionados com o trabalho (art. 5º, da Diretiva n. 89/391/EEC, de 12.06.1989), e, no âmbito das suas responsabilidades, tomará as medidas necessárias à defesa da segurança e da saúde dos trabalhadores, incluindo as atividades de prevenção dos riscos profissionais, de informação e de formação, bem como à criação de um sistema organizado e de meios necessários, zelando pela adaptação destas medidas, a fim de atender a alterações das circunstâncias e tentar melhorar as situações existentes (art. 6º, 1), tendo por base os seguintes princípios (art. 6, 2):

- evitar os riscos;
- avaliar os riscos que não possam ser evitados;
- combater os riscos na origem;
- adaptar o trabalho ao homem, especialmente no que se refere à concepção dos postos de trabalho, bem como à escolha dos equipamentos de trabalho e dos métodos de trabalho e de produção, tendo em vista, nomeadamente, atenuar o trabalho monótono e o trabalho cadenciado e reduzir os efeitos destes sobre a saúde;
- ter em conta o estágio de evolução da técnica;
- substituir o que é perigoso pelo que é isento de perigo ou menos perigoso;
- 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 fatores ambientais no trabalho;
- dar prioridade às medidas de proteção coletiva em relação às medidas de proteção individual;
- dar instruções adequadas aos trabalhadores.

O empregador deve garantir, ainda, que cada trabalhador receba uma formação simultaneamente suficiente e adequada em matéria de segurança e de saúde, nomeadamente sob a forma de informações e instruções, por ocasião da sua contratação, de qualquer transferência ou mudança de funções, da introdução ou de uma mudança de um equipamento de trabalho, da introdução de uma nova tecnologia, e especificamente relacionada com o seu posto de trabalho ou com a sua função, formação, esta, que deve ser adaptada à evolução e ao surgimento dos riscos e ser repetida periodicamente, se necessário (art. 12, da Diretiva n. 89/391/EEC, de 12.06.1989), valendo

tais orientações também para trabalhadores de outras empresas que venham a exercer funções em seu estabelecimento, enquanto durar a atividade (art. 12). Por fim, todo trabalhador deve, na medida das suas possibilidades, cuidar da sua segurança e saúde, bem como da segurança e saúde das outras pessoas afetadas pelas suas ações ou omissões no trabalho, de acordo com a sua formação e as instruções dadas pelo empregador (art. 13, da Diretiva n. 89/391/EEC, de 12.06.1989), o que, contudo, não afeta o princípio da responsabilidade do empregador (art. 5º).

Em nosso sistema, a orientação e a fiscalização de maior efetividade centra-se no Poder Executivo, especialmente por intermédio do Ministério do Trabalho e Emprego, e “tem por finalidade assegurar, em todo o território nacional, a aplicação das disposições legais, incluindo as convenções internacionais ratificadas, os atos e decisões das autoridades competentes e as convenções, acordos e contratos coletivos de trabalho, no que concerne à proteção dos trabalhadores no exercício da atividade laboral” (art. 1º, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002); a sua defesa pela via judicial pode ser promovida pelo Ministério Público do Trabalho ou pelo sindicato (Mascaro, Curso, p. 842; Alice Monteiro, Curso, p. 1071-1073).

1.2 - Competência para legislar e competência para executar

Segadas Vianna (Instituições, v. 2, p. 937), acentua que a legislação federal atinente à segurança e medicina do trabalho prevalece sobre as disposições a respeito adotadas nos planos estaduais e municipais, até porque a celebração de convênio entre a União e Estados, prevista no art. 159, da CLT, “para que estes realizem a fiscalização do cumprimento das normas legais e regulamentares atinentes à segurança e à higiene do trabalho (...) fere o preceituado no art. 21, XXIV, da Constituição de 1988”, citando, contudo, o art. 154, da CLT, que, na trilha do art. 23, VI, da CF (“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”), é claro ao afastar qualquer hierarquia entre as esferas de poder:

A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo [Da Segurança e Da Medicina do Trabalho], não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.

Assim, estados e municípios podem expedir normas relativas ao meio ambiente, inclusive do trabalho, mas não fiscalizar a sua aplicação no âmbito específico deste, diretriz que, para Lima Teixeira (Instituições, v. 2, p. 1299), consubstancia “inversão do movimento de descentralização acenado pela Constituição de 1988, marcadamente na parte do sistema tributário”, com propósito indubitado de “impedir que, através de convênios, União, Estados e Municípios implementem desejável efeito propagador à ação fiscalizadora, otimizando os recursos humanos disponíveis em cada esfera de Governo e assegurando maior grau de eficácia às normas trabalhistas”, previsto, inclusive, no item 1.5, da NR 1 (“5. Podem ser

delegadas a outros órgãos federais, estaduais e municipais, mediante convênio autorizado pelo Ministro do Trabalho, atribuições de fiscalização e/ou orientação às empresas, quanto ao cumprimento dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho”).

2 - Fiscalização

2.1 - Breve histórico da inspeção do trabalho

Apesar de Segadas Vianna (Instituições, v. 2, p. 1295) reportar normas de fiscalização do trabalho datadas do final do século XVI e no século XVII, na América espanhola, relacionadas ao trabalho em minas, “antes do século XIX, não havia uma legislação que se ocupasse com a proteção do trabalhador. As medidas tomadas na produção, troca ou consumo, tinham o escopo de manter uma disciplina rígida que garantisse unicamente os princípios da moral e da ordem” (André Nayer apud Mannrich, Inspeção, p. 17).

É possível afirmar, assim, que a inspeção do trabalho é fruto da revolução industrial (nesse sentido: Mannrich, Inspeção, p. 17, citando Hueck & Nipperdey), pois foi na Inglaterra (Factory Act 1802) que se instituiu a inspeção de fábricas, realizada por particulares, mas com caráter facultativo, e introduziu-se a inspeção governamental (Factory Act 1833, regulando o trabalho infantil na indústria têxtil), realizada por quatro inspetores, com autonomia para entrar nas fábricas, resolver conflitos decorrentes da aplicação das leis e impor sanções; na sequência vieram regulamentações na França (Leis de 22.03.1841, fiscalização facultativa, por eclesiais, da interdição de trabalho aos menores de oito anos, e de 19.05.1874, com escopo mais amplo), Prússia (1853), Alemanha (1872), Dinamarca (1873), Itália (Lei n. 4828, de 03.04.1879 e depois em 1906), Suíça (1882), Rússia (1882), Austria (Código Industrial de 1883), Hungria (1893), Espanha (1907), Argentina (1912), Uruguai (1913), Chile (1919) (cf. Segadas Vianna, Instituições, v. 2, p. 1295; Mannrich, Inspeção, p. 21; wikipedia).

O fim da Primeira Guerra Mundial foi selado pelo Tratado de Versailles, que aprovou a criação da OIT, hoje ligada à ONU, incumbida de cuidar da regulamentação internacional do trabalho. Assinado em 28.06.1919, inclusive pelo Brasil, no art. 427, 9, estabeleceu que os signatários deveriam organizar serviço de inspeção “a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores”.

No plano internacional, além da Convenção OIT n. 110, que dispõe sobre a fiscalização do trabalho na agricultura, há a Convenção OIT n. 81, de 19.06.1947, aprovada no Congresso pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29.05.1956, e promulgada pelo Decreto n. 41721, de 25.06.1957, posteriormente denunciada em 05.04.1971 (Decreto n. 68796, de 23.06.1971), e finalmente ratificada em 11.10.1989 (Decreto n. 95461, de 11.12.1987), que define a fiscalização como ação focada na aplicação das normas legais relativas “às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão”, tais como duração do trabalho; salários; segurança, higiene, bem estar, trabalho do menor, e outros temas conexos; orientação ao empregador e empregados sobre os meios mais eficazes de observar as disposições legais; levar ao co-

nhecimento da autoridade competente as deficiências ou os abusos que não estão especificamente compreendidos nas disposições legais existentes (art. 3º).

Magano (Manual, v. 4, p. 180) destaca como característica do sistema delineado pela normativa internacional a atribuição da função fiscalizatória a funcionários públicos (art. 6º), que terão a “colaboração entre os funcionários da inspeção do trabalho e os empregadores e os trabalhadores ou suas organizações” (art. 5º, b), e ampla liberdade de ação, inclusive com livre acesso “e sem aviso prévio, a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer estabelecimento submetido à inspeção” (art. 12, 1, a).

No Brasil, o marco inicial foi o Decreto n. 1313, de 17.01.1891, que instituiu a obrigatoriedade de permanente fiscalização, restritivamente, aos “estabelecimentos fabris em que trabalhassem menores”. Porém, como, conforme a redação original da Constituição de 1891, cabia aos estados legislar sobre a organização do trabalho, a sua aplicação restringia-se ao Distrito Federal. Somente com a reforma de 1926 é que tal competência passou à União (art. 34, 28; na CF/1988, art. 21, XXIV), resultando na edição do Decreto n. 19.671-A, de 04.02.1931, que criou o Departamento Nacional do Trabalho, incumbindo-lhe cuidar da “organização, higiene e inspeção do trabalho”. Por meio do Decreto n. 23.259, de 20.10.1933, foram criadas as Delegacias de Trabalho Marítimo, para inspeção, disciplina e policiamento nos portos, que passaram para as DRTs dos respectivos estados com a criação do Ministério do Trabalho e Previdência Social, em 11.01.1990, dissolvendo-se os Conselhos Marítimos (cf. Mannrich, Inspeção, p. 169).

A CLT, de 1943, ao tratar da fiscalização, da autuação e da imposição das multas, no Capítulo I, do Título VII (arts. 626 a 642), tornou a inspeção do trabalho uma atividade administrativa de caráter nacional, dando aos inspetores, no exercício do poder de polícia, a atribuição de penalizar os empregadores que descumprissem as leis trabalhistas.

2.2 - Da necessidade de fiscalização e seu caráter educativo

Partindo do pressuposto de que “no meio ambiente do trabalho, o bem jurídico tutelado é a saúde e a segurança do trabalhador, o qual deve ser salvaguardado das formas de poluição do meio ambiente laboral, a fim de que desfrute de qualidade de vida saudável, vida com dignidade” (Alice Monteiro, Curso, p. 1068), fiscalizar, “no sentido técnico do Direito do Trabalho, possui as seguintes acepções: a) atuação visando à aplicação das normas legais; b) orientação de empregadores e trabalhadores quanto à observância das normas legais; c) informação às autoridades sobre deficiências de condições de trabalho, ainda não regulamentadas”.

Sob a premissa de que “se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente feliz encontrar-se com eles; se entender seguir a lógica pura da sua razão, é milagre poder compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais” (Jean Cruet, Vida do direito e a inutilidade das leis, p. 14 apud Magano, Manual, v. 4, p. 177-178), para o autor, a lei só adquire eficácia plena quando reflete a consciência geral do povo (p. 177, citando Savigny), ressaltando a injustiça de se penalizar, apesar do art. 3º, da LICC, com base em

norma jurídica que não encontra respaldo da opinião pública (p. 178), o que pode resultar na punição de alguns poucos fiscalizados e impunibilidade dos demais; assim, considera a função educadora, inclusive através da orientação e pesquisa das condições de trabalho não regulamentadas em lei (p. 177 e 179-180), mais importante do que a censória (citando Segadas Vianna, Instituições, v. 2).²⁻³

Por outro lado, “o papel da fiscalização cresce de importância quando sabemos que o brasileiro não alcançou ainda aquele estágio de cultura cívica que o faça ter especial respeito pela ordem jurídica e pelo cumprimento da lei. Ainda há muito cidadão e muito empresário supondo que burlar a lei, em vez de delito, é uma demonstração de superioridade ou de inteligência. Estes brasileiros que só não avançam o sinal se o guarda estiver presente, ou só obedecem à lei se tiverem certeza de que estão sendo observados pela autoridade repressora, são o tormento da cidadania e da paz social. E é para este que deve dirigir-se o agente da inspeção do trabalho, munido de paciência e firmeza, para ensinar, para compor os conflitos e para reprimir” (José Alves de Paula apud Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1301).

Nesse contexto, o objetivo da lei, sobretudo na área sob foco, é fazer-se cumprir; não é punir, “reprimir e multar” (Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1307); “as funções da inspeção do trabalho são repressivas em relação à afronta à lei, orientadoras das partes e aprimoradoras do sistema” (p. 1308). O interesse do Estado está em que as adequações sejam efetivadas, até porque “a legislação do trabalho, sem inspeção, é mais um exercício de ética do que uma disciplina social obrigatória” (Manuel Alonso Olea apud Mannrich, Inspeção, p. 21). Mannrich (p. 25) o equaciona como “função quase que exclusivamente policial. Na maioria dos países essa missão foi ampliada; sua eficácia não resulta apenas do fato de ser um órgão de controle e sanção, mas também, uma instituição voltada a prevenir os conflitos coletivos de trabalho, atuando como agente catalisador, junto aos parceiros sociais, para assegurar condições adequadas de saúde e segurança no trabalho”.

E, exatamente, porque a prevenção prefere à reparação, de mais valia um sistema de normas práticas e simples de serem adaptadas à constante evolução, assegurando “a aplicação das sanções previstas nas leis trabalhistas e concorrendo para o aprimoramento das condições de trabalho e para a melhoria das relações entre empregado e empregador” (Mannrich, Inspeção, p. 17). A limitação das leis é importante, pois, “quanto mais se acentua o progresso técnico, mais difícil será regulamentá-lo” (p. 219).

Lima Teixeira (Instituições, v. 2, p. 1300) assinala que “eficá-

2. Em sentido semelhante, Mannrich afirma que as tutelas punitivo-administrativa e de responsabilidade civil não são adequadas, e muitas vezes são ineficazes, pois dependem de juízo valorativo econômico entre a vantagem decorrente do descumprimento e o prejuízo com a multa/indenização, apontando, ainda, a maior eficácia das sanções penais (cf. Inspeção, p. 232-233).

3. Convenção OIT n. 81, art. 17, 2. Os inspetores de trabalho terão a liberdade de fazer advertências ou de conselhos, em vez de intentar ou recomendar ações.

cia da lei e ação fiscalizadora são componentes que guardam entre si estreita relação de causalidade, objetivando garantir a realização do direito perante seu destinatário: o empregado”; “quão mais desenvolvida for a cidadania, a consciência e o apreço pela ordem jurídica, menos reclamada é a presença da inspeção do trabalho”, assim compreendida como “atividade destinada a manter ou restabelecer o equilíbrio do contrato, nas relações de trabalho, e, portanto, essencial à realização da justiça social” (p. 1300, citando José Alves de Paula).

2.3 - Da incumbência de fiscalizar, dos procedimentos, das prerrogativas e responsabilidades do agente de inspeção

A atividade de fiscalização, entendida como a realização de visitas em estabelecimentos para a verificação do cumprimento das normas trabalhistas (não se estendendo aos servidores públicos ligados à Administração por regime estatutário),⁴⁻⁵⁻⁶ “é exercida junto aos empregadores que mantêm empregados ou não, sujeitos ao cumprimento das normas de proteção ao trabalho regidas pela CLT e legislação complementar” (Mannrich, Inspeção, p. 181-182), à exceção do local de trabalho do doméstico, “sendo o domicílio o asilo inviolável do indivíduo, nos termos do art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal” (p. 199), por funcionários vinculados ao Ministério do Trabalho e Emprego (art. 626, §4º, da CLT),⁷ aos quais incumbe, sob pena de responsabilidade, sempre que concluir pela existência da violação de preceito legal, e não sendo o caso de observância dos arts. 627 e 627-A, da CLT, lavrar auto de infração (art. 628, da CLT), salvo de decisão proferida pela Justiça do Trabalho, conforme Lima Teixeira (Instituições, v. 2, p. 1311), inclusive dissídio coletivo (TST, Processo n. 3518/48).

As ações de fiscalização, em quantidade compatível com os recursos humanos, físicos e financeiros da SRTE (Secretaria de Relações de Trabalho e Emprego) – “corroborando para uma atuação eficiente e eficaz da auditoria fiscal do trabalho” -, são planejadas conjuntamente pelas chefias de fiscalização do trabalho, de segurança e saúde no trabalho

4. Decreto n. 4552, de 27.12.2002, art. 17. Os órgãos da administração pública direta ou indireta e as empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ficam obrigadas a proporcionar efetiva cooperação aos Auditores-Fiscais do Trabalho.

5. NR 1 - Disposições Gerais, item 1.1. As Normas Regulamentadoras - NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

6. Decreto n. 4552, de 27.12.2002, art. 9º. A inspeção do trabalho será promovida em todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, públicos ou privados, estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras.

7. Convenção OIT n. 81, art. 4. 1. Sempre que for compatível com a prática administrativa do Membro, a inspeção do trabalho deverá estar sob a vigilância e controle de uma autoridade central. 2. No caso de um Estado federal, o termo autoridade central poderá significar uma autoridade federal ou uma autoridade central de uma entidade confederada.

e de multas e recursos da Superintendência,⁸ com periodicidade quinquenal, conforme dispõem os arts. 3º e 5º, §5º, da Portaria MTE n. 546, de 11.03.2010, e aquelas previstas no planejamento terão prioridade de execução (art. 3º, §1º).

Além da fiscalização dirigida, resultante do planejamento da SRTE, poderá, ainda, haver: fiscalização indireta, envolvendo apenas análise documental, a partir de sistema de notificações via postal aos empregadores; a fiscalização por denúncia, originada de denúncia⁹ que envolva risco grave à segurança, à saúde ou à regularidade do pagamento do salário aos trabalhadores e que deve ser executada de imediato, ainda que não prevista no planejamento de fiscalização (art. 3º, §2º, da Portaria MTE n. 546); fiscalização imediata, decorrente da constatação de grave e iminente risco à saúde e segurança dos trabalhadores, que obriga a comunicação à chefia técnica imediata, bem como a lavratura de auto de infração ou expedição de termo de embargo ou interdição; fiscalização para análise de acidente do trabalho, originada de notícia sobre a ocorrência de acidente de trabalho grave ou fatal, tendo como objetivo a coleta de dados e informações para identificação do conjunto de fatores causais envolvidos na gênese do acidente (cf. art. 11, da Portaria MTE n. 546). As inspeções, sempre que necessário, serão efetuadas de forma imprevista, cercadas de todas as cautelas, na época e horários mais apropriados a sua eficácia (art. 15, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002).

“Ocorrendo violação de cláusulas constantes de Acordo ou Convenções Coletivas de Trabalho, deve o Fiscal do Trabalho lavrar o auto baseado no dispositivo legal da CLT infringindo e mencionar a norma coletiva transgredida”, conforme Parecer n. 187/86 da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho (Amauri Mascaro do Nascimento, apud Mannrich, Inspeção, p. 196). Salienta, o autor, que “somente as cláusulas de natureza normativa estão sujeitas à inspeção, porque atingem diretamente o trabalhador, integrando seu patrimônio contratual ao impor genericamente novas condições de trabalho. As cláusulas obrigacionais estão excluídas de seu âmbito na medida em que se referem às partes contratantes diretamente” (p. 194).

Quanto à presença de representantes dos empregados na fiscalização, obrigatória na Argentina na trilha da Convenção OIT n. 129, art. 8º, 2 (inspeção da agricultura), não obstante o teor da Mensagem n. 1584, de 28.10.1999, vetando na íntegra 8. As Portarias SSMT n. 5, de 7.03.1988 e GM/MTb n. 3311, de 29.11.1989 (“Art. 6º, parágrafo único. O planejamento das ações obedecerá a critérios de prioridades definidos em conjunto com as entidades sindicais representativas dos trabalhadores, levando em consideração empresas e atividades de maior grau de risco, maior taxa de acidentes de trabalho, doenças profissionais e do trabalho, maior incidência de infração das normas de proteção, segurança e saúde nacional, bem como estabelecendo as metas a serem alcançadas”), revogadas pela Portaria MTE n. 546, que não traz disposição semelhante, asseguravam a participação dos sindicatos profissionais na definição de planos de ação e prioridades.

9. As infrações à legislação do trabalho poderão ser denunciadas ao MTE por qualquer funcionário público (art. 631, caput, da CLT), devendo, então, a autoridade competente proceder às diligências necessárias (p.ú.).

o Projeto de Lei n. 71, de 1993, que introduzia o §2º ao art. 626, da CLT, para autorizar o acompanhamento da inspeção por representantes obreiros e patronais, sob o argumento de que “ao Agente de Inspeção, por força de legislação própria, é vedado revelar, sob pena de responsabilidade, certos segredos de interesse do empregador ou do empregado, sendo que tal proibição não alcança os representantes de categorias”, o Precedente Administrativo da Secretaria de Inspeção do Trabalho n. 38, na trilha da Portaria SSMT n. 3, de 07.02.1988 (cf. Mannrich, Inspeção, p. 223), estabelece que “Os empregadores estão obrigados a franquear seus estabelecimentos à visita de representantes dos trabalhadores que acompanhem ação de inspeção trabalhista das condições de segurança e saúde do trabalhador”.

Na forma dos §§3º, 4º e 6º, do art. 630, da CLT, o agente fiscalizador (mediante a exibição da credencial, obrigatória, salvo se julgar que prejudicará a eficácia do ato, conforme o art. 12 do Decreto n. 4552/2002), terá livre acesso às dependências das empresas que, por seus dirigentes ou prepostos, são obrigadas a prestar-lhe os esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições e exhibir-lhe, quando exigidos, quaisquer documentos que digam respeito ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, que devem permanecer nos locais de trabalho,¹⁰⁻¹¹ podendo, excepcionalmente, a critério da autoridade competente, ser apresentados em dia hora previamente fixados,¹² sob pena de

10. Decreto n. 4552, de 27.12.2002, art. 14. Os empregadores, tomadores e intermediadores de serviços, empresas, instituições, associações, órgãos e entidades de qualquer natureza ou finalidade são sujeitos à inspeção do trabalho e ficam, pessoalmente ou por seus prepostos ou representantes legais, obrigados a franquear, aos Auditores-Fiscais do Trabalho, o acesso aos estabelecimentos, respectivas dependências e locais de trabalho, bem como exhibir os documentos e materiais solicitados para fins de inspeção do trabalho.

11. Convenção OIT n. 81, art. 12. 1. Os inspetores de trabalho munidos de credenciais serão autorizados: a) a penetrar livremente e sem aviso prévio, a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer estabelecimento submetido à inspeção; b) a penetrar durante o dia em todos os locais que eles possam ter motivo razoável para supor estarem sujeitos ao controle de inspeção; c) a proceder a todos exames, controles e inquéritos julgados necessários para assegurar que as disposições legais são efetivamente observadas, e notadamente; i) a interrogar, seja só ou em presença de testemunhas, o empregador ou pessoal do estabelecimento sobre quaisquer matérias relativas à aplicação das disposições legais; ii) a pedir vistas de todos os livros, registros e documentos prescritos pela legislação relativa às condições de trabalho, com o fim de verificar sua conformidade com os dispositivos legais, de os copiar ou extrair dados; iii) a exigir a afixação dos avisos previstos pelas disposições legais; iv) a retirar ou levar para fim de análises, amostras de materiais e substâncias utilizadas ou manipuladas, contanto que o empregador ou seu representante seja advertido de que os materiais ou substâncias foram retiradas ou levadas para esse fim. 2. por ocasião de uma visita de inspeção, o inspetor deverá informar o empregador ou seu representante de sua presença, a menos que julgue que tal aviso pode ser prejudicial à eficiência da fiscalização.

12. A Portaria MTb de 26.02.1985, autoriza empresas com mais de um estabelecimento ou filial no mesmo município a manter centralizados, em uma de suas unidades, os documentos necessários à inspeção do trabalho, exceto os registros de empregados, controle de horário e Li-

configurar-se resistência ou embaraço à fiscalização, a justificar a lavratura do auto de infração e cominação da multa, de valor variável de meio a cinco salários mínimos regionais, sopesadas as circunstâncias atenuantes ou agravantes, a situação econômico-financeira do infrator e os meios a seu alcance para cumprir a lei, podendo, ainda, o auditor fiscal, “solicitar o concurso de especialistas e técnicos devidamente qualificados, assim como recorrer a laboratórios técnico-científicos governamentais ou credenciados, a fim de assegurar a aplicação das disposições legais e regulamentares relativas à segurança e saúde no trabalho” (art. 22, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002).

O Regulamento da Inspeção do Trabalho (Decreto n. 4552, de 27.12.2002), em seu art. 18, estabelece competir aos auditores fiscais do trabalho, em todo o território nacional:

- verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à saúde no trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego, em especial: a) os registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), visando à redução dos índices de informalidade; b) o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), objetivando maximizar os índices de arrecadação; c) o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores; e d) o cumprimento dos acordos, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil;
- ministrar orientações e dar informações e conselhos técnicos aos trabalhadores e às pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, atendidos os critérios administrativos de oportunidade e conveniência;
- interrogar as pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, seus prepostos ou representantes legais, bem como trabalhadores, sobre qualquer matéria relativa à aplicação das disposições legais e exigir-lhes documento de identificação;
- expedir notificação para apresentação de documentos;
- examinar e extrair dados e cópias de livros, arquivos e outros documentos, que entenda necessários ao exercício de suas atribuições legais, inclusive quando mantidos em meio magnético ou eletrônico;
- proceder a levantamento e notificação de débitos;
- apreender, mediante termo, materiais, livros, papéis, arquivos e documentos, inclusive quando mantidos em meio magnético ou eletrônico, que constituam prova material de infração, ou, ainda, para exame ou instrução de processos;
- inspecionar os locais de trabalho, o funcionamento de máquinas e a utilização de equipamentos e instalações;
- averiguar e analisar situações com risco potencial de gerar doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, determinando as medidas preventivas necessárias;
- notificar as pessoas sujeitas à inspeção do trabalho para o cumprimento de obrigações ou a correção de irregularidades e adoção de medidas que eliminem os riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores, nas instalações ou vro de Inspeção do Trabalho; no mesmo sentido a Portaria MTPS n. 3626, de 1991, alterada pela Portaria MTb n. 1121, de 1995.

métodos de trabalho;

- quando constatado grave e iminente risco para a saúde ou segurança dos trabalhadores, expedir a notificação a que se refere o inciso X, determinando a adoção de medidas de imediata aplicação;
- coletar materiais e substâncias nos locais de trabalho para fins de análise, bem como apreender equipamentos e outros itens relacionados com a segurança e saúde no trabalho, lavrando o respectivo termo de apreensão;
- propor a interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou o embargo de obra, total ou parcial, quando constatar situação de grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador, por meio de emissão de laudo técnico que indique a situação de risco verificada e especifique as medidas corretivas que deverão ser adotadas pelas pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, comunicando o fato de imediato à autoridade competente;
- analisar e investigar as causas dos acidentes do trabalho e das doenças ocupacionais, bem como as situações com potencial para gerar tais eventos;
- realizar auditorias e perícias e emitir laudos, pareceres e relatórios;
- solicitar, quando necessário ao desempenho de suas funções, o auxílio da autoridade policial;
- lavrar termo de compromisso decorrente de procedimento especial de inspeção;
- lavrar autos de infração por inobservância de disposições legais;
- analisar processos administrativos de auto de infração, notificações de débitos ou outros que lhes forem distribuídos;
- devolver, devidamente informados os processos e demais documentos que lhes forem distribuídos, nos prazos e formas previstos em instruções expedidas pela autoridade nacional competente em matéria de inspeção do trabalho;
- elaborar relatórios de suas atividades, nos prazos e formas previstos em instruções expedidas pela autoridade nacional competente em matéria de inspeção do trabalho;
- levar ao conhecimento da autoridade competente, por escrito, as deficiências ou abusos que não estejam especificamente compreendidos nas disposições legais;
- atuar em conformidade com as prioridades estabelecidas pelos planejamentos nacional e regional.

Relaciona, ainda, em seu art. 31, as atividades auxiliares de apoio operacional à inspeção do trabalho, a cargo dos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho:

- levantamento técnico das condições de segurança nos locais de trabalho, com vistas à investigação de acidentes do trabalho;
- levantamento de dados para fins de cálculo dos coeficientes de frequência e gravidade dos acidentes;
- avaliação qualitativa ou quantitativa de riscos ambientais;
- levantamento e análise das condições de risco nas pessoas sujeitas à inspeção do trabalho;
- auxílio à realização de perícias técnicas para caracterização

- de insalubridade ou de periculosidade;
- comunicação, de imediato e por escrito, à autoridade competente de qualquer situação de risco grave e iminente à saúde ou à integridade física dos trabalhadores;
- participação em estudos e análises sobre as causas de acidentes do trabalho e de doenças profissionais;
- colaboração na elaboração de recomendações sobre segurança e saúde no trabalho;
- acompanhamento das ações de prevenção desenvolvidas pela unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego;
- orientação às pessoas sujeitas à inspeção do trabalho sobre instalação e funcionamento das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA) e dimensionamento dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT);
- prestação de assistência às CIPA;
- participação nas reuniões das CIPA das pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, como representantes da unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego;
- devolução dos processos e demais documentos que lhes forem distribuídos, devidamente informados, nos prazos assinalados;
- elaboração de relatório mensal de suas atividades, nas condições e nos prazos fixados pela autoridade nacional em matéria de inspeção do trabalho;
- prestação de informações e orientações em plantões fiscais na área de sua competência.

Assim, pode, o auditor fiscal, com base em critérios técnicos, notificar o empregador para corrigir as irregularidades encontradas (NR 28, item 28.1.4), no prazo máximo de sessenta dias (item 28.1.4.1), prorrogável, por cento e vinte dias, contados da data do Termo de Notificação, diante de solicitação escrita do notificado, acompanhada de exposição de motivos relevantes (item 28.1.4.2) - prorrogação por tempo superior fica condicionada à prévia negociação entre o notificado e o sindicato representante da categoria dos empregados, com a presença da autoridade regional competente (item 28.1.4.3). Nessa trilha:

Precedente administrativo da Secretaria de Inspeção do Trabalho n. 91. Norma regulamentadora nº 1. Disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho. Abrangência. A competência da Inspeção do Trabalho consiste na verificação do cumprimento da legislação trabalhista. Medidas de proteção da saúde e segurança previstas em Instrução Técnica do Corpo de Bombeiros Militar, sem o correspondente específico na legislação trabalhista, mas que são aplicáveis e necessárias no ambiente de trabalho, devem ser previamente notificadas para cumprimento, em atenção ao dever de prever e controlar os riscos estabelecido na NR nº 9.

Precedente administrativo da Secretaria de Inspeção do Trabalho n. 93. Programa de controle médico de saúde ocupacional - PCMSO. Ações de saúde. Autuação. Necessidade de notificação prévia. A autuação por ausência de ações de saúde no planejamento do PCMSO não previstas em Norma Regulamentadora, depende de notificação prévia que especifique as ações de saúde adequadas ao trabalho desenvolvido e ao

ambiente laboral, tendo em vista a generalidade do dispositivo normativo.

Os auditores fiscais, que, nos termos da Portaria MTb n. 865, de 14.09.1995, art. 2º, devem ser munidos pelo próprio Ministério do instrumento normativo aplicável às relações de trabalho no âmbito do estabelecimento fiscalizado e empregados que nele laboram, de modo que “não é, portanto, obrigação, e, sim, faculdade das partes fornecer à fiscalização o texto” (Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1306), estão sujeitos à coordenação e controle do Ministro de Estado, ou Secretário, devendo prestando-lhes obediência, o que não significa interferência na atividade fiscal, em acordo com os arts. 87, p.ú., I-II, da CF, e 4, da Convenção OIT n. 81. Logo, “ação impeditiva da ação fiscal, no todo ou em parte (‘criar obstáculos’), não se confunde com seu controle, planejamento e gestão (‘interferência’). Estas são exercidas licitamente pelos escalões dirigentes do Ministério do Trabalho” (p. 1298).

O agente da inspeção do trabalho, que, via de regra, obedecendo a sistema de rodízio, distribui-se pelas diferentes áreas de inspeção da mesma circunscrição, permanecendo em cada uma delas pelo prazo máximo de doze meses,¹³ vedada a recondução no período seguinte (art. 5º e §1º, do Decreto n. 4552/2002), responde por falta grave no cumprimento do dever, podendo ser suspenso por até trinta dias, se, comprovadamente de má-fé, omitir ou lançar qualquer elemento no livro “Inspeção do Trabalho” que as empresas são obrigadas a possuir, lavrar autos contra empresas fictícias e de endereços inexistentes ou apresentar relatórios falsos (§§3º e 4º, do art. 628, da CLT). Veda-se aos auditores fiscais, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa: revelar, mesmo na hipótese de afastamento do cargo, os segredos de fabricação ou comércio, bem como os processos de exploração de que tenham tido conhecimento no exercício de suas funções; revelar informações obtidas em decorrência do exercício das suas competências; revelar as fontes de informações, reclamações ou denúncias; inspecionar os locais em que tenham qualquer interesse direto ou indireto, caso em que deverão declarar o impedimento (art. 35, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002; art. 15, da Convenção OIT n. 81).

2.3.1 - Dupla visita

Dispõe, o art. 627, da CLT, os requisitos para a adoção do critério da dupla visita, cujo objetivo “é a possibilidade de garantir o cumprimento das normas trabalhistas e, consequentemente, a efetiva proteção do trabalhador. E se isso, em muitos casos, só se consegue pela penalização do infrator, em muitos outros se conseguirá mais rápida e eficazmente pela conscientização e pela negociação” (Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1309), sendo observado nos seguintes casos:

- quando ocorrer promulgação ou expedição de novas leis,

13. Contudo, “sempre que verificar, em qualquer estabelecimento, a existência de violação a disposições legais”, deverá “comunicar o fato, imediatamente, à autoridade competente” (art. 20, do Decreto n. 4552), bem como, “nos casos de grave e iminente risco à saúde e segurança dos trabalhadores, o Auditor-Fiscal do Trabalho atuará independentemente de sua área de inspeção” (p.ú.).

regulamentos ou instruções ministeriais, sendo que, com relação exclusivamente a esses atos, será feita apenas a instrução dos responsáveis (art. 627, a, da CLT), nos primeiros noventa dias de vigência (art. 23, §1º, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002);

- quando se tratar de primeira inspeção nos estabelecimentos ou locais de trabalho recentemente inaugurados ou empreendidos (art. 627, b, da CLT), nos primeiros noventa dias de funcionamento (art. 23, §1º, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002);
- quando se tratar de estabelecimento ou local de trabalho com até dez trabalhadores (art. 6º, §3º, da Lei n. 7855, de 24.10.1989);
- quando se tratar de microempresa e empresa de pequeno porte, na forma da lei específica (art. 24, IV, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002).

Assim, a “dupla visita significa que, nas hipóteses descritas, o inspetor não deverá agir no sentido de autuar o empregador logo em sua primeira inspeção. Deve, isto sim, orientar e instruir o empregador sobre o sentido e o alcance da norma, indicando como cumpri-la. Só na segunda visita é que a persistência da infração ensejará o procedimento corretivo: a autuação” (Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1308). Contudo, “Essa preocupação educativa cederá quando ficar constatado, já na primeira visita, que o empregador recorreu a expedientes obnubilativos a configuração do próprio vínculo de emprego (ausência de anotação a configuração do próprio vínculo de emprego (ausência de anotação na CTPS), ou o inspetor encontrar fraude, resistência ou embaraço à própria ação fiscal, porque aí a malícia é evidente e a autuação, por consequência, deve ser feita desde logo” (p. 1308, citando Mannrich, Inspeção, p. 212-213; art. 6º, §3º, da Lei n. 7855, de 24.10.1989), restando afastada a aplicação do critério da dupla visita em face do dispositivo infringido (§4º).

A dupla visita será formalizada por meio de notificação, fixando-se prazo para a visita seguinte (art. 23. §3º, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002).

2.3.2 - Procedimento especial para ação fiscal

Nas situações sem gravidade e iminência de risco à saúde ou à integridade física do trabalhador, pode ser instaurado a modalidade de inspeção mista¹⁴ denominada procedimento especial de saneamento, “quando concluir pela ocorrência de

14. Decreto n. 4552, de 27.12.2002, art. 30. Poderão ser estabelecidos procedimentos de fiscalização indireta, mista, ou outras que venham a ser definidas em instruções expedidas pela autoridade nacional competente em matéria de inspeção do trabalho. §1º Considera-se fiscalização indireta aquela realizada por meio de sistema de notificações para apresentação de documentos nas unidades descentralizadas do Ministério do Trabalho e Emprego. §2º Poderá ser adotada fiscalização indireta: I. na execução de programa especial para a ação fiscal; ou II. quando o objeto da fiscalização não importar necessariamente em inspeção no local de trabalho. §3º Considera-se fiscalização mista aquela iniciada com a visita ao local de trabalho e desenvolvida mediante notificação para apresentação de documentos nas unidades descentralizadas do Ministério do Trabalho e Emprego.

motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista por pessoas ou setor econômico sujeito à inspeção do trabalho, com a anuência da chefia imediata” (art. 28, caput, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002), objetivando “a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso”, de conformidade com o art. 627-A da CLT.

O procedimento iniciará com a notificação para comparecimento à DRT, explicitando os motivos ensejadores da sua instauração (art. 28, §§1º e 2º, do Decreto n. 4552). O termo de compromisso estipulará as obrigações assumidas pelo compromissado e os prazos para seu cumprimento (§3º), durante o que o compromissado poderá ser fiscalizado para verificação de seu cumprimento, sem prejuízo da ação fiscal em atributos não contemplados no referido termo (§4º). Quando, porém, o procedimento especial para a ação fiscal for frustrado pelo não-atendimento da convocação, pela recusa de firmar termo de compromisso ou pelo descumprimento de qualquer cláusula compromissada, serão lavrados, de imediato, os respectivos autos de infração, e poderá ser encaminhando relatório circunstanciado ao Ministério Público do Trabalho (§5º).

Lima Teixeira (Instituições, v. 2, p. 1310) acentua que “o Termo de Compromisso tem apenas similitude nomenclatural com o instrumento celebrado no Ministério Público do Trabalho, mas não a força de título executivo extrajudicial”, e tem por objetivo “persuadir o empregador a se adequar às normas trabalhistas, baldadas as orientações anteriores da fiscalização, e fazê-lo assinar o Termo de Compromisso para regularizar a situação objetada”. O procedimento administrativo, instaurado pelo próprio auditor fiscal, com a anuência de sua chefia imediata, “deve estar concluído em 30 dias, contados da primeira reunião, admitida uma prorrogação”. “Enquanto o entendimento é buscado, a fiscalização não autua a empresa apenas em relação às matérias objeto do termo em negociação. Pode a empresa ser autuada quanto a outros assuntos, alheios ao procedimento especial”; “caso o empregador não atenda ao chamamento (...) ou descumpra cláusula (...) sofrerá ‘fiscalização reiterada’ e imposição de multa”. Ressalta, ainda, que “a Instrução Normativa MTE/SEFIT/SSST n. 13, de 6.7.99, não admitia a hipótese de ‘recusa em firmar o Termo de Compromisso’ pelo empregador (item 8, alínea b). Ora, quem é parte num processo de entendimento, por maior que seja sua afetação administrativa, não é obrigado a assiná-lo. O Termo é ato de vontade, ainda que sob a necessária persuasão da autoridade fiscal para adequação do infrator aos ditames da lei. Se, acordo não houver, que sobrevenha a atuação repressora da fiscalização”.

2.3.2.1 - Mesa de Entendimento

A Secretaria de Inspeção do Trabalho, através da Instrução Normativa SIT n. 23, de 23.05.2001, normatizou os procedimentos, a serem concluídos no prazo de trinta dias da primeira reunião, da Mesa de Entendimento, que precede a formalização do Termo de Compromisso e pode ser instaurada pela chefia da fiscalização, para atender o planejamento das ações fiscais, ou pelo auditor fiscal, independentemente da lavratura prévia do auto de infração, mediante relatório circunstanciado e convo-

cação, visando compelir o empregador, que não será fiscalizado quanto aos itens objetos da negociação, salvo para complementação de diagnóstico e esclarecimento de fatos, a sanear irregularidades de difícil solução, diagnosticada durante a ação fiscal, assim considerada, inclusive, a recalcitrância em se adequar às normas trabalhistas.

Instalada e desenvolvida nos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, salvo em situações excepcionais, o convite para participação, facultativo para as entidades sindicais representantes das categorias envolvidas e de outros segmentos econômicos e profissionais, é obrigatório para as entidades sindicais rurais, quando denunciante.

2.3.3 - Inspeção prévia

Há previsão, no art. 160, caput e §1º, da CLT, quanto à necessidade de inspeção prévia e aprovação, pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho, das respectivas instalações, para o início das atividades do estabelecimento, ou sempre que houver alteração substancial do ambiente de trabalho.

Tal regramento, entretanto, foi esvaziado pela NR n. 2, sob a perspectiva de, “além de coadunar-se com o espírito do Programa Nacional de Desburocratização, corrigir a impraticabilidade atual” (considerada da Instrução Normativa n. 1, de 17 de maio de 1983), que instituiu e se satisfaz com a “Declaração de Instalações da empresa”, atestando a conformidade com as exigências legais, procedendo a fiscalizações por amostragem, sob as justificativas de a inspeção prévia de instalações, para expedição do Certificado de Aprovação de Instalações - CAI, depois de mais de 37 (trinta e sete) anos, constituir um ato de realização cada vez mais difícil, e a multiplicação de estabelecimentos, bem como a expansão geográfica dos diferentes setores de atividade, acompanhando a própria urbanização acelerada, impedir uma adequada disponibilidade de recursos humanos e materiais capazes de mantê-la atualizada e plena.

2.3.4 - Embargo e Interdição

Nos moldes do art. 161 da CLT e da Norma Regulamentadora 3, aprovada pela Portaria n. 3214/1978, e que teve a redação alterada pela Portaria SIT n. 199, publicada no DOU de 19.01.2011, embargo e interdição são medidas de urgência, adotáveis na constatação de situação grave e de iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador, assim entendida “toda condição ou situação de trabalho que possa causar acidente ou doença relacionada ao trabalho com lesão grave à integridade física do trabalhador” (NR 3, item 3.1.1).^{15,16}

15. NR 28 - Fiscalização e Penalidades, item 28.2.1. Quando o agente da inspeção do trabalho constatar situação de grave e iminente risco à saúde e/ou integridade física do trabalhador, com base em critérios técnicos, deverá propor de imediato à autoridade regional competente a interdição do estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou o embargo parcial ou total da obra, determinando as medidas que deverão ser adotadas para a correção das situações de risco. 16. Convenção OIT n. 81, art. 13. 1. Os inspetores de trabalho serão autorizados a providenciar medidas destinadas a eliminar defeitos

A interdição implica a paralisação do estabelecimento, total ou restrita a setor de serviço, máquina ou equipamento, e é reversível pelo Delegado Regional do Trabalho, independente de recurso, após laudo técnico;¹⁷ o embargo pode abarcar a obra, no contexto de “todo e qualquer serviço de engenharia de construção, montagem, instalação, manutenção ou reforma” - item 3.3.1), integralmente ou só alguma etapa, cf. Homero Batista (Curso, v. 3, p. 15). Durante a vigência de ambas, podem ser desenvolvidas atividades necessárias à correção da situação que lhes deu causa, desde que adotadas medidas de proteção adequadas dos trabalhadores envolvidos, que, no período de paralisação, são postos em licença remunerada.

Tais medidas podem ser requeridas pelo serviço competente da Delegacia Regional do Trabalho, pelo agente de inspeção e pela entidade sindical. Homero Batista (Curso, v. 3, p. 16), citando o Enunciado n. 60, I, da Jornada de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho,¹⁸ defende que, sopesado encontrados em uma instalação, uma organização ou em métodos de trabalho que eles tenham motivos razoáveis para considerar como ameaça à saúde ou à segurança dos trabalhadores. 2. A fim de estarem aptos a provocar essas medidas, os inspetores terão o direito, ressalvado qualquer recurso judiciário ou administrativo que possa prever a legislação nacional, de ordenar ou de fazer ordenar: a) que sejam feitas nas instalações, dentro do prazo de um prazo fixo, as modificações necessárias a assegurar a aplicação escrita das disposições legais concernentes à saúde e à segurança dos trabalhadores. b) que sejam tomadas imediatamente medidas executivas no caso de perigo iminente para a saúde e a segurança dos trabalhadores. 3. Se o procedimento fixado no §2º não for compatível com a prática administrativa e judiciária do Membro, os inspetores terão o direito, de dirigir-se à autoridade competente para que ela formule prescrições ou faça tomar medidas de efeito executório imediato.

17. NR 28, 28.2.2. A autoridade regional competente, à vista de novo laudo técnico do agente da inspeção do trabalho, procederá à suspensão ou não da interdição ou embargo. 28.2.3. A autoridade regional competente, à vista de relatório circunstanciado, elaborado por agente da inspeção do trabalho que comprove o descumprimento reiterado das disposições legais e/ou regulamentares sobre segurança e saúde do trabalhador, poderá convocar representante legal da empresa para apurar o motivo da irregularidade e propor solução para corrigir as situações que estejam em desacordo com exigências legais. 28.2.3.1. Entende-se por descumprimento reiterado a lavratura do auto de infração por 3 (três) vezes no tocante ao descumprimento do mesmo item de norma regulamentadora ou a negligência do empregador em cumprir as disposições legais e/ou regulamentares sobre segurança e saúde do trabalhador, violando-as reiteradamente, deixando de atender às advertências, intimações ou sanções e sob reiterada ação fiscal por parte dos agentes da inspeção do trabalho.

18. Enunciado n. 60. Interdição de estabelecimento e afins. Ação direta na Justiça do Trabalho. Repartição dinâmica do ônus da prova. I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legítimo específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa. II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “inaudita altera parte”, em havendo laudo técnico preli-

terem, dentre suas funções institucionais, a proteção do meio ambiente do trabalho, também o Ministério Público do Trabalho (art. 129, III, da CF; art. 83, III, da Lei complementar n. 75, de 20.05.1993) e os sindicatos (sob o prisma do art. 513, a, da CLT), bem como qualquer outro legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiente, nos termos dos arts. 1º, I, 5º, e 21, da Lei n. 7347, de 24.07.1985, “podem e devem provocar”, judicialmente, em ação principal ou cautelar, buscar a interdição do estabelecimento, em tais circunstâncias.

Após a determinação de interdição ou embargo, decisão suscetível de revisão por intermédio de recurso, interponível pelo interessado, no prazo de dez dias, e ao qual pode ser atribuído efeito suspensivo (suspendendo-se, na verdade, os efeitos da decisão recorrida), responde inclusive por desobediência quem “ordenar ou permitir o funcionamento do estabelecimento ou de um dos seus setores, a utilização de máquina ou equipamento ou o prosseguimento de obra, se, em consequência, resultarem danos a terceiros.” (art. 161, §4º, da CLT).

2.4 - Prescrição

Salientado, por Washington de Barros (Curso, p. 290), que “a prescrição aproveita realmente, de modo indistinto, tanto às pessoas físicas como às jurídicas, quer as de direito público, quer as de direito privado. Nenhum privilégio outorga o direito nesse particular. Não existem entidades imunes aos seus efeitos, como sucedia outrora com a Ordem de Malta, que pretendia não estar sujeita a qualquer prescrição.”, e ressaltado por Hely Lopes (Direito Administrativo, p. 627), que a prescrição das ações da Fazenda Pública contra o particular “é a comum da lei civil ou comercial, conforme a natureza do ato ou contrato a ser ajuizado”, decorre do princípio da isonomia a aplicação, na hipótese, do prazo quinquenal previsto no Decreto n. 20910/1932 (que tem força de lei, pois editado pelo Executivo quando absorvia também as funções legislativas), e, também, na Lei da Ação Popular (Lei n. 4717, de 29.06.1965, art. 21). Nesse sentido, a seguinte ementa jurisprudencial:

Administrativo infração ambiental. Pena de multa. Prescrição quinquenal. 1. As penas por infrações ambientais, por serem de natureza publica ficam sujeitas à prescrição quinquenal, por aplicar-se o disposto no Decreto nº 20910/32. Múltiplos precedentes. 2. Recurso especial desprovido. STJ, 2ªT., REsp n. 1102193, rel. min. Eliana Calmon, j. 16.12.2008.

Sendo assim, sobrelevam as diretrizes da Lei n. 9873/1999 (conversão da MPv n. 1.859-17, de 22.10.1999, originária da MPv n. 1.708, de 30.06.1998), que, em seu art. 1º, disciplina

minar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, caput, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

prescrever em cinco anos “a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”, salvo quando o fato objeto da ação punitiva também constituir crime, em que reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal (§2º), assim como a ação de execução, após o término regular do processo administrativo, com a constituição definitiva do crédito não tributário (art. 1º-A, incluído pela Lei nº 11.941/2009).

Quanto ao curso do prazo para apuração da infração, observam-se as seguintes causas interruptivas (art. 2º, I-IV, da Lei n. 9873, de 23.11.1999):

- notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
- qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
- decisão condenatória recorrível.
- qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

Já quanto à prescrição da ação executiva, as causas interruptivas são (art. 2ºA, da Lei n. 9873, de 23.11.1999):

- despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;
- protesto judicial;
- qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor;
- qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

2.4.1 - Prescrição intercorrente

O §1º, do art. 1º, da Lei n. 9873/1999, dispõe incidir a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, regra inequivocamente aplicável também no procedimento administrativo em questão:

Precedente administrativo da Secretaria de Inspeção do Trabalho n. 77. Prescrição. Processo administrativo paralisado em virtude do desaparecimento dos autos. O afastamento da prescrição administrativa de que trata a Lei nº 9.873/99 somente pode ocorrer nos casos expressamente previstos na legislação. Dessa forma, incide a prescrição prevista no art. 1º, §1º desta norma no processo administrativo paralisado em virtude do desaparecimento dos autos, tendo em vista que tal fato não se enquadra dentre as hipóteses de interrupção ou suspensão da prescrição prevista nessa lei.

3 – Autuação de processo administrativo

3.1 - Auto de infração e ciência

A toda verificação em que concluir pela existência de vio-

lação de preceito legal deve corresponder – ressalvadas as hipóteses de dupla visita e de procedimento especial de fiscalização (art. 628, da CLT; art. 24, do Decreto n. 4552, de 27.12.2002; NR 28, item 28.1.3) –, o auto de infração será lavrado pelo auditor fiscal do trabalho, um para cada infração constatada (art. 10º, §2º, da Portaria MTb n. 148, de 25.01.1996), em três vias, e deverá conter: nome, endereço e CEP do autuado; ramo de atividade (CNAE), número de empregados e número de inscrição no CNPJ ou CPF do Ministério da Fazenda ou CEI do Ministério da Previdência Social; ementa da autuação e seu código; descrição clara e precisa do fato caracterizado como infração, com referência às circunstâncias pertinentes, relacionando pelo menos um empregado em situação ou atividade irregular, exceto quando a lei cominar multa per capita, hipótese em que deverão ser relacionados todos os empregados em situação ou atividade irregular; capitulação do fato mediante citação expressa do dispositivo legal infringido; elementos de convicção; ciência do prazo para apresentação de defesa e indicação do local para sua entrega; local, data e hora da lavratura; assinatura e carimbo do autuante contendo nome, cargo e matrícula; assinatura e identificação do autuado, seu representante ou preposto (art. 9º, da Portaria MTb n. 148, de 25.01.1996), cuja ausência, contudo, não implicará em invalidade do ato, sendo dispensada, também, a assinatura de testemunhas (art. 629, §1º, da CLT).

A lavratura deverá ser feita no local da inspeção; havendo motivo justificado, em até 24h (art. 629, §1º, parte final, da CLT): quando o local não oferecer condições; quando sua lavratura possa perturbar o funcionamento do local fiscalizado; quando houver resistência, desacato ou qualquer outra forma de constrangimento contra o Agente da Inspeção do Trabalho; quando se tratar de Notificação para Apresentação de Documentos - NAD na DRT ou em suas unidades descentralizadas, nos casos de fiscalização indireta (art. 7º, I-IV, da Portaria MTb n. 148).

O auditor fiscal poderá apreender, mediante termo, “quaisquer papéis e documentos que constituam prova material da infração” (art. 8º, caput, da Portaria MTb n. 148), podendo o autuado fornecer, em substituição, cópias autênticas, “salvo quando o fato constituir ação penal, caso em que o documento original acompanhará o processo-crime, mantida uma cópia em poder do empregador” (parágrafo único).

O auto deverá ser registrado em livro próprio do MTE, com a indicação sumária de seus ‘elementos característicos’ (art. 629, §4º, da CLT). Inicia-se, então, o processo administrativo de aplicação de multa (art. 1º, da Portaria MTb n. 148).

O autuado será cientificado, por escrito, do inteiro teor de todas as decisões (art. 15, da Portaria MTb n. 148), que será considerada efetuada (art. 16, I, da Portaria MTb n. 148): na data da ciência do interessado, se pessoal, 48h da expedição, se por via postal (na recusa durante a ação fiscal - art. 9º, §5º, da Portaria MTb n. 148; ou quando o infrator estiver em lugar incerto e não sabido, art. 636, §2º, da CLT), ou ainda, 10 dias após a publicação, se por edital no DOU ou em jornal de grande circulação local (na recusa de recebimento por via postal – art. 9º, §6º, da Portaria MTb n. 148).

O servidor terá oito dias, sob pena de responsabilidade,

para realizar os atos processuais que lhe couberem providenciar, podendo requerer, justificadamente, dilação do prazo à chefia imediata, a quem caberá, ainda, a certificação do vencimento dos prazos (art. 19, da Portaria MTb n. 148).

3.2 - Defesa e instrução

O infrator terá, para apresentar defesa à DRT, o prazo de dez dias contados da intimação do auto (art. 629, §3º, da CLT) – o prazo somente se inicia em dia de expediente na repartição, e, acaso finde em fim de semana ou feriado, prorroga-se para o primeira dia útil seguinte. Atendendo a circunstâncias especiais, a autoridade o poderá aumentar o prazo para defesa até o dobro quando o interessado “residir em localidade diversa daquela onde se achar a autoridade” (art. 633, da CLT; art. 18, I, da Portaria MTb n. 148), ou prorrogar o prazo para a realização de diligência (inc. II).

Com a defesa – uma para cada auto de infração –, que deverá ser apresentada por escrito, diretamente na repartição ou enviada por via postal, mencionará a autoridade a quem é dirigida, qualificação do interessado, motivos de fato e de direito em que se fundamentar, diligências que pretende sejam efetuadas (arts. 23 e 24, I-IV, da Portaria MTb n. 148), cabendo à autoridade processante – Delegado Regional do Trabalho – avaliar a pertinência da sua produção (art. 632, da CLT), e determinar, de ofício, aquelas que entender necessárias (art. 25, da Portaria MTb n. 148), sempre de forma fundamentada.

A documentação que instruir a defesa deverá ser apresentada em via original ou cópia autenticada (§2º). O subscrevente da petição deverá comprovar a condição de responsável legal ou procurador da empresa (art. 24, §1º, da Portaria MTb n. 148).

Relevante apontar que, no âmbito do processo administrativo, a falta de defesa não induz a revelia e pena de confissão, admitindo-se, inclusive, a posterior interposição de recurso, inclusive com apresentação de documentos.

3.3 - Nulidades e saneamento

São nulos: os atos e termos lavrados por funcionário que não tenha competência legal para fazê-lo; as decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa; as decisões destituídas de fundamentação (art. 20, I-III, da Portaria MTb n. 148). Observar-se-á o princípio da preclusão, vez que a nulidade deverá ser arguida pela parte interessada na primeira oportunidade, salvo nas duas primeiras hipóteses, quando será decretada de ofício (art. 21, da Portaria MTb n. 148).

Ademais, o processo para aplicação da sanção administrativa respeitará o princípio da instrumentalidade das formas (art. 5º, da Portaria MTb n. 148), de modo que não se decretará nulidade quanto for possível repetir o ato ou retificar o auto de infração, nem quando for arguida por quem lhe tenha dado causa (art. 20, §1º, da Portaria MTb n. 148). Assim, tampouco haverá nulidade por conta de omissão ou incorreção no auto de infração se “do processo constarem elementos suficientes para a caracterização da falta” (art. 10, da Portaria MTb n. 148).

Decretada a nulidade, a autoridade deverá especificar os

atos a que ela se estende, “e não prejudicará senão os posteriores que deles dependam ou sejam consequência” (art. 20, §2º, da Portaria MTb n. 148), e “quando se tratar de omissão ou erro na capitulação da infração, caberá à autoridade regional, (...) corrigir a irregularidade, concedendo novo prazo à autuada para apresentar defesa” (art. 10, §1º, da Portaria MTb n. 148).

3.4 - Decisão e intimação

Encerrada a instrução e saneado o processo, ele é encaminhado para análise e decisão pelo delegado regional do trabalho (art. 14, I, da Portaria MTb n. 148), que, em decisão “fundamentada, clara, precisa e objetiva”, evitando “o uso de expressões vagas, códigos ou siglas” (art. 27, da Portaria MTb n. 148), poderá concluir pela improcedência (arquivamento), procedência total ou parcial do auto de infração, resultando na aplicação de sanção pecuniária (art. 28, da Portaria MTb n. 148),¹⁹ sem prejuízo de eventual sanção de natureza penal (cf. art. 634, p.ú., da CLT).

As infrações às normas de saúde e segurança do trabalho são punidas com multas pecuniárias variáveis, com parâmetros previstos em portaria do Ministério do Trabalho (Anexo I da NR 28 - Portaria MTb n. 3214, de 08.06.1978²⁰), sopesando a quantidade de empregados e a norma infringida, de forma a buscar uma aplicação isonômica da norma. Assim, na graduação da multa, o julgador, deverá atentar-se: ao número de empregados prejudicados com a infração; importância da infração sob o aspecto qualitativo, i.e., se substancial ou meramente formal; quantidade de infrações cometidas em relação ao mesmo capítulo da lei; condições pessoais do infrator - capacidade econômica, etc. - “para que a multa possa realmente atingir os seus fins corretivos” (Caldas Brandão & Gomes Talarico apud Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1312-1313), “levando-se em conta, além das circunstâncias atenuantes ou agravantes, a situação econômico-financeira do infrator e os meios a seu alcance para cumprir a lei” (art. 5º, Lei n. 7855, de 24.10.1989).

Assim, nos termos do art. 26, p.ú., do Decreto n. 4552, de 27.12.2002, a reiteração da falta comprovada em relatório emitido pelo auditor fiscal, “poderá e deverá ser constatada pela fiscalização, cabendo à autoridade aplicadora da pena a faculdade de mandar apurar a existência da continuidade dando margem à imposição de multa mais elevada” (Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1312), ensejando, ainda, por parte da autoridade regional competente, a denúncia do fato, de imediato, ao Ministério Público do Trabalho (art. 26, p.ú., do Decreto n. 4552/2002). Porém, “há que distinguir plenamente

19. Precedente administrativo da Secretaria de Inspeção do Trabalho n. 14. Multa. Valor sem expressão econômica. Processamento regular obrigatório. A impossibilidade de impor multa ao infrator em virtude da desatualização ou inexpressividade de seu valor; não obsta o processamento regular do auto de infração e sua declaração de subsistência, uma vez que o instituto da reincidência e a possibilidade de ulterior atualização daquele valor impedem-lhe pronto arquivamento. 20. Valores fixados em UFIR, extinta pela MPv n. 1973-67, de 26.10.2000 (substituída pela MPv n. 2176-79, de 23.08.2001, ainda vigente por força do art. 2º, da EC n. 32, de 11.09.2001), art. 29, §3º, são convertidos para real.

a lavratura de autos sucessivos, com a decorrência de dias ou mesmo na jornada de trabalho seguinte. Neste caso, estão, por exemplo, as violações da lei por excesso ou antecipação de horário, folga semanal, horário de descanso ou para refeições. Nestes casos, a infringência da lei se verifica com a configuração da hipótese e justifica a sucessiva autuação, respeitados aqueles limites, mesmo porque está na continuidade da autuação o único meio de compelir o infrator a respeitar a lei e os direitos de seus empregados. Outra será a situação, porém, se se tratar, por exemplo, do pagamento do imposto sindical, do cumprimento da Lei de Acidentes, da anotação da carteira profissional” (Caldas Brandão apud Lima Teixeira, Instituições, v. 2, p. 1312) - as primeiras são infrações independentes e repetidas, e não infração continuada.

A multa será aplicada em seu valor máximo caso constate-se reincidência específica (autuação não mais sujeita a recurso), nos dois anos anteriores (art. 6º, §1º, Lei n. 7855, de 24.10.1989; art. 22, p.ú., da Portaria MTb n. 148), embaraço ou resistência à fiscalização, emprego de artifício ou simulação com o objetivo de fraudar a lei (art. 201, parágrafo único, da CLT), acrescendo, o art. 5º, da Lei n. 7855, de 24.10.1989, a hipótese de desacato.

Proferida a decisão, o interessado será notificado, e, em caso de imposição de multa, deverá recolher o montante em dez dias (art. 31, da Portaria MTb n. 148), ou interpor recurso.

Eventuais erros materiais na decisão poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento do interessado, conforme dispõe o art. 30, da Portaria MTb n. 148.

3.5 - Pagamento

Como já afirmado acima, proferida a decisão com imposição de multa, o autuado será notificado para recolher o montante em dez dias (art. 31, da Portaria MTb n. 148), que terá seu valor reduzido em 50% se, deixando de recorrer, recolher o valor no prazo indicado, comprovando o recolhimento com o envio da guia de recolhimento²¹ autenticada (art. 636, §§6º

21. O pagamento deve ser efetuado por meio de guia DARF, a ser preenchida da seguinte forma:

- Campo 01: nome do empregador e número do auto de infração a que se refere o pagamento;
- Campo 02: data da imposição da multa ou do pagamento;
- Campo 03: número do CPF ou CNPJ do empregador;
- Campo 04: código de receita, com quatro dígitos, conforme o caso:
 - 0289, para o pagamento de multa imposta por infração da legislação trabalhista, em geral;
 - 2877, para o recolhimento de multa decorrente de infração às Leis ns. 7998, de 12.01.1990 e 4923, de 28.12.1965;
 - 9207, para recolhimento de multa por infração à Lei Complementar n. 110/2001;
 - 7309, para recolhimento de depósito recursal;
- Campo 05: número do processo referente ao qual se pretende efetuar o pagamento;
- Campo 06: data do pagamento ou do último dia do prazo para pagamento;
- Campo 07: valor da multa imposta;
- Campo 08: valor da multa de mora, devida se o pagamento for efetuado após o prazo legal e nas seguintes proporções:

e 7º, da CLT; art. 32, caput e §2º, da Portaria MTb n. 148) à unidade do MTE.

Realizado o depósito com código errado, o empregador deve se dirigir a uma unidade da Receita Federal e solicitar a retificação (REDARF) do código. Se o pagamento for realizado em valor incorreto, o empregador será notificado a efetuar o pagamento do valor restante ou para ser ressarcido do valor pago a maior.

Se a multa não for quitada, poderá DRT promover cobrança amigável do montante (art. 640, da CLT). Caso contrário, promoverá a inscrição em livro especial, e, encaminhará cópia autêntica à Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, para inscrição em Dívida Ativa do débito e ação executiva, sofrendo atualização e juros moratórios de 1% ao mês (art. 641, da CLT; art. 6º, da Lei n. 7855, de 24.10.1989; art. 40, da Portaria MTb n. 148; superado o art. 642, da CLT que atribuía essa competência ao MPT).

3.6 - Recurso

“De toda decisão que impuser multa por infração das leis e disposições reguladoras do trabalho, e não havendo forma especial de processo caberá recurso” (art. 635, da CLT), em dez dias, contendo os mesmos requisitos da defesa, perante a “autoridade que houver imposto a multa”, que, com informações (contrarrazões), o encaminhará em oito dias à autoridade superior (art. 636, caput, da CLT; Portaria MTb n. 148, arts. 34 e 35) - Secretário de Fiscalização do Trabalho ou Secretário de Segurança e Saúde no Trabalho, conforme a matéria objeto da autuação (arts. 14 e 33, Portaria MTb n. 148) -, devendo decidi-lo fundamentadamente (art. 635, p.ú., da CLT). Também das decisões implicando arquivamento do processo administrativo estão sujeitas a recurso de ofício (art. 637, da CLT; art. 36, da Portaria MTb n. 148).

Proferida a decisão de segunda instância, os autos serão devolvidos à DRT para ciência do interessado e para o seu cumprimento (art. 38, da Portaria MTb n. 148).

Em qualquer momento do processo, e até noventa dias da decisão final, poderá o Ministro do Trabalho avocar o exame e decisão.

3.6.1 - Depósito prévio

A CLT, em seu texto original, e também na redação que o Decreto-lei n. 229, de 28.02.1967, exige, para o seguimento do recurso, a efetuação no prazo de depósito integral da multa imposta e comprovação em seis dias (art. 636, §§1º, 4º e 5º, da CLT), através do envio à repartição de guia autenticada (arts. 32, §§1º e 2º, e 34, da Portaria MTb n. 148).

Até 2007, o STF considerava recepcionado pela Constituição de 1988 as disposições legais prevendo a efetuação de

depósito prévio ou indicação de bens para a admissão do recurso administrativo. O *leading case* que até então norteou essa orientação foi o RE n. 210246, rel. min. Ilmar Galvão, j. 12.11.1997.

Entretanto, a Corte mudou sua orientação em 2007, por ocasião do julgamento dos RE ns. 389383 e 390513, rel. min. Marco Aurélio, j. 28.03.2007, e da ADI n. 1976, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 28.03.2007, passando a considerar que a exigência de depósito prévio do valor total da multa imposta para dela recorrer administrativamente fere os direitos constitucionais da não privação dos bens sem o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), que eventualmente resultou na publicação, em 10.11.2009, da Súmula vinculante n. 21 (“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”).

No entanto, na esfera trabalhista, prevaleceu o entendimento de que o depósito prévio, mesmo na vigência da Constituição de 1988, seguia sendo exigível.²² Hoje, porém, essa interpretação não é mais sustentável em face do posicionamento inequívoco adotado pelo STF sobre o tema, afirmando que a Súmula vinculante n. 21 também se aplica às sanções administrativas impostas no âmbito do MTE:

Recurso administrativo e depósito prévio. A exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recursos administrativos afigura-se contrária à presente ordem constitucional, inclusive na esfera trabalhista. Com base nessa orientação, o Plenário julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar não recebido o art. 636, § 1º, da CLT.²³ Em preliminar, assentou-se a legitimidade ativa da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC. No mérito, destacou-se a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, em um primeiro momento, entendia constitucional a exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso administrativo, mas que, posteriormente, passou a reconhecer sua ilegitimidade. Por fim, aduziu-se que a reiteração desse entendimento cominara na edição do Verbete de Súmula Vinculante 21 (“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”). STF, ADPF n. 156, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18.08.2011.

22. Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado n. 62. Depósito recursal administrativo. Recepção constitucional. O depósito exigido pelo parágrafo 1º do artigo 636 consolidado não afronta qualquer dispositivo constitucional que assegure a ampla defesa administrativa, o direito de petição aos órgãos públicos e o direito aos recursos administrativos.

23. CLT, art. 636. Os recursos devem ser interpostos no prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento da notificação, perante a autoridade que houver imposto a multa, a qual, depois de os informar encaminhá-los-á à autoridade de instância superior. § 1º O recurso só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa.

De qualquer forma, se efetuado o depósito prévio, não provido o recurso, ele se converterá em pagamento (art. 639, da CLT); se, porém, a decisão de segunda instância for no sentido da insubsistência do auto de infração, o valor depositado será devolvido ao empregador, que será notificado pelo MTE a respeito do seu crédito, devendo se dirigir à unidade local da Receita Federal para solicitar o ressarcimento.

4 – Defesa por via judicial

Judicialmente, o fiscalizado poderá utilizar-se de quatro vias para se eximir das consequências da autuação: a ação anulatória de ato administrativo, ação de repetição de indébito, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo em face de ato ilegal (art. 1º, da Lei n. 12016, de 07.08.2009) e embargos à execução fiscal. Todas são de competência da Justiça do Trabalho, nos precisos termos do art. 114, VII, da CF.

4.1 - Ação anulatória

A ação anulatória deverá ser proposta no juízo onde, eventualmente, seria ajuizada a execução fiscal para a cobrança do tributo (cf. arts. 800, do CPC, e 5º da Lei n. 6830/1980).

É inexigível a efetivação de depósito prévio como requisito de admissibilidade da ação, conforme já firmou o STF na Súmula vinculante n. 28, que se refere ao crédito tributário (o que a multa administrativa, rigorosamente, não é, conforme definição do art. 3º, do CTN, por se tratar de sanção de ato ilícito), mas que também deve ser observada quanto aos créditos fiscais em geral.

Contudo, se não houver o depósito integral do valor, não haverá suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, salvo concessão de antecipação dos efeitos da tutela nesse sentido (cf. art. 151, II e V, do CTN), de modo que não haverá óbice ao ajuizamento de execução fiscal pela União.

4.2 - Repetição de indébito

Trata-se, em verdade, de duas ações cumuladas: uma pretendendo a anulação do auto de infração, e outra direcionada à repetição do valor

Não se tratando de crédito tributário, o pagamento indevido de multa administrativa não se sujeita às regras estampadas no CTN (arts. 165-169), que estabelece prazo decadencial, observando-se, contudo o prazo prescricional de cinco anos (art. 1º, do Decreto n. 20910, de 06.01.1932), contados da constituição definitiva do crédito fiscal - rigorosamente, o prazo para pleitear a repetição somente se inicia depois de desconstituído o ato administrativo que lhe credita exigibilidade.

Por fim, não cabe a repetição fundada em pagamento de crédito fiscal prescrito, cf. art. 882, do CC (Candida Saibert, p. 7).

4.3 - Mandado de segurança

Havendo violação, ou ameaça, a direito líquido e certo, no mandado de segurança ajuizado contra a autuação ou processo administrativo figurará como autoridade coatora o auditor fiscal do trabalho (art. 6º, §3º, da Lei n. 12016, de 07.08.2008), e pessoa jurídica interessada a União (art. 7º, II, da Lei n. 12016, de 07.08.2009).

A Constituição atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar o mandado de segurança “quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição” – CF, art. 114, IV –, inexistindo, porém, qualquer regra de distribuição de competência entre os seus diversos órgãos. Assim, recorrendo analogicamente às regras de competência atinentes aos demais ramos do Judiciário, a princípio, então, a competência será sempre do juízo singular de primeira instância, salvo quando o ato impugnado for de juiz do trabalho ou de Tribunal Regional do Trabalho, quando o próprio Tribunal será competente; da mesma forma competente será o TST quando o ato for do próprio Tribunal.

Se já constituído o crédito fiscal, poderá ser concedida medida limiar determinando a suspensão da sua exigibilidade, na trilha do disposto no art. 151, IV, do CTN.

4.4 - Embargos à execução fiscal

Nos embargos à execução fiscal, proposto em até trinta dias da garantia do juízo (art. 16, caput, da LEF), será franqueado ao executado arguir “toda matéria útil à defesa” (§2º), visto se tratar de ação constitutiva negativa ou declarativa, a depender da matéria arguida, de cognição ampla. Assim, poderá ser invocada a invalidade da autuação, do processo administrativo subsequente, ou prescrição do crédito fiscal.

O prazo para execução da multa administrativa, como já apontado alhures, é de cinco anos, a contar da constituição definitiva do crédito fiscal. Por não se tratar de crédito tributário (nesse sentido: STJ, 1ªS., REsp n. 1105442, rel. min. Hamilton Carvalhido, j. 09.12.2009; Candida Saibert, p. 1), é equivocada a conclusão esposada no Enunciado n. 61 da Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (“Prescrição. Multas administrativas impostas pela DRT. Aplica-se às ações para cobrança das multas administrativas impostas pela Delegacia Regional do Trabalho, por analogia, o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 174 do CTN”), ao se reportar à regra do art. 174, do CTN, ainda que por analogia, ainda que, rigorosamente, a aplicação do art. 1º, do Decreto n. 20910/1932, implique na observância de prazo idêntico - cinco anos (contudo, há doutrina e jurisprudência defendendo a utilização da regra do Código Civil, atualmente em dez anos, cf. art. 205).

Recurso especial representativo de controvérsia. Rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Exercício do poder de polícia. Multa administrativa. Execução fiscal. Prazo prescricional. Incidência do Decreto nº 20.910/32. Princípio da isonomia. 1. É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32). 2. Recurso especial provido. STJ, 1ªS., REsp n. 1105442, rel. min. Hamilton Carvalhido, j. 09.12.2009.

Não tem natureza tributária a multa aplicada por infração ambiental, constituindo-se em transgressão administrativa. Por isto, não se sujeita ao lapso prescricional previsto no artigo 174 do Código Tributário Nacional, aplicando-se o disposto nos artigos 177 e 179, do Código Civil.

TJRJ, 4ª Câm. Civ., Ap. n. 964/2002, rel. des. Jair Pontes de Almeida, DJ 05.09.2002.

O ônus probatório quanto à invalidade do título executivo incumbe ao embargante; nesse sentido:

Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho

Enunciado n. 58. Ação de execução fiscal. Presunção de certeza e liquidez da existência da dívida. Não é dado ao Juiz retirar a presunção de certeza e liquidez atribuída pela lei, nos termos do arts. 204 do CTN e 3º da Lei nº 6.830/80, à dívida ativa inscrita regularmente. Ajuizada a ação de execução fiscal – desde que presentes os requisitos da petição inicial previstos no art. 6º da Lei nº 6.830/80 –, a presunção de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa somente pode ser infirmada mediante produção de prova inequívoca, cujo ônus é do executado ou do terceiro, a quem aproveite.

5 – Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

MACHADO, José Manoel. A fiscalização do trabalho frente à flexibilização das normas trabalhistas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 644, 13 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6599>>.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho, v. 4. 2ª ed, São Paulo: LTr, 1992.

MANNRICH, Nelson. Inspeção do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil parte geral. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 10ª ed., São Paulo: LTr, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich W.. Genealogia da moral. São Paulo: Cia. das letras, 2004.

SAIBERT, Candida Silveira. Parecer n. 1117/2005. Disponível em <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/>

[usu_doc/p1117_05.pdf](#). Acessado em 27.08.2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado, v. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho, v. 2. 22ª ed., São Paulo: LTr, 2005.

TUTELA PREVENTIVA NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A locução “meio ambiente do trabalho” significa o conjunto de condições existentes no local de trabalho no que se refere à saúde e à segurança do trabalhador. Por sua vez, “tutela” é expressão do gênero “tutela jurídica”, a proteção que o Estado confere aos direitos, ou, mais precisamente, às pessoas que sejam titulares desses direitos, já que o verdadeiro destinatário da proteção são as pessoas e não os direitos. A tutela será “preventiva” sempre que se destinar a evitar a violação do direito ou sua repetição em relações continuativas.

Nesses termos, a “tutela preventiva do meio ambiente do trabalho” representa a proteção que se destina a impedir a ofensa da saúde ou da integridade física do trabalhador. É sabido que o principal atributo desses bens jurídicos é não permitir reparação adequada após a consumação da ofensa. Nem sempre a técnica jurídica do desfazimento é capaz de recompor de forma satisfatória a malha rompida pela violação. Não há como restituir a vida e nem a integridade física perdida. Daí que é fundamental que a tutela jurídica no meio ambiente do trabalho seja preordenada de forma a impedir a ofensa ou a continuidade da violação das normas de proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Em essência, dois motivos justificam a tutela preventiva no meio ambiente do trabalho. Primeiro, um imperativo de respeito à dignidade humana de quem trabalha e que se encontra em situação de sujeição ao poder de direção do empregador. Segundo, um imperativo de ordem pública, dado que acidentes do trabalho e doenças de origem profissional têm elevado custo para a sociedade. Cuidados médicos e hospitalares, processos de reabilitação profissional, benefícios previdenciários geram elevados custos sociais, econômicos e financeiros que poderiam ser evitados com maior respeito aos atributos da personalidade envolvidos no meio-ambiente do trabalho.

A tutela preventiva opera nos dois planos da ordem jurídica: no plano do direito material e no plano do direito processual. O direito material regula a convivência em sociedade por meio de regras gerais e abstratas que estabelecem situações de vantagem e correspondentes situações de desvantagem, direitos e deveres em face dos bens da vida. Em sentido abrangente, bens da vida são todas as coisas, situações e mesmo pessoas que podem ser objeto de direito, o que, no meio ambiente do trabalho, compreende a saúde e a segurança do trabalhador.

Como nem sempre a disciplina do direito material é suficiente para evitar crises nas relações entre as pessoas, que, de modo geral, se manifestam na pretensão de alguém a um bem da vida e na resistência de outrem a satisfazê-la, há o outro plano da ordem jurídica, o direito processual, o conjunto articulado de instituições e procedimentos por meio do qual os juízes e tribunais exercem a jurisdição de forma a atribuir

SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO
Desembargador do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa
Mestre em Direito Processual do Trabalho pela USP

tutela jurisdicional: a tempestiva, adequada e efetiva proteção a quem tem um direito ameaçado ou violado. A tutela jurisdicional não é um direito do autor, mas um direito de quem tem razão no processo, seja o autor, seja o réu.

O sistema processual é governado por dois grandes princípios: o acesso à justiça, que significa o direito à tutela jurisdicional, e o devido processo legal, que significa o direito a um “processo justo”, o pressuposto de legitimação política da tutela jurisdicional. Ao lado deles, figura o princípio de independência dos juízes. Em função do estatuto jurídico que lhes é conferido pela Constituição, os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal equilibram a tensão entre autoridade e liberdade e, por isso, devem orientar a interpretação e a aplicação das regras de direito processual, operação que no processo do trabalho é sempre bastante controversa em razão da imprecisão das fronteiras que delimitam o terreno do processo especial e legitimam a aplicação subsidiária do processo comum.

No campo do direito material, a proteção aos bens jurídicos envolvidos no meio ambiente do trabalho pode se concretizar no plano privado ou no plano público. No plano privado, a tutela se faz por meio de mecanismos consensuais, que se integram na autonomia privada dos sujeitos da relação jurídica. No plano público, a tutela se faz por meio de mecanismos coercitivos, que utilizam a força pública, são aplicados por instituições do Estado e recaem sobre o patrimônio ou a esfera jurídica de alguém.

No plano privado, a tutela preventiva no meio ambiente do trabalho opera por meio da atuação dos sujeitos da relação de trabalho – trabalhadores, empregadores, CIPA, entidades sindicais. A missão confiada à CIPA e aos sindicatos é dupla. De um lado, fiscalizar e pressionar o empregador de forma a oferecer treinamento adequado e cumprir as normas de medicina e segurança do trabalho. De outro lado, esclarecer os próprios trabalhadores sobre a importância de cumprir essas normas. É uma forma de proteção que opera mediante a co-operação dos sujeitos da relação de trabalho, sem que seja necessária a intervenção de órgãos do Estado.

No plano público, a proteção ao meio ambiente do trabalho opera na esfera administrativa, seja por meio da fiscalização do Ministério do Trabalho, seja por meio do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público. Por meio da fiscalização, o Ministério do Trabalho tem o poder de impor penalidades pecuniárias ou medidas restritivas de direito, como a interdição do estabelecimento para o fim de assegurar a proteção da saúde e da segurança do trabalhador. E por meio do inquérito civil, a atuação do Ministério Público pode resultar no ajustamento da conduta do empregador às normas de medicina e segurança do trabalho.

Quando os mecanismos de tutela do direito material são

insuficientes para a proteção do meio ambiente do trabalho, abre-se o caminho da tutela jurisdicional. Em linhas gerais, o sistema processual oferece três formas de tutela jurisdicional: i) a tutela preventiva, ii) a tutela reintegratória e a iii) tutela ressarcitória. A tutela preventiva destina-se a evitar a violação de um direito ou a continuidade da violação em relações continuativas. A tutela reintegratória tem por finalidade reconstituir as condições em que o titular do direito se encontrava antes da ofensa. E a tutela ressarcitória tem por finalidade eliminar as consequências da violação ou compensar pecuniariamente a vítima da ofensa.

Há três pontos no sistema processual que são estratégicos para a efetividade da tutela preventiva no meio ambiente do trabalho: i) a legitimação para ação; ii) as medidas de urgência e iii) os mecanismos de efetivação do direito.

A legitimação para a ação varia conforme a natureza do direito: individual – puro ou homogêneo – ou metaindividual – coletivo ou difuso. Tratando-se de direito individual puro, em que preponderam aspectos pessoais em detrimento de aspectos comuns a um grupo de trabalhadores, a intervenção da Justiça do Trabalho pode ser provocada pelo próprio trabalhador ou pelo sindicato profissional, como substituto processual. O Ministério Público do Trabalho também pode agir como substituto processual para a defesa de direitos individuais puros, desde que o litígio envolva índios, menores ou incapazes. Quando o direito individual é homogêneo, ou seja, quando os aspectos comuns preponderam sobre os pessoais, o Ministério Público não enfrenta essa restrição e sua legitimação é mais alargada. Tratando-se de direito coletivo ou difuso -, as entidades sindicais e o Ministério Público têm a via da ação coletiva, cuja vantagem é permitir uma tutela mais abrangente, já que de modo geral as ofensas ao meio ambiente do trabalho atingem grupos de trabalhadores de maneira indistinta.

O segundo ponto estratégico para a tutela preventiva são as medidas de urgência, gênero que engloba a antecipação de tutela e as medidas cautelares. O tempo é um inimigo contra o qual o juiz luta sem trégua no processo, em particular quando há risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O sistema processual permite adiantar os efeitos da tutela jurisdicional de maneira sumária, ou seja, sem um juízo de certeza, antes que se tenham esgotado as chances de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz.

Apesar da superficialidade da investigação, a decisão fundada em cognição sumária pode operar transformações físicas na realidade, o que nos leva ao terceiro ponto estratégico para a tutela preventiva, que são as medidas de satisfação do direito. A antecipação de tutela permite uma execução em sentido amplo, que combina medidas de sub-rogação com medidas coercitivas destinadas a pressionar a vontade do ofensor ao imediato cumprimento da ordem, seja por meio de multas, seja por meio de medidas capazes de levar ao resultado prático equivalente ao previsto na lei, como, por exemplo, a interdição do estabelecimento. Apesar de provisória, a execução pode ser completa, em ordem a introduzir modificações físicas na realidade para o fim de ajustá-la de imediato às normas de proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Em face desses elementos – legitimação ampla, medidas de urgência adequadas, medidas de coerção eficientes para assegurar o cumprimento das ordens judiciais, além de mecanismos reparatórios que se criaram ao longo do tempo, que também têm uma função preventiva, como as indenizações por dano moral coletivo –, permito-me dizer que o sistema processual está bem estruturado para oferecer tutela preventiva no meio ambiente do trabalho.

Não se ignora que existem fatores que aqui e acolá prejudicam a tutela jurisdicional preventiva. O sistema processual não é perfeito. Mas de um modo geral, sobretudo quando olhamos para o modelo existente até a primeira reforma do Código de Processo Civil, em 1994, podemos dizer que o processo está bem estruturado para permitir tutela preventiva no meio ambiente do trabalho. A propósito disso, lembro de clássico ensaio escrito por BARBOSA MOREIRA em 1978 - “*Tutela sancionatória e tutela preventiva*” -, em que o eminente jurista do Rio de Janeiro identificava e recriminava na ordem processual da época a prevalência do “*ter*” sobre o “*ser*”, justamente porque não existiam os mecanismos de tutela preventiva de que atualmente dispomos em nosso sistema processual.

Em resumo, a tutela jurídica do meio ambiente do trabalho opera num circuito que começa com os próprios sujeitos da relação de trabalho, avança para a esfera administrativa e chega a um sistema judiciário que, apesar de deficiências pontuais de estrutura, conta com um sistema processual que está preordenado para oferecer proteção tempestiva, adequada e efetiva aos bens jurídicos envolvidos no meio ambiente do trabalho.

Entretanto, quando observamos as estatísticas de acidentes e doenças ocupacionais no Brasil, percebemos que a luta pela proteção específica da saúde e da segurança do trabalhador está longe de ser ganha. Segundo os dados mais recentes do Ministério da Previdência Social, no ano de 2011 morreu um trabalhador por acidente do trabalho a cada três horas, foram reconhecidos mais de 80 acidentes e doenças ocupacionais por hora e a cada dia mais de 40 trabalhadores deixaram de retornar ao trabalho por invalidez. São números alarmantes, que colocam o Brasil dentre os países que têm os mais elevados números de acidentes de trabalho no mundo.

Não sou antropólogo de profissão, mas, ao lado de outros fatores, creio ser possível vislumbrar uma força poderosa que conspira contra a efetividade do sistema jurídico de proteção do meio ambiente do trabalho, que se manifesta não apenas na elevada quantidade de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais, mas também nos números absurdos de homicídios, de atropelamentos, de acidentes de trânsito. A impressão é de que, conjugada com a lógica predatória do capitalismo, nossa cultura, por razões históricas que não tenho proficiência para inventariar, banalizou o respeito à vida das pessoas, o que se reflete no meio ambiente do trabalho, que afinal é um microcosmo da sociedade.

Um sinal dessa banalização pode ser visto em duas recentes declarações largamente divulgadas pela imprensa, envolvendo mortes de operários na construção dos estádios para a Copa. Quando indagado a respeito da morte do terceiro operário na Arena de São Paulo, nosso grande Pelé respondeu

que considerava morte de operário em obra algo “*normal*”, mas que preocupante mesmo era o atraso das obras nos aeroportos. A outra declaração foi de Luiz Antônio de Medeiros, a maior autoridade do Ministério do Trabalho em São Paulo, justamente o órgão incumbido de zelar pela segurança do trabalho, que, a propósito do mesmo acidente, declarou: “*Estamos fazendo de conta que não vemos algumas coisas irregulares. Se esse estádio não fosse da Copa, os auditores teriam paralisado a obra*”.

Não pretendo formular juízo de valor sobre quem quer que seja, mas somente ilustrar com fatos a percepção dessa mentalidade de banalização da vida e da segurança das pessoas, talvez situada no plano do inconsciente coletivo e que se manifesta não apenas no meio ambiente do trabalho, mas também na elevada quantidade de homicídios, de atropelamentos, de acidentes de trânsito de que resultam mortos ou feridos graves.

Embora não seja propriamente um otimista, acredito que essa mentalidade, ao menos no que diz com o meio ambiente de trabalho, está a se modificar graças a fatores como a facilitação de acesso à justiça - que além da tutela preventiva permite a imposição de vultosas indenizações por dano moral coletivo, o que constitui uma poderosa força financeira contrária ao descaso com a saúde e segurança do trabalhador – e em virtude de campanhas de esclarecimento da sociedade, como a que o Tribunal Superior do Trabalho já vem fazendo há alguns anos - o “*Programa Trabalho Seguro*”.

Do que precede, é possível concluir que os mecanismos de tutela preventiva do meio ambiente do trabalho configuram uma estrutura jurídica que, apesar de não ser perfeita, evoluiu sobremaneira ao longo dos últimos 20 anos, conquanto ainda esbarre em uma mentalidade de banalização da vida e da segurança que conspira contra a desejada finalidade de tornar mais efetiva a proteção da saúde e da segurança do trabalhador. Talvez essa mentalidade seja o grande obstáculo a vencer na luta pela efetiva proteção dos bens jurídicos envolvidos no meio ambiente de trabalho.

Referências Bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in Temas de direito processual (segunda série), São Paulo, Saraiva, 1980.

DI MAJO, Adolfo. Tutela civile dei diritti, Milano, Giuffrè, 1987.

-DINAMARCO, Cândido Rangel. “Tutela jurisdicional”, in Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo, Malheiros, 2000.

RAPISARDA, Cristina. Profili della tutela civile inibitoria, Padova, CEDAM, 1987.

Site do Ministério da Previdência Social, acesso em 5 de junho de 2014.

“Pelé vê morte no Itaquerão como ‘normal’ e alerta para aeroportos”, Folha de São Paulo, 7 de abril de 2014.

“No país da Copa, a segurança do trabalho também atrasa”, Revista Veja, 13 de maio de 2014.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região
Mestre em Direito do Trabalho pela USP
Doutor em Direito do Trabalho pela USP
Professor Universitário

MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES

Juíza do Trabalho Substituta do TRT – 2ª Região
Mestranda em Direito do Trabalho pela USP

OS ASPECTOS PSICOSSOCIAIS E JURÍDICOS DA INVENÇÃO
PELO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

RESUMO: É importante para a valorização do trabalhador que se incentive a criatividade no ambiente de trabalho. Os frutos financeiros da invenção devem ser favoráveis não somente ao empregador, mas também ao empregado inventor, que se sentirá mais integrado à atividade empresarial se for recompensado por sua descoberta. A proposta deste ensaio é de estudar os aspectos psicossociais e jurídicos relacionados à invenção no ambiente de trabalho. O intuito é mostrar que a invenção não tem sido devidamente valorizada e incentivada no meio empresarial e que a legislação assegura direitos ao empregado inventor e reduz encargos para seu empregador quando o retribui por sua criação.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho; Psicologia; Invenção; Criatividade; Tecnologia.

1 - Introdução

A busca da invenção faz parte da natureza humana. O homem sempre procurou criar instrumentos para facilitar a execução de suas tarefas cotidianas, para adquirir conforto e melhores condições de sobrevivência. Exemplos desta realidade são a descoberta do fogo, da roda e da energia a vapor.

O meio ambiente de trabalho é o local em que a pessoa passa a maior parte de sua vida. Deve ser um espaço onde se sinta bem e útil para a coletividade que integra. Também é no trabalho que a pessoa consegue extravasar seu poder de criação, pois as necessidades da produção exigem a criatividade para a execução das tarefas laborais.

A invenção é o resultado deste processo criativo pelo ser humano. Para ele, tem o significado maior da valorização da autoestima, ao verificar que sua invenção é útil de alguma forma para o grupo de que faz parte. Se essa pessoa é o trabalhador, a invenção pode ter resultado positivo não somente para ele, mas também para a empresa em que trabalha.

Além do aspecto psicossocial ora abordado, há consequências jurídicas dessa situação. A titularidade da invenção é uma delas. Os reflexos financeiros sobre o contrato de trabalho são outro aspecto jurídico a ser analisado.

O objetivo deste ensaio é refletir sobre os efeitos da invenção sob ambas as óticas: a da psicologia do trabalho e a do direito do trabalho, que não podem ser dissociadas, especialmente na empresa que pretende buscar sua função social na coletividade.

2 – Histórico da invenção e a tecnologia

Desde a pré-história, o homem inventa ferramentas para facilitar seu trabalho. A roda, as lanças e os utensílios de cozinha são exemplos de invenções, relação esta que cresce com a descoberta do fogo e das outras fontes de energia, como o vapor e a eletricidade. Para Williams (2009, p. 08), no entanto, as invenções não decorrem necessariamente da necessidade do indivíduo ou da coletividade a que pertence:

[...] A ideia tradicional de que a necessidade é a mãe da invenção - postulada pela primeira vez por escritores clássicos como Aristóteles - é, na melhor das hipóteses, não mais que meia verdade. [...]

Ainda segundo Williams (2009, p. 07-08), as invenções antigas e mais tradicionais não têm autores conhecidos, fenômeno de despersonalização dos inventores que se repete com a atual revolução tecnológica nas entidades governamentais e nas grandes corporações de empresas, em razão da complexidade da tecnologia moderna:

[...] A civilização tem muitas facetas, mas a maneira como o homem vive depende muito mais do que ele pode fazer. (...) Na maior parte do período (...) os inventores são anônimos e devem permanecer assim: não podemos dizer quem fez a primeira roda ou fundiu o primeiro cobre. De fato, (...) é provável que muitas invenções básicas tenham sido feitas independentemente, em diferentes espaços e lugares. Nas palavras de um provérbio russo, o melhor do novo é muitas vezes o passado imemorial. (...) À medida que a história se desenvolve, no entanto, a situação muda: invenções específicas podem ser atribuídas a indivíduos específicos, atentos às oportunidades sociais e econômicas. (...) No entanto, embora o gênio imaginativo e criativo do indivíduo seja a mola mestra da invenção, neste momento, de certa forma, estejamos rumando para um período de anonimato, pois muito do progresso tecnológico agora se origina do trabalho de equipes não identificadas publicamente, dentro de laboratórios governamentais ou de corporações. Isto reflete outro desenvolvimento significativo: a complexidade da tecnologia moderna é hoje tão notável que frequentemente apenas instituições muito grandes podem se permitir aplicar os recursos necessários para se arriscarem mais longe dentro do desconhecido. [...]

Ao se referir à tecnologia em relação à criatividade, Williams (2009) não usa o termo com o significado de recursos de informação, mas sim como a capacidade que o homem adquiriu de registrar suas invenções, para mostrar que é fenômeno antigo. Para Williams (2009, p. 10 e 15), foi a partir do momento em que conseguiu registrar e transmitir seus conhecimentos, seja por meio da fala ou da escrita, que o homem passou a dominar a tecnologia da informação:

[...] A afirmação de que a tecnologia é um ingrediente essencial da civilização imediatamente nos faz questionar quando foi que o homem se tornou um ser civilizado, distinguível de seus ancestrais hominídeos. Por não ser, é claro, um ponto preciso de transição, mas o critério geralmente aceito é que o homem se diferencia de seus ancestrais primatas por sua habilidade de produzir ferramentas. (...) Porém, por enquanto devemos voltar a examinar que tipos de habilidades acumuladas foram legadas ao homem moderno por seus ancestrais remotos. Se aceitarmos a definição de que o homem é um primata criador de ferramentas, podemos olhar para um bastão pontiagudo endurecido no fogo ou para uma pedra rudemente lascada como evidência de realização tecnológica. Mas se vamos falar de seres civilizados no sentido geralmente aceito, devemos procurar mais que isso. Além das habilidades naturais, devemos olhar para a capacidade de pensamento racional conceitual e a habilidade para se comunicar através de uma linguagem falada e, em última análise, escrita. Somente assim, as realizações de uma geração podem ser transmitidas para a próxima e, por estas, ser aperfeiçoadas. Tendemos a considerar a informação tecnológica como uma inovação moderna, mas, na realidade, trata-se de uma das mais antigas e mais fundamentais: um sistema de manutenção de registros e relações públicas foi um dos primeiros requisitos das comunidades organizadas. [...]

O trabalho humano, com o passar do tempo, é confrontado com as novas formas de produção e precisa adequar-se a essa realidade. Este fato aconteceu com a revolução industrial e se repete com a atual revolução tecnológica, expressão esta ora utilizada em sua acepção mais usual. As novas demandas de trabalho pelas empresas estão sendo direcionadas para as atividades que exigem conhecimentos de informática, inclusive em âmbito forense, com a instituição do processo judicial eletrônico.

O aumento dessa demanda não tem sido acompanhado com a mesma velocidade pela adequada formação das pessoas, sendo necessárias políticas públicas de qualificação dos trabalhadores para sua colocação no mercado de trabalho, como forma de inclusão social. É cada vez mais comum o medo da exclusão, externado por esses trabalhadores. Eles temem que, com a inserção de novas tecnologias no ambiente empresarial, seu conhecimento fique obsoleto e sua força de trabalho seja dispensável e substituível no processo produtivo.

Por outro lado, as regras de direito também não acompanham a evolução da sociedade com a mesma rapidez. Os pro-

cessos de atualização legislativa são mais lentos, o que gera lacunas no ordenamento jurídico. Cabe ao intérprete contorná-las para dar a necessária prestação jurisdicional, o que pode ser feito com os meios de integração do ordenamento jurídico (analogia, equidade e princípios gerais do direito). No direito do trabalho, esse problema é mais fácil de ser enfrentado, pois as regras basilares protetivas dos trabalhadores, notadamente o princípio da proteção, convivem com essas mudanças de realidade de forma perfeita, pois são perenes.

Para se resolver as novas demandas ligadas ao uso da tecnologia no trabalho, é necessária a adaptação de alguns conceitos tradicionais, como o do poder diretivo do empregador, cujos limites são ditados pelos direitos da personalidade do trabalhador. A dignidade da pessoa humana não pode ser violada pelo exercício do poder de direção da atividade empresarial (ADORNO JÚNIOR; ANTONIO, 2010).

Deste modo, os novos instrumentos de informática precisam ser utilizados de maneira a não violar a intimidade do trabalhador. De outra sorte, a amplitude do conceito de empresa dada pelo direito do trabalho visa proteger o trabalhador na satisfação de seus créditos e influencia na definição dos contornos da sucessão de empregadores, mesmo frente às novas realidades de atuação empresarial. Considerando que o objetivo maior é proteger o crédito trabalhista, é preciso que seja resguardado nos casos de mudanças na titularidade da empresa, assim entendida a transferência da unidade econômico-jurídica. Os bens da tecnologia da informação podem caracterizar unidade de produção e o conjunto patrimonial da empresa. Por terem valor comercial, é de se responsabilizar o adquirente deste patrimônio pelas dívidas trabalhistas da empresa que o vendeu.

As mudanças na forma de produção geradas pela tecnologia da informação tendem a agravar a classificação do trabalhador como mero item do fator de produção. São criados nichos de trabalho nos quais o operador da ferramenta de informática não precisa pensar, mas apenas atuar mecanicamente. É preciso que se evite a automação do trabalhador, valorizando sua integração no meio ambiente de trabalho e incentivando sua criatividade.

Em outro extremo, é cada vez mais comum verificar-se trabalhadores que, para se manterem no mercado de trabalho, necessitam de qualificação praticamente ininterrupta, visto que a tecnologia, por sua constante evolução, rapidamente faz com que o conhecimento fique obsoleto. Segundo Lévy (1999, p. 173/174):

[...] Desde o fim dos anos 60 do presente século, os seres humanos têm começado a experimentar uma relação com os conhecimentos e os know-how que seus ancestrais desconheciam. Com efeito, antes deste período, as competências adquiridas na juventude via de regra continuavam em uso no fim da vida ativa. Tais competências até eram transmitidas de maneira quase idêntica para os jovens ou aprendizes. A bem da verdade, novos procedimentos, novas técnicas surgiam. Contudo, inovações que se destacassem num fundo de estabilidade eram a exceção. Na escala de uma vida humana, a maior parte dos know-how úteis

sutis eram perenes. Ora, em nossos dias, a situação mudou radicalmente, pois a maioria dos saberes adquiridos no começo de uma carreira estarão obsoletos no fim de um percurso profissional, até mesmo antes. As desordens da economia, assim como o ritmo precipitado das evoluções científicas e técnicas, determinam uma aceleração generalizada da temporalidade social. Por causa disso é que os indivíduos e os grupos não se deparam mais com saberes estáveis, com classificações de conhecimentos herdadas e confortadas pela tradição, mas sim como um saber-fluxo caótico, cujo curso é difícil de prever e no qual a questão agora é aprender a navegar. (...) Portanto, está superado o velho esquema segundo o qual se aprende na juventude um ofício que será exercido pelo resto da vida. Os indivíduos são chamados a mudar de profissão várias vezes em sua carreira e a própria noção de ofício está tornando-se cada vez mais problemática. Melhor seria raciocinar em termos de competências variadas, das quais cada um possuiria uma coleção singular. Cabe às pessoas, então, manterem e enriquecerem sua coleção de competência ao longo de sua vida. Essa abordagem leva a questionar a divisão clássica entre período de aprendizado e período de trabalho (pois se aprende o tempo todo), bem como o ofício enquanto principal modo de identificação econômica e social das pessoas. Com a formação contínua, a formação em alternância, os dispositivos de aprendizado na empresa, a participação na vida associativa, sindical, etc., está constituindo-se um continuum entre tempo de formação, por um lado, e tempos de experiência profissional e social por outro. [...] (sic)

A necessidade de se desenvolver várias habilidades ou competências, tantas vezes em nichos de trabalho distintos, demanda qualificação permanente, e o que poderia ser visto como uma experiência humana enriquecedora, torna-se razão de insegurança, estresse e adoecimento para o trabalhador (Adorno Júnior; Nascimento, 2009).

3 – Aspectos psicológicos da expressão da criatividade

A psicologia do trabalho estuda a criatividade no campo da saúde mental do trabalhador. Para a área jurídica, a questão é afeita ao direito tutelar do trabalho. Trata-se de campo do direito do trabalho que estuda as normas de medicina, segurança e higiene no ambiente de trabalho, ou seja, regras de tutela da saúde do trabalhador.

O meio ambiente de trabalho é o local em que o trabalhador desenvolve seus afazeres laborais. Deve ser adequado à proteção de sua higidez física, ou seja, livre de condições insalubres, perigosas ou penosas, e propício à sua saúde mental. Neste último particular, é preciso que o trabalhador tenha tranquilidade para exercer suas tarefas e se sinta valorizado pela empresa em que atua. Segundo Adorno Júnior e Nascimento (2009, p. 61):

[...] O trabalho é um dos caminhos mais propícios para estimular positivamente a saúde mental do indivíduo, pois deve constituir meios de produção, de subsistência e de valorização da capacidade e da criatividade humanas. Os

investimentos dos gestores organizacionais no ser humano são de suma importância para que o trabalho possa exercer de fato referido efeito benéfico no indivíduo, tendo como reflexo a promoção de sua saúde. O trabalhador, sentindo-se valorizado no trabalho, em ambiente seguro, com saúde mental que resulta dos investimentos feitos pelos empresários, além de produzir mais, retribuirá por meio da criatividade, que poderá ser revertida em prol da organização empresarial. A criatividade é a força psíquica propulsora da vida e conta com grande potencial de transformação. Auxilia na solução de problemas e desperta o bom-humor no ambiente em que é incentivada. O trabalhador, ao qual é permitido usar a criatividade tem prazer pelo trabalho e sente-se valorizado pelo resultado de sua criação. Esse incentivo eleva a auto-estima, diminui o desgaste emocional e melhora a qualidade de vida [...]

Criatividade é, assim, a palavra de ordem, mas o trabalhador somente poderá criar se condições propícias forem asseguradas pelo empregador. Contente com a colocação profissional que tem, o trabalhador envidará seus esforços para melhorar a forma de desenvolver suas tarefas, podendo atingir o patamar ideal da invenção, como decorrência do uso da criatividade. Ainda segundo Adorno e Nascimento (2010, p. 62):

[...] A valorização da criatividade do indivíduo, que é possível mediante destinação de parte da jornada e de local específico na empresa para a troca de experiências e sensações entre os trabalhadores, diminui as tensões no trabalho e gera um ambiente favorável para o incremento da criatividade. Surge como instrumento de integração do trabalhador à empresa, ao lado do abono produtividade, da co-gestão, da participação nos lucros e resultados, entre outros. Permitindo-se ao trabalhador a convivência em um ambiente saudável de trabalho, ganham todos: o próprio trabalhador com o resultado de sua atividade e com a valorização pessoal, a empresa com o aumento dos resultados na produção e a sociedade com a redução dos custos de afastamentos previdenciários por doenças ligadas ao trabalho, sobretudo de natureza psíquica. [...]

A falta de valorização e de reconhecimento do trabalhador afeta o seu comprometimento com o trabalho, implicando em prejuízos ao empreendimento ao qual está vinculado e em danos à sua qualidade de vida. Segundo Rath e Harther (2011), citados por Wother (2013), entre os cinco elementos essenciais para uma vida pessoal e profissional de qualidade, que são o bem-estar profissional, o bem-estar social, o bem-estar financeiro, o bem-estar físico e o bem-estar na comunidade, o primeiro deles é indiscutivelmente o mais essencial.

Não há dúvidas de que a valorização do trabalhador por seu tomador de serviços é fundamental para garantir o bem-estar profissional e se atingir resultados mais benéficos, tanto para o empregado quanto para o empregador. Se todos buscam o mesmo desiderato, que é a melhoria da condição de vida pessoal do trabalhador e de seus dependentes e o

incremento econômico e social proporcionado ao empreendimento por meio da inventividade, por qual motivo não se deve encarar o contrato de trabalho como um instrumento de colaboração bilateral e pró-ativa? Os resultados de uma parceria saudável entre empregador e empregado, este como efetivo colaborador do processo de produção, atingirão progressões geométricas. É preciso que o empresário tenha a grandeza de valorizar e dignificar as pessoas de seus colaboradores, beneficiando, também, o exercício da criatividade. Segundo Cury (2010, p. 19-20):

[...] Se formos minimamente emocionais e excessivamente racionais, amaremos pouco, nos entregaremos precariamente e sonharemos escassamente. Seremos sem brilho, ainda que sob aplausos sociais; miseráveis ainda que com elevadas somas em dinheiro; imaturos ainda que com notável cultura acadêmica. Os que pautam sua agenda quase somente pela razão chafurdam na lama do tédio, não conquistam, são previsíveis, engessados, sem criatividade. Não encantam a si nem aos outros. [...]

Ainda segundo Cury (2010), a prática da solidariedade é expressão da humildade e aumenta a inteligência da pessoa, permitindo que fique mais criativa. O empregador, como detentor dos meios de produção e, na maioria das vezes, agente mais capacitado na unidade empresarial, deve portar-se à altura dos poderes que detém nesta posição, exercendo-os com responsabilidade e moderação. Para Cury (2010, p. 61):

[...] Todo o conhecimento que adquirimos nas escolas ou nas universidades deveria reforçar os pilares da serenidade e da humildade, e não da autossuficiência. O orgulho pode não apenas destruir a relação com os outros, mas a saúde psíquica e a inventividade de seu portador. O orgulho engessa a psique. Torna o orgulhoso grande em autoritarismo mas pequeno em criatividade. A humildade irriga a inteligência, faz de cada dia um mundo de oportunidades, de cada momento, uma nova página de existência. [...]

Assim afirma Moraes (2000), citada por Gondinho (2010, p. 196):

[...] a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade. [...]

O empresário maduro e responsável deve saber administrar a prestação pessoal de serviços. Além de exercer o poder de regular, dirigir e, eventualmente, punir, os seus colaboradores, deve, acima de tudo, saber ouvi-los. Ninguém melhor que eles para servir como ‘termômetro’ da atividade empresarial. Estão diretamente envolvidos no processo produtivo,

lidando com a matéria-prima e com as máquinas, de modo a obter o produto final que será colocado no mercado consumidor. Como ensina Cury (2010, p. 65/66):

[...] Há executivos que não podem ser interrogados por seus subalternos, por sentirem sua autoridade machucada. Não exploram a inteligência deles, não incentivam a determinação e a inventividade. Sufocam mentes, asfixiam a liberdade. Querem o sucesso da empresa, mas falham em estimular mentes livres e criativas. Não sabem que um grande líder torna os pequenos grandes. Quem usa o poder para dominar as pessoas não é digno desse poder. Um ‘eu’ maduro usa o poder para libertar os outros e não para aprisioná-los. Quem usa seu conhecimento para diminuir os outros não é digno de sua sabedoria. Um ‘eu’ treinado usa o saber para provocar e promover a inteligência dos outros, e não para se autopromover. [...]

Incentivar as pessoas dos trabalhadores a compartilhar suas experiências no trabalho, seja com seus superiores ou com os colegas de mesmo patamar na hierarquia da empresa, é tarefa do empresário mais consciente da realidade social em que vive. Ainda segundo Cury (2010, p. 73):

[...] Construir pensamentos é um fenômeno mais complexo do que a proeza de pegar uma arma e, de olhos vendados, atirar numa mosca que está num edifício em outro país e acertá-la. Não nos damos conta de como a inteligência humana é fascinante. Admiramos obra de arte, computadores, aeronaves, celulares, mas não ficamos deslumbrados com a mente humana. [...]

Diante deste quadro, a conclusão a que Cury (2010, p. 92) chega é a seguinte:

[...] A grandeza de um ser humano não está no quanto ele sabe, mas no quanto ele tem consciência de que não sabe. Os que pensam o contrário serão contaminados pelo orgulho, deixarão de ser construtores de novas ideias, passarão a ser repetidores de dados. Serão filhos do tédio e amantes da mesmice, e não desbravadores de novos espaços. [...]

O conhecimento não é um bem exclusivo daquele que o detém. É preciso que seu titular não se deixe levar pelo orgulho e que saiba compartilhá-lo com quem convive, sob pena de se perdê-lo ao longo do tempo. É o reflexo da já mencionada tecnologia, na acepção utilizada por Williams (2009), assim entendida a capacidade que o ser humano tem de registrar e transmitir suas invenções para pessoas de outras gerações.

4 – Aspectos jurídicos da invenção

A expressão propriedade intelectual é utilizada para designar o direito que o inventor tem de receber recompensas pela própria criação. Os direitos intelectuais podem ser classificados da seguinte forma: a) direitos do autor; b) direitos da propriedade industrial e c) direitos de criação e utilização de software. As leis que os regem são, respectivamente, as de

números 9.610/98, 9.276/96 e 9.609/98.

A Constituição Federal de 1988 resguarda os direitos autorais no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII. O direito autoral também é chamado de propriedade literária, científica e artística e se refere às criações do intelecto humano que não se confundem com as eminentemente técnicas ou mecânico-funcionais.

O direito da propriedade industrial regula a proteção às criações intelectuais no campo técnico, para incentivar sua difusão tecnológica, envolvendo a concessão de patentes, para os modelos de utilidade, e de registros, para os desenhos industriais. Os direitos relacionados aos softwares dizem respeito ao manejo de sistema de dados na tecnologia da informação.

Segundo Pinto (2009, p. 320), a invenção, para fins trabalhistas, pode ser entendida como “(...) *todo ato criador de coisa corpórea, instrumento ou processo de produção ou de serviço, desenvolvido em decorrência da relação de emprego ou aplicável ao objeto da atividade do empregador.*”

Os direitos sobre a invenção e os resultados financeiros de sua utilização pertencem ao inventor, como regra geral. Essa assertiva não gera discussões quando a pesquisa foi custeada pelo próprio autor do invento. Quando se trata, porém, de produção intelectual cujos custos foram financiados por terceiros, a polêmica instala-se na seara jurídica. É o que ocorre quando a invenção surge no ambiente de trabalho, como propriedade industrial. Discute-se se seus frutos financeiros pertencem ao inventor, no caso o empregado, ao seu empregador, ou a ambos, em iguais proporções, e a resposta dependerá da análise do caso concreto. Segundo Abdala (1989, p. 139):

[...] O direito do autor deriva da pessoa e a criação é expressão do espírito pessoal do autor, um pedaço de sua personalidade. Assim, mesmo reconhecendo ser um direito da propriedade, não se deixa de reconhecer, paralela e simultaneamente, um direito moral do autor, entre os quais se avulta o direito à paternidade da obra. [...]

A situação era regulada pelo artigo 454 da Consolidação das Leis do Trabalho, que foi revogado pela Lei no. 5.772/71, posteriormente sucedida pela Lei no. 9.279/96, que entrou em vigor em 14 de maio de 1997. A legislação vigente estabelece três hipóteses de titularidade de invento industrial pelo empregado, a saber: a) com previsão contratual, b) sem a dinâmica contratual e a instrumentalização do empregador e c) sem cláusula contratual, mas com o concurso de instrumentos da empresa. Nesses casos, a propriedade do invento será exclusiva da empresa, apenas do empregado e de ambos, respectivamente.

As invenções de serviço são aquelas que correspondem ao objeto do próprio contrato de trabalho, pois a contratação do empregado foi feita com a finalidade do estudo e da criação. A propriedade, por conseguinte, é exclusiva do empregador. Para Silva (2009, p. 196):

[...] Menores serão as controvérsias quando se tratar de um empregador cuja atividade preponderante corresponda ao desenvolvimento de novos produtos e serviços, como uma empresa de criação de programas de computador ou

uma metalúrgica voltada para o aprimoramento de máquinas e engrenagens. Em todos esses cenários, o empregado é contratado desde o princípio com o propósito de auxiliar na busca da invenção ou de modelo de utilidade prática. A descoberta nada mais é do que o resultado da natureza dos serviços para os quais o empregado foi admitido e, de toda sorte, as condições favoráveis ao trabalho foram todas proporcionadas pelo empregador. Cuida-se, portanto, de invento de propriedade exclusiva do empregador. (...) Pode acontecer, portanto, de uma patente ser requerida alguns meses após a extinção do contrato de trabalho de um empregado, que havia sido admitido especialmente para aquela atividade, e, ainda assim, o invento ser decorrente de seu labor e não de outras pessoas. Para o empregador, é importante identificar a pessoa do empregado que colaborou diretamente para o invento. Apontando o empregado e comprovando que ele fora contratado para aquela atividade, o empregador auferirá dupla vantagem de deter a propriedade exclusiva da patente e, ainda, estar desonerado de fazer pagamentos ao empregado, exceto os salários ajustados, evidentemente. A regra é válida também para patentes requeridas após o encerramento do contrato de trabalho daquele empregado, mas desde que se respeite o prazo máximo de um ano. Durante o prazo de um ano, fala-se em presunção relativa favorável ao empregador, sendo possível a produção de provas em contrário. [...]

Já as chamadas invenções livres são aquelas que ocorrem durante a vigência de uma relação de emprego, mas que com ela não guardam pertinência, por ter a contratação do empregado objeto distinto e por não ser decorrente de recursos, meios materiais, instalações ou equipamentos da empresa. Nesse caso, a invenção pertencerá exclusivamente ao empregado (artigo 90 da Lei no. 9.279, de 1996).

As invenções podem ser chamadas ainda de causais, se elas decorrerem da conjugação de contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios materiais, instalações ou equipamentos do empregador. A propriedade será comum, em partes iguais, salvo expressa disposição contratual em contrário (artigo 91 da citada Lei).

Barros (2006, p. 606) ainda relaciona uma quarta espécie de invenção:

[...] Há autores que fazem alusão à invenção relativamente livre, ao argumento de que “mesmo isenta de contrato específico e realizada fora da empresa, guarda certa relação com o ‘espírito da empresa’, onde o empregado exerce a atividade” atuando sobre ele como excitante mental. Divergimos dessa opinião, dado o princípio da proteção que inspira o sentido das normas trabalhistas. O que a legislação visou, ao art. 90, foi tutelar a atividade do empregado inventor. [...] (destaques nossos)

Quanto aos valores que são pagos aos trabalhadores pelos direitos oriundos das invenções, não têm natureza salarial, não gerando, assim, encargos reflexos. Se, porém, a invenção for usada em proveito de terceiros e não da empresa, o

empregado terá direito de receber participação pela venda. Segundo Abdala (1989, p. 142):

[...] Com certeza, não é, nem se deve considerar esta vantagem econômica como integrativa do salário. É que não se trata de uma contraprestação por serviço prestado. Não é uma paga por um serviço, nem de maneira indireta, não se identificando, pois, com nenhuma das verbas salariais descritas no parágrafo primeiro do artigo 458 da CLT. Na realidade é uma vantagem econômica que decorre do direito de propriedade, e não da prestação de serviços. Tanto assim é, que continua sendo devida mesmo após a extinção do contrato, quando o invento permanece sendo explorado economicamente pelo ex-empregador. (...) E outra não é a conclusão que se extrai do disposto no § 4º, do art. 218, da Lei Fundamental, quando determina a criação de estímulo às empresas (...) E assim deve ser mesmo, pois, posição contrária poderia servir de estorvo ou desestímulo maior de uma nova mentalidade nesse campo. [...]

A contraprestação ao empregado, nas hipóteses em que sua contratação se deu com a finalidade de criação, corresponde ao próprio salário ajustado, salvo se houver disposição em sentido contrário, como autoriza o parágrafo 1º, do artigo 88, da Lei n. 9.279/96. Essa regra tem sido relativizada pela jurisprudência, sobretudo quando, embora a invenção tenha sido desenvolvida durante o contrato de emprego, não guarda relação direta com a função para a qual o empregado foi contratado.²⁴

24 EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA LEI Nº 11.496/2007. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O EMPREGADOR POR INVENTO OCORRIDO DURANTE E EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. ARTIGOS 88 E 90 DA LEI Nº 9.279/96. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 1º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O caput do artigo 88 da Lei nº 9.279/96, vigente quando da extinção do contrato de trabalho do Reclamante, dispõe que *‘a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado’* (destacamos), sendo certo que, segundo o v. acórdão embargado, o modelo de utilidade desenvolvido pelo Reclamante resultou dos serviços prestados para a Reclamada FCA. Acrescente-se que o artigo 90 da mesma Lei prevê que *‘pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador’* (grifos não constantes do original), quando é certo que o modelo de utilidade de que tratam os presentes autos foi desenvolvido de forma vinculada ao contrato de trabalho e mediante utilização de ‘material sucateado, que não mais serviria às empresas reclamadas’, segundo o e. TRT da 3ª Região. Ocorre, porém, que o fato de a atual lei haver assegurado os *royalties* exclusivamente ao empregador, e previsto apenas uma faculdade de que o empregado participasse dos ganhos econômicos da exploração daquela invenção, não há vedação - e nem poderia haver, à luz do artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988 - de que o empregado seja indenizado pela invenção de que o empregador se

A situação mais tormentosa é a das invenções causais, já que o parágrafo 2º do artigo 91 da mesma lei assegura “ao empregador o direito exclusivo de proteção e ao empregado a justa remuneração”. O termo ‘remuneração’ do preceito legal em estudo, entretanto, não é utilizado com a significação que tem no direito do trabalho. Segundo Barros (2006, p. 606):

beneficiou em razão do contrato e da mencionada Lei nº 9.279/96. Com efeito, a opção do legislador ordinário é inequivocamente injusta para com o empregado, que conforme doutrina secular vende, por meio do contrato de trabalho, apenas sua força de trabalho, mas não sua criatividade ou sua ‘atividade inventiva’, para repetir a expressão contida na Lei nº 9.279/96. Acrescente-se que, segundo o e. TRT da 3ª Região, o Reclamante exercia a função de ‘artífice de manutenção’, e tomou a iniciativa de criar um modelo de utilidade que não apenas facilitou seu próprio serviço como também ensinou ‘lucro pelas reclamadas com a utilização de invento do reclamante (quer em mão de obra, tempo despendido, melhorias técnicas ou vantagens econômicas, bem como relativamente à medicina e segurança do trabalho)’. Se se tratasse de um empregado contratado para o fim de desenvolver projetos ou pesquisas, dúvida não haveria de ser do empregador o invento ou modelo de utilidade resultante; mas admitir-se que o empregador aproprie-se de modelo de utilidade desenvolvido pelo empregado fora dos limites do contrato de trabalho, ainda que em razão dele, não apenas desestimularia completamente o exercício da atividade inventiva pelos empregados, como também corresponderia a um verdadeiro enriquecimento sem causa pelo empregador, que por aquele invento ou modelo de utilidade nada pagou quando do adimplemento de suas obrigações contratuais típicas. Finalmente, e não obstante os já mencionados artigos 88 e 90 da Lei nº 9.279/96, assim como não se pode cogitar de qualquer desrespeito às patentes (conhecido vulgarmente como ‘pirataria’) no território nacional, também não se pode admitir que uma das partes da relação de emprego - por sinal, a mais forte delas - aproprie-se gratuitamente do modelo de utilidade desenvolvido pela outra de forma estranha ao contrato de trabalho pela só condição de empregador, sob pena de afronta aos valores sociais do trabalho consagrados pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988. Recurso de embargos não conhecido integralmente.” (Recurso de Revista - 749341-33.2001.5.03.5555, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Diário da Justiça do Trabalho de 06/11/2009). Ademais, cabe referir que, ao contrário do que alega a reclamada, o artigo 88, §1º, da referida Lei não tem aplicação ao caso, eis que restou provado que a invenção não decorreu de contrato de trabalho específico ajustado entre as partes, voltado unicamente para a execução da atividade inventiva, na medida em que foi assegurado pelo Colegiado que “restou comprovado nos autos que a atividade de aperfeiçoamento da máquina, feita pelo reclamante, ultrapassou os limites de sua condição funcional de técnico para se assentar no campo inventivo”, salientando, conforme consignado acima, que não houve ressalva contratual em sentido contrário. Outrossim, cumpre registrar que a decisão regional não reconheceu o direito à indenização “justa remuneração” pelo fato de o autor ser o inventor, mas sim, pela circunstância cabalmente provada de que ele contribuiu pessoalmente para o aperfeiçoamento do invento, sem que para isso tenha recebido a devida contraprestação. Hipótese essa expressamente prevista no artigo 91, caput e §2º, da Lei nº 9.276/76. (Processo nº Tribunal Superior do Trabalho - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista - 47441-58.2008.5.03.0043 C/J Processo nº Tribunal Superior do Trabalho - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista -4744, 0-73.2008.5.03.0043, Relator Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, 11/09/2013). (destaques do original)

[...] os frutos deverão ser repartidos em partes iguais e sua fixação com base na remuneração do empregado poderá ser superior ou inferior a essa divisão. No tocante a essa última invenção, garante-se ao empregador o direito de explorá-la com o prazo de um ano para iniciá-la, sob pena de transferir-se a propriedade do invento, com exclusividade para o empregado. [...]

Um dos pontos altos do tema em estudo, contudo, não é objeto frequente de discussão pela doutrina: a invenção como manifestação da personalidade do trabalhador. Independentemente do aspecto estritamente financeiro da questão, a explosão de criatividade que resulta em objeto de geração de riqueza também é bem de natureza imaterial. É fruto do intelecto, da persistência, da habilidade, ou mesmo do reflexo instintivo de um ser humano, que não se aparta desta condição por estar adstrito à relação de emprego.

A Lei no. 9.279/96 dispõe sobre a propriedade e os ônus e bônus dela advindos, mas parte do pressuposto de que os recursos materiais utilizados para a invenção são tão ou mais importantes que o próprio sopro de criatividade. Em seu artigo 91 prevê que a propriedade da invenção será comum (em partes iguais) e que, nas invenções de serviço, ao inventor nada mais será devido, além da remuneração inicialmente convencionada. Não faz qualquer consideração quanto ao benefício econômico proporcionado pela criação e a reversão do valor pactuado ao empregado. A repercussão econômica dessa desproporção é tão significativa, que é superada apenas pelo abalo moral do criador, ao se ver apartado da extensão de sua psique, desvinculado do fruto de seu intelecto e privado do reconhecimento social. Nesse sentido, Wother (2013):

[...] Recordo de uma sentença trabalhista na qual o Juiz do Trabalho Cesar Pritsch, ao analisar o caso concreto de um advogado empregado, ressaltou que o reclamante atuava como uma espécie de ghost writer, visto que textos que produzia eram assinados pelo empregador, sem constar o nome do seu verdadeiro autor. A situação degradante em análise é justificada pela redução de custos, necessária para que os negócios e empreendimentos suportem os encargos trabalhistas e fiscais. Todavia, desvalorizar o trabalho de um profissional qualificado, que estudou e estuda há muitos anos, acabará por desestimular que as pessoas se capacitem: “por que estudar se um pedreiro ganha mais que um advogado?”. [...] (destaques do original)

A casuística permite que se veja, com lentes de aumento, a perplexidade que pode advir da incidência automática da lei. Possibilita contornar os excessos e dosar, com medidas concretas de justiça, a relevância que têm o capital, por meio de seus meios e recursos, e a manifestação do espírito humano, único e insubstituível.

5 – Considerações finais

Inventar instrumentos que facilitem a vida sempre foi uma busca do ser humano. A história mostra que o homem, há

tempos imemoriais, procura mais conforto e melhores condições de sobrevivência, por meio do exercício de sua criatividade.

No ambiente de trabalho a situação não é diferente. As necessidades da produção demandam o exercício da criatividade pelos trabalhadores, como importantes parceiros na atividade empresarial, para alcançar os resultados esperados.

Cabe ao empregador, pessoa que responde pela administração da atividade empresarial, propiciar aos trabalhadores um meio ambiente de trabalho adequado para que expressem sua criatividade. A valorização da autoestima, com o uso proveitoso do objeto de sua invenção para a coletividade que integram, terá reflexos imediatos e visíveis sobre a produtividade. Esse resultado positivo reverterá, assim, não somente para ele, mas também para a empresa em que exerce sua atividade profissional.

Ao lado dos mencionados efeitos psicossociais, há implicações jurídicas da invenção, como, por exemplo, a identificação de sua titularidade e os reflexos financeiros e tributários sobre os direitos trabalhistas.

São três, segundo a legislação vigente, as hipóteses de titularidade de invento industrial pelo empregado: a) decorrentes de contrato, b) sem esse instrumento e o uso de recursos da empresa e c) com os recursos empresariais, mas sem previsão contratual. Os efeitos, para mencionadas situações, serão, respectivamente, de atribuição da titularidade do invento para a empresa, para o empregado e para os dois sujeitos do contrato de trabalho. São denominadas como invenções de serviços, invenções livres e invenções causais, respectivamente.

Os valores creditados aos trabalhadores por suas invenções não têm natureza salarial. Em consequência, não integrarão a remuneração e não gerarão encargos reflexos, sejam eles trabalhistas ou tributários. Se a invenção tiver destinação comercial perante terceiros, no entanto, ao empregado deverá ser creditada uma comissão sobre o produto da venda.

Mais relevante que as implicações financeiras da invenção é sua característica como expressão da personalidade do trabalhador. Como resultado do uso da inteligência, da habilidade e da força de vontade do autor, gera valor imaterial, que não deveria ser apartado totalmente de seu inventor. Ao ser separado de sua obra, o inventor é privado do reconhecimento pela comunidade que integra e da expressão social de seu trabalho.

Cabe aos aplicadores da lei coibir os excessos, conciliando os interesses entre os detentores dos meios de produção e a expressão da criatividade do trabalho humano, para lhe atribuir o devido valor como base da sociedade.

6 – Referências Bibliográficas

ABDALA, V. Invenções do empregado. Synthesis. 1989, p. 138142.

ADORNO JÚNIOR, H. L.; ANTONIO, P. D.. Os limites do poder empregatício: reflexões sobre a aplicabilidade desta filo-

sofia de gestão empresarial. Caderno de Estudos e Pesquisas Universitas. Mogi Mirim: Santa Lúcia, Ano 3, nº 04, 2010, p. 35-47.

ADORNO JÚNIOR, H. L.; NASCIMENTO C. M. A. O direito tutelar do trabalho e a saúde mental do trabalhador. Caderno de Estudos e Pesquisas Universitas. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 2, nº 2, 2009, p. 49-65.

BARROS, A. M. de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2006, 1351 p.

BRASIL. CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 5a. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, 1305 p.

CAMARGO, A. B.. Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego. Bauru, SP: Edipro, 2000, 448 p.

CURY, A. Mentes brilhantes, mentes treinadas. 3ª. ed., São Paulo: Academia, 2010, 122 p.

DELGADO, M. G.. Curso de direito do trabalho. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 1478 p.

GOMES, O.; GOTTSCHALK. E. Curso de direito do trabalho. 18ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 760 p.

GONDINHO, A. O.. Direito constitucional dos contratos – A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

LÉVY, P. Cibercultura. São Paulo: 34, 1999, 250 p.. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/11036046/Cibercultura-Pierre-Levy>>. Acesso em abril de 2014.

MAGANO, O. B. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982, 270 p.

MARTINS, S. P. Direito do trabalho. 21ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, 895 p.

MEIRELES, E. Direitos autorais e de patente na relação de emprego. Curitiba: Genesys, novembro de 1999, p. 659-665.

MORAES, M. C. B. de. Constituição e direito civil: tendências. Revista dos Tribunais, n. 779, 2000, p. 47-63.

NASCIMENTO, A. M. Iniciação ao direito do trabalho. 33ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 592 p.

ODONEL, U. G. A invenção do empregado e o direito do trabalho. Trabalho & Doutrina. Março de 1998, p. 115-124.

PINTO, J. A. R.. Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, 967 p.

RATH, T. e HARTHER, J.. O fator bem-estar – os cinco elementos essenciais para uma vida pessoal e Profissional de qualidade, Saraiva: São Paulo, 2011, 160 p.

SILVA, H. B. M. da. Curso de direito do trabalho aplicado – Livro da remuneração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, 326 p.

WILLIAMS, T. L. A história das invenções Do machado de pedra às tecnologias da informação. Belo Horizonte: Gutenberg, 2009.

WOTHER, E. L. Inventor de máquina de desencarteirar e recuperar cigarros tem seu trabalho intelectual reconhecido e será indenizado, Disponível em <<http://ellenwother.blogspot.com.br/2013/09/inventor-de-maquina-de-desencarteirar-e.html>>. Acesso em abril de 2014

ANDRÉ CREMONESI

Juiz do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Professor Universitário**LEI 11.340/2006
OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR E EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO**1 - Introdução

No dia 07/08/2006 foi aprovada e sancionada a Lei nº 11.340/2006 que trata da criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Referido diploma legal veio a atender os anseios sociedade brasileira na medida em que é cediço que o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher é uma realidade em nosso País, o que implica numa atuação mais efetiva por parte das autoridades governamentais e pelo Poder Judiciário.

O presente estudo tem por escopo estudar apenas e tão-somente disposto no artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II, da citada Lei, que trata das obrigações do empregador e dos efeitos sobre o contrato de trabalho.

2 - O que preconiza a Lei nº 11.340/2006 em matéria trabalhista

Dispõe o artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006:

Artigo 9º - A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

(...)

Parágrafo 2º - O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

(...)

Inciso II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

O intuito do legislador ordinário com a aprovação desse diploma legal não foi outro que não o de proteger a mulher trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar para, num segundo momento, trazê-la de volta ao convívio familiar harmônico.

Por conta disso, o período de tempo de afastamento temporário do lar com a manutenção do vínculo empregatício é medida que se impõe e deve ser apreciada, caso a caso, pelo juízo criminal.

3 - Os institutos da suspensão e da interrupção do contrato de trabalho

Em brilhante estudo Amauri Mascaro Nascimento nos

ensina que:

“Suspensão do contrato de trabalho é a paralisação temporária dos seus principais efeitos, e interrupção do contrato é a paralisação durante a qual a empresa paga salários e conta o tempo de serviço do empregado”

(...)

Melhor seria uma só figura, a suspensão, em vez de duas figuras, suspensão e interrupção. Não há validade científica nessa distinção. Seus efeitos são apenas didáticos. Não é correto dizer “suspensão do contrato”, expressão que mantivemos porque assim é na doutrina preponderante. O contrato de trabalho não se suspende. Suspende-se sempre o trabalho, tanto nas denominadas suspensões como nas interrupções. Suspenso o trabalho, haverá alguns efeitos jurídicos. Esses efeitos são variáveis. Referem-se ao salário em algumas hipóteses mantido e em outras não, ao recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia, à contagem do tempo de serviço para fins de indenização, à contagem dos períodos aquisitivos de férias etc.” (Iniciação ao Direito do Trabalho, LTr, 30ª Edição, 2004, págs. 308/309).

Utilizando-se do enquadramento prevalecente na doutrina e na jurisprudência têm-se algumas hipóteses bem nítidas de suspensão e de interrupção do contrato de trabalho, senão vejamos.

São hipóteses de interrupção do contrato de trabalho as faltas justificadas ao trabalho, o descanso semanal remunerado, as férias gozadas no curso do contrato de trabalho, o auxílio-doença até o 15º dia de afastamento, a licença paternidade, a greve quando há determinação do Poder Judiciário para pagamento dos dias parados, entre outros.

De outra parte são hipóteses de suspensão do contrato de trabalho as faltas injustificadas ao trabalho, o auxílio-doença a partir do 16º dia de afastamento, a greve quando não há determinação do Poder Judiciário para pagamento dos dias parados, entre outros.

Por fim, resta mencionar algumas hipóteses que, para alguns doutrinadores, são também consideradas como interrupção de contrato de trabalho, embora não haja pagamento de salários por parte do empregador. Como exemplo pode-se citar o afastamento do empregado em decorrência de acidente do trabalho a partir do 16º dia uma vez ao mesmo é garantida a contagem desse tempo para fins de indenização, bem como os depósitos fundiários. Também se encontra nessa situação a licença gestante, na medida em que não cabe ao empregador o pagamento do salário-maternidade, mas sim à Previdência Social e o tempo de afastamento para cumprimento de serviço militar que implica na obrigação dos depó-

sitos fundiários pelo empregador.

Em suma: doutrina e jurisprudência, em regra, distinguem a suspensão do contrato de trabalho da interrupção do contrato de trabalho, na medida em que na primeira não há prestação de serviços e nem pagamento de salários e, na segunda, não há prestação de serviços, mas há pagamento de salários.

4 - Obrigações do empregador quando do afastamento da mulher trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar.

A dúvida que tem surgido após a edição da Lei nº 11.340/2006 é se cabe ao empregador pagar ou não salários durante o período de afastamento de seis meses como previsto no dispositivo legal em estudo, eis que mantido o vínculo empregatício.

O dispositivo legal da Lei em questão não menciona expressamente se há ou não obrigatoriedade no pagamento de salários durante o período de afastamento de seis meses.

Sustenta-se, neste estudo, a obrigatoriedade de pagamento dos salários à trabalhadora no período de seis meses de afastamento do local de trabalho, bem como de todos os consectários legais decorrentes, como o FGTS, o 13º salário e a contagem para fins de férias com o terço constitucional.

Para isso será necessário demonstrar a efetiva intenção do legislador ao inserir o artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II, na Lei nº 11.340/2006 que trata da proteção da mulher trabalhadora contra a violência doméstica e familiar.

Para tanto, há necessidade de se buscar na doutrina as regras de hermenêutica, assim entendida como a ciência da interpretação.

Assim sendo pergunta-se: o que significa interpretar uma lei?

Na lição de Maximilianus C.A. Führer e Edis Milaré interpretar vem a ser o processo lógico pelo qual se determina o sentido da lei. Interpretar é procurar o pensamento, o alcance do texto, a vontade da lei. Numa palavra, “interpretar a lei, será, pois, reconstruir a mens legis, seja para entender corretamente seu sentido, seja para suprir-lhe as lacunas”. (Manual de Direito Público & Privado, Editora Revista dos Tribunais, 14ª edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil, 2003, pág. 59).

Nessa esteira de raciocínio citam os retromencionados doutrinadores a classificação dos vários modos de interpretação segundo Washington de Barros Monteiro, a saber: quanto às fontes, quanto aos meios e quanto aos resultados.

Quanto às fontes a interpretação da lei esta pode ser autêntica, doutrinária e jurisprudencial. Quanto aos meios a interpretação da lei esta pode ser gramatical, lógica, histórica e sistemática. Quanto aos resultados a interpretação da lei esta pode ser declarativa, extensiva e restritiva.

Importa-nos estudar aqui apenas a interpretação da lei quanto aos meios e quanto aos resultados.

No tocante à interpretação da lei quanto aos meios é de se concluir que a interpretação gramatical é a mais pobre de todas elas, na medida em que nem sempre as regras de linguagem conseguem trazer o efetivo sentido da norma.

Não se trata, também, de sustentar a interpretação histórica, vez que nem sempre há necessidade emergente de sua

elaboração pelo Poder Legislativo em decorrência de uma situação preexistente.

Também não se trata de interpretação sistemática, visto que não há falar-se na comparação da lei aprovada com lei anterior, eis que inexistente.

Salvo melhor juízo, a interpretação que melhor se coaduna com a edição do artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006 é a lógica, na medida em visa a reconstruir o pensamento e a vontade do legislador que, a nosso ver, foi proteger amplamente a trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar.

Por outro lado, no que pertine à interpretação da lei quanto aos resultados não se pode enquadrá-la como declarativa, posto que, no caso concreto, a letra da lei não corresponde precisamente ao pensamento do legislador.

Também não há falar-se na interpretação restritiva, visto que a lei sob enfoque, inquestionavelmente, não é mais ampla do que o pensamento do legislador.

A nosso ver a interpretação que melhor se enquadra com a hipótese vertente é a extensiva onde se sustenta que a lei em questão é menos ampla do que a vontade do legislador.

Sustenta-se, portanto, que o legislador teve como intenção dar a maior proteção possível à trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar não apenas a afastando de seu trabalho pelo período de seis meses com a manutenção do vínculo empregatício, mas também a obrigatoriedade ao empregador do pagamento dos salários do respectivo período e bem assim os respectivos consectários decorrentes.

Se assim não fosse, a situação concreta seria a de afastar temporariamente a trabalhadora do seu local de trabalho para evitar a violência praticada no âmbito familiar, mas sem a garantia de sua sobrevivência digna durante o período de seis meses.

Alie-se a tudo o que foi aqui exposto, o fato de que não pode o intérprete desprezar os fatores sociais, eis que segundo o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Ora, resta evidente a finalidade social da lei recentemente aprovada pelo Congresso Nacional em proteger a trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar, o que implica não só no seu afastamento, como também no pagamento dos salários do respectivo período e demais consectários legais, a fim de garantir sua sobrevivência com dignidade.

De lembrar, ainda, que a dignidade da pessoa humana é princípio constitucional consagrada no artigo 1º, inciso III, da Lei Magna de 1988.

5 - Efeitos do afastamento da mulher em situação de violência doméstica e familiar sobre o contrato de trabalho.

Tendo em vista o entendimento esposado no item anterior de que à mulher trabalhadora são devidos os salários e demais consectários legais do período no qual estiver afastada de seu local de trabalho por determinação judicial forçoso concluir que a hipótese é de interrupção do contrato de trabalho – mantidos todos os seus direitos - e não de suspensão do contrato de trabalho.

6 - *Conclusão*

Ante todo o exposto pode-se concluir o seguinte:

- a Lei nº 11.340/2006 veio a consagrar a proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar;
- o artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II do citado diploma legal veio a garantir à mulher trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar a manutenção do vínculo empregatício pelo período de seis meses na hipótese de ser necessário seu afastamento do local de trabalho, por decisão do juízo criminal;
- a doutrina e a jurisprudência consagram algumas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho e de interrupção do contrato de trabalho;
- na suspensão do contrato de trabalho não há prestação de serviços e nem pagamento de salários, enquanto que na interrupção do contrato de trabalho não há prestação de serviços, embora remanesça a obrigação de pagar salários;
- sustenta-se, neste estudo, que a melhor interpretação da lei sob enfoque implica no reconhecimento de que o legislador disse menos do que sua efetiva intenção;
- observando-se as regras de interpretação lógica e extensiva, bem como o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 concluímos que à mulher trabalhadora em situação de violência doméstica e familiar é garantida a manutenção do vínculo trabalhista, bem como o pagamento dos salários e demais consectários legais do respectivo período;
- em decorrência da sustentação de que são devidos à mulher trabalhadora os salários e demais consectários legais do respectivo período há que se reconhecer que se trata de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

JULIANA FERREIRA DE MORAIS AZEVEDO

Juíza do Trabalho Substituta do TRT – 2ª Região

ATIVIDADES INSALUBRES E A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS

1 – *Evolução histórica*

O processo de atenção à saúde do trabalhador se iniciou de forma mais significativa ante a perplexidade causada com o advento da Revolução Industrial, em que se tornou comum o adoecimento e a morte de trabalhadores pelas horas excessivas de trabalho, pelas condições degradantes em que o labor era exercido e pela utilização de mão de obra infantil.

Nesse contexto, em 1802 o Parlamento britânico aprovou a primeira Lei de proteção à saúde dos trabalhadores, intitulada Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes, que, dentre outros aspectos, estabelecia o limite de 12 horas de trabalho por dia e proibia o trabalho noturno.

Antes do referido período, a questão da saúde do trabalhador não havia merecido análise mais expressiva, constituindo o marco mais importante para a Medicina do Trabalho a publicação de obra do médico Bernardino Ramazzini, em 1700, na qual ele analisou cerca de sessenta profissões, relacionando as atividades, doenças e medidas de tratamento.

De suas primeiras manifestações até os dias atuais, verificou-se significativa evolução do que se entende por Direito à Saúde do Trabalhador.

Nesse contexto, cabe salientar as etapas da evolução do Direito à Saúde do Trabalhador, segundo a classificação elaborada pelo doutrinador e jurista Sebastião Geraldo de Oliveira (*in Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, 5ª Ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, pg. 51-65). São elas:

- Etapa da Medicina do Trabalho;
- Etapa da Saúde Ocupacional;
- Etapa da Saúde do Trabalhador;
- Etapa da Qualidade de Vida;

A etapa da Medicina do Trabalho caracteriza-se pelo tratamento das doenças dos trabalhadores nas dependências da empresa, a fim de propiciar a rápida recuperação e o retorno do trabalhador ao posto de serviço, sem investigar as possíveis relações das doenças com o trabalho.

Já na segunda etapa, conhecida por Etapa da Saúde Ocupacional, os profissionais da saúde começaram a perceber a relação existente entre a saúde do trabalhador e as atividades por ele exercidas no trabalho, compreendendo que não adiantava tratar a saúde se os fatores de adoecimento ainda permaneciam inalterados. Todavia, nessa fase as iniciativas ainda eram esparsas e desarticuladas, sendo que as questões afetas à saúde eram tratadas apenas por profissionais da área médica, sem a participação dos trabalhadores.

A terceira fase, conhecida como saúde do trabalhador, passou a contar com a participação ativa dos trabalhadores, que tomaram para si a questão do ambiente laboral e passaram a exigir melhores condições de trabalho. Ocorreu nessa época movimento conhecido como “*modelo operário italiano*”, em Turim, em que trabalhadores reivindicavam melhores

condições de trabalho, sob o lema “saúde não se vende”.

Atualmente, aspira-se à fase de qualidade total, em que o objetivo é alcançar a qualidade total do trabalho, como meio de realizar todas as potencialidades do ser humano, dignificando-lhe, adaptando-se o trabalho ao empregado e não o contrário.

No Brasil, a Constituição Federal trata da saúde nos artigos 6º e 196, elencando-a como direito social, dispondo, ainda, nos incisos XXII e XXIII do artigo 7º, serem direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, além do pagamento de adicional de remuneração para as atividades perigosas, penosas e insalubres.

2 – *Conceito de atividade insalubre*

A palavra “insalubre” vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença. Para fins laborais, atividade insalubre é aquela que expõe o trabalhador a agentes nocivos à sua saúde, fora dos limites de tolerância, que minam paulatina e progressivamente sua integridade psicobiofísica.

A par das graves consequências advindas à saúde do trabalhador em razão da exposição a agentes insalubres, com sério risco de adoecimento, incapacidade e morte precoce, a importância do tema não se restringe à seara laboral, eis que a contaminação do ambiente de trabalho pode acarretar graves prejuízos a toda a comunidade circundante, gerando danos difusos ao meio ambiente. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros (*in Curso de Direito do Trabalho*. 7 Ed. São Paulo : LTr, 2011, pg. 841), afirma que:

“A contaminação do meio ambiente de trabalho por gases, vapores e poeira é um dos problemas mais graves da indústria e não se limita ao âmbito do estabelecimento, constituindo uma ameaça para o perímetro que a circunda, com a contaminação da atmosfera, dos rios e dos mares. Como se vê, a contaminação nos grandes centros põe em risco a saúde da população, em geral”

3 – *Estratégias de enfrentamento da insalubridade*

Diante da importância do tema, diversos países têm adotado estratégias para lidar com a insalubridade no meio ambiente laboral.

As estratégias encampadas para enfrentamento da insalubridade incluem algumas medidas, tais como pagamento de adicional de remuneração, proibição do serviço insalubre e redução da jornada e concessão de repousos.

Quanto à proibição absoluta da exposição ao agente insalubre, esta medida se mostra radical, eis que existem serviços que, embora nocivos à saúde, precisam ser executados por se tratarem de atividades essenciais à sociedade. É o caso do serviço de coleta de lixo. Há casos, porém, em que se constata a proibição absoluta da exposição ao risco, a exemplo de

trabalho realizado por menores. Nesse sentido, o artigo 7º, XXXIII, da CF.

Por outro lado, o pagamento de adicional de remuneração também não se revela satisfatório. A princípio, fundamentou-se o pagamento do adicional de remuneração na premissa de que o sobressalário possibilitaria ao trabalhador se alimentar melhor, fortalecendo o organismo para lidar com as condições nocivas, além de servir de desestímulo às empresas, que, compelidas pelo custo com o pagamento dos adicionais, readaptaria o local de trabalho, adequando-o a condições de salubridade.

Todavia, esses argumentos não se sustentaram.

A um, porque a alimentação suplementar é aspecto desprezível considerando a nocividade dos agentes insalubres.

A dois, porque as empresas perceberam que a adoção de medidas que efetivamente importassem na eliminação da insalubridade era muito mais cara do que o mero pagamento de adicionais.

Por fim, a proposta que tem sido adotada nos países desenvolvidos é a redução da jornada de trabalho e a concessão de intervalos e férias, já que, além de reduzir o tempo de exposição ao risco, ainda permite ao trabalhador o gozo de mais tempo para recuperar suas forças físicas.

Nesse sentido, Raimundo Simão de Melo (*in Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição* - 5ª ed.- São Paulo: LTr, 2013, pg. 217) afirma que:

“A terceira hipótese de estratégia, de redução da jornada de trabalho e de concessão de intervalos no meio da jornada, mostra-se muito mais eficaz e é a tendência moderna nos países de primeiro mundo, porque o empregador não paga adicionais salariais, mas é obrigado realmente a cumprir obrigações voltadas à melhoria contínua nos ambientes de trabalho, buscando eliminar ou ao menos neutralizar os riscos para a saúde dos trabalhadores”.

Nesse sentido, o Papa Leão XIII (Encíclica Rerum Novarum, de 1891) já recomendava que os repousos deveriam ser proporcionais à qualidade do trabalho, para preservar a saúde dos trabalhadores).

No Brasil infelizmente ainda tem sido adotada preponderantemente a segunda estratégia, consistente em pagamento de adicional remuneratório, como se depreende do artigo 7º, XXIII, da CF, o que importa em monetização da saúde.

Consequência disso é que muitos trabalhadores, atraídos pelo acréscimo salarial, procuram voluntariamente a exposição ao risco, a fim de receber sobressalário, o que cria uma cultura de convivência com o risco e faz com que os trabalhadores reivindiquem o aumento dos adicionais, ao invés da eliminação da insalubridade na origem, que deve ser buscado de forma primordial.

Por outro lado, os empregadores, pelo fato de pagarem adicionais de remuneração, se vêem desobrigados de investir em medidas que efetivamente eliminem a insalubridade na fonte, o que acarreta o adoecimento, a incapacidade e mortes

de muitos trabalhadores depois de uma vida de exposição ao risco.

4 – Cumulação de adicionais

Como visto, a estratégia adotada preponderantemente pelo Brasil ainda tem sido o pagamento de adicional de remuneração para exposição a atividades nocivas. Nesse sentido, o artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal.

Diante desse cenário, questiona-se acerca do pagamento do adicional quando o empregado está sujeito a mais de um fator de risco, como, por exemplo, a agente insalubre e perigoso ao mesmo tempo.

O artigo 193, parágrafo segundo, da CLT preconiza que na hipótese de o empregado estar submetido a condições insalubres e perigosas, deverá optar pelo que lhe seja mais vantajoso.

Da mesma forma, a NR 15, item 3, prevê que, em havendo exposição simultânea a mais de um agente insalubre, deve ser pago ao empregado apenas um adicional, incidindo no caso o de percentual mais elevado.

Todavia, entendo que tais dispositivos não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, eis que o artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal prevê o pagamento de adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, sem nenhuma previsão restritiva.

Ademais, o pagamento de apenas um adicional independentemente do número de agentes nocivos a que está exposto o trabalhador viola as diretrizes da dignidade da pessoa humana, além do princípio da não discriminação. Isso porque o empregado que está submetido a mais de um agente agressivo receberá o mesmo que um empregado submetido apenas a um fator prejudicial, gerando enriquecimento ilícito do empregador, que, embora submetendo o indivíduo a mais de uma condição de risco, remunerará apenas uma delas.

Tal conclusão se revela mais contundente quando se constata que a exposição do empregado a mais de um agente nocivo provoca a potencialização dos efeitos danosos, tendo em vista a interação ou sinergia dos fatores de risco, o que acarreta não apenas a soma dos efeitos nocivos, mas sim a multiplicação dos prejuízos à saúde do empregado.

Nesse sentido, cita-se o escólio de Raimundo Simão de Melo (*in Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição* - 5ª ed.- São Paulo: LTr, 2013, pg. 217) para quem:

“Cientificamente, é indene de dúvida que cada agente insalubre causa diversamente dano à saúde do trabalhador, ou seja, sendo múltiplos os fatores de insalubridade, igualmente múltiplas serão as consequências para a saúde humana. O adicional de insalubridade, como sabido, tem natureza jurídica de indenização pelos danos à saúde do trabalhador, do que decorre, de forma lógica e cristalina, que para cada dano deve haver uma reparação [...]

A não cumulatividade dos adicionais de insalubridade, além de ilógica, injusta e ilegal, leva ao enriquecimento ilí-

cito do empregador e o desestimula a cumprir as normas de prevenção do meio ambiente e dos riscos à saúde, com pesado gravame para a sociedade brasileira que, finalmente, responde pelas diversas consequências oriundas dos acidentes e doenças do trabalho”

Mais especificamente em relação à cumulação de adicionais de insalubridade, cabe destacar o entendimento de Alice Monteiro de Barros (*in Curso de Direito do Trabalho. 7 Ed. São Paulo : LTr, 2011, pg. 624*), para quem “se as condições de trabalho do empregado são duplamente gravosas, é cabível o pagamento de dois adicionais, pois houve exposição a dois agentes insalubres diferentes, que podem ocasionar prejuízos a diversos órgãos do corpo humano”

No mesmo diapasão, Vólia Bomfim Cassar (*in Direito do Trabalho. 5 ed. Niterói : Impetus, 2011, pg. 875*), defende que:

“infelizmente (...) o TST vem sustentando que os adicionais não se acumulam caso o empregado esteja exposto a mais de um agente nocivo, baseado na vedação contida no item 15.3 da NR – 15, da Portaria nº 3.214/78. Entendemos de forma diversa. Se o adicional visa indenizar a nocividade do trabalho executado pelo empregado, se as nocividades são múltiplas, os adicionais também deveriam ser”

Importante salientar que a cumulação de adicionais está em consonância com a Convenção 155, 11, b, da OIT, que prevê que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes” (destaquei). Ora, as convenções da OIT que tutelam a saúde inegavelmente versam sobre direitos humanos, eis que a saúde é um complemento ao direito à vida, sendo pressuposto para a própria existência da vida com dignidade. Assim, ao ingressar no Ordenamento Jurídico, o fazem com status de suprallegalidade, revogando a legislação em sentido contrário.

Cabe transcrever trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, compilado por Pedro Lenza (*in Direito Constitucional Esquematizado. 5 ed. Saraiva, 2010*):

“parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de suprallegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”

Dessa forma, não há como se adotar outra conclusão que não seja a de afastar a incidência do artigo 193 da CLT, bem como do item 3, da NR 15, instituída pela Portaria 3.214/78.

5 – Conclusão

Dessa forma, com o presente artigo, pretendo chamar atenção dos operadores do direito para a relevante questão da saúde do trabalhador, tutelada na Constituição Federal especificamente no artigo 7º, XXII e XXIII.

A opção do Ordenamento Jurídico em pagar adicional de remuneração pela exposição do empregado a agentes insalubres revela-se questionável, por criar uma cultura de convivência com o risco, tanto para os empregados como para as empresas, que se olvidam, muitas vezes, de adotar mecanismos de efetiva eliminação do agente agressivo, optando por monetizar a saúde, mormente porque é mais barato pagar adicionais remuneratórios do que efetivamente investir em infraestrutura moderna e segura.

Todavia, enquanto for permitida a exposição do trabalhador ao risco em troca do pagamento de adicionais, deve-se, pelo menos, tornar tal situação mais desfavorável financeiramente ao empregador, a fim de que este se sinta estimulado a eliminar o risco na origem, garantindo, assim, um ambiente salubre, em consonância com a previsão constante do artigo 7º, XXII, da Constituição Federal.

Uma das formas de alcançar esse objetivo é justamente dar efetividade à disposição constitucional que prevê o pagamento de adicionais remuneratórios em caso de exposição a risco – sem restringir a eficácia do referido dispositivo constitucional – , bem como ao item 11, b, da Convenção 155 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994, ostentando, portanto, o status de suprallegalidade.

Com isso, todas as situações de exposição ao risco deverão ser remuneradas, tornando mais caro para a empresa manter empregados em condições adversas à saúde, e, consequentemente, estimulando-as a investir em medidas capazes de tornar o ambiente de trabalho mais saudável e seguro.

Desse modo, estar-se-á contribuindo para tornar efetivo o preceito constitucional que preconiza a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CF), bem como a garantia à saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196 da CF).

6 - Referências Bibliográficas

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 5 ed. rev. atual atual. – São Paulo. LTr, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo : LTr, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5 ed. Niterói : Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar apud Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 5 ed.

VANESSA ANITABLIAN BALTAZAR

Juíza do Trabalho Substituta do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito do Trabalho pela FADISP

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A DISPENSA INDIVIDUAL E COLETIVA NO BRASIL

1 - Evolução histórica da Convenção n. 158 da OIT

No ano de 1963, espelhada na legislação alemã de proteção da relação de trabalho (1951), foi editada a Recomendação n. 119, inédita no que tange à temática do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e estipulava o seu modo de exercício.

De consequente, em 22 de junho de 1982, a Conferência Internacional do Trabalho, em sua 68ª reunião aprovou a Convenção n. 158, bem como a Recomendação 166 (1982), que veio a substituir a Recomendação n. 119 e que, segundo seu preâmbulo, poderá ser citada como a Recomendação sobre o término da relação de trabalho.

A justificativa da aprovação do texto considera que é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em um grande número de países.

A Convenção passou a ter vigência internacional tão somente em 23 de novembro de 1985, logo que ratificada pelos primeiros países membros, tudo consoante o disposto em seu art. 16.

Atualmente, a Convenção já foi ratificada por 35 países membros da OIT, sendo a adesão mais recente, em 22 de fevereiro de 2010, protagonizada pela Eslováquia.

2 - Realidade brasileira

No que tange à internalização da Convenção n. 158 no Brasil, primeiramente o Presidente representou o Estado e negociou o tratado (art. 84, VIII, CF).

Para o exercício da manifestação obrigacional, ou seja, para que seja autorizada a ratificação, impôs-se o encaminhamento do texto assinado à apreciação do Congresso Nacional (art. 49, I, CF), que expediu o Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro 1992, vez que houve aprovação.

Nessa esteira, em 05 de janeiro 1995, o Executivo depositou sua ratificação na Repartição Internacional do Trabalho da OIT.

A partir daí, o início de vigência se daria após 12 meses, o que se operou em 05 de janeiro de 1996.

Por fim, o Executivo promulgou o Decreto Executivo n. 1855, publicado em 10 de abril de 1996, trazendo a norma para o ordenamento interno de forma definitiva através da publicação do texto oficial no idioma português e dispondo que deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Na esteira de sua aprovação, a Convenção foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 1480-3/DF), impetrada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) e Confederação Nacional da Indústria (CNI).

Passados alguns meses, o Governo brasileiro denunciou

a ratificação da convenção mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício n. 397, de 20.11.96).

A denúncia da Convenção pelo Brasil foi concretizada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso por intermédio da promulgação do Decreto 2100, publicado em 20 de dezembro de 1996.

O referido Decreto prediz que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.

Em 14 de fevereiro do ano de 2008, por meio da Mensagem 59/08, o então Presidente Lula da Silva submeteu a Convenção n. 158 ao Congresso Nacional para aprovar o pedido de ratificação.

A matéria foi levada para exame da Comissão de Trabalho do Congresso Nacional. A proposta delegava ao Congresso Nacional a apreciação do texto da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em parecer proferido em 2011, o relator da Comissão de Trabalho, deputado Sabino Castelo Branco (PTB-AM), rejeitou a Mensagem do Executivo.

Deputados contrários ao parecer, a exemplo do deputado Vicentinho (PT-SP), sustentam que a convenção garante cidadania na relação de trabalho e a rejeição a essa proposta é um prejuízo incalculável para os trabalhadores brasileiros.

3 - Denúncia da Convenção n. 158 no Supremo Tribunal Federal

Quanto à temática abordada, foram ajuizadas as ADIs n. 1480 (ajuizada em 01.08.1996, antes, portanto, da denúncia da Convenção n. 158) e n. 1625 (ajuizada em 19.06.1997), esta última pendente de julgamento definitivo.

A primeira ADI tem a CNI (Confederação Internacional da Indústria) e a CNT (Confederação Internacional do Transporte) como legitimados ativos e tem por finalidade questionar a validade do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992 e do Decreto Executivo n. 1855, de 10 de abril de 1996, que, respectivamente, ratificaram e promulgaram a Convenção 158 da OIT. Mais precisamente, acaba por discutir a constitucionalidade dos arts. 4º a 10º da referida Convenção, sob argumentos de inconstitucionalidade formal e material.

A saber, a alegada inconstitucionalidade formal se funda no fato de que a norma constitucional (art. 7º, I, CF c/c 10, I, ADCT) exige regramento da matéria por lei complementar e a Convenção, inserida no ordenamento brasileiro com status de

lei ordinária, sucumbiria ao determinado pela Lei Maior.

No que concerne à tese de inconstitucionalidade material, utilizam-se do antagonismo entre o proposto pela Convenção e o disposto na Constituição, pontuando que a reintegração é meio inviável como solução para a despedida arbitrária ou sem justa causa, uma vez que o art. 7º, I, CF propugna o pagamento de uma indenização compensatória.

Em 04 de setembro de 1997, no julgamento de pedido de medida cautelar na ADI n. 1480, o STF, “*deferiu, parcialmente, sem redução de texto, o pedido para, em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção n. 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infra-constitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores*”.

Quanto ao seu resultado final, a ADI n. 1480 foi extinta em virtude da perda superveniente de seu objeto com a posterior denúncia da Convenção n. 158 da OIT que, ainda, mantém plena validade e eficácia, publicada pelo Presidente da República.

De outro lado, foi ajuizada a ADI n. 1625 pela CONTAG (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura) e CUT (Central Única dos Trabalhadores) e tem por fim precípua seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto 2100/96 que denunciou a Convenção n. 158 da OIT.

As requerentes sustentam que o aludido Decreto teria violado o disposto no art. 49, I, CF, que vaticina que é competência exclusiva do Congresso Nacional “*resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*”.

Isso porque o ato de denúncia da Convenção, assim como de sua ratificação, seria um ato jurídico complexo que dependeria da aprovação do Congresso Nacional.

Extraí-se do sítio do STF o atual andamento dos autos que ora se transcreve: “*após os votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa (Relator) e Carlos Britto, que julgavam procedente, em parte, a ação para, emprestando ao Decreto federal n. 2100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção n. 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia, e do voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que julgava improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando totalmente procedente a ação direta, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie*”.

Desde 03 de junho de 2009, os autos estão com vista à Ministra Ellen Gracie, atualmente aposentada. A ADI n. 1625 aguarda o seu julgamento definitivo pelo Plenário, que, até a presente data, não foi designado.

Realmente, respeitamos a posição em sentido diverso, mas houve uma ruptura no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), ao descuidar o Executivo da autoriza-

ção do Legislativo para expedição do decreto.

Isso porque para que o Executivo possa depositar sua ratificação na OIT necessita de anterior decreto legislativo que confere supedâneo à fase posterior, razão pela qual ao denunciar a Convenção o Executivo deveria consultar o Legislativo que formalizaria a sua concordância ou não com a intenção presidencial.

A propósito, explica o jurista Arnaldo Sussekund, de modo escoreito que “*o ato do Governo Federal, promulgado pelo Decreto 2100/96, feriu a Constituição Federal, porquanto o Poder competente para aprovar tratados normativos (Congresso Nacional), cujas disposições, com essa aprovação e consequente ratificação (ato jurídico complexo) se incorporam à legislação, é igualmente competente para aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do Poder Executivo. Por incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado*”.

Pontes de Miranda é bastante objetivo ao ponderar que aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo aos princípios constitucionais.

Não fosse o bastante, quanto ao prazo para denúncia, também é questionada a legalidade do momento apropriado para a prática do ato de denúncia.

O texto assim dispõe: “*todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de dez anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva após somente um ano após a data de seu registro*”.

Há uma corrente, a qual filia-se Arnaldo Sussekund, que entende que o ato presidencial não seguiu o rigor do que dispõe o art. 17 da Convenção n. 158, eis que o prazo inicial seria o da ratificação por cada país membro.

Apesar de uma linha doutrinária seguir o entendimento de que o prazo inicial seria o da ratificação por cada país membro, valemo-nos da lição dada por Nicolas Valticos que preconiza que “*a data da entrada em vigor inicial de cada convenção determina também a data em que ela pode ser denunciada. Para este fim, a fórmula atual, adotada desde 1932, é que a convenção pode ser denunciada durante o ano seguinte a cada período de dez anos após sua entrada em vigor*”.

Ou seja, a Convenção n. 158 que foi assinada, ratificada e promulgada no Brasil já continha previsão expressa sobre o *modus operandi* do momento de sua eventual denúncia por um país membro e foi respeitada pelo Brasil.

Mais precisamente, a Convenção entrou em vigor em 23.11.1985 e após 10 anos (23.11.1995) poderia ser denunciada durante o período de 12 meses, ou seja, até a data de 22.11.1996, sendo a comunicação do ato de denúncia ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sido feita em 20.11.1996.

Em situações desse jaez, a denúncia presidencial seria eivada do vício de inconstitucionalidade pela imprescindível necessidade de decreto legislativo anterior, o que, nessa alheita, conduziria à manutenção da Convenção n. 158 em vigor, recepcionada como norma supralegal, equiparando-a a um

tratado de direitos humanos adotado após a Constituição de 1988 e antes da adoção da Emenda Constitucional 45/2004, que confere o caráter formal de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados na forma ali prevista.

4 - Do teor da Convenção n. 158 da OIT quanto à dispensa individual

A Convenção dispõe em seu art. 2º que será aplicada a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

E, como averba Sérgio Pinto Martins, “*não se aplica, portanto, aos empregados domésticos e aos funcionários públicos, pois seus empregadores não exercem atividade econômica*”.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 7º da CF, que explicita os direitos à categoria dos domésticos, mesmo com as alterações propostas pela EC 72/2013, não se reportou ao inciso I do caput do mesmo artigo.

O art. 4º da Convenção n. 158 prenuncia que “*não se dará término à relação de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*”.

Não se propõe a Convenção ressuscitar a antiga estabilidade celetista prevista nos arts. 492/500, da CLT, segundo a qual o empregado que contava com mais de dez anos de serviço na mesma empresa (lembrando que a jurisprudência, por meio da antiga Súmula 26 do TST, considerava como obstativa a dispensa a partir do nono ano) não poderia ser despedido senão por motiva de falta grave, apurada em inquérito para apuração de falta grave, ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

O texto não proíbe que se proceda à dispensa do empregado, mas tão somente dita princípios norteadores do direito conferido ao empregador.

O referido regramento propõe que o princípio da dignidade humana e do valor social do trabalho sejam os principais balizadores das medidas tomadas no momento delicado de ruptura do contrato de trabalho por iniciativa patronal.

Em consonância com o art. 4º da Convenção, o seu art. 10 prevê que se os organismos nacionais considerarem a dispensa injustificada ou não forem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e ordenar ou propor a readmissão, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for apropriada.

Ou seja, o dispositivo vai ao encontro da lucidez do art. 7º, I, CF, que autoriza a previsão de “*indenização compensatória, dentre outros direitos*”, sendo que a Constituição optou pela indenização, ao contrário da estabilidade.

A propósito, quanto à opção feita pela Assembléia Constituinte de 1988, João de Lima Teixeira Filho ressalva que “*a redação foi resultado das disputas entre as diversas correntes, tendo o grupo conservador suprapartidário, denominado Centrão, conseguido seu intento, qual seja o de expungir da Constituição o direito à estabilidade*”.

A Convenção n. 158 da OIT propugna a idéia de dispensa motivada, o que não se confunde com dispensa por justa

causa, que seria a resolução contratual por razões elencadas no rol do art. 482 da CLT, dentre outras hipóteses arroladas de forma esparsa tanto no texto celetista (arts. 158 e 240 da CLT), quanto em outros diplomas normativos (art. 14, Lei n. 7783/89).

Na medida em que a Convenção trata da dispensa relacionada à capacidade ou comportamento do empregado, quer se referir, em seu art. 7º, à dispensa individual, sendo os seus artigos subseqüentes referentes ao procedimento que se recomenda seja observado.

Resta claro que a dispensa individual por iniciativa do empregador pode se operar por duas hipóteses, tais sejam a motivada, com fulcro na falta de aptidão do empregado para o desempenho da função ou a justa causa, relacionada ao comportamento do empregado.

Do contrário, caso a dispensa não tenha qualquer das hipóteses como embasamento, o país membro considerará nula e determinará a reintegração ou obrigará ao pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for apropriada.

5 - Do teor da Convenção n. 158 da OIT quanto à dispensa coletiva

A dispensa coletiva, como bem define Nelson Mannrich, é a “*ruptura diferenciada do contrato de trabalho de natureza objetiva, de iniciativa patronal, decorrente de causas homogêneas que, durante um determinado período de tempo, atingem certo número de trabalhadores*”.

Em seus artigos 13 e seguintes, o diploma convencional retrata disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Nessa linha, propõe que a consulta aos representantes dos trabalhadores anteceda a dispensa coletiva, respeitando a boa-fé contratual e o seu dever anexo de informação tanto da causa ensejadora quanto das tentativas de atenuar os graves efeitos sociais da dispensa coletiva.

Obriga a informação aos representantes dos motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos.

De consequente, vaticina a oferta aos representantes dos trabalhadores interessados, em conformidade com a legislação e a prática nacionais, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

A temática vai ao encontro da recente repercussão geral reconhecida pelo STF no ARE 647.651/SP, quanto à controvérsia acerca da necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores para dispensa dos empregados em massa.

O recurso extraordinário discute, à luz dos artigos 1º, IV, 2º, 3º, I, 4º, IV, 5º, II, 7º, I, 114, 170, II e parágrafo único, da Constituição federal, bem como do art. 10, II, do Ato das Disposi-

ções Constitucionais Transitórias, a imposição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da obrigatoriedade de negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores.

O Ministro Relator Marco Aurélio se manifestou no seguinte sentido:

“Está-se diante de situação jurídica capaz de repetir-se em um sem-número de casos, sendo evidente o envolvimento de tema de índole maior, constitucional. O Tribunal Superior do Trabalho assentou que a denominada dispensa em massa há de ser precedida de negociação coletiva, afastando a regra alusiva à possibilidade de o tomador dos serviços, observado o texto da Carta Federal atinente às verbas indenizatórias, vir, a qualquer momento, a implementar a cessação do liame empregatício”.

À guisa de ilustração, o item 03 do art. 13 o texto da Convenção confere supedâneo à pretensão da ADI ao explicitar que a expressão ‘representantes dos trabalhadores interessados’ aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais. A exemplo, no Estado de São Paulo, a empresa Amsted Maxion demitiu 600 funcionários na unidade de Osasco.

Foi instaurado dissídio coletivo e o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por meio do voto da Juíza Ivani Contini Bramante, foi precursor e determinou a reintegração dos empregados e dispôs sobre a necessidade de negociação coletiva de modo a minimizar os impactos sociais.

Segue abaixo o teor da ementa:

“DA DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO. 1. No ordenamento jurídico nacional a despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, e assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias. 2. Quanto à despedida coletiva, é fato coletivo regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual. 3. O Direito Coletivo do Trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômica, e, ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o sindicato, mediante adoção de critérios objetivos. 4. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios internacionais constantes de tratados e convenções internacionais, que embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional, como é o caso da OIT. Aplicáveis na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias, previstos no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social

da empresa, encravados nos arts. 1º, III e IV, e 170, caput e inciso III, da CF; da democracia na relação trabalho-capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI, e arts. 10 e 11 da CF, bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil, ns. 98, 135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação nº 163 da OIT e no art. 5º, XIV, da CF. 5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º) abertura de Plano de Demissão Voluntária; 2º) remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º) redução de jornada e de salário; 4º) suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º) e, por último, mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detêm menores encargos familiares.” (TRT 2ª R., SE 2028120080000200-1, AC. SDC 00002/2009-0, j. 22.12.08, Relª Juíza Ivani Contini Bramante, LTr 73-03/354).

No entanto, foi com a divulgação do caso Embraer, no qual se efetivou a dispensa em massa e o TST decidiu por afastar a reintegração dos demitidos ao emprego e manter o pagamento de uma indenização adicional pela dispensa proporcional ao tempo de serviço de cada empregado, que o tema passou a ser objeto de foco no mundo jurídico.

Não obstante os respeitáveis argumentos esposados pelo segmento contrário, mostra-se mais razoável a corrente que sustenta que a dispensa coletiva é intrinsecamente relacionada a questões de ordem plural e comum, que é, por sua vez, afeta à negociação coletiva trabalhista, a qual não prescinde da participação do sindicato (art. 8º, III e VI, CF).

O objetivo da participação do sindicato na dispensa coletiva é não somente de minimizar os seus efeitos, mas também sugerir possibilidades de contornar a situação de outras formas, tais como a dação de férias coletivas, redução parcial da jornada e salários e planos de demissão voluntária.

6. Convenção n. 158, OIT x artigo 7º, I, CF

O presente item pretende dar ênfase aos reflexos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade no art. 7º, I, CF, mais precisamente na proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária.

A Constituição Federal de 1988 determinou a proteção da relação de emprego no artigo 7º, I, garantindo que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais “*relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”.

Antes de abordar essa visão vanguardista, vale ressaltar que há uma boa parte da jurisprudência e da doutrina que acredita que sem a regulamentação do artigo por lei comple-

mentar a sua eficácia seria limitada e de aplicabilidade indireta, por depender de regulamentação ulterior, conforme reconhecida classificação doutrinária das normas constitucionais difundida pelo jurista José Afonso da Silva.

Nesse sentido é o magistério de Cássio Mesquita Barros Junior, averbando que “*um preceito constitucional, quando define um direito ou garantia fundamental, terá aplicação apenas se for bastante e completo em si mesmo, o que não se verifica com o art. 7º, I, que não contém todos os elementos. Quando da regulamentação da matéria, será possível falar-se em sua aplicabilidade. Até lá, conclui, faltam elementos indispensáveis à sua aplicabilidade*”.

Bem a propósito, é a lição do professor Octavio Bueno Magano, sobre a despedida, no sentido de que: “*a nova Constituição consagrou o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos sociais (§1º, do artigo 5º). Contudo, sujeitou a eficácia de vários preceitos do capítulo respectivo à expedição de normas regulamentadoras, como sucedeu nos seguintes casos: a) o de indenização compensatória para despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I)*”.

Mais a frente, afirma que “*a explicação é simples. A todas as regras de direito social foi atribuída aplicabilidade imediata. Contudo, força é reconhecer que nem todas possuem o mesmo grau de eficácia*”.

Com o devido respeito à posição contrária, é cediço que os direitos fundamentais previstos na Constituição irradiam efeitos nas relações privadas.

O próprio José Afonso da Silva critica o texto constitucional ao mencionar que “*para quê lei complementar sobre relação de emprego (art. 7º, I), para dificultar sua regulamentação?*”.

O professor Renato Rua de Almeida, em defesa da tese de eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais, em clara posição pós-positivista, em que os princípios não têm somente função integrativa, mas também normativa, argumenta que “*até mesmo pela ausência da regulamentação constitucional, a eficácia horizontal desse direito fundamental social deve ser garantida pela exigência do cumprimento pelo empregador, nas despedidas em massa, dos valores da boa-fé objetiva e dos seus deveres anexos, previstos nos mencionados arts. 187 e 422 do Código Civil de 2002*”.

Na mesma linha de entendimento Arion Sayão Romita sustenta que “*a aceitação da tese de eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não é isenta de riscos. Levada ao extremo, ela ameaça a própria ordem jurídica privada*”.

Na sequência, o jurista completa o raciocínio asseverando que “*esta limitação ao raio de ação dos direitos fundamentais se fará em obediência ao cânone da unidade da ordem jurídica e com reverência à regra da interpretação do direito privado em conformidade com a Constituição, além da harmonização dos direitos fundamentais com a ordem pública*”.

Independente do entendimento acerca da vigência ou não da Convenção n. 158 no Brasil, há que se levar em conta o importante ponto de vista acerca da função desempenhada pelo art. 7º, I, da CF, tudo sob a ótica do valor dos direitos fundamentais, como o são os direitos sociais.

No mais, a Convenção não afronta a Constituição, mas a

complementa, eis que o retromencionado art. 10 confere a cada país a possibilidade de reintegração, pagamento de indenização ou outra reparação apropriada.

Não fosse o bastante, vale pontuar que, se ratificada pelo Brasil, a Convenção n. 158 da OIT passa a ter formatação supralegal e supera a discussão acerca da necessidade de lei complementar para regulamentar a questão da limitação aos poderes de dispensa.

7 - Conclusão

O empresariado brasileiro acredita que a ratificação da Convenção n. 158 fere o princípio da livre iniciativa, constitucionalmente garantido pelos artigos 1º, IV e 170, da CF, implicando em ingerência estatal excessiva no âmbito gerenciador das empresas.

Conforme afirmação feita pelo representante da CNI (Confederação Internacional da Indústria), Dagoberto Godoy, “*a Convenção não interessa ao Brasil. A legislação brasileira é melhor do que prevê a 158. Ela faria com que as empresas ficassem temerosas em contratar, e o desemprego, principalmente entre os jovens, cresceria ainda mais*”.

De outro lado, há que se considerar que em países mais avançados, como a França, no qual há uma série de etapas a serem observadas antes de efetuar a dispensa, a Convenção tem sido respeitada de modo a não ferir qualquer garantia do empregador. Empregador e empregado partem para uma tentativa prévia de negociação que, se infrutífera, conduz o patrão a notificar o obreiro da dispensa, expondo as razões pelas quais procedeu dessa forma, autorizando, dessa forma, que o empregado participe do ato de dispensa de forma ativa.

A Convenção n. 158 da OIT permite a cada Estado-Parte, que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada país a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória de modo a minimizar os impactos sociais.

Se recepcionada como norma supralegal, a Convenção n. 158 da OIT, não somente prevalecerá, quanto à hierarquia normativa, sobre a dita lei complementar ainda não editada, como também reforçará o texto do §2º do art. 5º da CF que vaticina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Interessante notar, como lembra o sociólogo Augusto César Petta, que “*as entidades sindicais, ao mesmo tempo que pressionam o Congresso para que haja a ratificação, poderiam incluir a temática nas suas pautas de reivindicações, para que haja a possibilidade de que venha a constar nas suas respectivas convenções coletivas*”.

A Carta Maior privilegia a autonomia da vontade coletiva, em sintonia com a previsão do art. 7º, XXVI, desde que o pacto não seja contrário à leis proibitivas.

Ao fim e ao cabo, a despeito da cizânia instalada e independente da adesão à Convenção n. 158, curva-mo-nos à tese que sustenta a eficácia mediata e aplicabilidade do disposto

no art. 7º, I, da CF, em nome, sobretudo, do valoroso princípio da dignidade da pessoa humana aliado à mínima eficácia que deve ser garantida aos dispositivos constitucionais, sob pena de a sociedade não ser o espelho refletor da Carta Magna.

8 - Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? Revista LTr, vol. 73. São Paulo: LTr, abr. 2009.

BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. Mecanismos de proteção da relação de emprego. Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná. Curitiba: Juruá, 1991.

LA CUEVA, Mário de. Panorama do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969.

MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à Convenção 158 da OIT – Garantia no emprego. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. Política do trabalho. São Paulo: LTr, 1992.

MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva – Da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direitos fundamentais trabalhistas. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. A proteção do trabalhador contra despedida arbitrária na Constituição Federal de 1988. In RODRIGUES, Aluísio (coord.). Direito Constitucional. São Paulo: LTr, 1993.

VALTICOS, Nicolas. Droit international du travail, in Traité de Droit Du Travail de G. H. Camerlynch. Paris: Dalloz, 1970.

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito Sanitário pela ESMPU/FIOCRUZ

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP
Doutor em História Social pela PUC/SP

Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla La Mancha/Espanha

Doutor em Seguridade Social pela Universidade de Castilla La Mancha/Espanha

Pós-Doutorado em Ciências Sociais pela PUC/SP pela Universidade de Manizales (Colômbia)

Diretor de Direitos Humanos da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região)

A PONDERAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL SOB O ASPECTO DO CUSTO DE OPORTUNIDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA FEDERAL BRASILEIRA

RESUMO: Este trabalho tem por objeto a análise quali-quantitativa de decisões dos tribunais federais brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais Federais da 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª e 5.ª Regiões), disponibilizadas nos Portais da Justiça Federal (Conselho da Justiça Federal) e do Tribunal Superior do Trabalho até o início do mês de março de 2013, concernentes à judicialização de políticas em sede de direitos sociais, especialmente do direito à saúde, nas quais foi analisada a questão da reserva do possível como impedimento à intervenção do Judiciário nas políticas públicas. A unidade de análise foi a jurisprudência federal unificada. Os resultados demonstram que (a) os tribunais federais brasileiros vêm decidindo que a escassez de recursos não pode ser apenas alegada, devendo ser provada pela administração pública; (b) os tribunais federais brasileiros, na maioria dos casos, não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização da saúde na esfera das políticas federais; e, sobretudo, (c) os tribunais federais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o custo de oportunidade, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la. Verifica-se, ainda, que, no âmbito dos tribunais regionais federais, é precisamente no âmbito territorial de jurisdição do tribunal correspondente à região mais pobre do país (TRF da 5.ª Região), de menores índices de desenvolvimento humano, onde os recursos materiais tendem a ser mais escassos, que o argumento da reserva do possível é refutado com maior intensidade pelo Judiciário federal. Conclui-se que a ponderação do custo de oportunidade, no âmbito da judicialização das políticas, é um desafio de primeira ordem que se coloca não apenas aos tribunais, mas também aos agentes legitimados para a proposição de ações concernentes às políticas de saúde, em especial ao Ministério Público.

PALAVRAS CHAVE: custo de oportunidade – direito à saúde – direitos sociais – judicialização – políticas – reserva do possível.

ABSTRACT: This research aims a qualitative-quantitative

analysis of the decisions of Federal Brazilian Court (Supreme Court, Superior Court of Justice, Superior Labor Court and Federal Regional Courts of the 1st, 2nd, 3rd, 4th and 5th Regions) available in Federal Justice Portals (Federal Council of Justice) and Superior Labor Court until the beginning of March 2013, concerning the judicialization of policies based on social rights, especially referring to the health care law, in which the possible reserve issue was analyzed as the impediment for Judicial intervention in public policies. The unit of analysis was the unified Federal Jurisprudence. The results demonstrated that (a) Federal Brazilian Courts have been deciding that the scarcity of resources may not only be alleged, but they also have to be proved by the public administration; (b) Federal Brazilian Courts, in most cases, have not accepted the argument of possible reserve as an obstacle to the judicialization of health care in the range of Federal policies; and, overall, (c) Federal Brazilian Courts have not weighted, in their decisions, before the possible reserve, the cost of opportunity, that is, the cost of not implanting certain policy, with its consequences for the future, at the moment of deciding about the present policy, either to accept judicial intervention in the public policy, or simply to refute it. It is possible to verify, still, that the sphere of Federal Regional Courts has been precisely in the territorial extent of the jurisdiction of the Court, corresponding to the poorest region of the country (FRC of the 5th Region), with lower rates of human development, where material resources tend to be scarcer and the argument of possible reserve has been refuted with more intensity by the Federal Judiciary. It follows that the deliberation of cost of opportunity, in the scope of judicialization of policies, has been the challenge of the first order, which has been present not only in courts, but also to legitimate agents when proposing actions in relation to health care policies, especially in the Public Ministry.

KEYWORDS: opportunity cost – right to health – social rights – judicialization – policies – reserve of the possible.

1 - Introdução e revisão bibliográfica

Este artigo concentra-se na análise da ponderação, pelos tribunais federais brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e

Tribunais Regionais Federais da 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª e 5.ª Regiões), do argumento da reserva do possível na judicialização das políticas (policies) de saúde, buscando, sobretudo, demonstrar que: (a) os tribunais brasileiros, nas suas decisões, vêm expressando o entendimento de que a reserva do possível, ou seja, a escassez orçamentária (a reserva do economicamente possível), não pode ser apenas alegada, devendo ser demonstrada concretamente pela administração diante da falta de efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, constitucionalmente assegurado; (b) os tribunais brasileiros, ao menos na maioria dos casos, não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização da saúde na esfera das políticas federais; e, especialmente, (c) os tribunais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o custo de oportunidade concernente às políticas, sobretudo às políticas de saúde, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la.

Especialmente no âmbito das políticas de saúde, o tema da reserva do possível vem ganhando importância teórica e prática. A efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, tem exigido um profundo redimensionamento do papel da política e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo de cunho marcadamente conservador, no mais das vezes pouco sensível às demandas sociais e às lutas pelo direito a ter direitos, e infenso a mecanismos de tutela e controle judicial no que diz respeito ao delineamento das políticas – programas reunidos em torno da realização de objetivos socialmente relevantes, politicamente determinados de acordo com o projeto consubstanciado na Constituição –, vem sendo superado por um novo modelo, mais democrático, socializante e inclusivo, em que o Estado assume obrigações prestacionais onerosas (que demandam recursos financeiros) e, ao buscar efetivá-las, mediando disputas alocativas (disputas pelos recursos financeiros), dialoga com os distintos anseios dos diferentes atores sociais, concertando-os em conformidade com o pacto social instituinte.

Nesse contexto de redimensionamento do papel social do Estado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, mesmo diante da reserva do possível, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde, impondo aos Estados um dever de não regressividade em matéria de direitos sociais.

Esse mesmo princípio, de irreversibilidade das conquistas sociais, foi articulado constitucionalmente na Alemanha a partir da Lei Fundamental de Bonn (1949)², como corolário da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais nela reconhecidos, e se irradiou para diversos ordenamentos, como o português, o francês, o espanhol, o colombiano e o brasileiro.

Diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos

direitos sociais reconhecidos como fundamentais em constituições ou em tratados. Esse mínimo, o “núcleo duro” dos direitos fundamentais, relacionado ao mínimo existencial e à própria dignidade humana, será, sempre, uma barreira intransponível que obriga a uma permanente delimitação do fazer e do não fazer, da ação e da omissão, e demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e administradores públicos (COURTIS, 2008).

Assim, por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu, em reiterados casos, que aquelas medidas que implicam retrocesso em matéria de direitos sociais devem ser consideradas medidas logicamente violadoras dos deveres do Estado e, portanto, devem estar sujeitas a um alto grau de sindicabilidade constitucional.

Nesse sentido, sob o pretexto de vedar o retrocesso social, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional uma lei que abolia o serviço nacional de saúde existente, decidindo que “*Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa (...), então, quando ela é levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor (...). As tarefas constitucionais impostas ao Estado como garantia dos direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não só o obriga apenas a criá-los, como também geram o dever de não aboli-los uma vez criados*” (Acórdão n.º 39/84, de 11.04.1984).

No mesmo sentido, a Corte Belga de Arbitragem vem interpretando o art. 23 da Constituição belga, alusivo a direitos sociais, como se este impusesse um “efeito congelante” (*standstill effect*), vedando o retrocesso significativo na proteção desses direitos conferidos pelas leis no momento da adoção da Constituição. Em um caso alusivo à redução de benefícios assistenciais, a Corte belga decidiu que, no que tange ao direito à assistência social, esse efeito “congelante” veda o retrocesso significativo na proteção conferida pela legislação no momento da entrada em vigor do art. 23, preservando o direito assegurado na lei anterior mesmo diante da reforma constitucional (Caso n.º 5/2004, de 14.01.2004).

Na África do Sul, a Corte Constitucional decidiu, no caso *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, que o Estado não havia tomado as medidas razoáveis necessárias, dentro dos recursos disponíveis, para concretizar progressivamente o direito à moradia, pois os programas habitacionais oferecidos não previam nenhuma espécie de auxílio emergencial àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico; ordenou ao Estado, no caso *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, a implantação de um programa oficial para a prevenção da transmissão, de mãe para filho, do vírus HIV; declarou a inconstitucionalidade da exclusão dos imigrantes dos planos de benefícios da seguridade social (*Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*); e emitiu sucessivas ordens para impedir deslocamentos urbanos e assegurar o pleno acesso de pessoas a programas de reassentamento (*Port Elizabeth vs. Various Occupiers; Jafftha vs. Schoeman and Others; President of RSA*

and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others; Van Rooyen vs. Stoltz and Others; Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others).

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua vez, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1946/DF para dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n.º 20, interpretação conforme a Constituição, sob o pretexto de vedar o retrocesso social (a limitação – teto máximo – do valor do benefício) no direito social à licença-maternidade remunerada.

A obrigação de não regressividade em matéria de direitos sociais está relacionada, por outro lado, a uma obrigação de progressividade (PERTENCE apud COURTIS, 2006). Esse princípio autoriza os poderes públicos a adotarem programas e políticas de desenvolvimento de direitos sociais de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis (a reserva do possível), mas desautoriza aos Estados a postergação indefinida da satisfação dos direitos em pauta. Pelo contrário, demanda ações concretas, começando pela demonstração, de fato, que estão realizando o máximo de esforços, e até o máximo de recursos disponíveis, para a satisfação, ao menos, do conteúdo essencial dos direitos sociais e para dar soluções, de forma prioritária, aos grupos sociais em situação de maior vulnerabilidade.

Todos os direitos – e não só os direitos sociais – têm um custo (HOLMES E SUNSTEIN, 1999). Os direitos civis e políticos são, também, direitos prestacionais, de certa forma. Assim, o direito de propriedade, por exemplo, não demanda apenas, como habitualmente aponta o pensamento liberal clássico, a ausência de interferências arbitrárias, mas um elevado número de prestações públicas manifestamente onerosas, que vão da manutenção de diversos tipos de registros – de propriedade automotora, imobiliária, industrial, etc. – à manutenção de forças de segurança e de tribunais que possam garantir o cumprimento dos contratos que envolvem a propriedade.

O direito político de voto envolve, igualmente, uma ampla e onerosa infraestrutura, que inclui desde questões mínimas, como urnas, cédulas eleitorais, etc., a outras mais complexas, como escrutinadores, mecanismos de contagem, recontagem e registros, logística, órgãos jurisdicionais, etc. Os direitos civis e políticos comportam, da mesma forma que os direitos sociais, uma dimensão distributiva, cuja satisfação demanda múltiplos recursos.

Portanto, não apenas os direitos sociais implicam custos para o Estado; os direitos civis e políticos, mesmo quando exigem uma abstenção do Estado e/ou dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos, dependem de uma gravosa estrutura estatal para a sua realização. O que está em jogo, portanto, normalmente, não é como garantir direitos “caros”, mas decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos que todos os direitos – e não só os sociais – exigem para a sua satisfação.

Soma-se a isso uma tradição, em alguns casos, como o brasileiro, segundo a qual as decisões produzidas no processo deliberativo orçamentário têm sido superadas sem maior cerimônia por atos do Poder Executivo central, que simplesmente retém verbas, sem nem mesmo expor os motivos para

tanto (MENDONÇA, 2008, p. 232). A inexecução do orçamento, com a promoção de cortes que atingem áreas em que a atuação do Estado é notoriamente deficiente, relacionadas a direitos sociais, cria amplas distorções no âmbito da reserva do possível, com francas violações aos direitos fundamentais das pessoas (SABBAG, 2006, p. 153).

Portanto, a escassez orçamentária, por si só, não pode ser vista como argumento suficientemente sólido para o afastamento do imperativo da efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, relacionado ao mínimo existencial e à dignidade humana, esse núcleo mínimo absolutamente protegido, contra o qual não cabem quaisquer limitações, mesmo em tempos de crises (ALEXY, 1994, p. 288): ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Estado deve alocar verbas orçamentárias específicas para a efetivação dos direitos sociais, na medida do possível, mas sempre realizando máximo esforço na persecução das garantias dos direitos sociais.

Por isso, num contexto de disputas alocativas, onde o que está em jogo, na realidade, é decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos que todos os direitos – e não só os direitos sociais – exigem para a sua efetivação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve, sempre, demonstrar que está fazendo o máximo de força, em todos os campos (financeiro, pessoal, tecnológico, etc.), até o máximo possível, e que está priorizando, na sua atuação, os grupos mais vulneráveis.

Assim, eventuais impactos econômico-financeiros das decisões judiciais em sede de direitos sociais não podem ser usados como obstáculo absoluto à judicialização dos direitos sociais, sobretudo quando a administração não demonstra, concretamente, a escassez de recursos em questão. Ademais, é inevitável que decisões judiciais pertinentes a direitos sociais tenham repercussões financeiras e orçamentárias, mas a verdade é que isso também acontece em relação à tutela de outros direitos, como os direitos civis e políticos, inclusive o direito de propriedade, tutela que inclui compensações monetárias, fomentos, subsídios e desembolsos.

Na realidade, é inevitável o impacto financeiro-orçamentário das atuações do Judiciário na tutela dos direitos – de todos os direitos, não só dos direitos sociais – se aceitarmos as condições que, ao menos no plano formal, caracterizam uma democracia constitucional. A existência de certos interesses indisponíveis para os poderes de turno, relacionados ao mínimo existencial e à dignidade humana, implica a existência de um limite intransponível para a livre configuração dos gastos públicos: a limitação da livre configuração dos gastos públicos é um corolário do respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos (ARANGO, 2002).

Parece-nos claro, todavia, que o fato de que a livre configuração dos gastos públicos não seja absoluta não queira dizer que as intervenções judiciais nunca devam levar em conta as consequências não apenas orçamentárias e financeiras, mas também políticas e sociais de suas ações. Mas certa sensibilidade em face das consequências de sua própria atuação não pode ser confundida com o ideário pragmático segundo o qual toda a intervenção do Judiciário com repercussões

econômicas põe em perigo, naturalmente, o equilíbrio orçamentário, ou constitui uma intervenção ilegítima em um campo reservado à política. Na prática, os tribunais têm pautado a sua ação, nesse contexto, pela busca da mediação possível entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais básicos, o princípio da divisão dos poderes (na verdade, divisão de funções ou de responsabilidades) e o equilíbrio orçamentário (LANGFORD, 2005, p. 106).

De fato, a ideia da reserva do possível vem acompanhada habitualmente de três falácias, empregadas para justificar a denegação de direitos sociais fundamentais ao cidadão.

A primeira dessas falácias apoia-se no argumento de que os direitos sociais seriam direitos de segunda ordem – de segunda geração –, e, portanto, em termos teórico-dogmáticos, direitos de difícil tutela, fluídos, subordinados, na sua concretização, à concretização primeira dos direitos civis e políticos. A este argumento opõe-se o fato de que os direitos sociais não se justificam simplesmente para compensar desigualdades sociais, mas correspondem a núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois é através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação democrática e a continuidade da sociedade humana (BARRETO, 2003, p. 119): são direitos fundamentais que, atuando como premissas materiais para o exercício de outros direitos, são concomitantes meio e condição para a promoção da real liberdade e da real autonomia do homem, da democracia e de outros altos objetivos do Estado democrático de direito.

A segunda falácia está relacionada com o argumento de que a exigibilidade dos direitos sociais está condicionada ao vigor econômico estatal. No entanto, o certo é que a existência de recursos públicos disponíveis para possibilitar esses direitos está associada a escolhas que definirão a destinação dos recursos por meio de políticas públicas. Dessa forma, o argumento da necessidade de uma economia forte, por si só, não é verdadeiro, bastando alguma vontade política para destinar os recursos necessários proporcionalmente, de acordo com o tamanho da economia, e racionalmente, de acordo com as prioridades da sociedade.

A terceira falácia está mais diretamente relacionada ao próprio argumento da reserva do possível. Não se pode vincular a realização dos direitos sociais à existência de recursos ignorando que os custos são inerentes à realização de todos os direitos, inclusive dos direitos civis e políticos, de forma que o estabelecimento de uma relação de continuidade entre a escassez de recursos e a afirmação dos direitos acabe resultando em uma ameaça virtual à existência de todos os direitos (BIGOLIN, 2006). Além disso, a reserva do possível não é uma espécie normativa, pois não determina um estado de coisas a ser alcançado, tampouco é um mandado de otimização. Na verdade, sequer pode ser identificada como um princípio: o que se pondera, na realidade, sequer é a reserva do possível, mas a escassez de recursos que esta suporia.

No entanto, existe uma diferença substancial entre inexistência de recursos e eleição de prioridades na distribuição de recursos. Se é no cumprimento da função orçamentária do Estado que as teorias dos custos dos direitos e o seu corolário da reserva do possível se apresentam de forma mais

evidente, o que ocorre é que o argumento da reserva do possível pode ser refutado a partir da perspectiva de que não há recursos inexistentes, mas que a realização de certos direitos sociais não se dá em virtude de questões econômicas como o pagamento de juros e ajudas ao capital especulativo, renúncias fiscais e subsídios destinados a beneficiar a atividade de certas empresas e/ou outras escolhas realizadas a partir dos interesses das elites (KRELL, 2002, p. 99). Existe, pois, a necessidade de diferenciar o que não é possível fazer porque não existem meios suficientes, com a observância das normas constitucionais que determinam a alocação de recursos a áreas sensíveis, como a educação e a saúde, e o que não é possível fazer porque os meios disponíveis foram alocados em outras prioridades.

Na medida, portanto, em que todos os direitos dependem, em maior ou menor grau, de recursos financeiros para a sua concretização, a questão da alocação desses recursos, ou seja, de determinar quais são os bens jurídicos que serão prioritariamente promovidos, demonstra-se relevante e possível de ser sindicada judicialmente: impõe-se distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários para a realização de um dever constitucional da alocação de recursos efetuada contrariamente aos próprios mandamentos constitucionais.

É claro que a reserva do possível, contudo, não concerne apenas a um problema de ordem econômico-financeira, embora essa seja a sua mais visível evidência. A dimensão prestacional dos direitos sociais fundamentais, que não pode ser negada, leva à imposição, por vezes, de outras dificuldades técnico-fáticas, ou mesmo jurídico-administrativas (cumprimento de normas de licitação, por exemplo), que independem, diretamente, de questões econômico-financeiras, mas impõem limites à imediata concretização de um direito, ainda que ordenada judicialmente. É claro que, para além das previsões orçamentárias e da disponibilidade financeira para cobrir despesas com decisões judiciais, que merecem tratamento diferenciado, a reserva do possível poderá, nesses casos, demandar também um amplo diálogo entre os tribunais, os poderes públicos e os próprios sujeitos afetados, que se prolonga à fase de execução da sentença, para que se viabilize o cumprimento da decisão judicial, sem que, contudo, a alegação dessas reservas fáticas ou jurídicas autorize a sua postergação indefinida, ou seja, o descumprimento da decisão judicial.

Assim, por exemplo, se, quando, no Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região determinou ao Executivo que passasse a exigir nos rótulos das bebidas alcoólicas vendidas no país a expressão “o álcool pode causar dependência e seu excesso é prejudicial à saúde”, não foram opostas a esta decisão maiores dificuldades fáticas, bastando ao Ministério da Saúde delinear um marco regulatório específico para os produtores e importadores de bebidas alcoólicas à venda no país, ao contrário, quando este Tribunal determinou ao Executivo que realizasse a duplicação de uma rodovia federal no estado de Santa Catarina, no Sul do país, várias foram as objeções opostas à execução da decisão judicial, de impedimentos de ordem econômico-financeira a questões de ordem técnica e

de ordem jurídica. Por exemplo: estudos topográficos e de engenharia civil e de trânsito, licitações, alvarás, licenciamentos ambientais, implicações com comunidades indígenas e quilombolas, e reassentamentos populacionais. Tais questões, no entanto, não são absolutamente invencíveis.

Por outro lado, o controle judicial da atividade administrativa em sede de políticas públicas não elimina, logicamente, as margens de ação estrutural/epistêmica do administrador público, que pode e deve decidir quais são os meios mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais entre todos aqueles meios legítimos, juridicamente válidos e eficientes, de forma que o fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juízes”, nem a eliminação das competências discricionárias do administrador público; no entanto, o reconhecimento dessas margens de ação jamais poderá dar causa à insindicabilidade absoluta dessas suas decisões, a espaços infensos a essa proteção e controle judicial, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atentar para o conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da justiça social constitucional, preceitos que vinculam o merecimento das decisões administrativas em matéria de políticas públicas sociais.

Isso porque:

- a) os direitos sociais dependem, para a sua efetividade, da articulação entre o direito e a política, uma vez que é por meio de políticas públicas que é possível transformar as premissas e os valores da Constituição e dos tratados de direitos humanos em realidade;
- b) a formulação, a aplicação, a avaliação e o controle das políticas públicas devem poder basear-se em procedimentos que garantam a formação discursiva da vontade pública;
- c) os atos normativos definidores de políticas públicas e de sua aplicação prática devem observar os parâmetros traçados nos compromissos assumidos pelo Estado nos tratados de direitos humanos ou, no mínimo, no seu direito constitucional, razão pela qual são suscetíveis de controle judicial;
- d) os direitos sociais fundamentais não são meras normas programáticas, mas direitos subjetivos que reclamam realização (concretização), suscetíveis, portanto, de serem exigidos e de serem judicialmente tutelados; e
- e) as constituições democráticas contemporâneas estabelecem mecanismos para a garantia da efetividade dos direitos sociais no caso de omissão dos poderes públicos, sendo que, diante dessas omissões, compete ao Judiciário garantir os direitos sociais no caso concreto.

Em síntese, os poderes públicos não podem, de fato, ser levados a fazer o impossível. No entanto, o que é possível – ou impossível – na esfera econômica deve ser provado, e não apenas presumido. Assim, como já ressaltamos, os órgãos políticos devem sempre demonstrar que estão empregando o máximo de seus esforços, até o máximo de seus recursos, para satisfazer os direitos em questão; e mais: que estão di-

vulgando informações suficientes e claras, e ouvindo os destinatários dos direitos em questão; que estão esforçando-se para controlar e monitorar o efetivo cumprimento das políticas e programas já existentes, além de planejar para o futuro; e que, no cerne das políticas e programas que estão sendo planejados ou executados, está a solução, a curto, médio ou longo prazo, para os problemas que afetam, sobretudo, os grupos em situação de maior vulnerabilidade, mais necessitados.

Daí que o argumento da escassez de recursos (a reserva do possível) não pode ser considerado um argumento absoluto e definitivo a afastar o controle jurisdicional. Necessário demonstra-se, contudo, que o Judiciário seja mais judicioso na análise dos custos implicados nas políticas. Em muitas oportunidades, os tribunais têm demonstrado que a atuação pública requerida não era tão complexa ou onerosa como sustentavam os órgãos políticos, utilizando-se de números e dados alternativos, que demonstram a falácia de certas impossibilidades. Por outro lado, há que ponderar, nesses números e dados, custos deliberadamente excluídos, como o custo de oportunidade, ou seja, os custos que a postergação de determinada política pode gerar para o futuro.

Nesse sentido, Langford (2005, p. 94) cita o caso Auton, de 2000. Nesse caso, o governo da Columbia britânica, no Canadá, utilizou-se do argumento da reserva do possível para não financiar um programa de tratamento de crianças autistas. O tribunal supremo provincial rechaçou tal argumento, considerando a vulneração do direito básico de não ser discriminado das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar sua decisão, o tribunal valeu-se de um critério que levava em conta o orçamento público e a própria questão do custo econômico dos direitos: sustentou, amparado em estudos econômicos e pareceres de expertos, que os gastos demandados pelo programa, para a assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social, seriam consideravelmente menores do que aqueles necessários ao seu tratamento em longo prazo, se o referido programa não fosse implantado.

Essa abordagem, de ponderação do custo de oportunidade da implantação da política, relativamente inédita, ainda não é realizada pelos tribunais brasileiros. O que buscamos demonstrar, a seguir, é que (a) os tribunais brasileiros, nas suas decisões, vêm expressando o entendimento, esposado pela doutrina citada, de que a reserva do possível, ou seja, a escassez orçamentária (a reserva do economicamente possível), não pode ser apenas alegada, devendo ser demonstrada concretamente diante da falta de efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, constitucionalmente assegurado; (b) os tribunais brasileiros, na maioria dos casos, não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização da saúde na esfera das políticas federais; mas, sobretudo, (c) os tribunais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o custo de oportunidade concernente às políticas, sobretudo às políticas de saúde, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la.

Metodologia

Para a coleta dos dados que embasam o presente trabalho, foi utilizada a base de dados da Justiça Federal, mediante consulta à jurisprudência unificada dos tribunais federais no Portal da Justiça Federal (Conselho da Justiça Federal) e no Portal do Tribunal Superior do Trabalho. Foram identificados, até o início do mês de março de 2013, a partir das expressões de busca “reserva do possível” e “política” e/ou “políticas”, inicialmente, 109 (cento e nove) acórdãos dos tribunais federais brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais Federais da 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª e 5.ª Regiões).

A partir desses 109 (cento e nove) acórdãos, examinados pormenorizadamente, um a um, foram selecionados 90 (noventa) acórdãos alusivos à judicialização de políticas públicas em sede de direitos sociais, sendo 11 (onze) relacionados à educação, 7 (sete) relacionados ao trabalho e à previdência social e 72 (setenta e dois) relacionados à saúde, sendo descartados os acórdãos (dezenove) concernentes a outras matérias, relacionados, embora, com o argumento da “reserva do possível”, que abordavam temas como as indenizações devidas ao anistiado político, a responsabilidade da administração pública nas hipóteses de “terceirização” de serviços, o reajustamento salarial de servidores públicos e a implantação e a interiorização de órgãos da defensoria pública.

Selecionados esses 90 (noventa) acórdãos, sendo 72 (setenta e dois) deles alusivos ao direito à saúde, foi realizada nova busca, dessa vez a partir das expressões de busca “reserva do possível”, “política” e/ou “políticas” e “saúde” na base de dados do Portal da Justiça Federal e do Portal do Tribunal Superior do Trabalho, utilizados, também, os bancos de dados específicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que confirmou a seleção desses 72 (setenta e dois) acórdãos.

Esses 90 (noventa) acórdãos sobre direitos sociais, 72 (setenta e dois) deles especificadamente relacionados ao direito à saúde, em sede de políticas públicas, foram examinados pormenorizadamente, de forma a aferir-se, em cada julgamento, se: (a) o tribunal, na sua decisão, ponderou a questão da “reserva do possível”, acolhendo-a ou rejeitando-a, total ou parcialmente; e (b) o tribunal, na sua decisão, ponderou, para acolher ou rejeitar a questão da “reserva do possível”, o custo de oportunidade das políticas públicas sociais em questão, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão.

O uso das expressões de busca “reserva do possível” e “política” e/ou “políticas”, e depois, também, “saúde”, justifica-se porque interessava, neste trabalho, selecionar, inicialmente, decisões judiciais que, no âmbito da judicialização de políticas (policies) sociais, ou seja, de políticas de direitos sociais, ponderassem a questão da “reserva do possível”, e, depois, decisões judiciais em que o direito à saúde não fosse apenas verificado pontualmente, mas sobretudo decisões em que fosse ponderando especificadamente o argumento da “reserva do possível” e que tratassem de analisar, de alguma forma, para acolher ou rejeitar a judicialização dos direitos so-

ciais em geral e do direito à saúde em particular, os impactos da própria judicialização nessas políticas. Daí também a opção pela jurisprudência federal.

Discussão e resultados

Analisados 90 (noventa) acórdãos alusivos à judicialização de políticas públicas em sede de direitos sociais, sendo 11 (onze) relacionados à educação, 7 (sete) relacionados ao trabalho e à previdência social e 72 (setenta e dois) relacionados à saúde, verificou-se que na totalidade dos 35 (trinta e cinco) acórdãos dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho) foi rejeitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização. Ponderadas as 55 (cinquenta e cinco) decisões dos tribunais regionais federais, verificou-se que, na média, o argumento da reserva do possível foi, de alguma forma, ponderado para que se limitasse, total ou parcialmente, a intervenção judicial em sede de políticas públicas, especialmente nas políticas de saúde, em 26,39% das decisões, atingindo tal ponderação obstativa os índices de 42,86% no TRF da 1.ª Região, 44,83% no TRF da 2.ª Região, e 3,45% no TRF da 5.ª Região. Os dados concernentes aos TRFs da 3.ª e da 4.ª Região foram desconsiderados para fins de análise especificada, tendo em vista o pequeno número de decisões identificadas.

Tabela 1.
Resumo das decisões judiciais pesquisadas.

	Geral	Direitos Sociais	Educação	Trabalho/Previdência	Saúde
STF	2	2	2	0	0
STJ	26	12	8	0	4
TST	7	5	0	4	1
TRF – 1.ª Reg.	8	7	0	0	7
TRF – 2.ª Reg.	32	31	0	2	29
TRF – 3.ª Reg.	2	1	0	1	0
TRF – 4.ª Reg.	3	3	1	0	2
TRF – 5.ª Reg.	29	29	0	0	29
Total	109	90	11	7	72

Tabela 2.
Acolhimento do argumento da reserva possível por tema – decisões judiciais pesquisadas.

	Educação	Res. Possível	Trabalho/Previdência	Res. Possível	Saúde	Res. Possível
STF	2	0	0	0	0	0
STJ	8	0	0	0	4	0
TST	0	0	4	0	1	0
TRF – 1.ª Reg.	0	0	0	0	7	3
TRF – 2.ª Reg.	0	0	2	2	29	13
TRF – 3.ª Reg.	0	0	1	0	0	0
TRF – 4.ª Reg.	1	1	0	0	2	2
TRF – 5.ª Reg.	0	0	0	0	29	1
Total	11	1	3	2	72	19

A análise da jurisprudência dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho) revela, assim, inicialmente, que tais tribunais não têm aceitado o argumento da reserva do possível como óbice à judicialização, sobretudo no âmbito das políticas de saúde:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (...) - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana (STF, 2ª T., ARE-AgR 639337, Rel. Min. Celso de Mello, 23.08.2011).

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes (STJ, 2.ª T., RESP 200801379303, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 08.03.2012).

Por outro lado, no âmbito dos tribunais regionais federais, observa-se uma tendência mais conservadora, sendo admitida, em 42,86% das decisões oriundas do TRF da 1.ª Região e em 44,83% das decisões oriundas do TRF da 2.ª Região, a escassez orçamentária e a questão da reserva do possível

como óbice ponderável à intervenção judicial em sede de políticas públicas:

Não é dado ao Poder Judiciário conferir prioridade a determinada tarefa do poder público. Não lhe compete eleger prioridades administrativas, sobretudo quando implicam despesas - e isso sempre ocorre e depende de orçamento - e governar no lugar do agente do executivo. (...) Aceitam-se intervenções judiciais pontuais, com esteio em casos individuais, na via dos interesses ou direitos individuais homogêneos, ou dos direitos fundamentais prestacionais, mas sempre nos casos concretos, singulares ou plurais, em face da omissão crônica do poder público. Ainda assim essa intervenção, à distância da realidade financeira de cada ente público, que sempre tem de estabelecer prioridades em face das demandas sempre crescentes, a desafiar o princípio da reserva do possível, nem sempre resulta autorizada. O encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais imprescindíveis da presença do binômio razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado. (...) A realização dos direitos sociais, ainda que situados nas prioridades dos orçamentos públicos, exige grandes aportes financeiros que nem sempre estão disponíveis. E daí a doutrina da reserva do possível, que deve se levar em conta pelo magistrado quando determina a prática de prestações positivas pelo Estado (TRF-1, C. Esp., AGRSLT, Rel. Des. Olindo Menezes, E-DJF1 de 30.04.2012).

Diante dos princípios da reserva do possível e da isonomia, além das limitações orçamentárias, o Judiciário não pode privilegiar situações individuais em detrimento das políticas públicas que buscam o atendimento de toda a população de forma igualitária. (...) Não deve o Poder Judiciário, em toda e qualquer demanda similar à presente, apenas embasado na solidariedade humana, interferir nas decisões administrativas que visam garantir atendimento médico mais eficiente e de maior alcance, sob pena de cometer injustiças ainda mais graves e de violação ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2.º da Constituição Federal (TRF-2, 7.ª T. Esp., AG 201202010028740, Rel. Des. Jose Antonio Lisboa Neiva, E-DJF2 de 10.10.2012).

No entanto, observou-se uma tendência, nessas decisões, à necessidade de que a escassez de recursos fosse demonstrada concretamente pela administração. Os tribunais em questão, assim, com alguma ênfase, têm passado, reconhecendo, embora, em muitas decisões, a reserva do possível como óbice à intervenção judicial nas políticas, a exigir a demonstração concreta da escassez orçamentária pela administração:

Em oposição a esta tese da “reserva do possível”, temos a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da preservação do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. A Corte vem aceitando a denominada “dimensão política de jurisdição constitucional”, que permite o exercício do controle judicial em tema de implementação de políticas públicas para

garantir o “mínimo existencial”. (...) O STF só vem aceitando a aplicação da cláusula da “reserva do possível” quando a Administração Pública comprovar, de forma objetiva, no caso concreto, sua incapacidade econômica para implementação de determinada política pública. Esse entendimento da Suprema Corte está resumido no voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do STA 175-Agr/CE (Informativo n.º 582 de 2010). (...) In casu, cumpre consignar que, muito embora o demandante não seja pessoa idosa, não se mostra razoável exigir a espera de 4 (quatro) anos para ser operado, se há indicação médica para a sujeição ao procedimento cirúrgico, inclusive já tendo sido o autor encaminhado para a realização dos exames pré-operatórios. Demais, disso, saliente-se que os apelantes não comprovaram de forma objetiva a ausência de recursos para a realização da cirurgia, devendo ser afastada a alegação da “reserva do possível”, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (TRF-2, 6.ª T. Esp., AC 201151680030859, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJF2 de 18.07.2012).

Ainda no âmbito da jurisprudência dos tribunais regionais, no entanto, chama a atenção o fato de que é justamente no âmbito territorial de jurisdição do TRF da 5.ª Região, que corresponde à região mais pobre do país (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), de menores índices de desenvolvimento humano (o IDH médio da região é de 0,719, contra a média nacional por estado de 0,770 e as médias de 0,766 e de 0,817, respectivamente, no âmbito dos TRFs da 1.ª e da 2.ª Região¹⁸), onde os recursos materiais tendem a ser mais escassos, que o argumento da reserva do possível, como óbice à efetivação do direito fundamental à saúde, é refutado com maior intensidade pelo Judiciário federal (das vinte e nove decisões analisadas, todas em sede de políticas de saúde, apenas uma limitou a intervenção judicial em virtude da arguição da reserva do possível):

No exercício basilar do Estado de Direito de proteção à intangibilidade do ser humano, não deve esmorecer o Poder Judiciário perante a tão debatida cláusula da reserva do possível - arma típica que os entes estatais vinculados ao SUS esgrimem contra o cidadão, por suposta preocupação com toda a coletividade -, sob pena de tudo se relativizar e deixar órfãos todos eles, individualmente considerados (TRF-5, 1ª T., AC 200982010028858, Rel. Des. Cesar Carvalho, DJE de 03.08.2012).

Prevalência, na hipótese, da proteção aos direitos à vida e à saúde em relação à alegada observância à reserva do possível, tendo em vista, inclusive, que “a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade” (...). Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que “seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos di-

reitos sociais, igualmente fundamentais” (TRF-5, 1.ª T., AG 00012628620124050000, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, DJE de 08.06.2012).

A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível (...) não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população. (...) Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização (TRF-5, 1.ª T., AG 00096192620104050000, Rel. Des. Emiliano Zapata Leitão, DJE de 03.02.2011).

Tabela 3. Acolhimento do argumento da reserva possível e IDH/Média.

	Aceit. Res. Possível	IDH/Média ⁽¹⁾
Geral	26,39%	0,770
TRF – 1.ª Reg.	42,86%	0,766
TRF – 2.ª Reg.	44,83%	0,817
TRF – 5.ª Reg.	3,45%	0,719

⁽¹⁾ PNUD (2010) – IDH por estados.

Figura 1. Acolhimento do argumento da reserva do possível (%).

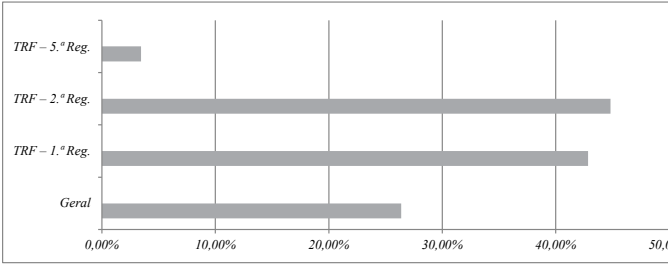
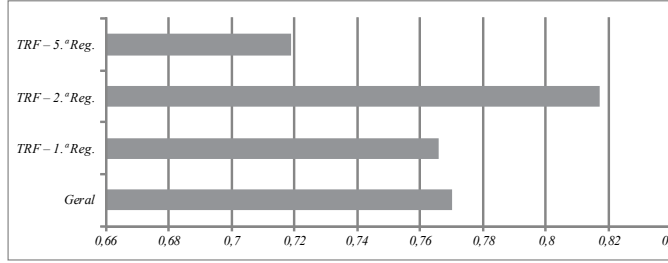


Figura 2. IDH/Média.



Por um lado, se a questão da falta do acolhimento do argumento da escassez de recursos pelos tribunais superiores pode estar ligada à própria dinâmica processual em questão (já que tais tribunais superiores, salvo nos processos de sua competência originária, ou quando atuam como instância recursal ordinária, normalmente não reexaminam questões fáticas das decisões recorridas), o teor dessas mesmas decisões deixa claro que os tribunais superiores, com fulcro no mínimo existencial e na dignidade humana, não aceitam a tese de subordinação dos direitos sociais ao vigor econômico. Por outro lado, ainda que acolhido, em parte, tal argumento nas instâncias intermediárias (tribunais regionais federais), nota-se a preocupação, na maioria das decisões, com a demonstração concreta da escassez de recursos, que não pode ser apenas alegada diante da falta de efetivação de direitos sociais. E, por fim, evidencia-se uma maior sensibilidade do Judiciário precisamente naquela região que, presumidamente, sendo aquela com menores índices de desenvolvimento humano, mais necessita de uma intervenção judicial alheia à questão da reserva do possível.

Em todos os casos, contudo, verifica-se que os tribunais federais brasileiros não têm ponderado, nas suas decisões, diante da reserva do possível, o custo de oportunidade concernente às políticas, sobretudo às políticas de saúde, ou seja, o custo de não implantação de determinada política, com as suas consequências para o futuro, no momento de decidir sobre a política em questão, seja para acolher a intervenção judicial na política pública, seja para refutá-la.

Conclui-se que a ponderação do custo de oportunidade, no âmbito da judicialização das políticas, é um desafio de primeira ordem que se coloca não apenas aos tribunais, mas também aos agentes legitimados para a proposição de ações concernentes às políticas de saúde, em especial ao Ministério Público, diante das questões concernentes à escassez de recursos (a reserva do possível) e da efetivação dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, envolvido em disputas alocativas e, conseqüentemente, em escolhas dramáticas: com o recurso à economia, esses agentes poderão melhor demonstrar, para que os tribunais tenham melhores condições de julgar, novos elementos a serem sopesados frente ao argumento da reserva do possível em sede de políticas sociais em geral, e de políticas de saúde em particular.

Notas

1 Uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos diz respeito a um dever negativo, consubstanciado no princípio da não regressividade, articulado a partir do art. 2.º do Pacto Interacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, obriga os poderes públicos a que não adotem políticas e, em consequência, não sancionem normas que venham a piorar, sem razoável justificativa, a situação dos direitos sociais no país. Assim, “cualquier medida deliberadamente regresiva (...) requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento

pleno del máximo de recursos que se dispone” (COURTIS, 2006, p. 79).

- 2 Sobre o caso alemão, v. Franco apud Courtis (2006, p. 361 et seq.).
- 3 Em Portugal, Canotilho (2002) aponta para a existência de cláusulas constitucionais implícitas que proíbem uma “evolução reacionária” e o “retrocesso social”.
- 4 Segundo Roman (2002, p. 280), o Conselho Constitucional francês tem feito uso, ainda que de forma irregular, do chamado cliquet anti-retour.
- 5 Na Espanha, o tema da irreversibilidade dos direitos sociais foi tratado por Marín (1996, p. 91 et seq.).
- 6 Cf. Arango apud Courtis (2006, p. 153 et seq.).
- 7 Para Barroso (2008; 2009; 2011) e Sarlet (2002; 2005; 2008), trata-se de um princípio implícito, que decorre do próprio Estado democrático de direito, da dignidade humana, da segurança jurídica e da proteção à confiança (nesse sentido, v., também, Barroso e Barcellos, 2006).
- 8 A Corte colombiana já declarou inconstitucionais, assim, leis que foram consideradas regressivas em áreas como pensões (decisão T-789/2002), acesso aos serviços de saúde (decisão T-671/2002), educação (decisão C-931-2004) e moradia (decisão T-1318/2005).
- 9 Uma das obrigações decorrentes do PIDESC, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, é a de “tomar medidas”, compromisso que, por si só, não é qualificado ou limitado por outras considerações — “(...) ‘to take steps’, which in itself, is not qualified or limited by other considerations”. Para o Comitê, “Thus while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant’s entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant” (Comentário Geral n.º 3, 1990).
- 10 Holmes e Sunstein (1999), citados por Cruz (2008, p. 95), demonstrando que todos os direitos têm um custo, sustentam que a alocação de recursos financeiros para a manutenção de uma burocracia estatal policial e judicial ligada à tutela da integridade física e da propriedade das pessoas não pode ser esquecida quando da repartição de recursos orçamentários. Reportando-se à obra de Holmes e Sunstein – The cost of rights –, Amaral (2001, pp. 74-6) afirma: “Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo Bill of Rights são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir? Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. (...) O direito a uma jus-

ta compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento”. Holmes e Sunstein refutam, ainda, os argumentos dos que propagam “uma filosofia libertária de um Estado mínimo”, como Robert Nozick, Charles Murray e Richard Epstein, mostrando que os gastos dos EUA com proteção policial e punições penais montaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo – “A maior parte desse valor foi destinada a proteger a propriedade privada através do combate e punição aos crimes contra o patrimônio”.

- 11 Nesse sentido, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “The principal obligation of result reflected in article 2 is to take steps ‘with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized’ in the Covenant. The term ‘progressive realization’ is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d’être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources” (Comentário Geral n.º 3, 1990).
- 12 Aqui, observamos um mandado claro, dirigido ao poder político: se há um grupo mais vulnerável e os recursos são, de fato, limitados, as políticas possíveis devem ser prioritariamente dirigidas às necessidades desses grupos mais vulneráveis. Nesse contexto, a justificação da reserva do possível encerra um juízo comparativo entre o que não se pode fazer e o que se está fazendo, e sempre demanda a demonstração do emprego do máximo recurso: se há superávit fiscal, v.g., não se justifica a exposição de pessoas a condições de vida indigna a partir do expediente da reserva do possível. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of avai-

lable resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations” (Comentário Geral n.º 3, 1990).

- 13 Segundo Langford (2005, p. 91), “En Estados Unidos, por ejemplo, la protección de ciertos derechos patrimoniales ligados al common law es considerada una pieza esencial de un más o menos difuso marco normativo de fondo. Lo que con frecuencia permanece oculto cuando se invoca ese marco es que la garantía del derecho de propiedad y de las libertades contractuales exige numerosas intervenciones estatales y que dichas intervenciones constituyen, en realidad, la estructura sobre la que reposa la moderna sociedad capitalista”.
- 14 Um dos cânones do chamado “Consenso de Pequim”, expressão formulada pelo economista Joshua Cooper Ramo para qualificar uma espécie de receituário aos países em desenvolvimento pautada pelo modelo chinês, em contraponto ao Consenso de Washington (receituário de medidas neoliberais formulado na década de 1990 para países em desenvolvimento), num quadro de superconcentração das políticas públicas no Poder Executivo como expressão de um Estado-Executivo forte e regulamentador, é o de que as decisões judiciais devem ser cumpridas “desde que haja disponibilidade de numerário” – a pergunta que fica é se esse receituário é compatível com o pacto social instituinte, ou seja, se realmente interessa ao demos, ao cidadão/administrado na expressão singular deste, um Judiciário inerte, fragilizado e controlado em sua função judicial (SCHMIDT E SALOMÃO, 2012, pp. 40-1).
- 15 Segundo Gouvêa (2003, p. 20), é nos países mais pobres que a questão da alocação de recursos se traduz, efetivamente, em uma eleição dramática, quando deliberar sobre a realização de determinadas despesas, concernentes a determinados projetos, importa, realmente, reduzir – ou suprimir – os recursos necessários para outras atividades.
- 16 Assim, não há falta de recursos, mas há decisões a respeito de onde aplicar os recursos disponíveis quando milhões de dólares são doados, sob a forma de pacotes de ajuda, a bancos e outras empresas em consequência de crises das economias mundiais. No Brasil, através do PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), no período de 1995 a 2000, foram destinados mais de R\$ 30 bilhões a bancos brasileiros, aproximadamente 2,5% do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro.
- 17 Sobre essas decisões, v. Pisarello (2007, p. 91) e Broliani (2005, p. 130).
- 18 O TRF da 2.ª Região abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. Quanto ao TRF da 1.ª Região, a par da extrema heterogeneidade dos estados abrangidos (Região Norte, Centro-Oeste, exceto o Mato Grosso do Sul, Meio-Norte, Bahia e Minas Gerais), a média do IDH por estados é superior à do TRF da 5.ª Região.
- 19 Para uma leitura mais densificada acerca dos temas aqui debatidos, v. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado democrático de direito. São Paulo: LTr, 2013.

Referências Bibliográficas

ALEX, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

AMARAL, G. Direito, escassez e escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. El Otro Derecho, n. 28, Bogotá, 2002.

BARRETO, V. P. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, L. R. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Interpretação e aplicação da constituição. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, L. R. (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais. Revista de Doutrina da Quarta Região, s.n., Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.revista-doutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani-bigolin.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2006.

BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 21, Belo Horizonte, 2005.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COURTIS, C. (Org.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: CELS, 2006.

COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOUVÊA, M. M. O controle judicial das admissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

KRELL, A. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights. Sydney: UNSW, 2005.

MARÍN, A. O. Estado social y crisis económica. Madrid: Complutense, 1996.

MENDONÇA, E. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PISARELLO, G. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta, 2007.

ROMAN, D. Le droit public face à la pauvreté. Paris: LGDJ, 2002.

SABBAG, C. Orçamento e desenvolvimento – recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium, 2006.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. W. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, A. C. H. (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMIDT, P. L.; SALOMÃO, M. F. El papel del poder judicial en el consenso de Pekín. Revista de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, n. 8, São Paulo, 2012.

ANTONIO BAYLOS
Catedrático de Derecho del Trabajo pela UCLM

LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL TRABAJO EN LA REFORMA LABORAL DEL 2012

1 – La Lucha por los derechos

Estamos viviendo un tiempo caracterizado por la lucha por los derechos. Declarados, concedidos o conquistados, en muchos países de Europa, entre ellos de manera principal en España, se desarrolla un panorama de pugna por la realización efectiva de los derechos individuales y colectivos que configuran una situación de ciudadanía plena, frente a la negación terribiliana de los contenidos democráticos que se está produciendo con ocasión de la gran crisis que se consolida en esta región a partir de 2009. Al margen de los acontecimientos que generan turbulencias en los mercados financieros y la sobreexposición al riesgo de las deudas soberanas nacionales, la dirección de estos procesos a través de unas decisiones asimétricas que se imponen a los ordenamientos nacionales afectados con brusca aspereza y rudo constreñimiento están planteando problemas básicos en torno a la concepción de la democracia y los derechos y libertades que están asociadas a este sistema político. La democracia no es un puro procedimiento de participación de los ciudadanos que se agota en el momento electoral. La democracia impone contenidos específicos en forma de derechos subjetivos o de prestaciones públicas que hacen referencia al trabajo y al empleo, a la educación, la información veraz, la salud y la sanidad, o la vivienda. Ambas categorías –democracia y derechos– son conquistas históricas inseparables. Y este “denso contenido material de principios y derechos fundamentales”, se encuentra reconocido en un triple orden de referencia: la constitución nacional–democrática, que en el caso español surge como

Una primera versión oral de este texto sirvió de base a la intervención en las XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 21 de febrero de 2013, con el título “Los derechos constitucionales y la reforma laboral”.

La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Trotta, respuesta normativa a la disolución del franquismo; el “cartismo” de los derechos en Europa, desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y la Carta Social Europea (1961), a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorporada al Tratado de Lisboa del 2007, y, en fin, las declaraciones universales de derechos, con especial relevancia en nuestra materia de la OIT, y la fundamental Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998).

Sin embargo, da la impresión que esta edificación histórico–normativa de carácter fundamental va siendo orillada con el pretexto de la crisis económica. No se trata de un desarrollo de las tensiones que genera una cierta lógica dual que se da en democracia entre el principio de mayoría y la garantía de los derechos como límite al poder de la mayoría, sino la implícita consideración del sistema de derechos que vertebró la democracia como un lujo que no puede preservarse en tiempo de crisis, un bien que se encuentra “más allá de nuestras posibilidades” como ciudadanos de países periféricos cuyos

sistemas bancarios y financieros han asumido graves riesgos y requieren la recapitalización y el trasvase de recursos por parte del poder público que aumentan la deuda pública e incurrir en un desequilibrio presupuestario prohibido. No en vano en Grecia, en Portugal y en España ha sido muy frecuente emplear un lenguaje de guerra, de excepcionalidad social, para justificar las medidas introducidas como consecuencia de la crisis. Momentos de excepcionalidad que hacen desaparecer el cuadro normal de goce de los derechos y libertades, el referente democrático básico de esta sociedad.

En este proceso, los poderes económicos actúan directamente en el terreno de la producción de normas. No se trata de la aparición de sujetos legisladores privados que crean reglas extra–estatales, sino la creación directa por poderes privados de normas jurídicas vinculantes y coactivas que se apartan del diseño de principios y derechos constitucionalmente reconocidos que configuran la identidad democrática de un Estado–Nación. El recorrido de las decisiones de la Comisión europea y el Banco Central junto con el FMI a partir de la crisis del euro con Grecia, se ajusta a esta descripción. El Pacto del Euro en el 2011 y las exigencias liberalizadoras de las reformas estructurales con expresa imposición de un sistema de “negociación colectiva descentralizada” en países de fuerte tradición de negociación sectorial articulada, fue seguido por el Tratado de Estabilidad y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria que exigía asimismo fuertes recortes sociales y desregulación laboral imponiendo políticas coactivas sobre los Estados con problemas de financiación de la deuda. Esta vez no es un ejemplo más de la “vieja asimetría” entre lo económico y social en la UE, sino de la generación de instrumentos que, por decirlo de forma elegante, se basan en una relación inter–gubernativa y se alejan del método europeo clásico y de los procedimientos constitucionalmente fija dos en el TFUE, situándose al margen de –y marginando al– Parlamento Europeo y que se expresan en decisiones atípicas como la famosa carta del Banco Central Europeo en el verano de 2011 exigiendo reformas estructurales de la negociación colectiva y de la legislación laboral a los gobiernos de España e Italia.

La actuación de los sujetos político–financieros europeos en la aplicación de las políticas de austeridad ignoran los requisitos que los sistemas democráticos nacionales deben cumplir para producir reglas de derecho válidas y eficaces. Los procedimientos de consulta y de participación popular son, para este tipo de sujetos legisladores europeos, un obstáculo cuya existencia ni siquiera puede considerarse seriamente. La autonomía o independencia de cualquier control político de la que gozan el BCE o el FMI y el déficit democrático básico de la Comisión Europea no se consideran impedimento ni se entiende que requiera corrección alguna que resitúe estos organismos en un contexto de debates y de consensos básicos derivados de un principio de mayoría política

explicitada en el Parlamento Europeo.

Estas políticas ignoran conscientemente la vinculación necesaria con el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en los objetivos mencionados en el TFUE, como ha sido justamente resaltado de forma crítica por un numeroso grupo de juristas europeos en un documento avalado por el Instituto Sindical Europeo, en la línea de lo señalado por el propio Comité Económico y Social Europeo. El manso sometimiento de los gobiernos nacionales y el asentimiento en ocasiones, como en el caso español, entusiasta, a estas órdenes lesivas de derechos fundamentales, es asimismo preocupante. En efecto, como se ha señalado por el Consejo Económico y Social Europeo en su informe sobre las consecuencias sociales de la nueva legislación sobre la gobernanza económica, la mayoría de los estados miembros no han efectuado ninguna valoración del impacto social de las medidas de saneamiento de los presupuestos públicos y del impacto en la regulación laboral y los sistemas (TTUR), a partir de las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa que establecieron que las políticas de austeridad impuestas en Grecia por la troika habían vulnerado derechos fundamentales de los ciudadanos y de los sindicatos de aquel país. El manifiesto – que “llama a la Unión Europea a respetar el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales en sus políticas anti – crisis” – ha sido firmado por más de 500 juristas del trabajo europeos, y presentado a las autoridades de la UE y al resto del público. Su repercusión mediática – y no solo en España – ha sido prácticamente nula, en la línea compartida por los medios de comunicación de silenciar y oscurecer cualquier información que alimente positivamente un proceso comunicativo crítico en este dominio. Puede consultarse un resumen de la presentación pública del manifiesto en “Blind austerity” undermines fundamental social rights, de protección social, lo que contrasta con el rechazo y la denuncia de los efectos nefastos y antidemocráticos de las “políticas del rigor” que han hecho los sindicatos y los movimientos sociales nacionales, la CES y los estudiosos y expertos –también economistas– en este mismo tiempo y contradice la obligación jurídica fijada en el Tratado de Lisboa de efectuar una evaluación de impacto social para todas las proyectos e iniciativas de la UE.

No es aceptable que la “gobernanza económica” se despliegue en directa oposición a los principios que se señalan para la política social europea. En efecto, la línea de actuación que tendrían que haber seguido las autoridades europeas desde la perspectiva de la regulación de derechos sociales sería exactamente la opuesta de la llevada a cabo desde las políticas de “austeridad”, sobre la base del principio, acogido en todas las directivas de la UE en materia social, de no reducir el nivel de protección reconocido en los ordenamientos internos respecto del establecido en las directivas europeas. Este principio de irregresividad, que se suma a la prescripción sobre un nivel básico de protección en materia de derechos fundamentales en el art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, significaría que la UE no

puede promover reducciones de niveles de protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento general, y, en concreto, que la necesidad de adecuar los derechos nacionales al derecho de la UE no puede ser considerada causa determinante de la reducción de los niveles generales de protección de un ordenamiento nacional en concreto, debiéndose por el contrario promover una regulación más completa, con mayores garantías.

Armonización creciente de la política social europea, equiparación de las condiciones de vida y trabajo “en la vía del progreso” y respeto a los derechos sociales fundamentales son los fundamentos del modelo social europeo que cuentan con un fuerte respaldo institucional –y constitucional– en la UE. Aunque sea una precisión extremadamente correcta, no basta con señalar que estas indicaciones son “jurídicamente vinculantes” y que la ignorancia o la “reducción” de estos derechos fundamentales sitúan a Europa en una confrontación consigo misma, contra sus principios fundamentales y contra su propio futuro democrático, legitimado por la adhesión de SUS ciudadanos. Hay que explicar por qué esta armonización se fragmenta y fractura en el tratamiento diferenciado de los ordenamientos de la “periferia” europea – en especial los países mediterráneos, pero también los del Este – reduciendo e ignorando los derechos fundamentales individuales y colectivos que se relacionan con el trabajo y con la protección social, sobre la base de la respuesta a la crisis en forma de las políticas de austeridad, y no respecto del equilibrio limitativo de tales derechos por obra de las libertades económicas y su ponderación en términos jurídico–políticos. Es decir, por qué con la crisis económica y financiera se ha producido la pérdida de vigencia del marco jurídico–público que señala la constitucionalización, en el nivel europeo –“unional”, según el neologismo más empleado– de derechos ciudadanos, sobre la base, exclusivamente, de considerarlos incompatibles con las reglas del mercado y la generación de confianza de los inversores financieros.

Es una pérdida de vigencia de derechos garantizados para todos los ciudadanos europeos que se entienden incompatibles con el equilibrio presupuestario y el saneamiento de la deuda pública de determinados países, precisamente los que se sitúan en el sur europeo, donde se encuentran economías tan importantes como la italiana y, en menor medida, la española. La de nuevo llamada “asimetría” entre diferentes países implica un cercenamiento de derechos individuales y colectivos garantizados en el triple nivel al que se ha aludido, internacional, europeo y nacional–constitucional, con abolición en la práctica de mecanismos y procedimientos fuertemente enraizados en el principio democrático. La consecuencia es que en la programación de las políticas económicas para el sur europeo durante la crisis 2010–2013 se ha consolidado la diferencia de trato entre ordenamientos nacionales europeos “centrales” y “periféricos”, generando una inédita “question meridionale” en Europa que coloca a estos ordenamientos en una situación de dependencia extrema de un programa de acción política no determinado ni determinable democráticamente y orientado explícitamente a la demolición de estructuras básicas del Estado social y de la regulación laboral.

En este texto el punto de referencia será por tanto el del ordenamiento interno español inmerso en estas turbulencias normativas a partir de la declaración de crisis que se produjo en mayo del 2010 y que dio inicio a toda una cascada de modificaciones legislativas, con especial incidencia en los dominios de las relaciones laborales, las políticas de empleo y la seguridad social. Más en concreto, el punto de análisis será el de la última fase de este proceso reformista, que ha cobrado un impulso acelerado a partir de las elecciones generales celebradas en noviembre de 2011 y que dio lugar a un gobierno del Partido Popular de sólida mayoría absoluta que ha facilitado la adopción de una extensa producción normativa en las materias que nos interesan y cuya relevancia simbólica y política en relación con el orden constitucional español y el sistema de derechos que éste reconoce, es el que se analizará a continuación.

Desde el estallido de la crisis económico–financiera que repercutió inmediatamente en España con el desplome del sector de la construcción y de la burbuja inmobiliaria, la incidencia de esta situación se ha venido presentando como un suceso particular, diferente en su génesis y en su manifestación del resto de los “casos críticos” europeos y cuya solución es siempre segura y está completamente bajo el control del gobierno. Si se repasaran las hemerotecas, se podría comprobar cuántas veces los gobernantes españoles han negado la equiparación con Grecia primero y con Portugal después, en una progresión de acontecimientos y de medidas adoptadas como reacción a los fenómenos que guardaban una orientación común, con mayor o menor intensidad, de las que se estaban produciendo en España. Pero esta definición tajante de la peculiaridad española, desatendida por la opinión pública y la percepción general de la crisis por la Comisión europea, ha sido confirmada especialmente en un punto, el de la reticencia del poder público a arbitrar medidas de participación ciudadana en la determinación general de las decisiones y de las políticas a adoptar frente a la crisis. Frente a Grecia o Portugal, en donde los gobiernos respectivos convocaron a sus ciudadanos a las urnas –y en varias ocasiones– para decidir la línea política que cada uno de estos países debía impulsar en el contexto de la imposición o la intervención de sus respectivas economías por las autoridades europeas, en España, el recurso extraordinario a las elecciones políticas no se llevó a cabo ni en la primera etapa de la crisis, con el gobierno Zapatero, ni en la segunda, con el gobierno Rajoy. En ambos casos, los procesos electorales se celebraron en sus convocatorias “ordinarias”, y no se pusieron en práctica otros mecanismos de participación popular que sí estaban previstos constitucionalmente, como el referéndum ante la reforma constitucional, que fue obviado mediante un acuerdo entre el gobierno socialista y el Partido Popular alegando que la introducción del principio de equilibrio presupuestario y la fijación de un límite de déficit público era una mera cuestión técnica sobre la que no era oportuno someter al pueblo español a una decisión plebiscitaria.

Los créditos concentrados en la construcción y en las actividades inmobiliarias alcanzaron, en el año 2008, 469.980 millones de euros, el triple de la financiación aplicada a la in-

dustria. Las inversiones exclusivas en proyectos inmobiliarios, en su mayoría especulativos a través de sociedades en las que también participaban bancos y cajas, se situaron en ese mismo año en 318.032 millones de euros. Durante los años del boom inmobiliario, los créditos a estas actividades crecían a un ritmo anual del 50%, y los beneficios bancarios aumentaron, en el 2006 y 2007 un 40 y un 30% respectivamente. El desequilibrio entre actividades productivas y especulativas y el grado de impagados han sido la consecuencia de estas temerarias inversiones. En el tercer trimestre de 2012, los morosos de los créditos a las actividades de construcción e inmobiliarias ascendieron a 108.132 mil millones, diez veces más que los de la industria, y el ritmo de créditos impagados en los sectores vinculados a la construcción y la vivienda ha aumentado a un ritmo de 30.000 millones de euros anuales.

Esta obstinación en aislar el núcleo de decisiones sobre la crisis del debate público y político, desconectándolo de cualquier dispositivo de implicación de sujetos sociales, ha ido afirmándose progresivamente, de manera que en la primera fase de las reformas estructurales, y tras la primera huelga general de septiembre de 2010, se abrió una fase de diálogo social que dio origen a un difícil acuerdo en materia de seguridad social –pensiones– y de política de empleo con los sindicatos más representativos y la CEOE, junto a un acuerdo bilateral entre los agentes sociales en materia de negociación colectiva, pero el cierre del espacio público a agentes y movimientos sociales se consumó plenamente ya en junio del 2011, a partir de las presiones de las autoridades europeas y del Pacto del Euro, y se ha consolidado de forma completa desde las elecciones de noviembre de 2011 que dieron la mayoría absoluta al Partido Popular. La gestión de la crisis se dirige normativa y políticamente desde el gobierno en exclusividad, a través de una legislación permanente de urgencia que implica la implantación de una práctica decisionista de excepcionalidad política y social que sitúa en una posición secundaria y marginal al Parlamento y se blindó frente a la movilización social negando o ignorando la conflictividad extensa que ésta plantea como problema político. Es decir, la necesidad de replantear en el espacio público la dirección, el alcance y el sentido de las políticas de austeridad que es impuesta con consecuencias sociales desastrosas.

La impresión final de este proceso de reformas derivadas de la aplicación de las reglas de gobierno económico al ordenamiento español es la de que se ha provocado un fenómeno de expulsión de la política, en el sentido de que se ha producido un declive de la lógica de la representación y de la mediación operada por los partidos políticos sobre la ordenación de la economía y de la sociedad. El discurso unificado sobre las indicaciones de la gobernanza económica de la UE es más dañino para las fuerzas progresistas hasta el momento mayoritarias en el mapa político español, porque hace que se pierdan las referencias tanto respecto del proyecto de sociedad que se pretende como respecto del sujeto histórico–político que lo sostiene. En el momento de crisis, la lógica del discurso de “las reformas” lleva a la privación de un “movimiento narrativo” que conecta acontecimientos y acumula experiencias, de forma que “se pierde el poder de interpretar lo

que sucede a las personas”, que se refugia en una narración alternativa, pero sin inserción institucional, que es la que fundamentalmente llevan a cabo los sindicatos y los movimientos sociales en su largo proceso de movilización y resistencia “sin voz en las instituciones”. El despliegue unívoco y sin discusión del presente, marcado por las decisiones contingentes de cada decreto-ley, de cada declaración pública ante los medios de opinión, impone un mundo único y un pensamiento único como horizonte de valor.

Esta corriente de actuación se basa fundamentalmente en dos líneas de regulación. Por un lado, la demolición de la función política del Estado social en cuanto se procede a la reducción drástica de los efectivos de empleados públicos, el recorte de las prestaciones sociales y del complejo educativo e investigador de la sociedad, en una progresiva acción de privatización de las personas y de remercantilización de la existencia social de los ciudadanos. Por otro, en las “reformas estructurales” que buscan intervenir sobre el marco institucional de las relaciones laborales entendiendo que su modificación es la clave de la creación de empleo y el desenvolvimiento de la iniciativa empresarial. Es esta última línea la que se prioriza en el análisis aquí efectuado.

Las “reformas estructurales” se han convertido en medidas urgentes para la “reforma del mercado de trabajo” o del “mercado laboral” –como emblemáticamente se titulan las leyes 35/2010 y 3/2012– pero son percibidas por parte de los juristas del trabajo como una ordenación determinada del sistema de derechos individuales y colectivos que obedece a una determinada lógica y que desempeña una función precisa. El alcance de estas reformas afecta no sólo a la concreta regulación normativa de origen legal, sino muy especialmente a varios grupos de derechos con reconocimiento constitucional. No es una reforma de un mercado que establece las relaciones de poder entre capital y trabajo y regula su funcionamiento y su reproducción como pura representación de una construcción jurídica sobre el trabajo como objeto de intercambio en un espacio regulado, sino que, por eso mismo, se trata de una regulación jurídica de gran extensión e intensidad que afecta directamente a un conjunto de derechos constitucionalmente garantizados como eje de un modelo democrático de relaciones laborales.

El grupo de derechos incumbidos es muy significativo. Ante todo, el relativo al derecho al trabajo del art. 35 CE y su proyección en la política de empleo que asegura el art. 40.1 CE. Su propia configuración central en el proyecto constitucional democrático hace que sea el origen y la referencia de los derechos individuales y colectivos derivados de esta situación material. La garantía judicial y colectiva del derecho al trabajo ha sido radicalmente alterada con la reforma laboral del 2012 y en consecuencia, el grado máximo de afectación lo ha sufrido éste derecho básico. Resultan también contenidos en el radio reformista el principio de autonomía colectiva, que se relaciona con el pluralismo social y político fundante del orden constitucional, la libertad sindical y la negociación colectiva, es decir, el conjunto de facultades que se derivan de los arts. 37.1 y 28 CE. El debilitamiento de los derechos de información y control en la toma de decisiones de la empresa, la erosión de la fuerza vinculante de los convenios colectivos y la restricción de la

capacidad organizativa y de articulación del sistema negocial por los interlocutores sindicales y empresariales, son elementos nocivos que hay que relacionar con la práctica eliminación del principio de negociación en el empleo público, cuestión que implica además el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado español, como atestiguan las sucesivas quejas a la OIT de los sindicatos españoles en 2010 y en 2012²⁶.

Están asimismo implicados en las consecuencias de la reforma “del mercado de trabajo”, la tutela judicial efectiva y la garantía judicial de los derechos reconocidos en el art. 24 CE. La disminución del control judicial sobre las decisiones empresariales y la irrelevancia de la garantía judicial especialmente en materia de empleo y trabajo, ante la reducción de los costes del despido y una cierta inmunización del interés de empresa, definido unívocamente, frente a la evaluación judicial, son los elementos que aplanan este derecho que se acopla así a otros derechos “sustantivos”, como el derecho al trabajo, reforzándolo con vistas a su tutela. El principio de igualdad y no discriminación del art. 14 resulta asimismo cuestionado. Ante todo por el indudable impacto negativo que este proceso de desregulación normativa reviste en términos de género y en consecuencia como fuente de discriminación indirecta, pero también en otros aspectos más periféricos, en el empleo público, respecto de las medidas de devaluación salarial de este personal que produce un resultado desproporcionado en términos de igualdad, como en un caso análogo al que ha planteado la Audiencia Nacional en una cuestión de inconstitucionalidad sobre la privación de la paga extra de Navidad a los funcionarios públicos, ha sentenciado el Tribunal Constitucional portugués recientemente.

También resulta comprendida el área de la libre empresa, en referencia al derecho reconocido en el art. 38 CE. La empresa a la que se refiere la constitución, es una institución orientada a la economía social de mercado y no a un modelo autoritario de empresa en donde el interés de la misma es definido unilateralmente y de manera unívoca por el empresario, como se desprende de la modificación legislativa operada por la Ley 3/2012, que provoca además una fuerte erosión de la bilateralidad de las relaciones laborales en la empresa, configurando el consenso que deriva del contrato y de la negociación como un fenómeno de adhesión a la decisión empresarial –en el caso del contrato de trabajo individual– o al proyecto organizativo y de actuación de la empresa, en el caso de los derechos de participación y consulta y de la negociación colectiva de reorganización productiva.

De esta manera, se encuentra comprometida por la reforma una parte decisiva del sistema de derechos constitucionales, además de la propia deriva del Derecho del Trabajo. No se trata de un efecto último de las políticas de flexiseguridad, que modifica de forma importante los paradigmas centrales del derecho del trabajo al desplazar una buena parte de sus contenidos hacia la noción de flexibilidad y su medición en términos de productividad y empleo. Es un fenómeno que trasciende la problemática del “modelo de flexiseguridad meridional”, que exaspera la flexibilidad de entrada y salida en el “mercado laboral”, y que supone un cuestionamiento serio del proyecto constitucional que se afirmó en la democracia. Esto explica

la movilización social de resistencia que han enfrentado por parte de sindicatos y movimientos sociales, pero también y de modo muy particular, la crítica muy radical que ha afrontado la reforma del 2012 desde las posiciones académicas y de los operadores jurídicos en general.

Es decir, partiendo de la “ambivalencia” del Derecho del Trabajo respecto de su posición en el sistema económico de libre empresa, las normas de reforma y de manera especial las correspondientes a la última fase de la misma, del 2012, han decrecido de manera exponencial la función constitutiva que cumple la estructura de derechos y obligaciones laborales en su doble dimensión individual y colectiva, desbaratando el equilibrio inestable entre las posiciones bipolares representadas en este orden jurídico. El problema que se plantea por tanto no es el de observar y levantar acta de este redireccionamiento del Derecho del Trabajo hacia los intereses de los empresarios, reduciendo su propia capacidad de mediación en el conflicto social y fortaleciendo la imposición unilateral de los intereses del poder privado sobre los de los trabajadores, individual y colectivamente considerados. La cuestión es la de someter este proceso de reformas a una evaluación respecto del marco constitucional que ha fijado unos parámetros políticos estables a este equilibrio entre capital y trabajo y que por consiguiente juega como un referente de permanencia, de consistencia regulativa y de límite a la “espuma de las disposiciones”.

2 – La desconstitucionalización del trabajo

Situados ya en los parámetros que ponen en relación las reformas legislativas del “mercado de trabajo” y la constitución democrática, la situación actual puede definirse acudiendo a una noción empleada con cierta frecuencia por los expertos en derecho constitucional, el concepto de desconstitucionalización. Se ha manejado como sinónimo de un proceso compuesto por decisiones de los poderes públicos –y en especial de las autoridades de gobierno– que disuelven el orden institucional previsto mediante graves y continuas violaciones de la letra y del espíritu de la constitución³⁶. Se trata de un proceso que afecta a las constituciones nacionales, aunque es un término que también se ha empleado respecto del proceso europeo que ha rodeado la firma del Tratado de Lisboa de 2007 y la reconfiguración que éste efectúa del proyecto constitucional europeo.

Enlazando con un sentido clásico del término, como abandono de los principios básicos de la democracia –el principio representativo, el pluralismo político y social – el objetivo es ahora corregir, degradándolo, el constitucionalismo social, y por eso se habla de “constituciones abdicativas o desconstitucionalizadoras”, esto es, marcos constitucionales que, como consecuencia de la ofensiva neoliberal, “resignan de manera deliberada su potencialidad democratizadora tanto en el terreno político como el económico y mutan en algo completamente diferente”. Se trata por tanto de un proceso de “desconstitucionalización” –que puede interpretarse como su contrario, una reconstitucionalización en sentido autoritario–, que se presenta como una sucesión de hechos que logran deformar la estructura de los derechos constitucionalmente

reconocidos y su función político–democrática.

El sentido que se quiere dar aquí a esta expresión es parcialmente diferente. Inmersa en esta evolución que desactiva el efecto vinculante de la norma constitucional respecto de la efectividad de los derechos y de sus garantías, pretende dar cuenta más bien del resultado de este proceso más que referirse a su propio decurso. Desconstitucionalización en cuanto privación de los atributos constitucionales que corresponden al trabajo como categoría política reconocida como tal en la norma fundamental.

No es preciso recordar que desde la perspectiva constitucional de las democracias occidentales europeas que derrotaron a los fascismos, en cuya estela se incluye la Constitución de 1978, el trabajo representa un valor político fundamental en términos de inclusión en el orden económico de libre empresa, como garantía de la cohesión social y como forma de evitar la recusación política y global del sistema político y económico capitalista. Se realiza un intercambio entre el reconocimiento de derechos individuales y colectivos derivados del trabajo, es decir, la instauración de una ciudadanía social que incluye las figuras representativas del trabajo, junto con el establecimiento de un principio de gradual consecución de la igualdad sustancial que configuraría una democracia social, y la aceptación del sistema de libre empresa en una economía de mercado. Esta orientación, que en la Constitución italiana de 1947 es más evidente que en otras, al declarar que “la República está fundada sobre el trabajo”, es común a otros textos constitucionales europeos y es la base del “modelo social” europeo. El trabajo, por consiguiente, en cuanto base de la reproducción material e inicio de la vida social para la mayoría de los hombres y las mujeres, se considera una actividad personal que abre el espacio de la economía donde se desenvuelve, hacia lo social y lo político. El trabajo, así, no es un hecho privado, sino un fenómeno social y político, y funda la legitimidad de la Constitución en un sentido material, es decir, el funcionamiento concreto de la vida en sociedad y sus equilibrios de poder. Origina el compromiso progresivo entre la racionalidad del capital y la tutela del trabajo que se plasma en el Estado social, y engendra las figuras sociales que le representan y actúan en defensa de su interés tanto en el espacio de las relaciones de intercambio como en el espacio de lo político–social, reconociendo el conflicto y la autonomía colectiva como ejes de esta actuación.

La centralidad política y democrática del trabajo en la constitución se concreta en el reconocimiento de derechos colectivos de sindicación, negociación y huelga, pero fundamentalmente en el papel institucional y nuclear de la figura de la representación colectiva de los trabajadores como elemento básico del sistema democrático que establece el art. 7 CE. El trabajo ingresa en la constitución democrática además al reconocerse un derecho al trabajo como derecho individual de los ciudadanos nacionales. Es cierto que el derecho al trabajo no puede tener una garantía plena como otros derechos laborales individuales o colectivos al tener que compatibilizarse con un sistema de libre empresa, que lo impide. Pero esta fragilidad del derecho al trabajo en una sociedad capitalista no impide, de un lado, encontrar formas de expresión plenas del

derecho en su contenido laboral concreto – principalmente en cuanto a la garantía, derivada del art. 35 CE, de la causalidad, formalización y control judicial de la pérdida del derecho en casos de extinción de la relación laboral y despido, pero en todos los otros aspectos del contenido y dinámica del proyecto contractual y su ejecución – y, en paralelo, derivar otra punta de la acción de los poderes públicos hacia la política de empleo que regula el art. 40 CE, y que compromete a éstos en una orientación “hacia el pleno empleo”. El reconocimiento del trabajo como derecho le hace entrar, por consiguiente, en un campo de intereses en el que el interés general custodiado por el Estado, se sitúa por encima y más allá de la lógica del intercambio contractual de salario por tiempo de trabajo en un espacio privado regido por los impulsos del mercado.

La norma reformada actúa directamente contra los elementos fundamentales del derecho del trabajo, reduciendo los límites legales y colectivos al poder unilateral del empresario, ampliando sus márgenes, reduciendo el trabajo a coste de producción que debe a toda costa ser devaluado. Los datos de que se dispone son muy impactantes, porque el coste medio por trabajador de los despidos ha bajado un 23% en el cuarto trimestre de 2012 con respecto al mismo periodo de 2011, lo que implica un abaratamiento acelerado del despido ilegítimo y el incremento del carácter definitivo de las decisiones adoptadas por un poder privado cada vez menos controlado judicial o colectivamente. Los salarios de los empleados públicos han descendido nominalmente por debajo del 10%, y la llamada “contención” de los salarios en relación con el aumento del coste de vida hace que en el 2012 la pérdida de poder adquisitivo de los salarios es la mayor en 27 años, según los datos del Ministerio de Empleo.

Por lo demás, los efectos inducidos sobre la realidad social son desoladores. El incremento de la arbitrariedad y el despotismo en los lugares de trabajo es un hecho cotidiano, y se generaliza la actitud de considerar el empleo como un trabajo sin derechos. Es una percepción que se extiende más allá del espacio del trabajo donde no hay una presencia real de los representantes de los trabajadores, sino que se amplía a otros lugares en donde los sindicatos y sus capacidades de acción han sido negadas e ignoradas, como el sector público, o donde éstos manifiestan una Este el punto de partida de la legalidad internacional de la OIT en torno al concepto de trabajo decente, plasmado en una larga serie de convenios sobre los derechos derivados de la relación laboral, la terminación del contrato de trabajo y las políticas de empleo y colocación. Un recordatorio del contenido de este concepto, evidente debilidad. En grandes empresas o sectores productivos enteros, se consagra como regla general el carácter definitivo de las decisiones empresariales sobre la restructuración del empleo, la modificación de las condiciones salariales y la rebaja salarial, y su contención o limitación sólo se puede conseguir a costa de fuertes presiones y conflictos, no siempre exitosos. El recurso a la tutela judicial se ha incrementado exponencialmente. Las demandas por despido se han incrementado en el 2012 en un 25,7% respecto a las presentadas en el 2011, lo que se acompaña de un 28, 8% más de incremento de presentación de concursos de acreedores en los juzgados mer-

cantiles, y el número de trabajadores afectados por EREs se incremento en un 45% siempre respecto del 2011. Esta litigiosidad se enfrenta con la falta de preparación de la estructura de juzgados y tribunales, su dotación escasísima por la política de recortes de gasto público, la obstaculización del acceso a la justicia por el aumento de las tasas judiciales y la acción de gobierno para reducir la capacidad de intervención y de control del juez. Los procesos son ahora lentos y el tiempo de respuesta judicial se dilata. La eliminación de la autorización administrativa en los EREs y la inexistencia de una política pública de “influencia” sobre las decisiones empresariales, hace que el control existente de estas medidas de restructuración empresarial sólo puede generarse a partir del conflicto y de la presión externas al sistema legal, para forzar un acuerdo.

El nuevo suelo normativo degrada el derecho al trabajo reconocido en la constitución española, y esta degradación se incorpora a su vez en otros derechos fundamentales, como el de acción sindical del art. 28, la tutela judicial efectiva del art. 24 o el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE.

Aplicar a este proceso la noción de desconstitucionalización es por consiguiente apropiado. Se está produciendo un amplio proceso de desconstitucionalización que aleja al trabajo, a sus reglas y a su representación social, del espacio político y social en el que lo sitúa la norma suprema, al considerarlo progresivamente incluido en la esfera de los intercambios mercantiles, como un hecho privado regulado contractual y organizativamente por el interés de empresa y las reglas del mercado. Este proceso, fortalecido por la debilidad de los mecanismos democráticos generales de control, intenta ser limitado mediante el recurso a la declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos, los más llamativos, de las normas de reforma, que, en la convicción de las fuerzas políticas y sociales –los sindicatos ante todo– son incompatibles con el orden constitucional, además de vulnerar los compromisos internacionales del Estado español respecto de la legalidad internacional de la OIT. Pero el propio procedimiento –el recurso de inconstitucionalidad– está muy condicionado por la necesidad de precisar los preceptos concretos de las normas de reforma que colisionan con determinados preceptos de la constitución, y por la necesidad de que el juicio de inconstitucionalidad se desprenda del análisis y las consecuencias, en abstracto, que el propio precepto plantea, dejando por consiguiente la posible inconstitucionalidad del caso concreto al recurso de amparo, por su propia naturaleza delimitado a las circunstancias específicas del mismo. La inconstitucionalidad que se opone a las normas de reforma “del mercado de trabajo” es importante, y actúa como un límite significativo al proceso de desconstitucionalización, pero no lo detiene ni logra su reversión plena. Esto es lo que permite afirmar que el desarrollo de esta demolición programada del marco constitucional que coloca al trabajo y a las figuras que lo representan en una dimensión social y política es un hecho muy grave, que procede a disolver el modelo cultural democrático que se había ido construyendo como base del sistema democrático de relaciones laborales a partir de 1978, y en donde se deben delimitar las responsabilidades políticas de las fuerzas parlamentarias que lo han impulsado y gobernado.

Es cierto que la inconstitucionalidad es la forma más utilizada de “politizar” la resistencia a la escalada de las reformas que degradan la posición constitucional del trabajo. El recurso a la mediación judicial es también funcional a estos objetivos, mediante la conformación del momento interpretativo como un espacio de conflicto, de “reversibilidad” de algunas de las reglas enunciadas en las normas laborales. Es también la vía a partir de la cual se fuerza alguna apertura a la esfera de lo inconstitucional, mediante el planteamiento por el juez ordinario, de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo este enfoque se suele considerar devaluado al confrontarlo con el que opone el trabajo al empleo y que tiene un origen ya antiguo, en el sentido de mantener la funcionalidad de la orientación de la regulación laboral a la creación de empleo. Es un debate largo y muy recurrente en el último decenio, que ha sido reforzado a nivel europeo con las referencias a los mantras de la flexiseguridad. Los textos legales españoles disuelven el contenido regulativo correspondiente al trabajo en las “exigencias del empleo”, es decir, en la previsible creación de empleo. Haciendo así, defienden y mantienen que la custodia de la creación de empleo en el mercado laboral que se deposita constitucionalmente en el gobierno, exige el sacrificio y la desregulación del trabajo. Por eso conviene también plantearse la relación entre trabajo y empleo desde los parámetros constitucionales en un horizonte en el que se está produciendo un amplio proceso de desconstitucionalización del trabajo.

3 – Trabajo y empleo en la perspectiva constitucional

En efecto, se decía antes que la acción de los poderes públicos hacia la política de empleo que regula el art. 40 CE, y que compromete a éstos en una orientación “hacia el pleno empleo”, configura una obligación del Estado que determina el derecho al trabajo de los ciudadanos. Existe por tanto una directa relación entre el art. 35 y el art. 40 CE, porque las políticas de empleo tienen que garantizar el derecho al trabajo.

La reforma laboral –desde su primera versión del 2010 hasta la extrema del 2012– se justifica retóricamente en este mismo hecho. A la configuración institucional de las formas de “ingreso” y de “salida” de la relación laboral –contratación y extinción– se unen las prescripciones especiales sobre la ordenación y el fomento del empleo a través de una extensa normativa de políticas activas de empleo. Éstas han sido contradictorias, puesto que junto a normas de “estímulo” a la contratación tal como resultaba reformulada en la norma laboral reformada, se establecían directrices sobre ajuste y recorte del gasto público que prescribían la congelación y destrucción de empleo público. Estas últimas no pueden considerarse como “política de empleo” en el sentido constitucional, puesto que no están encaminadas a la creación, sino al bloqueo y minoración de plantillas en el empleo público, pero su resultado es decisivo en términos de empleo globalmente considerado: la destrucción de empleo de contratados temporales de la administración y en menor medida de contratados fijos ha sido, a partir de noviembre de 2011, importantísima y está terminantemente cuantificada. Por el contrario, las normas de “promoción” han

resultado plenamente ineficaces, pese a (o quizá también por eso) su “encabalgamiento” continuo en el tiempo desde la primera “onda” de producción normativa en el 2011, bajo el gobierno socialista, y las modificaciones sustanciales de 2012 ya con el gobierno del PP, que ha prolongado en el 2013 con los decretos de urgente necesidad sobre prestaciones de desempleo –políticas pasivas– de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y creación de empleo (RDL 4/2013, de 22 de febrero), y, en fin, de nuevo en la restricción de prestaciones a los desempleados mayores de 55 años, jubilaciones parciales y anticipadas, en el más reciente RD 5/2013, de 15 de marzo. Una emanación continua que no parece tener fin.

Todas estas normas, que rompen el paradigma creado a partir de 1997 sobre la relación directa existente entre política de empleo y contrato por tiempo indefinido, retornando a una fragmentación de formas contractuales subvencionadas en las que subyace la preferencia por el empleo precario como mecanismo recomendado de inserción, han mostrado su absoluto fracaso. Las políticas de empleo activas, combinadas con la reforma “estructural” del esquema legal de la relación de trabajo, han generado efectos desastrosos. Los datos son concluyentes, pese a la complaciente exculpación de los gobernantes españoles que justifican el desastre sobre la base de que “podría haber sido peor” o que el ritmo de incremento constante del desempleo no es tan rápido como al comienzo de la crisis, que se ha “moderado” la destrucción de empleo. Sólo en el 2012, la tasa de paro ha aumentado del 24,44% en el primer trimestre al 26,02% en el cuarto, computando 5.965.400 personas sin trabajo. Las desagregaciones por género, edad y territorio son asimismo escalofriantes.

Como lo es la comparación entre la variación del PIB y el empleo, utilizado en recientes estudios que subrayan la aceleración de la destrucción de empleo para todos los colectivos laborales en razón no tanto de la caída o descenso del PIB cuanto de las reformas legales verificadas. Los pronósticos más serios abordan ya el escenario de un 27% de desempleo en el primer trimestre del 2013 y la superación de la barrera psicológica de los seis millones de parados.

La política de empleo es una función del Estado social, que se articula en nuestro país a través de un complejo acoplamiento entre el servicio público estatal y los servicios autonómicos de empleo, y no puede transformarse en una obligación privada de los individuos. Como tal obligación pública, debe ser medida y valorada en atención a sus finalidades y efectos, en relación con la orientación constitucionalmente prescrita, “al pleno empleo”, o, en la enunciación “unional”, más limitada, un “nivel de empleo elevado”, de forma que, al formular y aplicar las políticas y medidas de la Unión, deberá tenerse en cuenta el objetivo de “un alto nivel de empleo”. Perseguir ese objetivo es una máxima prioridad para el Estado español, que no puede considerarse cumplida con declaraciones retóricas y remisiones a la acción de los agentes privados, sino que debe ponderarse en atención a sus resultados concretos. Debe por tanto someterse a un escrutinio severo que permita la evaluación de la misma en razón a su adecuación para el logro de los objetivos declarados, la creación de empleo.

Esta evaluación puede ya realizarse. La deriva de las políti-

cas de empleo, en el arco de tiempo de aplicación progresiva de las políticas llamadas de austeridad, aceleradas a partir de finales de 2011, ha conducido a una devastación del empleo en España en este período de tiempo, encabalgando trimestre a trimestre nuevas pérdidas de empleo neto. No se ha producido el efecto de sustitución de empleo fijo por precario o eventual, como sugería la normativa del 2012 –lo que habría supuesto la sustitución de un trabajo estable por un trabajo volátil, sin derechos–, sino que se ha registrado exclusivamente la tendencia a la destrucción de empleo sin paliativos, tanto temporal como indefinido.

La demolición que se está produciendo del nivel de empleo no sólo tiene implicaciones económicas y sociales, obviamente bien conocidas. La pérdida del puesto de trabajo supone la desaparición de derechos individuales y colectivos que se hacen derivar constitucional y legalmente de una situación de trabajo en activo. Extinguida ésta, al encontrar un nuevo trabajo, comienza normalmente de cero en el goce de sus derechos laborales acordes con la nueva situación profesional que adquiere a partir de esa nueva inserción en el trabajo activo. Entretanto, sin empleo concreto no goza del derecho al trabajo activo y por consiguiente de ninguno de los derechos individuales y colectivos que se derivan de esta situación. Es decir, la pérdida del empleo implica una degradación en el status de ciudadanía de estas personas. Y una limitación importante de sus derechos.

El Estado, por consiguiente, alentando y propiciando por una parte una política de empleo que en su vertiente estimuladora es plenamente ineficaz, y, de otra parte, imponiendo directamente medidas que destruyen empleo o que impiden su creación, está realizando una operación de aniquilamiento de derechos democráticos de ciudadanía. De forma más precisa, al orientar las políticas de empleo hacia objetivos que impiden la creación de empleo y que incluso de manera explícita buscan su destrucción, están vulnerando el art. 35 de nuestra Constitución que obliga al Estado a proteger el derecho al trabajo de los ciudadanos españoles. Las políticas de empleo que señala el art. 40 CE como función del Estado tienen precisamente como objetivo “el pleno empleo” porque de esta forma se consigue extender el derecho al trabajo a los ciudadanos en los términos que prevé el art. 35 CE, y este es el sentido de la relación indisoluble entre ambos preceptos. Una política de empleo que produzca directamente efectos contrarios al desarrollo y crecimiento del empleo o que explícitamente, persiga la devastación del marco de la ocupación laboral, es directamente contraria a la preservación del derecho al trabajo a que están obligados los poderes públicos.

De manera complementaria, estas políticas no constitucionales vulneran otros preceptos legales relacionados directamente con el art. 14 CE, como el obligado “impacto de género” de las medidas adoptadas, previsto ya en la Ley 3/2003 y reforzado a través del principio de transversalidad del principio de igualdad de trato a partir de la LOIEMH, que se debe garantizar, “de forma activa”, en la adopción y ejecución de las disposiciones normativas y en la definición y presupuestación de políticas públicas, y contradicen en la práctica el mandato del art. 42 LOIEMH según el cual “las políticas de empleo tendrán como

uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, lo que obliga a “mejorar la empleabilidad” y la “permanencia en el empleo de las mujeres”. En otro nivel, las medidas públicas adoptadas tampoco cumplen los principios de sostenibilidad y buena regulación que preveía la hoy olvidada –pero vigente– Ley 2/2011 de Economía sostenible, ni desde luego relacionan estas disposiciones con las políticas de responsabilidad social en la empresa, tal como obligaba el art. 39 de la citada Ley 2/2011.

No es posible por tanto oponer la tutela constitucional del trabajo a la realización de políticas de empleo, porque la relación entre ambas nociones es recíproca. Se garantiza el derecho al trabajo mediante una política de empleo adecuada. En la reforma del “mercado de trabajo” la desconstitucionalización del trabajo ha llevado consigo la mercantilización y privatización el empleo, una variable económica que debería aumentar en razón de la disminución del coste salarial forzado por la desregulación laboral. Una previsión que los hechos han desmentido de forma plena. Por tanto, la consideración del desempleo como un hecho privado sometido a la lógica de la oferta y demanda es una política que no cumple el mandato constitucional.

Es evidente que la consideración fundada de que se incumplen preceptos constitucionales básicos para la cohesión social mediante la emanación y defensa de políticas de empleo que no garantizan el derecho al trabajo, requieren una réplica en términos jurídicos. Sin embargo, el sistema jurídico español dificulta extraordinariamente una aproximación de este tipo. ¿Cómo establecer un principio de “reversibilidad” de una política de empleo que consigue desmantelar el trabajo y obstaculizar la creación de empleo? La respuesta que se da en este punto suele reenviar al plano político. Se dice que sólo en ese nivel se puede proceder a “revertir” esta orientación política. Pero la vía política no puede dar satisfacción –más allá de la (re)apertura de un proceso de elecciones periódicas por vía del sufragio universal– a una exigencia jurídico-constitucional de cese de una acción de gobierno que lleva a cabo un proceso de desconstitucionalización del trabajo, degradando su tutela y sus garantías como derecho ciudadano.

Lo cierto es que lo político no se agota en un espacio público-electoral o público-parlamentario. En un nivel institucional colectivo, a través de los acuerdos interprofesionales como consecuencia del diálogo social bilateral entre los sindicatos más representativos y la asociación empresarial de ámbito estatal, se pueden crear indicaciones y reglas que establezcan una toma de postura común sobre las políticas de empleo y la orientación que deben tener éstas. El Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997 cumplió esa importante función, en un momento en el que el gobierno mantenía la misma política de sus predecesores sobre empleo temporal como forma predominante de creación de empleo, al dar un giro radical a la misma, fijando por el contrario la regla según la cual el contrato por tiempo indefinido, que garantizaba un empleo estable, era la figura adecuada a una política de empleo que garantizara el derecho al trabajo, a la profesionalidad y a la formación y promoción en el mismo. Y, desde este punto de vista, el acuerdo interprofesional entre CCOO

y UGT y CEOE-CEPYME construyó, en el plano político –colectivo, una propuesta –esencialmente– política que habría de ser asumida por el poder público como propia y mantenida pese al turno bipartidista hasta las turbulencias de la crisis y las normas deconstructivas de este paradigma emanadas a partir de 2011 hasta el momento actual.

No es sin embargo previsible que en las circunstancias actuales se pueda activar esta variable colectiva –institucional protagonizada por los agentes sociales. Las experiencias muy negativas– en cuanto a la confrontación de sus indicaciones con la norma laboral de reforma que desmentía sus propósitos y su alcance – de los Acuerdos sobre el Empleo de 2011 y 2012, han terminado con el diálogo social tal como venía practicándose de forma ininterrumpida, aunque con variaciones importantes, desde 1979 hasta nuestros días⁶¹. La interlocución con los sindicatos ha sido cancelada de manera absoluta en todos los niveles de la acción de gobierno, mientras se mantiene siempre –no sólo informalmente– con las asociaciones empresariales.

Esta conclusión es muy desalentadora, y plantea un amplio interrogante sobre la continuidad de un sistema político que es tan opaco a la participación y activación de los controles democráticos sobre la acción de gobierno si no es a través de una referencia implícita al bipartidismo como sistema de gobernanza. Es sin duda un tema sobre el que ya se están avanzando numerosas propuestas de transformación en el marco de una progresiva exigencia de apertura de un proceso constituyente por parte de fuerzas políticas y sociales que avanzan sus reclamaciones en el curso de un ya largo y mantenido proceso de movilización social que no sólo afectan al procedimiento electoral o a la ampliación de institutos como el referéndum derogatorio de normas aprobadas por el Parlamento, sino a pre-condiciones de validez del proceso democrático como la vigencia real del derecho de información y la garantía de preservación de un espacio público de debate y de formación libre de la opinión.

Esta expulsión del ámbito participativo socio-político de las figuras sociales que representan suficiente y extensamente al conjunto de trabajadoras y trabajadores de este país es coherente con la opción privatizadora y mercantilista que la reforma laboral ha ido tendencialmente imponiendo sobre la regulación del trabajo, puesto que la representación del mismo sólo la concibe en el marco de una relación bilateral imperfecta en el mercado de trabajo a través de procedimientos de información y de negociación de la productividad empresarial y del intercambio salarial. Implica una vez más un elemento de convicción de la colocación del poder público “fuera del marco constitucional” al manifestar una clara hostilidad frente a la presencia de la representación del trabajo en el espacio público de la política social, excluida de la toma de decisiones sobre el empleo, la regulación del trabajo y de la protección social. No sólo es otra muestra del proceso de desconstitucionalización del trabajo. Con esta exclusión permanente y consciente, se vulneran asimismo las normas internacionales de la OIT sobre la obligación de consulta a los agentes sociales de las políticas de empleo (Convenio 122, 1964), reiterada en el Programa Global de Empleo (2003) y en la Declaración del 2008 sobre

justicia social en una sociedad global equitativa, y se sitúa el gobierno español fuera de la legalidad de la Unión Europea que exige el diálogo social como condición previa a la adopción de políticas sociales y en particular de la política de empleo.

Si la concertación social ha sido abandonada mediante la exclusión consciente y permanente de los sindicatos de cualquier decisión del poder público en esta materia, no cabe tampoco pensar en la recuperación de una cierta bilateralidad virtuosa entre sindicatos y asociaciones empresariales a través de la negociación de acuerdos interprofesionales, en la estela del precedente de 1997. La asociación empresarial CEOE-CEPYME, atravesada por profundos escándalos respecto de sus dirigentes, investigados o imputados en tramas criminales, está embarcada en una estrategia de ruptura de relaciones de negociación con los sindicatos, que lleva a la paralización de buena parte de la negociación colectiva y a la sustitución progresiva de un principio de negociación y de co-determinación de las condiciones de trabajo por un principio de adhesión y de colaboración con el proyecto regulativo unilateralmente decidido por el empresario. Esta estrategia empresarial sintoniza con la actuación excluyente de los poderes públicos de la interlocución sindical, y caracteriza la singularidad del caso español respecto de los otros supuestos de gestión de la crisis en países europeos periféricos o anexos, como Italia, Portugal y Francia, en donde la búsqueda de consensos, parciales o separados, con los sindicatos y las asociaciones empresariales a partir de acuerdos sociales, ha sido una constante.

Se produce por tanto el resultado paradójico de que, en esta forma de aproximación a la relación entre trabajo y empleo desde las políticas de empleo, es decir, desde la incidencia que tiene la actuación de los poderes públicos mediante medidas contrarias a la promoción de un nivel elevado de empleo, desviándose conscientemente del objetivo constitucional del pleno empleo y de la protección de éste “especialmente en el caso de desempleo” (arts. 40 y 41 CE), la lesión que éstas producen al derecho al trabajo no puede ser corregida por medidas de garantía jurisdiccional, ni tampoco por instrumentos jurídicos institucionales o parlamentarios.

Ni siquiera es posible imponer obligaciones de respeto de un procedimiento de participación o de consulta en la toma de decisiones conducentes a estas políticas de empleo contrarias a la orientación constitucional, o a la transversalidad del principio de igualdad. La solución que se ofrece reside en el plano de la voluntad política del poder –lo que es también aplicable al poder privado expresado en la representación institucional de los empresarios– que se expresa actualmente de forma arbitraria excluyendo del campo de la toma de decisiones a los representantes institucionales del trabajo, pero que podría ser de otra manera en razón de la valoración concreta de las circunstancias sociales, en especial la intensidad de las movilizaciones populares y su exigencia de participación democrática, por el poder público. Fuera de ello, el cambio de política se confía en exclusiva al hecho electoral de la participación política para la formación de nuevas asambleas legislativas, y en la medida por tanto en que los resultados que arrojen las urnas permitan un cambio en las políticas de empleo que se orienten en el sentido constitucional de creación y desarrollo

de un alto nivel de empleo, de calidad y con derechos.

El gobierno solo es responsable de su gestión política ante el Parlamento, sin que pueda exigirse otra responsabilidad por ella que la que se desprende de la pérdida de las elecciones y por tanto del gobierno. Abrir esa responsabilidad a la participación democrática y no mantenerla cerrada e inmune en la esfera parlamentaria, es una de las pre-condiciones de un sistema maduro y complejo de democracia social que está en estos tiempos en juego.

Hacer patente la lesión directa que las actuales políticas de gobierno expresadas en la reforma laboral, los planes y medidas de “desarrollo del empleo” y la política de recortes del gasto social y de eliminación de empleo público están causando en el derecho al trabajo de un amplio sector de la ciudadanía, es un cometido importante en el que se deben utilizar no sólo los instrumentos estadísticos y de medición de que se dispone, sino también los mecanismos de opinión y la percepción de las personas sobre estos aspectos. Se sabe que una demostración plena de esa relación causal en materia de empleo es prácticamente imposible, pero si es más factible la presentación de todos los indicios económicos, sociales y normativos, junto con el apoyo estadístico, que conducen a esta conclusión. Es necesario um que relega permanentemente el diálogo y de la consulta con los sindicatos más representativos. En este sentido, el caso español podría considerarse afín al de Grecia, con la diferencia de que en aquel país la consulta electoral ha sido frecuente en razón de las distintas imposiciones de la troika comunitaria, lo que no ha sucedido en el caso español, completamente cerrado a cualquier participación social o política que se confronte con la decisión oficial del gobierno.

La prueba indiciaria que tiene tanta tradición ya en nuestros ordenamientos a partir de la constatación de las discriminaciones indirectas en razón de género, suministra un método apropiado de aproximación general a la desoladora conclusión que ya se ha señalado: las políticas del gobierno español sobre el trabajo y el empleo se sitúan “fuera de la constitución”, puesto que degradan el contenido laboral del derecho al trabajo e incumplen el mandato de realizar una política orientada al pleno empleo, impidiendo así la efectividad general del derecho al trabajo. La eliminación programada y constante de empleo público, la facilitación de los despidos y el abaratamiento de los mismos, y la precarización acentuada de las formas de ingreso son, en su conjunto, expresión de una dirección política contraria al programa constitucional.

El ordenamiento jurídico suministra medios insuficientes y parciales para restituir el trabajo a su posición constitucional, rescatándole de la degradación a hecho privado contractual-organizativo, ajeno a un interés general y colectivo, que ha efectuado la normativa de reforma. Comprender las claves que explican este proceso de desconstitucionalización e integrarlas en un discurso jurídico crítico que sostenga una contratendencia, es importante. Y lo es tanto para abrir el espacio concreto del despliegue de los derechos a un debate en el que se pueda reformular éste en clave garantista, como para alimentar un proceso de “repolitización”⁶⁵ democrática del trabajo y de las figuras en las que éste se expresa, que

consolide su posición central en un proyecto emancipatorio de carácter colectivo.

4 – Referências Bibliográficas

RODOTÀ, S., Il diritto di avere diritti, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 12

FERRARESE, M.R., Prima lezione di diritto globale, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 124 ss

NAVARRO, F. y COSTAS, A., “Reformas laborales y políticas de empleo”, Revista de Derecho Social num. 60 (2012), p. 15

SCIARRA, S., L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 18

BORELLI, S., “Le politiche del lavoro nazionali nell’ambito della strategia Europa 2020 e della governance economica europea”, Lavoro e Diritto nº 3–4 (2012), p. 469.

SENNETT, R., The Culture of the New Capitalism, Yale University Press, New Haven y London, 2006, p. 188

JEAMMAUD, A., “Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », en A. Jeammaud (Dir.), Le droit du travail confronté à l’économie, Dalloz, Paris, 2005, p. 23.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes”, A. Baylos (Coord), Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012...cit, pp. 329 ss

FERRAJOLI, L., “Il processo di deconstituzionalizzazione del sistema politico italiano”, Controlacrisi, 12/05/2011, http://www.controlacrisi.org/index.php?option=com_content&view=article&id=14470

EAMMAUD, A., “Mercado de trabajo y Derecho del trabajo”, Revista de Derecho Social nº 39 (2007), pp. 9 ss

APARICIO, J., “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral del 2010”, en A. Baylos (Coord.), Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 18

VALDÉS, F., “El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2010, 2011 y 2013)”, Diario La Ley, nº 7411 (2010); J. Cruz, “Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia”, Revista de Derecho Social núm. 56 (2011), pp. 14–15.

LOUSADA, F., “La prueba de la discriminación en el derecho comunitario”, Revista de Derecho Social nº 60 (2012), pp. 125 ss.

LEGISLAÇÃO

Portaria GM/TEM n. 1885, de 2 de dezembro de 2013 – DOU 03.12.2013 – Aprova o Anexo 3 – Atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança nacional ou patrimonial – Norma Regulamentadora n. 16 – Atividades e operações perigosas.

Emenda Constitucional n. 74, de 06 de agosto de 2013 – DOU 07.08.2013 – Altera o artigo 134 da Constituição Federal.

Lei n. 12.870, de 15 de outubro de 2013 – DOU 16.10.2013 – Dispõe sobre o exercício da atividade profissional de vaqueiro.

Lei 12.869, de 15 de outubro de 2013 – DOU 16.10.2013 – Dispõe sobre o exercício da atividade e remuneração do permissãoário lotérico e dá outras providências.

Lei 12.871, de 22 de outubro de 2013 – DOU 23.10.2013 – Institui o Programa Mais Médicos, altera as Leis n. 8745, de 09 de dezembro de 1993, e n. 6932, de 07 de julho de 1981, e dá outras providências.

Lei 12.867, de 10 de outubro de 2013 – DOU 11.10.2013 – Regula a profissão de árbitro de futebol e dá outras providências.

Instrução Normativa TEM/SIT n. 16, de 15 de outubro de 2013 – DOU 16.10.2013 – Dispõe sobre o depósito, registro e arquivo de convenções e acordos coletivos de trabalho nos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego e sobre a solicitação de mediação coletiva de conflitos trabalhistas.

Decreto n. 8213, de 16 de outubro de 2013, DOU 17.10.2013 – Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3048, de 06 de maio de 199, no que se refere à aposentadoria especial.

Recomendação Conjunta GP/CGJT. n. 3, de 27 de setembro de 2013, DEJT 30.09.2013 – Recomenda o encaminhamento de cópia das sentenças que reconheçam a presença de agentes insalubres no meio ambiente do trabalho ao Ministério do Trabalho e Emprego, a fim de subsidiar o planejamento de ações de fiscalização.

Lei 12.964, de 08 de abril de 2014 – DOU 09.04.2014 – Altera a Lei 5859, de 11 de dezembro de 1972, para dispor sobre multa por infração à legislação do trabalho doméstico e dá outras providências.

Portaria GM/TEM n. 608, de 07 de maio de 2014 – DOU 08.05.2014 – Delegar competência ao Presidente da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – Fundacentro pra credenciar seus técnicos para realização de estudos e pesquisas sobre prevenção de acidentes

ou de doenças de trabalho.

Portaria Interministerial MPS/MF n. 19, de 10 de janeiro de 2014 – DOU 13.01.2014 – Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social – RPS.

Lei 12.968, de 06 de maio de 2014 – DOU 07.06.2014 – Estabelece procedimento alternativo para a concessão de visto de turismo a estrangeiro e altera os artigos 9º, 10 e 56 d Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Lei 12.964, de 23 de abril de 2014 – DOU 24.04.2014 – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet do Brasil.

Medida provisória n. 644, de 30 de abril de 2014 – DOU 02.04.2014 – Altera os valores da tabela do imposto sobre renda da pessoa física; altera a Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, a Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007.

Lei 12.966, de 24 de abril de 2014 – DOU 25.04.2014 – Altera a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

NOVAS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

446. Maquinista ferroviário. Intervalo intrajornada. Supressão parcial ou total. Horas extras devidas. Compatibilidade entre os arts. 71, § 4º, e 238, § 5º, da CLT. (Resolução nº 193/2013, DeJT 13.12.2013)

A garantia ao intervalo intrajornada, prevista no art. 71 da CLT, por constituir-se em medida de higiene, saúde e segurança do empregado, é aplicável também ao ferroviário maquinista integrante da categoria “c” (equipagem de trem em geral), não havendo incompatibilidade entre as regras inscritas nos arts. 71, § 4º, e 238, § 5º, da CLT.

447. Adicional de periculosidade. Permanência a bordo durante o abastecimento da aeronave. Indevido. (Resolução nº 193/2013, DeJT 13.12.2013)

Os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade a que aludem o art. 193 da CLT e o Anexo 2, item 1, “c”, da NR 16 do MTE.

448. Atividade Insalubre. Caracterização. Previsão na Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214/78. Instalações Sanitárias. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II).

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

449. Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho. Lei nº 10.243, de 19.06.2001. Norma coletiva. Flexibilização. Impossibilidade. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 372 da SBDI-1)

A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.

450. Férias. Gozo na época própria. Pagamento fora do prazo. Dobra devida. Arts. 137 e 145 da CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 386 da SBDI-1)

É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.

451. Participação nos lucros e resultados. Rescisão contratual anterior à data da distribuição dos lucros. Pagamento proporcional aos meses trabalhados. Princípio da isonomia. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 390 da SBDI-1)

Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.

452. Diferenças salariais. Plano de cargos e salários. Descumprimento. Critérios de promoção não observados. Prescrição parcial. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 404 da SBDI-1)

Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.

453. Adicional de periculosidade. Pagamento espontâneo. Caracterização de fato incontroverso. Desnecessária a perícia de que trata o art. 195 da CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1)

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.

454. Competência da Justiça do Trabalho. Execução de ofício. Contribuição social referente ao seguro de acidente de trabalho (SAT). Arts. 114, VIII, e 195, I, “A”, da Constituição da República. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 414 da SBDI-1)

Compete à Justiça do Trabalho a execução, de ofício, da contribuição referente ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), que tem natureza de contribuição para a seguridade social (arts. 114, VIII, e 195, I, “a”, da CF), pois se destina ao financiamento de benefícios relativos à incapacidade do empregado decorrente de infortúnio no trabalho (arts. 11 e 22 da Lei nº 8.212/1991).

455. Equiparação salarial. Sociedade de economia mista. Art. 37, XIII, da CF/1988. Possibilidade. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 353 da SBDI-1 com nova redação).

À sociedade de economia mista não se aplica a vedação à equiparação prevista no art. 37, XIII, da CF/1988, pois, ao admitir empregados sob o regime da CLT, equipara-se a empregador privado, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988.

456. Representação. Pessoa jurídica. Procuração. Invalidade. Identificação do outorgante e de seu representante. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 373 da SBDI-1 com nova redação).

É inválido o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica que não contenha, pelo menos, o nome do outorgante e do signatário da procuração, pois estes dados constituem elementos que os individualizam.

457. Honorários periciais. Beneficiário da justiça gratuita. Responsabilidade da União pelo pagamento. Resolução nº 66/2010 do CSJT. Observância. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação).

A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução nº 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

458. Embargos. Procedimento sumaríssimo. Conhecimento. Recurso interposto após vigência da Lei nº 11.496, de 22.06.2007, que conferiu nova redação ao art. 894, da CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 405 da SBDI-1 com nova redação).

Em causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, em que pese a limitação imposta no art. 896, § 6º, da CLT à interposição de recurso de revista, admitem-se os embargos interpostos na vigência da Lei nº 11.496, de 22.06.2007, que conferiu nova redação ao art. 894 da CLT, quando demonstrada a divergência jurisprudencial entre Turmas do TST, fundada em interpretações diversas acerca da aplicação de mesmo dispositivo constitucional ou de matéria sumulada.

ÚLTIMAS ALTERAÇÕES DE SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Súmula 288 – Complementação dos Proventos da Aposentadoria (inserido item II à redação)
I - A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito. II - Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro.

Súmula 392 – Dano moral e material. Relação de trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. (redação alterada)
Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas.

SÚMULA N.º 262. PRAZO JUDICIAL. NOTIFICAÇÃO OU INTIMAÇÃO EM SÁBADO. RECESSO FORENSE. (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 19.05.2014)
I - Intimada ou notificada a parte no sábado, o início do prazo se dará no primeiro dia útil imediato e a contagem, no subsequente.
II - O recesso forense e as férias coletivas dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho suspendem os prazos recursais

JURISPRUDÊNCIA SENTENÇAS

I- RELATÓRIO

LAUDINEIDE GUILHERMINO, qualificada, ajuizou a presente reclamação trabalhista em face de **SIM SISTEMA INTEGRADO DE MONITORAMENTO VEICULAR, PATRIMONIAL E PESSOAL LTDA**, também qualificada, alegando ser empregada da ré desde 03/11/10, na função de auxiliar de monitoramento, sendo portadora de neoplasia maligna da mama direita, estando afastada em gozo de auxílio-doença desde 03/11/11, tendo havido alteração do convênio médico pelo empregador de forma abusiva e ilegal, sendo vítima de danos morais. Com fulcro nas razões de fato e de direito esposadas na prefacial, pugnou pela prioridade de tramitação do feito, concessão de tutela antecipada para manutenção de plano de saúde anteriormente fornecido pelo empregador, manutenção do plano de saúde ou condenação da ré ao custeio do tratamento médico, perdas e danos, indenização por danos morais, gratuidade de justiça, honorários advocatícios, expedição de ofícios. Atribuiu à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Negada a concessão de tutela antecipada (Id 86204 e Id 149119).

Regularmente citada, a ré se fez presente em audiência.

Tentativa de conciliação rejeitada pelas partes.

A reclamada ofertou defesa escrita sob a forma de contestação e adunou documentos aos autos, pugnando pela improcedência dos pleitos formulados na exordial.

Réplica oral pela reclamante.

Colhidos os depoimentos pessoais. Inquiridas testemunhas.

Encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Última proposta de conciliação infrutífera.

É o relatório.

Decido.

II- FUNDAMENTAÇÃO

A- PRELIMINARMENTE

1- DA IMPUGNAÇÃO AOS DOCUMENTOS- verifico que a impugnação feita pela ré restringe-se apenas à forma dos documentos anexos à inicial, não havendo qualquer menção quanto à validade material dos documentos. De todo modo, em razão da alteração da previsão do art. 830 CLT, admite-se a juntada de cópia de documentos, desde que o próprio advogado declare sua autenticidade. Ademais, se houvesse qualquer vício nos documentos juntados, do ponto de vista material, a demandada deveria ter argüido incidente de falsidade, nos termos do art. 390 e seguintes do CPC. A carga probatória dos documentos anexos pela autora será analisada conjuntamente com as demais provas carreadas aos autos. Rejeito a alegação.

B- MÉRITO

1- DA PROVIDÊNCIA SANEADORA. PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO- considerando ser, a autora, portadora de neoplasia maligna da mama direita, consoante docu-

mentação acostada aos autos, deverá ser observado o quanto disposto pelo artigo 1.211-A do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária. Deste modo, atente a Secretaria da Vara para a prioridade de tramitação do feito.

2- DA MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE – a autora afirma ser empregada da ré desde 03/11/10, na função de auxiliar de monitoramento. Por ser portadora de neoplasia maligna da mama direita, se encontra afastada de suas atividades em gozo de auxílio-doença desde 03/11/11. Em linhas gerais, narra que desde o início do tratamento se socorria do plano de saúde da empresa DIX SAÚDE (AMICO SAÚDE LTDA) ao qual foi incluída em 15/06/11, mantido pelo empregador em favor de todos os seus empregados. Por questões de ordem interna a ré teria alterado o convênio médico, passando a contratar a empresa INTERMÉDICA SAÚDE. Afirma que ao ser comunicada pela ré no dia 14/11/12 quanto a alteração dos convênios médicos, teria se insurgido, posto que o tratamento da doença já teria sido iniciado sob a égide do convênio anterior. Ante o seu descontentamento, a reclamada teria proposto a manutenção do convênio anterior exclusivamente em favor da autora sendo que, para tanto, seria necessário que o mesmo fosse firmado na condição de “pessoa física”, já que a demandada teria migrado o convênio coletivo para outra empresa do ramo. A proposta não teria sido aceita em razão da necessidade do cumprimento de 7 (sete) meses de carência, o que prejudicaria o tratamento da obreira. Pelo exposto, pugna pela condenação da reclamada ao restabelecimento do plano de saúde da DIX SAÚDE.

Defende-se o empregador sob o argumento de que firmou contrato originário com a empresa UNIMED PAULISTANA, migrando para a DIX SAÚDE em junho de 2011. Todavia, em razão de várias reclamações dos empregados quanto ao atendimento prestado e, ainda, em razão do aumento do custo do plano de saúde (o que oneraria os próprios empregados que contribuem com o pagamento de parte do plano), teria mudado o convênio para a empresa INTERMÉDICA SAÚDE, sem prejuízo na qualidade do atendimento. Admite que a autora manifestou sua oposição a mudança do plano e que em razão da doença que a acomete, teria, o empregador, iniciado as tratativas para que a obreira pudesse continuar a ser atendida pela DIX SAÚDE. Para tanto, seria necessário que o plano fosse firmado em favor de “pessoa física” (reclamante), já que não mais haveria o atendimento para todos os empregados da ré (plano de saúde em grupo), o que inviabilizaria a continuidade de um “plano empresarial” para apenas uma pessoa. A ré arcaria com os gastos e posteriormente descontaria o custo da empregada em relação ao plano (30%) quando do seu retorno ao trabalho. Embora tenha contactado a autora por diversas ocasiões para acompanhá-la até a empresa DIX SAÚDE e ajustarem a contratação do plano na modalidade “pessoa física”, a reclamante foi sozinha e não soube explicar a peculiaridade do seu caso. De qualquer modo, não haveria carência no ajuste do plano individual em favor da obreira. Por fim, aduz, o empregador, que diante da recusa da obreira em

manter-se no plano da DIX SAÚDE na condição de “pessoa física”, foi feita a sua migração para o plano mantido pela INTERMÉDICA, a exemplo do que ocorreu com todos os demais empregados da demandada, ressaltando que a INTERMÉDICA (novo convênio médico firmado pela ré em favor de seus empregados) também oferece suporte para o tratamento do câncer.

O conjunto probatório constante dos autos corrobora a tese da defesa.

Destaque-se, num primeiro momento, que a alteração do plano de saúde da DIX SAÚDE para a INTERMÉDICA se insere no “poder diretivo” do empregador e não viola o disposto pelo artigo 468 da CLT. A ré cumpre o seu dever patronal ao manter “plano de saúde” em favor de seus empregados, sendo que a escolha da empresa que prestará os serviços compete à demandada. Não bastasse, os empregados não tem “direito adquirido” a manutenção deste ou daquele plano, mas tão-somente a que o empregador ofereça plano de saúde e, no particular, a ré observou o regramento. Deste modo, também inaplicável ao caso o disposto pela Súmula 51 do C. TST, haja vista que o plano de saúde sempre foi mantido em favor dos empregados da ré (inclusive em prol da autora), somente tendo havido a alteração da empresa prestadora dos serviços. Outrossim, os arestos trazidos à baila pela autora na peça de ingresso também não se coadunam a situação dos autos, posto versarem sobre hipótese absolutamente distinta, onde o empregador cancela/suspende o plano de saúde quando da aposentadoria ou afastamento do empregado em gozo de auxílio-doença. No caso em tela, a ré também fez a migração da obreira para a INTERMÉDICA, razão pela qual o plano de saúde continua mantido para a empregada que está em gozo de auxílio-doença, conforme se verifica pelo documento que atesta a entrega da carteirinha do convênio para a autora em 17/01/13 (Id 179689).

E mais! A documentação acostada aos autos revela que a reclamada, de fato, preocupou-se com o estado de saúde da reclamante, tentando manter o plano de saúde da DIX SAÚDE em favor da obreira. Patente que a manutenção do plano somente seria possível se firmado contrato em nome da própria autora (pessoa física), eis que todos os demais empregados da ré já haviam migrado para a INTERMÉDICA, o que prejudicaria a contratação na modalidade coletiva.

Note-se, ainda, que a própria reclamante admite expressamente na exordial que a demandada a contactou para tratar da manutenção do plano, se comprometendo a arcar com o pagamento integral, procedendo o desconto de 30% (parte do plano a ser custeado pela empregada) somente quando a mesma retornasse ao trabalho. Neste sentido, inclusive, os e-mails acostados aos autos pelas partes.

Ademais, ao contrário do afirmado na prefacial, não há nenhuma prova de que seria exigida carência de 7 (sete) meses para que o plano fosse firmado em favor exclusivo da autora. A testemunha da própria reclamante que a acompanhou até a DIX SAÚDE, Sra. Ismênia Aparecida de Paula Souza, afirma que foram informadas pela referida empresa “que a autora poderia fazer um novo plano individual se quisesse permanecer com o mesmo convênio e que seria analisado se haveria ou não período de carência caso fizesse o plano individual” – itá-

lico nosso. Portanto, a questão afeta a carência seria avaliada pela DIX SAÚDE, não havendo qualquer informação por referida empresa de que a carência seria efetivamente exigida para a releitura do plano. Deste modo, a obreira de fato se antecipou ao recusar a proposta antes mesmo que as tratativas junto a DIX SAÚDE fossem ultimadas pela reclamada!

Neste sentido o depoimento da testemunha Sra. Sônia Maria Queiroz ao afirmar que “a ré conseguiria manter a reclamante no plano da Dix, mas o contrato teria que ser feito como pessoa física, ou seja diretamente entre a autora e o convênio, sendo que tal proposta não foi aceita pela reclamante (...) que se a reclamante optasse em manter o convênio com a dix não despenderia nenhum valor enquanto estivesse afastada do trabalho e que após o retorno arcaria com o pagamento de 30% do plano” – itálico nosso.

Não bastasse, não há prejuízo no tratamento da autora, posto que o novo convênio firmado com a INTERMÉDICA SAÚDE também oferece ampla rede de atendimento no tratamento do câncer, conforme se verifica do “Manual de Orientação- Rede Própria e Credenciada” trazido aos autos pela ré. Se é certo que o hospital onde a autora fazia o tratamento pelo convênio da DIX SAÚDE (IBCC – Instituto Brasileiro do Controle do Câncer) não resta coberto pelo novo plano da INTERMÉDICA, também é certo que outros hospitais de tratamento ao câncer estão assegurados pelo novo convênio, em nada comprometendo a continuidade do tratamento já iniciado pela reclamante.

Diante de todo o arrazoado, improcedem os pedidos subsumidos nas alíneas “b” usque “e” do rol que acompanha a exordial.

3- DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – mister ressaltar que o “poder diretivo” do empregador não é ilimitado, encontrando freios nos direitos de personalidade, que se classificam em direitos à integridade física, intelectual e moral. A lesão ou a inobservância desse direito fundamental dá ensejo à reparação por danos morais e materiais (art. 5º, X, CF).

Outrossim, o dano moral, de sua vez, se perfaz pela prática de ato único do ofensor (agressão moral) ou pela adoção de conduta lesiva que se protraia no tempo (assédio moral) ou, ainda, por ofensa de conotação sexual (assédio sexual).

O empregador é responsável pela manutenção do meio ambiente de trabalho sadio (art. 157 CLT c/c 7º, XXII CRBF/88), sendo responsável objetivamente pelos atos praticados por seus empregados (art. 932, III CC).

Ao inserir-se na relação de emprego, o trabalhador não se despoja dos seus direitos fundamentais, os quais merecem ampla proteção. O poder diretivo encontra limites nos direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais devem prevalecer em caso de eventual conflito com o direito de propriedade do empregador.

No entanto, a autora não comprovou o aventado na exordial, ônus que lhe incumbia (art.818, CLT).

Ao tomar conhecimento do estado de saúde da reclamante, sua dispensa não foi concretizada pelo empregador. Tanto é fato que a obreira se encontra afastada do serviço em gozo de auxílio-doença.

Outrossim, da análise dos autos, temos que não houve nenhuma violação, por parte da ré, aos direitos de personalidade da autora. Não houve cancelamento ou suspensão do plano de saúde da reclamante que lhe pudesse causar algum abalo mas, tão-somente, a mudança da operadora do plano de saúde (DIX SAÚDE para INTERMÉDICA SAÚDE), o que não impede que a obreira continue o tratamento médico se valendo dos novos hospitais credenciados no atual plano de saúde. Ademais, o conjunto probatório constante dos autos revela que o plano de saúde da DIX SAÚDE somente não foi mantido em favor exclusivo da reclamante (plano individual) porque a mesma assim não quis.

Por fim, o descumprimento de obrigações legais e contratuais decorrentes da relação de emprego não configura, por si só, lesão a interesse extrapatrimonial do empregado. Deve ser demonstrada a ocorrência de outros desdobramentos da conduta supostamente lesiva, a fim de que se possa caracterizar o dano moral. Além disso, é necessária a comprovação de conduta ilícita ou antijurídica, além do nexa causal. E isso tudo incumbia à reclamante (art. 818, CLT; 333, I, CPC). Nesse sentido é a jurisprudência pátria:

DANO MORAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. O inadimplemento de obrigação contratual, em si só considerada, não é suficiente para deflagrar dano moral. Hipótese em que não se exclui, como regra, o dano não patrimonial, mas desde que o inadimplemento tenha outros desdobramentos, de extrema gravidade, que não a simples insatisfação, contrariedade ou aborrecimento. Pedido improcedente. (TRT/2ª Região – RO 00181-2005-001-02-00-2, Rel. Juiz Eduardo de Azevedo Silva, 11ª turma, DOE 24-10-2006).

Improcede, portanto, o pleito formulado na alínea “f”.

4- DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA – tendo a autora alegado sua condição de miserabilidade para arcar com as despesas do processo e colacionado aos autos declaração de pobreza (Id 84717), defiro os benefícios da justiça gratuita, com fulcro no art. 790, § 3º, CLT, ressaltando que sua concessão pode se dar inclusive de ofício pelo magistrado. Outrossim, a gratuidade não é concedida apenas aos empregados que auferem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, também podendo ser estendida àqueles que, embora tenham rendimento superior, declaram, sob as penas da lei, não ter condições de arcar com as despesas do processo, como é o caso da reclamante.

5- DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – a par da improcedência dos pedidos formulados na exordial, temos que os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, não decorrem da simples sucumbência. Para sua concessão, mister se faz o preenchimento dos requisitos da Lei 5584/7 quais sejam: gratuidade de justiça e assistência sindical (OJ 305, SDI -I, TST). No caso em tela, tais requisitos se mostram ausentes, eis que a autora postula assistida por advogado particular, o que acarreta a improcedência do pedido (Súmulas 219 e 329, TST).

III- DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos formulados por **LAUDINEIDE GUILHERMINO** em face de **SIM**

SISTEMA INTEGRADO DE MONITORAMENTO VEICULAR, PATRIMONIAL E PESSOAL LTDA para, nos termos da fundamentação que integra o presente dispositivo como se aqui estivesse literalmente transcrita, absolver a reclamada de todos os pedidos formulados na inicial.

Concedo à autora os benefícios da justiça gratuita (art. 790, § 3º, CLT).

Custas no valor de R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor da causa de R\$ 100.000,00 (art. 789, II, CLT) a cargo da reclamante, das quais fica isenta.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

Santana de Parnaíba, 1º de março de 2013

CRISTIANE MARIA GABRIEL

Juíza do Trabalho

Renata Aparecida Peroni, devidamente qualificada às fls. 03, ajuizou reclamação trabalhista em 10/08/11, em face de **Associação Recreativa Dealer Alphaville**, reclamada, também qualificada às fls. 3, buscando o reconhecimento do vínculo jurídico de emprego e o pagamento de verbas decorrentes do contrato de trabalho firmado com a reclamada, exploradora do jogo de pôquer.

Inicial com documentos.

Conciliação recusada.

Resistindo à pretensão, a reclamada apresentou resposta escrita, sob a forma de contestação, arguindo preliminar e impugnando o mérito pelas razões de fato e de direito ali contidas.

Contestação com documentos.

Houve apresentação de réplica.

Foram colhidos os depoimentos das partes. Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual às fls. 54-verso.

Razões finais orais pela reclamante e remissivas pela reclamada.

Conciliação novamente recusada.

Foi convertido o julgamento em diligência às fls. 55.

Designada nova audiência de julgamento para o dia 30/03/12, às 16:00 horas.

É o relatório, decido.

DA PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO

Sem razão. Conforme autuação, o Sr. Fabio Murilo Marinho do Amaral não foi incluído no polo passivo. Rejeito.

DO MÉRITO

DO REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DE REVELIA E CONFISSÃO

Melhor examinando os autos, verifico que a procuração de fls. 29 foi devidamente assinada pelo diretor da ré, Sr. Fábio

Murilo Marinho do Amaral, conforme confronto da assinatura de fls. 29 com as constantes nos documentos de fls. 32 e 42. Rejeito.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DECLARADA DE OFÍCIO

A reclamante apresenta pretensão pautada em contrato de trabalho firmado com a reclamada, que por sua vez explora o jogo de pôquer, tal como reconhecido em defesa, em réplica às fls. 53 e nas razões finais de fls. 54-verso.

Ademais, os documentos juntados pela reclamada, às fls. 44/47, reconhecidos pela reclamante em réplica como referentes à atividade-fim da reclamada, confirmam a prática habitual de cobrança de valores dos participantes, que eram trocados por fichas para a participação no jogo de pôquer, com o fim exclusivo de concorrer a prêmios pagos pela reclamada aos vencedores.

Ocorre que o contrato de trabalho deve observar as regras de validade do negócio jurídico previstas nos arts. 104 e 166 do CC/02.

Dessa forma, não há como se considerar válido eventual contrato de trabalho cujo objeto seja ilícito, tal como no caso em tela em que a ré explora atividade considerada contravenção penal – arts. 104, II e 166, II e VII do CC/02 c/c art. 8, PU da CLT c/c art. 50, caput, § 3º, “a” e “c” e § 4º, “a”, “c” e “d” do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) e arts. 1º e 3º do Decreto-lei nº 9.215/46.

E não se diga, aqui, que o jogo de pôquer depende da capacidade intelectual de cada jogador, o que afastaria a ilicitude do objeto, porquanto ainda que se considere a habilidade de cada jogador, ainda assim está presente de forma marcante o fator sorte, em especial quando da distribuição das cartas aos jogadores.

Mesmo que assim não fosse, isto é, mesmo que considerássemos que o fator preponderante em tal modalidade é a habilidade ou capacidade intelectual de cada jogador, mesmo assim, no presente caso, estaríamos diante de atividade ilícita, nos termos da alínea “c” do § 3º do art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/41, tipificada pela presença de apostas com o pagamento de inscrições nos jogos, com o intuito exclusivo de concorrer aos mais variados prêmios pagos pela reclamada à margem da lei.

Repare, ainda, que da leitura do art. 814, caput e §§, podemos perceber que existem três espécies de jogo: o jogo proibido, o jogo não-proibido e o jogo legalmente permitido, sendo que apenas para este último a aposta é lícita.

No mesmo sentido, entendendo pela impossibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego em atividades ilícitas temos a OJ nº 199 da SBDI-1 do C. TST, firmando tal entendimento em relação ao jogo do bicho, por também ser considerado contravenção penal, nos termos do art. 58 do Decreto-lei nº 3.688/41.

Ainda sobre o tema, em caso idêntico ao do presente feito, temos a recente decisão proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Substituto, Dr. Sérgio Paulo de Andrade Lima, nos autos do processo nº 0002211-45.2011.5.02.0421, na qual restou reconhecida a impossibilidade de se declarar o vínculo jurídico

de emprego na atividade ilícita do jogo de pôquer. Passo a transcrever, abaixo, trecho da brilhante decisão:

“Pela análise da inicial, o reclamante prestava serviços ao reclamado em atividade ilícita, qual seja, jogo de azar (em torneio de jogo de Poker).

Ora, nos termos do artigo 50 do decreto 3.688/41, estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele é uma contravenção penal, ou seja, atividade ilícita.

Ora, tratando-se de caso no qual a atividade desenvolvida pelo empregado consiste em atividade considerada contravenção penal, não há como se reconhecer o vínculo empregatício, em face da ilicitude do objeto do contrato estabelecido entre as partes, nos termos dos arts. 104 e 166 do Código Civil, de aplicação subsidiária”.

Por todo o exposto, declaro de ofício a impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento do vínculo jurídico de emprego existente entre as partes e das demais pretensões dele decorrentes – art. 267, VI do CPC c/c art. 769 da CLT.

Por fim, o fato de a reclamante ter exercido a função de auxiliar de serviços gerais em nada altera a conclusão supra, uma vez que sabia da ilicitude da atividade da reclamada, contribuindo, assim, com as suas tarefas para a continuidade da atividade ilícita. Entendimento diverso levaria à conclusão de se admitir auxiliares de limpeza ou de serviços gerais executando tarefas também em outras atividades ilícitas, tais como limpeza em depósito de animais silvestres ligados ao tráfico internacional, limpeza de refinarias de cocaínas, limpeza do local de apuração do jogo do bicho etc, o que, por óbvio, deve ser rechaçado.

DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO

Diante da atividade ilícita incontroversa constatada acima, expeça-se ofício ao Ministério Público Estadual, com as cópias da inicial, da defesa, dos documentos de fls. 44/47, da ata de fls. 54 e verso e da presente decisão, para a apuração da contravenção penal e o ajuizamento de eventual ação penal, conforme entender cabível.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A reclamante requer a concessão do benefício da gratuidade de Justiça, declarando, para tanto, ser hipossuficiente, conforme declaração de fls. 10.

Defiro, nos termos do art. 790, § 3º da CLT o benefício requerido.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Tratando-se de demanda relativa à relação de emprego, a matéria segue regida pela Lei nº 5.584/70 - art. 5º da IN nº 27/05 do C. TST e Súmulas nº 219 e 329, ambas do C. TST.

Assim, embora concedido o benefício da gratuidade de Justiça, a reclamante não está assistida pelo Sindicato de sua categoria profissional. Logo, não preencheu os requisitos legais para fazer jus ao benefício.

Com relação aos honorários advocatícios constantes dos arts. 389 e 404 do CC/02, entendo ser inaplicável à lide concernente à relação de emprego, diante da previsão específica

da Lei nº 5.584/70 e do ius postulandi previsto no art. 791 da CLT, que afastam o cabimento da indenização pleiteada.

Além disso, a reclamante foi sucumbente na presente demanda. Indefiro.

DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Não houve a configuração de qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC. Indefiro.

POSTO ISSO, afasto a preliminar suscitada, e, assegurada a gratuidade de Justiça à reclamante, julgo extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC c/c art. 769 da CLT, formulado por **RENATA APARECIDA PERONI** em face de **ASSOCIAÇÃO RECREATIVA DEALER ALPHAVILLE**, conforme fundamentação supra, que este decisor integra.

Expeça-se ofício ao MPE, na forma da fundamentação supra.

Custas de R\$ 600,00, calculadas sobre o valor da causa de R\$ 30.000,00, - art. 789, II, CLT -, pela reclamante, dispensada por ser beneficiária da gratuidade de Justiça.

Intimem-se as partes.

LEONARDO GRIZAGORIDIS DA SILVA

Juiz do Trabalho Substituto

I. RELATÓRIO

O Ministério Público do Trabalho postula tutela inibitória e dano moral coletivo.

A defesa suscita preliminares e refuta os argumentos do autor (fls. 97/118).

Encerrada a instrução processual (fls. 32).

Réplica às fls. 149/157.

Nova proposta de conciliação rejeitada.

II. FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

Em sede de preliminar, a ré trata de questões atinentes ao mérito, notadamente sobre a aplicação e alcance da Portaria 15/2010 do MTE.

Os argumentos trazidos a título de insegurança jurídica fazem supor que eventual decisão judicial contra a instrução normativa seria indevida. Entretanto, a existência de Portaria não pressupõe seu regular cumprimento, nem o correto alcance que se pretende lhe conferir. Fosse pouco, levado a efeito tais argumentos, atingiria o absurdo em se considerar o Poder Judiciário engessado por qualquer normatização (sobretudo quando emanada de função atípica do Poder Executivo). O Judiciário é quem aplica a lei ao caso concreto, com respaldo do princípio constitucional do amplo acesso.

Sobre a alegação de falta de interesse, mais uma vez lança mão de argumentos de mérito. Vale lembrar, por oportuno, que o Ministério Público do Trabalho detém interesse na defesa de direitos coletivos lato sensu (inclusive individuais homo-

gêneos de natureza indisponível). Tudo conforme mandamentos contidos na Constituição da República e de seu Estatuto.

Portanto, as preliminares não prosperam.

MÉRITO

O cerne da demanda diz respeito à alegação de que a ré estivesse “condicionando a prestação de assistência na homologação de rescisões trabalhistas à inexistência de débitos sindicais por parte de empresas ou trabalhadores”.

Promovidas denúncias e instaurado inquérito civil, o autor juntou documentos do apurado na presente ação.

Em defesa, o sindicato inicialmente sustenta falta de provas, no sentido de que a ação tem por base denúncias dos empregadores tão somente. Estes, segundo a ré, contumazes devedores de contribuições sindicais, verbas rescisórias, FGTS, INSS, estabilidade etc.

Sustentou que o sindicato não é mero cancelador de homologação. É um assistente para análise da correta quitação de direitos.

Argumenta que o Ministério Público do Trabalho está advogando e privilegiando os empregadores.

Assevera que “não pode e não irá lançar carimbo que ‘avalize’ práticas que têm por escopo violar, fraudar ou inadimplir as obrigações decorrentes da Lei”. Lembra a redação do art. 8º, III, da CR.

Destaca que o termo “assistência” contido no art. 477 da CLT não é palavra inútil.

Cita disposições da Portaria 15/2010 do MTE.

O teor da defesa confirma os fatos narrados na inicial, no sentido de que o sindicato tem se negado à realização de homologação. As denúncias têm fundamento, portanto, ainda mais quando se verifica a afirmação do representante do sindicato (documento de fls. 484 do volume), no sentido de que a prática “não persiste”.

Os argumentos da defesa não prosperam, sob qualquer ângulo.

A assistência prevista no art. 477, § 1º, da CLT deve ser lida com o art. 514, do mesmo diploma, em cuja alínea “a” declara que é dever do sindicato “colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social”.

Para isso, a Portaria 15/2010, em especial os artigos 4º e 8º, prevê atribuições concernentes a tal assistência. Entretanto, há limitações, visto que a entidade sindical não tem poder decisório e suas conclusões - sobretudo as equivocadas como a presente – não têm força vinculativa.

Mesmo em se considerando o contumaz inadimplemento de verbas trabalhistas por parte dos empregadores, o que ressoa como retórico ou redundante, a considerar a velha história capital e trabalho, a conduta da ré agrava a situação.

Esqueceu esta em destacar na sua defesa que a mesma Portaria, no art. 10, § 2º, estabelece a necessidade de denunciar aos órgãos de fiscalização as irregularidades encontradas; o § 3º estabelece, nesse contexto, que o sindicato apenas formule no termo rescisório a ressalva. Aliás, isso está reforçado no art. 11. Prejuízo algum ao trabalho advém deste procedimento, porque não se quita o que não está expresso no termo (art. 477, § 2º, da CLT e art. 320 do Código Civil). A

ressalva fortalece ainda mais a assistência do sindicato e é prestigiada pela Súmula 330 do C. TST.

Impedir a homologação é impor ao trabalhador dupla punição. Primeiro por verbas devidas por seu empregador. Segundo, pela instituição que deveria zelar – efetivamente – por seus interesses, e não sonegar ato que possibilitaria o recebimento de FGTS e seguro-desemprego. Essa conduta avilta o art. 8º, III, da CR, cujos efeitos devem irradiar todo o ordenamento, em especial o art. 477 da CLT e a citada Portaria do MTE, e guiar a conduta das entidades sindicais.

A ré delineou que os denunciadores são devedores contumazes. Pergunta-se: o que fez, então, para impedir isso, considerando o já citado art. 8º da CR? Tomou medidas protetivas para o trabalhador junto ao Judiciário, única razão que justifica a sua existência jurídica? Denunciou aos Órgãos fiscalizadores, conforme determina a Portaria que a própria ré enaltece? Nenhum prova, nesse sentido, foi colacionada aos autos, o que faz pensar que a recusa em homologar tem interesse menor, pequeno, ou seja, apenas no custeio de suas contribuições. O interesse do trabalhador foi para planos secundários.

Se houver inadimplência de contribuições sindicais, detém a entidade o direito de postulação junto ao Judiciário, porque há uma lesão a ser reparada. O contrário acarretaria o exercício arbitrário da própria razão (art. 345 do CP). É crime.

Portanto, a ré agiu em desconformidade com os mandamentos contidos no art. 8º da CR, no art. 477, § 7º, e 514 da CLT, e na Portaria 15/2010 do MTE.

A partir daí, passo a analisar o pedido de ressarcimento à coletividade, a título de dano moral coletivo.

Consiste na injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade. Seu conceito supera a definição de dor psíquica, exclusivo de pessoas físicas. A violação recai sobre valores coletivos, ou seja, o indivíduo respeitado não apenas como ser singular, mas também como ser social. A coletividade destes trabalhadores titulariza valores morais que merecem proteção.

A conduta da ré, além de ilegal, é lesiva, não a uma individualidade considerada, mas a toda a coletividade que espera da entidade sindical uma aliada na proteção dos trabalhadores. Há relevância social, na medida em que o trabalhador conta unicamente com o seu sindicato para proteção de seus interesses individuais.

Não se olvide que TODOS os trabalhadores devem ser protegidos pelo sindicato, com o qual se vinculam pela contribuição sindical que lhe é imposto por lei.

Impõe-se a reparação a tal título, portanto.

Para o arbitramento do dano moral coletivo, não se espera empobrecer, mas apenas qualificar a ilicitude e servir como fator dissuasório, para evitar novas temeridades deste jaez. Arbitro a importância de R\$ 50.000,00, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Acerca da tutela inibitória, relembro que, não obstante a ilegalidade a que se conduziu a ré, em defesa asseverou que “não pode e não irá lançar carimbo que ‘avalize’ práticas que têm por escopo violar, fraudar ou inadimplir as obrigações decorrentes da Lei”. Diante dessa certeza que se mostrou

equivocada, com fulcro no art. 11 da Lei 7.347/85, impõe-se multa de R\$ 1.000,00 a cada nova recusa de homologação de rescisão contratual, a ser revertida ao FAT.

Ainda com base na aludida lei, em seu art. 12, a tutela inibitória vale a partir da publicação da presente decisão, independentemente do trânsito em julgado.

Sobre os pedidos “b” da inicial (fls. 23/24), refletem o que está na lei. A determinação judicial serve apenas para impor consequências de seu descumprimento.

Por oportuno, esclareço que não há lugar à recusa justificada de homologação, porque, mesmo diante de irregularidades, cabe ao sindicato apor ressalvas e tomar medidas junto aos órgãos fiscalizadores e até mesmo demandar em Juízo.

III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, rejeito as preliminares arguidas e julgo **PROCEDENTES EM PARTE** as pretensões de **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (PRG 2ª REGIÃO - MUNICÍPIO DE OSASCO)** contra **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DE OSASCO E REGIÃO**, para:

- declarar irregular as recusas de homologação de rescisão contratual;
 - condenar a ré no pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00, a título de dano moral coletivo, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador;
 - impor multa de R\$ 1.000,00 a cada nova recusa de homologação de rescisão contratual, a ser revertida ao FAT, independentemente do trânsito em julgado.
- Custas a cargo da ré, sobre R\$ 50.000,00, no importe de R\$ 1.000,00.
- Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.
- Data supra.

FÁBIO MOTERANI

Juiz do Trabalho

ACÓRDÃOS

PROCESSO Nº 0001066-29.2011.5.02.0008
ORIGEM: 8ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
RECLAMANTE: CARLOS ALBERTO AMOROSINO
RECLAMADA: LABATE PAPÉIS MÁQUINAS SUPRIMENTOS LTDA.
RECORRENTE: CARLOS ALBERTO AMOROSINO

EMENTA
DA REINTEGRAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. Para a manutenção do plano de saúde nos termos do art. 31 da Lei 9656/98, há a necessidade de comprovar a contribuição mínima de 10 anos para o plano privado de assistência à saúde. Consoante art. 23 da Resolução Normativa 279/2011 do Ministério da Saúde, não se exige que a contribuição seja para a mesma operadora, mas que haja contribuições por 10 anos para plano de saúde. Os recibos de pagamento juntados aos autos demonstram a contribuição para plano de saúde desde abril de 1996, ou seja, por mais de 14 anos. Assim, é direito do reclamante em manter o plano de saúde, uma vez preencheu o requisito necessário. Reformo.

RECURSO ORDINÁRIO do reclamante (fls. 74/78) em face da r. sentença de fls. 57/61 e 71/72, cujo relatório adoto, que julgou procedente em parte a reclamação. Pretende a reforma da r. sentença quanto aos seguintes tópicos: reintegração do plano de saúde, dano moral, dano material e honorários advocatícios. Contrarrazões de fls. 81/85-vº. Conheço do recurso por tempestivo (fls. 74), assinado por quem de direito (fls. 15).

1. DA REINTEGRAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. Insurge-se o recorrente contra a sentença de primeiro grau que negou a reintegração do plano de saúde, aduzindo que por ter laborado mais de 10 anos junto à ré tem direito de manter o plano de saúde. Razão assiste ao recorrente. Para a manutenção do plano de saúde nos termos do art. 311 da Lei 9656/98, há a necessidade de comprovar a contribuição mínima de 10 anos para o plano privado de assistência à saúde. Consoante art. 232 da Resolução Normativa 279/2011 do Ministério da Saúde, não se exige que a contribuição seja para a mesma operadora, mas que haja contribuições por 10 anos para plano de saúde. Os recibos de pagamento juntados aos autos (docs. 19/148) demonstram a contribuição para plano de saúde desde abril de 1996 (fls. 37 - doc. 31 do volume de documentos em apartado), ou seja, por mais de 14 anos.

Assim, é direito do reclamante em manter o plano de saúde, uma vez preencheu o requisito necessário. Reformo.

2. DANO MATERIAL. O recorrente afirma que em decorrência do pagamento “por fora”, sua aposentadoria foi deferida a menor, possuindo direito à indenização pleiteada. Razão, em parte, lhe assiste. Encontram-se presentes todos os pressupostos para a imposição do dever de indenizar. A reclamada, ao burlar a legislação trabalhista (pagamento “por fora”), violou também normas previdenciárias, com a repercussão direta e imediata, causando manifesto prejuízo ao recorrente, que se viu impedido de receber o que lhe era direito (Cálculo da aposentadoria sobre o real rendimento). O pagamento dos salários de maneira incorreta causa enormes transtornos sociais e fragiliza a subsistência do núcleo familiar, pois o empregado torna-se inadimplente com seus compromissos financeiros e, certamente fica exposto a constrangimentos. Assim, presentes os requisitos ensejadores da indenização por danos materiais (ato ilícito e culpa da reclamada), reformo a sentença de origem, para deferir ao autor a indenização pleiteada. Considerando que os lucros cessantes consubstanciam apenas aquilo que a parte razoavelmente deixou de ganhar como consequência direta e imediata do dano sofrido, a indenização por danos materiais a esse título deve ser apurada tendo em vista a diferença entre o que o autor receberia contribuindo com o teto da previdência e o que atualmente percebe do INSS. Levando em conta que o cálculo da aposentadoria leva em consideração a média de 80% das maiores contribuições e o fator previdenciário, bem como pode o recorrente requerer a revisão de sua aposentadoria. Defiro uma indenização no importe de R\$ 50.000,00.

3. DO DANO MORAL. O recorrente afirma que o pagamento “por fora” impediu-o de adquirir algumas mercadorias e empréstimos, requerendo a reforma da sentença. Sem razão. O pagamento de salário “por fora” pode causar transtornos materiais ao empregado, uma vez que ordinariamente o salário é sua única fonte de subsistência, contudo, não têm o condão de, por si só, acarretar efetivo abalo psicológico, mácula à imagem ou reputação do obreiro, daí porque não constituem direito à indenização por dano moral. Diante da indenização deferida no tópico acima, nada há para reparar.

4. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabem honorários advocatícios, isto porque o artigo 1333, da Constituição Federal não revogou o jus postulandi na Justiça do Trabalho, mas apenas elevou a nível constitucional o que dispunha o artigo 68, da Lei nº 4.215/63. Na seara trabalhista, somente são devidos honorários advocatícios desde que atendidos os pressupostos da Lei nº 5.584/70; hipótese, contudo, incorrente in casu. No mais, deve ainda ser salientado, que a autora contratou advogado particular por sua livre escolha, pois como acima mencionado poderia ter optado por utilizar-se do jus postulandi, e se assim não fez, assumiu as despesas que serão efetuadas. Rejeito.

ACORDAM os Magistrados da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **CONHECER e DAR PROVIDIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário para:

- 1) Deferir ao reclamante o direito de manter o plano de saúde;
- 2) Deferir indenização a título de danos materiais no importe de R\$ 50.000,00.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 2.000,00, calculada sobre o valor re-arbitrado à causa no importe de R\$ 100.000,00.

RICARDO APOSTÓLICO SILVA
Juiz Relator

12ª TURMA
PROC.TRT/SP nº 0000541-45.2010.5.02.0020
RECURSO ORDINÁRIO DA MM. 20ª VT DE SÃO PAULO
RECORRENTE: ELIZABETE SERAFIM DE SOUZA e OUTROS 3
1º RECORRIDO: GP – GUARDA PATRIMONIAL DE SÃO PAULO LTDA.
2º RECORRIDO: KALUNGA COMÉRCIO IND. GRÁFICA LTDA.

Inconformados com a r.Sentença de fls. 251/255, que julgou improcedentes os pedidos, recorrem ordinariamente os autores, reiterando em preliminar os protestos quanto à impossibilidade de produzir prova acerca da união estável entre a coautora Elizabete e a vítima fatal; e no mérito, alegando, em síntese, que inexistiu culpa da vítima no acidente que tirou sua vida; que o proceder do vigilante foi a única causa do evento danoso, pois era quem estava em melhores condições de evitar o dano; que as reclamadas devem responder pelo ato de seu preposto, em razão da responsabilidade objetiva – atividade de risco, com o pagamento de indenizações por danos moral e material (pensão mensal) aos reclamantes, e demais consectários. O Subscritor do Apelo tem poderes às fls.17 e 96. Houve a ciência da r.Sentença a quo em 15 de fevereiro de 2012 (fls.256), sendo tempestivo o Apelo interposto em 23 de fevereiro de 2012. Os reclamantes são beneficiários da Justiça Gratuita (fls.254/255), sendo isentos do recolhimento das custas processuais.

Contrarrazões pela primeira reclamada às fls.275/280, e pela segunda ré às fls.281/287. Em razão da existência de interesses de menor na lide, foi determinado por este Relator o envio dos autos ao MPT para manifestação (fls.289v).

Parecer escrito pelo Parquet Laboral às fls.292/293, opinando pela desnecessidade de emissão de parecer circunstanciado, pois os menores têm representante legal e não há interesses conflitantes.

Diante dos termos da petição de fls.295, em que a segunda reclamada requer a juntada de cópia de procuração outorgada ao seu novo patrono (fls.296), os autos foram retirados da pauta de julgamento, a fim de que houvesse a regularização de sua representação processual, com a juntada do instrumento original.

Diligência regularmente cumprida às fls.303/313.
É o relatório.

V O T O
1. DO CONHECIMENTO

O recurso ordinário dos reclamantes é conhecido ante o preenchimento dos seus requisitos de admissibilidade.

2. DA REITERAÇÃO DOS PROTESTOS

Pretendia a recorrente Elizabete produzir prova acerca da sua união estável com a vítima, indeferindo o Juízo a quo a oitiva da testemunha por considerar que esta Justiça Obreira não teria competência para declarar a sociedade de fato.

Entretanto, não há razão para a irrisignação da recorrente, haja vista que, nos termos do art.1º da Lei 6858/80, os valores devidos pelos empregadores aos empregados, não re-

cebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos aos dependentes habilitados perante a Previdência Social, independente de alvará, inventário ou arrolamento.

Da carta de concessão de benefício de fls.172 e da certidão expedida pelo INSS de fls.173 constata-se que a recorrida figura como representante dos dependentes do de cujus, o que faz concluir que ela também figura como sua dependente, a exato teor do art.16, I, Lei 8213/91.

Logo, prejudicada a questão incidental de declaração da união estável, ficando afastados os protestos.

3. DO MÉRITO

Trata-se de ação indenizatória em que os recorrentes figuram como filhos, companheira e mãe do de cujus. Narram que a vítima teria sido alvejada por um disparo de tiro decorrente da brincadeira conhecida como “roleta russa”, no horário de almoço, nas dependências da segunda ré, disparo efetuado pelo colega de serviço Enilton, empregado da primeira recorrida.

Aduzem que, ao contrário do que decidido pelo Juízo de origem, inexistiu culpa da vítima; que o vigilante, como profissional de segurança e portador de arma de fogo, jamais deveria ter atendido ao pedido de brincadeira de “roleta russa” da vítima; que a testemunha ouvida comprovou que o de cujus não teria feito menção de retirar a arma de fogo da mão do ofensor; que o proceder do vigilante foi a única causa do evento danoso, pois era quem estava em melhores condições de evitar o dano; que as reclamadas devem responder pelo ato de seu preposto, em razão da responsabilidade objetiva – atividade de risco (art.927, parágrafo único do CC/02). As recorridas se defendem alegando a culpa exclusiva da vítima. Pois bem, o caso dos autos exige algumas considerações sobre a evolução do conceito da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico.

Em regra, cuidando-se de relação empregatícia, o empregador deve responder de forma subjetiva pelos danos causados ao empregado no ambiente de trabalho (art.7º, XXVIII, CF/88). Ou seja, deve ser demonstrada a culpa do empregador pelo infortúnio.

Assim, para restar configurada a responsabilidade civil, são pressupostos necessários a ação ou omissão dolosa, o dano, o nexo de causalidade e a culpa do ofensor (arts.186 e 927, CC/02).

Com o advento do Código Civil de 2002, houve uma evolução na doutrina civilista, passando o ordenamento jurídico brasileiro a prever a responsabilidade objetiva, independente de culpa, em razão de atividade de risco (art.927, parágrafo único, CC/02). Trata-se de cláusula geral de responsabilidade objetiva. E o caso em debate aponta para essa direção, se não, vejamos.

No art.932, III, combinado com o art.933, ambos do CC/02, há previsão expressa de que o empregador ou comitente responderá, ainda que não haja culpa de sua parte, pelos atos de seus prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele. Ou seja, discute-se apenas a culpa do empregado ou preposto. A comprovação desta acarreta automaticamente a configuração da responsabilidade objetiva indireta do empregador.

É o caso dos autos, haja vista que, cuidando-se o autor do disparo de vigilante profissional, treinado para o manuseio de arma de fogo, jamais se poderia falar em caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima pelo ocorrido. Isso porque a influência da proposição do de cujus não poderia ter sido acolhida por um profissional que tem pleno conhecimento das implicações de sua conduta no uso de arma de fogo, não se podendo também falar que o evento era inevitável. Nesse sentido o Boletim de Ocorrência de fls.24/25, onde a autoridade policial conclui:

“...Após analisar os vestígios colhidos no sítio do evento e considerar o depoimento da testemunha Valmir Santos, entende que o acusado cometeu o fato típico previsto no art.121, caput do CPB. Trata-se de conduta, cujo autor, ao manusear arma de fogo em local inapropriado, ou seja, no interior de um refeitório; apontá-la municiada na direção de outrem, vindo a efetuar o disparo fatal, assumiu o risco de produzir o resultado morte, visto que possui capacitação técnico-profissional para exercer a função de segurança e não observou normas básicas de manuseio de arma de fogo”.

Consta ainda do inquérito policial e da ação criminal que o agressor, acreditando estar a arma totalmente desmuniada, apontou-a em direção da vítima, e fatidicamente disparou o projétil, sem saber que ainda restava uma bala no tambor. Que trabalhava como vigilante há cerca de treze anos, portanto arma de fogo (fls.56).

Logo, patente é a culpa do vigilante em razão do fato de ter, por espontânea vontade, se colocado em uma situação potencialmente causadora de grave perigo a terceiro, acreditando que o evento lesivo não aconteceria, assumindo o risco do resultado, além de sua imprudência por não ter verificado que na arma ainda havia um projétil, que causou a morte do pai, marido e filho dos autores.

Em sendo o ofensor empregado da empresa prestadora de serviços, segunda reclamada, responderá esta pelo ato anti-jurídico de seu preposto, eis que não demonstrado qualquer fator capaz de romper o liame causal e o dever de indenizar, nos exatos termos do art.932,III, c/c art.933, CC/02.

Lado outro, não há qualquer indício de participação da primeira ré e tomadora dos serviços do ofensor, empresa Kalunga, no evento, o que somente pode lhe acarretar a absolvição.

Passo a analisar os danos. No que tange ao dano moral, está-se a indenizar a imensa dor causada pelo falecimento do ente querido dos autores, que terão de passar a viver sem a sua presença, sendo dois deles menores impúberes, filhos do de cujus, o que agrava ainda mais a situação. Sem falar na segunda reclamante, a mãe do falecido, cuja situação é a inversão da ordem natural das coisas, com a morte prematura de seu filho.

Notório que a morte do chefe de família em tenra idade (22 anos) e de maneira tão repentina enseja a desestruturação do núcleo familiar, fazendo cessar o sentimento de normalidade, aniquilando-se os planos futuros. Essa situação, certamente, se projetará durante toda a vida dos membros da família.

A indenização pelo dano moral deverá, dessa forma, proporcionar qualquer satisfação aos recorrentes, seja de ordem moral, intelectual ou material, que possa contribuir para a mitigação da dor e do sofrimento.

Outrossim, deverá a indenização atender também ao aspecto pedagógico da medida, a fim de que a conduta do ofensor não venha a ser repetida, levando-se em conta ainda a capacidade econômica de sua empregadora.

Nessa toada, fixo o valor da indenização por dano moral em R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais), sendo R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para cada autor, considerando-se a extensão do dano (art.944, CC/02), a gravidade das lesões e os seus desdobramentos quanto à vida dos recorrentes, bem como as naturezas compensatória e pedagógica da medida, não constituindo enriquecimento sem causa para os reclamantes, tampouco ruína para o ofensor. Considera-se, ainda, o fato de a própria vítima ter proposto a brincadeira que acarretou o evento, o que reduz o valor da indenização pleiteada.

Quanto à indenização por danos materiais – pensão mensal, primeiramente, não há que se falar em “bis in idem” em razão da condenação concomitante com a indenização por danos morais, cuidando-se de reparações de origens diferentes. É questão superada na doutrina e jurisprudência que ambas as indenizações são cumuláveis (Súm.37, C.STJ).

Fixo, assim, o valor da pensão mensal em 01 (um) salário mínimo vigente na data do falecimento da vítima, considerando-se a pequena parcela de culpa do ofendido, ao propor a brincadeira, valor que será corrigido por meio dos reajustes concedidos à categoria, observadas as Súmulas 381, C.TST e 362, C.STJ e o art.883, CLT. O termo inicial da pensão será a data do falecimento do de cujus, devendo ser paga da seguinte forma:

- a) 50% em favor da autora companheira do falecido, até a data em que o de cujus completaria 70 anos; e
- b) 50% em favor dos co-autores filhos do “de cujus” (KAUÃ e RIAN), até quando completarem 25 anos, respectivamente, sem direito de crescer, por ausência de amparo legal.

Os valores destinados aos menores deverão ser depositados em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, até que completem 18 anos, salvo autorização judicial (art.1º, parágrafo 1º da Lei 6858/80).

Destarte, em face da realidade econômica do País, que não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, é medida de rigor a determinação de constituição de capital. Mostra-se, dessa forma, precária e arriscada qualquer previsão sobre a solidez econômica da recorrente, de modo a permitir a dispensa da garantia Nesse sentido, a Súm.313, C.STJ. A segunda reclamada deverá, pois, constituir capital (art.475-Q, CPC), a fim de assegurar o pagamento da pensão mensal aos reclamantes, devendo as parcelas vencidas serem pagas de uma só vez, em liquidação de sentença.

Portanto, acolho o Apelo dos reclamantes, nos exatos termos da fundamentação supra.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 12ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: conhecer do recurso ordinário dos reclamantes e, quanto ao seu conteúdo, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, a fim de reformar a r.Sentença de primeiro grau e julgar a ação

PARCIALMENTE PROCEDENTE, reconhecendo a responsabilidade civil da segunda reclamada por ato de seu preposto (arts.932,III, c/c art.933, CC/02), e condená-la a pagar aos autores indenização por danos Morais no valor arbitrado de R\$ 320.000,00, sendo R\$ 80.000,00 para cada reclamante; pagar indenização por danos materiais (pensão mensal) no valor de 01 (um) salário mínimo vigente à época do evento, sendo 50% em favor da autora companheira do falecido, até a data em que o de cujus completaria 70 anos; e 50% em favor dos co-autores filhos do de cujus (KAUÃ e RIAN), até quando completarem 25 anos, respectivamente. Deverá ainda a reclamada constituir capital (art.475-Q, CPC), cuja renda assegure o pagamento da pensão mensal. Juros e correção monetária na forma das Súmulas 381, C.TST e 362, C.STJ e do art.883, CLT. Os valores destinados aos menores deverão ser depositados em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, até que completem 18 anos, salvo autorização judicial (art.1º, parágrafo 1º da Lei 6858/80). Fica a primeira reclamada absolvida da condenação. Custas pela segunda ré, no importe de R\$ 7.000,00, calculadas sobre o valor da condenação, provisoriamente arbitrado em R\$ 350.000,00.

EDILSON SOARES DE LIMA

Juiz Relator

PROCESSO TRT/SP Nº 0002132-36.2010.5.02.0313 16ª. TURMA
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: SÉRGIO SANT’ANNA
RECORRIDOS: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CONJUNTO RESIDENCIAL
VILLE DE FRANCE E OUTRO
ORIGEM: 03ª VARA DO TRABALHO DE GUARULHOS

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – CÂMERA DE VÍDEO INSTALADA NO VESTIÁRIO DE CONDOMÍNIO EDIFÍCIO RESIDENCIAL - INSULTO À INTIMIDADE DO EMPREGADO - A supervisão dos empregados pelo empregador, por intermédio de circuito interno de monitoramento, para inspeção do andamento dos serviços e da produtividade, como também, da fiscalização da segurança, é, claro, uma decorrência do avanço da tecnologia. Obvio que a utilização desses equipamentos áudio visuais, cada vez mais modernos e sofisticados, visam a preservação e proteção do patrimônio do empregador. Contudo, não obstante seja um “controle” respaldado pelo artigo 2º, da CLT, que delimita o poder diretivo concedido ao empregador, resta inadmissível a situação de uma câmera de vídeo instalada em locais, assumidamente, privativos, como banheiros e/ou vestiários, e até mesmo refeitórios. Afinal, embora tais equipamentos não deixem de constituir também, de forma indireta, uma forma de fiscalização e inspeção dos funcionários, o uso em espaços tão íntimos por natureza, ultrapassa o significado da “vigilância”, para sinalizar uma “invasão” aos bens tutelados constitucionalmente

(artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”), procedimento repudiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional. Com efeito, o poder de comando da empresa não é ilimitado, e,

quando da sua prática, este deve observar não os aspectos legais, mas, igualmente, acordos ou convenções coletivas que possam regulamentar a matéria, sem descurar o empregador, dos olegômenos do bom senso e da razoabilidade. Aliás, mesmo em outros locais que não venham a lesar as esferas reservadas da personalidade humana, como o local efetivo de trabalho, ainda, assim, há critérios que não devem ser olvidados, como: pré-cientificar os trabalhadores quanto a existência das câmeras, e avisar se há gravação ou simplesmente filmagem. Outrossim, não se pode obliterar que o empregador não poderá utilizar a imagem do trabalhador para fins alheios, bem como divulgá-lo a terceiros, sob pena de configurar a malignidade a dignidade e honra do trabalhador, já que coloca o funcionário em situação vexaminosa. Por derradeiro, é mister frisar que a alegação patronal de encontrar-se a câmera desconectada da energia elétrica, ou simplesmente desligada, não exime a empresa da reparação, porquanto durante a sua permanência no vestiário da empresa, ainda que, por curto período, produz enorme “efeito psicológico”, assombrando os empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito e

não retira a ilicitude do ato, atuando tão-só na consideração do valor da reparação. Os funcionários não tendo como aferir sobre o funcionamento ou não do aparato eletrônico, logicamente, ficam constrangidos e submetidos a condições inegavelmente humilhante. Recurso ordinário do autor a que se dá parcial provimento. Inconformado com a r. sentença de fls. 89/91, cujo relatório adoto, que julgou improcedentes os pedidos da exordial, recorre ordinariamente o Reclamante (fls. 105/116), pugnando pela reforma do r. julgado no tocante à acumulação de funções e reflexos por todo o período; indenização por danos morais (instalação de câmeras em vestuário); e, honorários advocatícios. Pede provimento. Procuração outorgada pela Recorrente ao signatário nos exatos termos do art. 654 do Código Civil e do disposto na OJ-SDI1-373, do C.

TST à fl. 16. Custas pelo Reclamante, das quais está isento (fl. 91). Contrarrazões pelo reclamado às fls. 119/131. Procuração outorgada ao signatário pelo recorrido nos exatos termos do art. 654 do Código Civil e do disposto na OJ-SDI1-373, do C. TST à fl. 86.

É o relatório.

V O T O
CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais objetivos e subjetivos, conheço do Recurso Ordinário.

MÉRITO
ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES E REFLEXOS

O recorrente pretende a reforma da decisão que julgou

improcedente o pedido de diferenças salariais por acúmulo funcional. Para tanto afirma que sua testemunha comprovou suas alegações. O acúmulo de funções ocorre quando o empregado, além de desempenhar as funções para as quais fora contratado, acumula outras funções dentro da mesma jornada de trabalho.

O ônus de comprovar o acúmulo funcional é da parte autora, na forma dos artigos 818, da CLT e 333, inciso I, do CPC, contudo, o recorrente não se desincumbiu do ônus legal, pois não logrou comprovar que tenha trabalhado em acúmulo de funções. Conforme transcrição dos depoimentos, as testemunhas foram unânimes em afirmar que para a limpeza de piscina, havia um funcionário designado, Sr. José Eudismar, e que na folga deste, qualquer dos porteiros poderia fazer o serviço. E é nesse ponto que o autor não produziu prova testemunhal ou documental, pois não restou delineado os dias em que o demandante foi visto fazendo a limpeza da piscina, se, realmente, o fez. Quanto a questão da acumulação de função com a de “vendedor de apartamento”, ou melhor, corretor de imóveis, e seu pedido de recebimento de comissões das vendas que alega ter efetuado, entendo que houve um desrespeito a Lei nº 6.530/1978 e do Decreto 81.871/1978, responsáveis pela regularização da profissão no Brasil. Dizem o seguinte “competem ao corretor exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária”. Ser corretor é coisa séria, já que possui a obrigação de pesquisar e apresentar todas as certidões referentes à transação, inclusive sobre dívidas de condomínio, dívidas com concessionárias de serviços públicos, parcelas de financiamento em aberto perante a construtora ou banco, taxas de mobiliário de áreas comuns e de entrega do imóvel, além de dívidas de IPTU e processos contra o vendedor. É uma atividade que exige preparo, dedicação, responsabilidade, conhecimento jurídico, capacidade de administrar, avaliar, decidir.

Aliás, é bom alertar que o trabalho nessas condições, é uma contravenção à organização do trabalho (artigo 41, do Código Civil), e não obstante o trabalho seja feito de forma sub-reptícia, proveitando-se das circunstâncias do local sem que haja intermediação ostensiva dos agentes dos conselhos regionais profissionais, as pessoas que infringirem a lei estão sujeitas a uma multa, além de responderem a inquérito administrativo e policial, com possível desdobramento em processo criminal. Por sorte, inexistem nos autos prova de que o autor tenha atuado nessa função. Portanto, não comprovado desvio ou acúmulo de funções, correta a decisão que indeferiu o pleito. Nego provimento.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSTALAÇÃO DE CÂMERAS EM VESTUÁRIO

Segundo a inicial, o reclamante sofreu ofensa a sua honra e imagem em razão de o condomínio reclamado utilizar-se de câmeras nos vestuários, conforme demonstram fotos anexas a volume em apartado (docs. nsº 17 (fl. 57); doc. nº 18 (fl. 58); doc. nº 20 (fl. 60); doc. nº 24 (fl. 62); doc. nº 25 (fl. 65); e, doc. nº 26 (fl. 65).

Razão lhe assiste.

As empresas, atualmente, sob o argumento de visar o aumento de fiscalização, produção, segurança, controle, comando, etc, estão procedendo à monitoração das atividades dos seus funcionários. A dúvida a ser dirimida é analisar até que limite esta vigilância/monitoramento pode ser exercida sem que isto fira a individualidade do trabalhador.

A supervisão dos empregados, por intermédio de circuito interno de monitoramento, para inspeção do andamento do serviço e da produtividade, é, claro, uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório relevante na aferição da conduta do trabalhador. O artigo 2º, da CLT, que delimita o poder diretivo concedido ao empregador, assim o habilita para promoção de tal atividade.

Contudo, não obstante seja uma “controle” autorizado, resta inadmissível quanto um desses equipamentos de vídeo é instalado em locais, assumidamente, privativos, como o banheiro, vestiário. Esses espaços são íntimos por natureza, logo não se pode permitir ali a acomodação desse tipo de vigilância. Afinal, o poder de comando da empresa não é ilimitado, e, quando da sua prática, este deve observar os atos legais, acordos ou contratos coletivos e ainda o bom senso do empregador.

A privacidade e intimidade, não se pode esquecer, foram alçadas ao texto constitucional como bens a serem tutelados (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”), não se admitindo a renúncia a estas garantias constitucionais e tampouco a incursão dessas esferas reservadas da personalidade humana com a imposição, mediante cláusula contratual ou não, de condições vexaminosas que extrapolem os limites da soberania de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados.

Com relação a instalação de câmeras de vídeo, apesar da maioria das vezes a sua instalação visar a preservação e proteção do patrimônio do empregador, e, por conseguinte, dos seus empregados, esses equipamentos não deixam de constituir também, de forma indireta, uma forma de vigilância e inspeção dos funcionários. De certo, com a modernização/sofisticação dos

equipamentos audiovisuais de segurança e seu uso cada dia mais popular, é crucial que a matéria seja regulada por instrumento coletivo da agremiação profissional, exatamente para obstar a ocorrência de violações ao direito de intimidade do trabalho (artigo 5º, inciso X, da Lei Maior). E o empregado deve ser pré-cientificado da existência das filmagens, e o empregador deve utilizá-lo de forma cautelosa e razoável. A informação a ser dada aos funcionários, inclusive, deve ser mais ampla: se há gravação ou simplesmente filmagem.

Outrossim, não se pode olvidar que o empregador não poderá utilizar a imagem do trabalhador para fins alheios, bem como divulgá-lo a terceiros, sob pena de configurar o dano moral.

Logo, uma vez que ocorra a violação, surge o direito de buscar a reparação devida, sendo irrelevante o fato de as câmeras terem estado desconectadas da energia elétrica,

durante a sua permanência no vestiário da empresa ou que tal se tenha dado por curto período. Ainda que a empresa tivesse produzido prova efetiva disso nos autos, o que não se demonstrou, a instalação de tais aparatos eletrônicos, produzem um enorme “efeito psicológico”, assombrando os empregados, o que configura igual e repreensível abuso de direito e não retira a ilicitude do ato, atuando tão-só na consideração do valor da reparação. O importante, no caso, é que o reclamante, na dúvida sobre o funcionamento ou não, ficou constrangido e submetido a condição inegavelmente humilhante. Ao assim agir, a entidade patronal fica sujeita à obrigação de reparar o prejuízo moral daí despontante, do qual não se desvencilha, porquanto, nos seus domínios, exerce poder de mando e é responsável pelo que ocorre no seu âmbito.

É certo que, dada a magnitude dos valores imanentes à personalidade humana, é pacífico o entendimento de que os prejuízos causados nessa esfera patrimonial não são passíveis de reparação pecuniária precisa e absoluta. A fixação dessa reparação, de difícil mensuração por critérios estritamente objetivos, deve observar, por um lado, à necessidade de seu importe mitigar a ofensa causada pela vulneração abusiva do patrimônio moral ofendido mas, por outro, em prestar à sanção jurídica aplicada sobre a ofensora efetivo caráter pedagógico, com o fim de desestimular esta e outras empresas a reincidir na prática de condutas ilícitas como a que constituiu objeto da presente ação. Desse modo, considerando a condição econômica da empresa ré, o caráter corretivo e pedagógico da medida aplicada -- como meio de inibir a reincidência da conduta ilegal, entendo razoável arbitrar o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelos danos morais sofridos pelo reclamante.

Dou provimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

As despesas com advogado, ou os honorários advocatícios, somente são devidos nesta Justiça, quando preenchidos os requisitos da Lei 5584/70, sendo o disposto no artigo 404, do Código Civil inaplicável na seara trabalhista, ante a existência de legislação específica relativa aos honorários do advogado.

Adoto o Magistério das Súmulas 219 e 329, ambas do C. TST, para não prover o recurso.

É o voto.

CONCLUSÃO

Isto posto, **ACORDAM** os Magistrados da 16ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região em: conhecer e **dar provimento parcial ao apelo**, para condenar a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Com amparo na IN nº 3/TST, fixo novo valor à condenação de R\$ 80.000,00, com custas em reversão, a cargo da Reclamada no importe de R\$ 1.600,00.

NELSON BUENO DO PRADO

Juiz Relator

PROCESSO TRT/SP Nº 0001841-52.2013.5.02.0015 16ª TURMA
RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO
RECORRENTE: ANA LUCIA DANTAS CRUZ
RECORRIDO: JGCA HOTEL LTDA.
ORIGEM: 15a VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIFERENÇAS SALARIAIS – PISO NORMATIVO DISTINTO PARA MICROEMPRESAS – CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO - FRUTO DE NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES – ADOÇÃO DO SISTEMA “SIMPLES NACIONAL”

- A convenção coletiva de trabalho, fruto de negociação entre as partes, em assembleias convocadas para esta finalidade, acaba determinando obrigações e direitos, que devem ser respeitadas durante sua vigência, muito embora, suas cláusulas não possam ferir direitos previstos na legislação, sob pena de nulidade. No caso das cláusulas econômicas, o fato de a convenção coletiva de trabalho estabelecer piso normativo para microempresas, e outro piso salarial para as demais empresas, não vulnera qualquer preceito legal, mesmo porque há diferenciação prevista na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, com base na receita bruta (produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos), conferindo à microempresa a devida dessemelhança, ainda que adote o “Simples Nacional”, que implica no recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, de diversos impostos e contribuições (artigo 13, da Lei Complementar nº 123/2006). Recurso ordinário da autora a que se nega provimento. Dispensado o relatório, nos termos dos arts. 852, I e 895, § 1º, IV, ambos da CLT.

VOTO

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

LIMINAR – RECONHECIMENTO DE CONTRADITA Processo TRT/SP nº 0001841-52.2013.5.02.0015 SUSCITADA EM AUDIÊNCIA

Pretende a autora, em suas razões recursais, invalidar o depoimento das testemunhas do reclamado ao fundamento de que agiram em razão de amizade íntima.

Ocorre que a contradita suscitada em audiência pela reclamante não foi formulada com base em “analogia à amizade íntima” (parágrafo quinto, fl. 188), mas sim sob alegação de “exercer cargo de confiança” (fl. 100), razão pela qual rejeito a prefacial, no particular, por inovatória.

MÉRITO

DIFERENÇAS SALARIAIS – PISO NORMATIVO

Eis a sentença, na fração de interesse (fl. 182): “Compulsando os instrumentos coletivos acostados aos autos, em especial a Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2013 (docu-

mento 43, às fls. 71/86), e fazendo interpretação sistemática de tal norma, constato que na cláusula 1ª, Título I (Correção Salarial, Pisos e Garantias Salariais), que trata da correção salarial, as empresas são separadas em três categorias (microempresas, empresas enquadradas no SIMPLES e demais empresas) e divididas em dois grupos para os quais há regras distintas (...) Percebo que na mencionada divisão houve uma clara distinção entre as microempresas e a empresas optantes do SIMPLES, visto que foram agrupadas separadamente. Portanto, o regramento adotado para as microempresas não se confunde com o das empresas optantes pelo SIMPLES (...).

Assim sendo, adoto o posicionamento jurisprudencial mencionado na defesa (documento 01, às fls. 112/114) e indefiro a pretensão da autoria concernente ao pagamento das diferenças salariais e seus reflexos”. Em suas razões de recurso, a reclamante insiste no seu direito às diferenças salariais, porquanto desrespeitada a aplicação do piso salarial previsto para as empresas enquadradas no sistema “simples” de tributação, conforme previsão convencional.

Vejam os. Consoante CCT 2011/2013 (fls.71/86) e o Termo Aditivo à CCT 2011/2013 (fls. 87/92), aplicável à época do desligamento da autora, a cláusula 1ª (Correção salarial) apresenta duas (02) possibilidades de ajustamento salarial: a) pisos devidos para as microempresas (e para as empresas que adotam a modalidade de gorjetas obrigatórias ou compulsórias – fl. 87); e, b) pisos devidos para as empresas enquadradas no SIMPLES e para as demais empresas. A cláusula 3ª, do mesmo instrumento normativo, igualmente, refere-se a pisos salariais e segue o mesmo posicionamento adotado pela cláusula 1ª, apenas acrescentando outra distinção, qual seja: “I – Para as empresas que já concedem ou venham a conceder plano de saúde”; e, “II – Para as empresas que não concedem Documento elaborado e assinado em meio digital. Validade legal nos termos da Lei n. 11.419/2006. ou nem venham conceder plano de saúde”.

De todo modo, e por uma questão de comum acordo entre o sindicato profissional e o sindicato patronal, bem como a FHORESP (Federação de Hóteis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo), optou-se em apartar a figura da “microempresa” das outras modalidades de empresas ainda que essa, pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (Publ.15/12/2006) que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, também possua tratamento diferenciado e favorecido no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; e, ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.



AMATRA · 2