

18ª EDIÇÃO

**REVISTA ELETRÔNICA
DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA
5ª REGIÃO / BAHIA**

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
BIBLIOTECÁRIA: MARIA ISABEL SCHIAVON KINASZ, CRB9 / 626

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
[recurso eletrônico] / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região -
18.ed. – Ribeirão Preto/SP: Sky Comunicação e Eventos, 2024. 581p.;
23cm

ISBN 978-65-5399-767-7
ISSN 2317-9155

1. Direito do trabalho – Periódicos. 2. Justiça do trabalho - Brasil. I.
Tribunal Regional do Trabalho – 5ª Região. II. Diniz, Ana Paola
Machado (org.). III. Martinez, Luciano (org.).

CDD 344.01 (22.ed)
CDU 331.16

18ª edição – Ano 2024

Copyright © Sky Comunicação e Eventos, 2024.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

É proibida a reprodução total ou parcial, mediante quaisquer meios, sem a expressa
anuência desta editora.

Não encontrando nossos títulos na rede de livrarias conveniadas e informadas em nosso
site, contatar o Sky Comunicação e Eventos.



Sky Comunicação e Eventos

Rua Nioac, 305 - Ribeirão Preto – SP / Brasil - CEP: 14051-250
(16) 99418-1551 - contato@skycomunicacao.jor.br

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO/BAHIA

Presidente: Desembargador Jéferson Alves Silva Muricy

Vice-Presidente: Desembargadora Léa Reis Nunes

Corregedora Regional: Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi

Vice-Corregedora Regional: Desembargadora Suzana Maria Inácio Gomes

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO/BAHIA

MESA DIRETORA

Diretora: Desembargadora Ana Paola Machado Diniz

Vice-Diretor: Desembargador Edilton Meireles

Coordenador Acadêmico: Juiz Luciano Martinez

Vice-Coordenadora Acadêmica: Juíza Adriana Manta

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Agenor Calazans da Silva Filho

Desembargadora Viviane Maria Leite de Faria

Juíza Carla Mascarenhas de Oliveira

Juiz Marcos Neves Fava

Juíza Viviane Christine Martins Ferreira

Juíza Karine Andrade Oliveira

Juiz Danilo Gonçalves Gaspar

Servidora Isis Clarissa Araújo Silva

Servidora Itana Mustafa Tanajura

SECRETARIA

Amoni Guerra Pessoa Lavigne

Ana Carina Varela Martins Maia

Carlos Adroaldo Santiago Lima

Cláudia Valéria Mões Galvão

Cristiane Vilas Boas

Felipe Soeiro de Jesus Limeira

João Pereira Ribeiro

Kelly Azevedo Teixeira da Rocha

Maurício Borges Farias

Paola Maia Martins

Patricia Araújo Ribeiro

Sane de Brito Maia

Simone Dulce Fontes da Fonseca

Valdicéa Costa do Val

Vânia Campos Pina

LINHA EDITORIAL

Temas relacionados ao Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direitos Humanos e áreas afins.

EDITOR RESPONSÁVEL

Professor Dr. Rodolfo Pamplona Filho

CONSELHO EDITORIAL

João Leal Amado (Coimbra/Portugal)

Teresa Moreira Coelho (Minho/Portugal)

Fernando Fita (Valencia/Espanha)

Giuseppe Ludovico (Milano/Italia)

Andrea Presas (UFBA)

Edilton Meireles (UFBA)

Guilherme Ludwig (UNEB)

Luciano Martinez (UFBA)

Murilo Oliveira (UFBA)

Rodolfo Pamplona (UFBA)

Silvia Teixeira do Vale (BA)

Antonella Galindo (UFPE)

Sérgio Torres (UFPE)

Carolina Tupinambá (UERJ)

Volia Bomfim (RJ)

Lorena Colnago (SP)

Thereza Nahas (SP)

Yone Frediani (SP)

Thereza Asta Geminiani (Campinas)

Rosemary Pires (MG)

Vitor Salino (PUCMG)

Christiana D'Arc (AC)

Gabriela Delgado (UNB/DF)

Flávia Pessoa (UFSE/SE)

André Molina (MT)

Júlio Bebbber (MS)

Sandro Nahmias (AM)

Ney Maranhão (UFPA)

Marco Villatore (UFSC)

Luiz Gunther (UNICURITIBA/PR)

Gilberto Sturmer (PUCRS)

Luciane Barzotto (UFRS)

APRESENTAÇÃO

Carla Mascarenhas de Oliveira¹

Com enorme alegria pelo convite recebido, apresento a 18ª Edição da Revista Eletrônica do Tribunal do Regional do Trabalho da Quinta Região.

A amplificação do conhecimento científico de qualidade, razão da existência dessa revista, se consolida com a celebração de sua maioridade em período coincidente ao momento em que a Constituição Federal completa trinta e seis anos e enfrenta macrodesafios para manter íntegros os pilares que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Nesse alinhamento de perspectivas, os competentes articulistas fazem um belíssimo passeio sobre temas pujantes e demarcam a necessidade de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais que, como fins em si mesmos, devem ser capazes de assegurar a todas as pessoas o direito a uma vida digna.

É nesse contexto que Rúbia Zanotelli de Alvarenga trata da formação do direito internacional público como referencial de embasamento a qualquer ação de proteção aos direitos humanos com abordagem dirigida, também, ao controle de convencionalidade.

Já a articulista Christiana D'arc Damasceno Oliveira faz uma retrospectiva sobre o papel da OIT desde a sua criação, além de indicar os caminhos que estão sendo trilhados para a proteção dos direitos humanos no mundo do trabalho.

Reis Friede reflete sobre os desafios históricos à democracia liberal (ocidental) e os embates da atualidade, enquanto no enfoque da violação de direitos humanos por trabalho escravo contemporâneo, Ana Lucia Santos Gomes da Silva analisa a possibilidade de reparação às vítimas pelo Estado brasileiro.

No plano da seguridade social, Andréa Suelen Maciel aborda questões relacionadas à concessão dos benefícios do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez e do burocrático processo até a realização da necessária perícia médica, com análise do papel do Estado para garantia de acesso a esses direitos.

¹ Juíza Titular de Vara do Trabalho do TRT-5. Juíza Auxiliar da Vice-Presidência do TRT-5 (2023-2025). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do TRT-5 (2023/2025). Pós-graduação em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA).

Em outra vertente, Luis Henrique de Menezes Acioly parte para a análise da responsabilidade civil do empregador que, por ato omissivo ou atuação defeituosa, deixa de atender exigências legais e impede o trabalhador de comprovar as condições especiais de trabalho e obter a aposentadoria especial.

O direito de greve, como direito fundamental, entrou em pauta no artigo de Igor Cardoso Garcia que, em estudo comparado no Brasil e em Portugal, apontou os elementos necessários para garantir a sua efetividade.

O Tema 1046 do STF também foi incluído nessa edição com Bruna Guimarães Barbosa que, em seu artigo, apontou divergências jurisprudenciais sobre o conceito de direito indisponível fixado pela tese e fez uma análise dirigida ao caso concreto envolvendo a estabilidade pré-aposentadoria prevista em norma coletiva.

Para o exercício do direito fundamental de acesso à justiça, Sergio Torres Teixeira, Camilla Montanha de Lima e Beatriz Rocha Vasconcellos apontam as barreiras de acesso à justiça digital enfrentadas pelos sujeitos vulneráveis e as ações necessárias para eliminar esses obstáculos.

Em outro giro, as articulistas Ana Paola Santos Machado Diniz e Maria da Graça Antunes Varela se propõem a analisar se os critérios fixados pelo legislador infraconstitucional no parágrafo único do art. 444 da CLT sustentam a hipersuficiência do trabalhador frente ao princípio constitucional da igualdade.

Andréa Suelen Maciel, por seu turno, trata das nuances do trabalho e ressocialização no sistema prisional, das falhas na prestação de serviços públicos criminais e das iniciativas governamentais que incentivam empresas a empregarem pessoas egressas do aludido sistema.

Com os olhos voltados à extinção da pretensão pela prescrição, o articulista André Araújo Molina discorre sobre o prazo prescricional aplicável às ações coletivas, com análise crítica do entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

O artigo de autoria de Cícero da Silva Gomes, Wesley Cosme dos Santos Félix da Silva e Lissanya Basílio dos Santos, por sua vez, expõe a questão da prescrição em relação ao FGTS e os impactos sofridos pelo trabalhador, a partir da análise do precedente vinculante do STF sobre o tema.

As articulistas Gabriela Neves Delgado e Ana Luísa Gonçalves Rocha, por seu turno, apresentam estratégias para robustecer o conhecimento técnico e científico na atuação da advocacia nos Tribunais

Superiores, em defesa dos direitos humanos e da competência da Justiça do Trabalho à luz da EC 45/2004.

Sobre as ações anulatórias foi a vez de Tereza Aparecida Asta Gemignani traçar um panorama geral do instituto com base nos princípios constitucionais que regem o processo, nas regras do CPC e na sua aplicação ao processo do trabalho, após o advento da Reforma Trabalhista.

Já o articulista Marco Neves Fava utiliza como ponto de partida a interpretação da Súmula nº 462 do TST para demonstrar a necessidade de observância dos precedentes obrigatórios, considerando os fundamentos determinantes que lhes deram origem.

No campo da execução trabalhista, o artigo de autoria de Gustavo Martins Baini versa sobre a fraude à execução, com análise dos elementos necessários à sua tipificação e dos aspectos que envolvem a distribuição do ônus probatório, considerando a aquisição de bem de alienante inscrito no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas.

Na mesma trilha constitucional, vieram as contribuições jurisprudenciais em acórdãos cuidadosamente selecionados, oriundos da 2ª Turma do TRT-5 e da 1ª Câmara – 1ª Turma do TRT-15, com temas que estão na ordem do dia.

Pelo TRT-5, em acórdãos que enfrentaram a temática da mulher trabalhadora gestante/lactante, o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero se fez presente.

Em um deles, decidiu-se sobre a estabilidade provisória à gestante, ao marco temporal para reconhecimento desse direito em face da tese firmada pelo STF e aos efeitos do pedido de demissão.

Em outro, o ponto central foi a concessão de licença maternidade para a mãe não gestante que, em relação homoafetiva, realizou tratamento de estímulo à produção de leite, sendo ali também destacado o julgamento conjunto, pelo STF, da ADI 4277 e ADPF 132.

O mesmo protocolo, alinhado ao que dispõe a CEDAW, foi de igual modo aplicado na despedida discriminatória da mulher, em razão de divórcio de empregados e da tensão gerada no ambiente de trabalho.

Já no processo que envolveu discriminação racial, a matéria foi decidida com esteio na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e na responsabilidade do empregador, em relação a atos praticados por um dos condôminos.

Do TRT-15, vieram os acórdãos proferidos em sede de ações civis públicas que trataram não só da competência da Justiça do Trabalho para as

causas que envolvem a tutela do meio ambiente do trabalho, como do objetivo da tutela inibitória na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos aspectos que envolvem a comprovação da existência de dano.

Não menos relevante foi o julgamento que negou provimento ao agravo interno interposto em sede de tutela cautelar antecedente e manteve o indeferimento de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto em face do deferimento de tutela provisória de urgência em ação civil pública, para cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer em saúde e segurança no meio ambiente do trabalho.

A revista traz, ainda, os enunciados aprovados, à unanimidade, no 2º Encontro Baiano de Processo do Trabalho (EBPT), evento que reuniu professores, advogados, juízes, procuradores, assessores e estudantes para discussões propositivas de temas de Processo do Trabalho que, ao final, revelaram o pensamento coletivo.

Assim, com a curiosidade aguçada pela relevância de cada tema tratado, desejo-lhes uma excelente leitura e que o conhecimento adquirido nos diversos ângulos desse prisma se torne mais um instrumento para a reafirmação dos direitos e garantias constitucionais.

SUMÁRIO

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR TRABALHO
ESCRAVOCONTEMPORÂNEO. DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO
DAS VÍTIMAS PELO ESTADO BRASILEIRO.....13

Ana Lucia Santos Gomes da Silva

O HIPERSUFICIENTE E A PRESUNÇÃO
DE INVULNERABILIDADE.....20

Ana Paola Santos Machado Diniz

Maria da Graça Antunes Varela

A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS.....44

André Araújo Molina

A PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA ENQUANTO INSTRUMENTO
DE CONTROLE DA CIDADANIA..... 72

Andréa Suelen Maciel

TRABALHO E RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL EM
MATO GROSSO DO SUL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES
DURANTE A COVID-19.....92

Andréa Suelen Maciel

O DIREITO ABSOLUTAMENTE INDISPONÍVEL DISPOSTO NO TEMA
1.046 DO STF: A ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA NOS CASOS
DE AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO EMPREGADOR
PREVISTA EM NORMA COLETIVA DE TRABALHO.....109

Bruna Guimarães Barbosa

RETROSPECTIVA E PERSPECTIVAS EMERGENTES DA INFLUÊNCIA
DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO
CAMINHAR CIVILIZATÓRIO E NA DIGNIDADE HUMANA.....132

Christiana D'arc Damasceno Oliveira

A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS E SEUS REFLEXOS
PARA O EMPREGADO.....154

Cícero da Silva Gomes

Wesley Cosme dos Santos Félix da Silva

Prof^a. Dra. Lissanya Basílio dos Santos

ESTRATÉGIAS POSSÍVEIS PARA UMA ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA
PROPOSITIVA NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS
FRENTE AO ATUAL PADRÃO DECISÓRIO DO STF.....176

Gabriela Neves Delgado

Ana Luísa Gonçalves Rocha

FRAUDE À EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA: A PROVA
DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE POR MEIO DA
INSCRIÇÃO DO ALIENANTE NO BANCO NACIONAL DE
DEVEDORES TRABALHISTAS.....193

Gustavo Martins Baini

BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE ALGUNS ASPECTOS DO
DIREITO DE GREVE NO BRASIL E EM PORTUGAL.....225

Igor Cardoso Garcia

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELA NÃO
PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL
PELO EMPREGADO.....259

Luis Henrique de Menezes Acioly

OS DESAFIOS HISTÓRICOS À DEMOCRACIA
LIBERAL (OCIDENTAL).....290

Reis Friede

A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E A
CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS.....300

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DO PROCESSO DIGITAL: INFLUÊNCIA
DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....323

Sergio Torres Teixeira

Camilla Montanha de Lima

Beatriz Rocha Vasconcellos

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

NOTA SOBRE A LEITURA DA SÚMULA 462, DO TST À LUZ DO
SISTEMA DE PRECEDENTES.....383

Marcos Neves Fava

ACÓRDÃOS

ACÓRDÃO DO RECURSO ORDINÁRIO
TRABALHISTA Nº 0000059-71.2024.5.05.0037.....390

Relatora: Ana Paola Santos Machado Diniz

ACÓRDÃO DO RECURSO ORDINÁRIO
TRABALHISTA Nº 0000689-64.2022.5.05.0016.....407

Relatora: Ana Paola Santos Machado Diniz

ACÓRDÃO DO RECURSO ORDINÁRIO
TRABALHISTA Nº 0000344-44.2024.5.05.0561.....449

Relatora: Ana Paola Santos Machado Diniz

ACÓRDÃO DO RECURSO ORDINÁRIO
TRABALHISTA Nº 0001012-40.2023.5.05.0661.....474

Relatora: Ana Paola Santos Machado Diniz

ACÓRDÃO DO RECURSO ORDINÁRIO
TRABALHISTA Nº 0010106-36.2022.5.15.0057.....488

Relatora: Tereza Aparecida Asta Gemignani

ACORDÃO DO RECURSO ORDINÁRIO
TRABALHISTA Nº 0011798-33.20.2022.5.15.0037.....511

Relatora: Tereza Aparecida Asta Gemignani

TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE

Nº 0042919-59.2023.5.15.0000.....562

Relatora: Tereza Aparecida Asta Gemignani

ENUNCIADOS

ENUNCIADOS - ENCONTRO BAIANO DE PROCESSO DO TRABALHO
(EBPT) 2ª EDIÇÃO. SALVADOR. 26 E 27 DE ABRIL DE 2024.....572

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS PELO ESTADO BRASILEIRO²

Ana Lucia Santos Gomes da Silva³

2 Aqui se apresenta breve síntese da Tese de Doutorado defendida e aprovada como requisito à obtenção do Título de Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino- UMSA Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina;

3 Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA) ; Especialisata em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA); Especialista em Direito do Trabalho e Direitos Processual do Trabalho (UFBA) Especialista em Direito e Processo do Trabalho Pós Novo CPC e Reforma Trabalhista (Faculdade Baiana de Direito); Analista Judiciária exercendo a função de Oficiala de Justiça Avaliadora do Tribunal da Justiça do Trabalho da 5ª Região; email: ana_20607@trt5.jus.br.

RESUMO

Apesar de ter sido oficialmente banida de quase todos os Estados Internacionais, a exploração do trabalho escravo ainda persiste na sociedade atual com uma nova roupagem e características próprias, sendo tipificada pela legislação penal brasileira como “trabalho em condição análoga à de escravidão” (Código Penal Brasileiro, art.149, § § 1 e 2), cuja prática tem sido cada vez mais registrada em solo nacional. O presente texto expõe de forma resumida a tese da responsabilidade do Estado brasileiro diante da ordem internacional e no seu âmbito interno, pelas violações de Direitos Humanos devido à exploração de trabalho escravo contemporâneo em seu território, em razão da culpa de agentes públicos por ação ou omissão, com vistas à promoção das reparações das vítimas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Dignidade Humana; Constitucionalismo; Trabalho Escravo Contemporâneo; Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

Despite having been banned from almost all international states, the exploitation of slave labor still persists in today's society in a new guise and with its own characteristics, being typified by Brazilian criminal law as “work in circumstances analogous to slavery” (Penal Code of Brazil, art.149, § § 1 and 2), whose practice has been increasingly registered on national soil. This written work summarizes the thesis of responsibility of the Brazilian State in view of the international order and in its domestic sphere for human rights violations on account of the exploitation of contemporary slave labor due to the fault of public agents, by action or omission, with a view to promoting reparations for the victims.

Keywords: Human Rights; Human Dignity; Constitutionalism; Contemporary Slave Labor; State Responsibility.

INTRODUÇÃO

O trabalho escravo nos dias atuais não possui exatamente características idênticas às observadas na fase de colonização empreendida pelos países europeus e no período colonial dos países americanos, porém é possível se pontuar semelhanças. Denominada de “a nova escravidão” por Kevin Bales (2001), em sua obra *Disposable People: New Slavery In Global Economy*, esta forma contemporânea ilegal de exploração da mão de obra revela-se sobremodo lucrativa, a despeito da evolução da teoria dos Direitos Humanos, e de sua relevância para a formulação de princípios de proteção ao indivíduo, norteadores de sistemas jurídicos constitucionais de vários Estados na ordem internacional, com ênfase no princípio da dignidade humana e reflexo na universalização desses Direitos. Sua característica principal é a aquisição de mão de obra barata e descartável, uma vez que, segundo Bales, “a nova escravidão se centra nos grandes lucros e nas vidas baratas; e não se trata de possuir pessoas no sentido tradicional da antiga escravidão, mas de controlá-las completamente. As pessoas tornam-se instrumentos completamente descartáveis para fazer dinheiro”. (BALES, 2001). Devido à alta incidência desta prática delituosa em seu território, o Estado brasileiro já foi responsabilizado diante da ordem internacional, tendo inclusive, reconhecido tal responsabilidade e indenizado a vítima, no emblemático Caso José Pereira⁴.

Já foi dito que a dignidade humana é o princípio norteador de todo o arcabouço constitucional e, segundo Rizzato Nunes (2009)⁵, “principal direito fundamental constitucionalmente garantido”. Na lição de Jorge Miranda, citado por André Ramos Tavares, em sua obra Curso de Direito Constitucional (2008)⁶, a inserção da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, teria como objetivo principal fazer com que a pessoa seja, ao mesmo tempo, “fundamento e fim da sociedade, ao passo que o Estado é considerado o “meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do homem”. No entanto, sob vários aspectos, se percebe a falha do Estado brasileiro no cumprimento deste *múnus*: na função

4 Vide: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>

5 Luiz Antonio Rizzato Nunes in O Princípio da Constitucional da Dignidade Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

6 André Ramos Tavares, in Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

legislativa - a omissão na formulação de leis necessárias e contundentes no combate às violações, principalmente na seara trabalhista, e isto, muitas vezes em decorrência do grau de comprometimento dos representantes legislativos que atuam nesta função; na função executiva - a omissão e o retardo na mobilização e empreendimento de ações inibitórias preventivas e repressivas, sobretudo em face do mesmo nível de comprometimento de representantes desta função estatal; e na função judiciária - a ausência de agilidade nos julgamentos e de efetividade na aplicação de penas e no cumprimento das execuções. É neste sentido, especificamente, que reside a responsabilidade direta do ente estatal. A vontade política é contaminada pelos interesses individuais, que contagia a formulação normativa, que incide sobre a atuação jurisdicional, tornando ineficazes normas e medidas de peso no combate ao trabalho escravo contemporâneo. É certo que o Estado, como ente ideal, sem existência corpórea ou visível, se manifesta mediante o exercício de suas funções legislativa, executiva e judiciária, representado pelos seus poderes, os quais são exercidos por intermédio de indivíduos legalmente investidos nessas funções e ou poderes. Quando estes capitulam no enfrentamento de violações a Direitos Humanos, a responsabilidade do Estado se torna patente. Apesar disso, o que se observa é que as cortes nacionais têm rejeitado reconhecê-la.

Diante dessa controvérsia, em seu objetivo geral, esta investigação pretendeu verificar a possibilidade de se estabelecer a responsabilidade do Estado brasileiro frente ao ordenamento interno como consectário de sua responsabilidade internacional diante dos sistemas de proteção, como signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos - o Pacto de San José de Costa Rica, e de outros tratados internacionais de Direitos Humanos, com enfoque nos Direitos Sociais, bem como sua repercussão no ordenamento jurídico nacional, na medida em que o trabalho escravo contemporâneo atenta contra o princípio basilar da dignidade humana - cerne da estrutura dos Direitos Humanos e base da própria Constituição Federal, e que deve receber especial e acurada atenção por parte do Estado.

Em seus objetivos específicos, o presente estudo buscou: **A)** - Analisar a evolução dos Direitos Humanos, tendo como consectário o surgimento dos sistemas internacionais de proteção a estes direitos, com o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no intuito de identificar os elementos estruturantes da teoria da responsabilidade do

Estado por violações, enquanto Estado de Direito, e sua aplicabilidade no âmbito das violações a Direitos Humanos; **B)** - Especificar a posição do Estado brasileiro diante dos sistemas internacionais de proteção, como signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) e de outros tratados internacionais de Direitos Humanos, com enfoque nos Direitos Sociais, bem como sua repercussão no ordenamento jurídico nacional; **C)** - Definir trabalho escravo contemporâneo como violação a Direitos Humanos, mencionando sua previsão em tratados e convenções internacionais; **D)** - Ponderar sobre a proposição de produção legislativa específica, visando fornecer suporte legal à aplicação da Teoria da Responsabilidade do Estado para efeito de indenização das vítimas por parte do Estado Brasileiro.

Como aporte teórico do tema proposto se tem a possibilidade de ampliação da aplicabilidade da Teoria da Responsabilidade do Estado no âmbito interno, visando os casos concretos de violação dos Direitos Humanos, por trabalho escravo contemporâneo. Como aporte prático, e, em decorrência do reconhecimento desta aplicabilidade, esta investigação pretendeu, por um lado, contribuir para promoção de reparações mais imediatas e eficazes dos danos morais, físicos e materiais sofridos pelas vítimas, devido à omissão ou ineficácia da atuação estatal na proteção dos Direitos Humanos, e, por outro lado, corroborar o combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil, uma vez que esta responsabilidade estatal venha a ser reconhecida pelas cortes nacionais, com a devida obrigação de indenizar as vítimas. Por extensão, pretendeu-se promover a aplicação desta responsabilidade nos demais Estados do Mercosul, com as devidas adequações aos respectivos sistemas normativos, uma vez que a exploração do trabalho escravo contemporâneo não é exclusividade brasileira.

A metodologia aplicada a esta tese teve como base um estudo pelo método exploratório-descritivo. Trata-se de investigação teórica, recorrendo-se à consulta de livros doutrinários, trabalhos jurídicos e textos normativos que versem sobre a Teoria dos Direitos Humanos e os sistemas internacionais de proteção a estes, e sobre a Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado, com reflexo em seu âmbito interno. Recorreu-se igualmente à investigação na imprensa nacional e internacional, com relato e estudo de casos.

MARCO TEÓRICO

A construção teórica que deu suporte a esta pesquisa teve como ponto central a concepção atual dos Direitos Humanos enquanto Direitos Universais, na medida em que devem alcançar a todos os indivíduos em toda parte, simplesmente por serem seres humanos. Eis que a evolução dos Direitos do Homem e sua extensão a todos os indivíduos guardam significativa relação com a própria evolução da Humanidade. Conforme o pensamento de Hannah Arendt, “estes direitos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. (ARENDT apud PIOVESAN, 2008)⁷ Nessa linha, o estudo proposto discorreu sobre:

1 - Os Direitos Humanos como Direitos Universais: Terminologia. Aspectos Históricos, Universalização. O Direito Internacional dos Direitos Humanos; **2 - Dignidade Humana. Direito Fundamental. Princípio Constitucional:** Dignidade como Elemento Inerente a todo Ser humano e sua natureza principiológica. Breves Reflexões Sobre Princípios Constitucionais. Dignidade como Princípio Constitucional. Dignidade e Direitos Sociais. Previsão Constitucional dos Direitos Sociais; **3 - Trabalho Escravo como Violação Ao Princípio Constitucional da Dignidade Humana:** O Trabalho. Aspectos Históricos sobre o Trabalho Escravo. Escravidão nos Tempos Coloniais. Escravidão nos Tempos Coloniais e na Atualidade - Quadro Comparativo do Sociólogo Kevin Bales. Mutação na Natureza Jurídica do Trabalho Escravo; **4 - Ilícitude do Trabalho Escravo Contemporâneo:** Aspectos Conceituais. Enfoque Doutrinário. Previsão Legal. Violação a Convenções e Tratados Internacionais. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Violação à Constituição Federal e Normas Infra Constitucionais Trabalhistas. Direito ao salário. Direito à Limitação de Jornada. Direito a ambiente salubre. Vedação ao Trabalho Infantil. Normas Infra Constitucionais Penais. Violação ao Art. 149 ao Código

⁷ Flávia Piovesan *in* Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 9ª Ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Penal Brasileiro. Elementos Caracterizadores do Tipo Penal. Servidão por Dívidas. Cerceamento da Liberdade. Jornada Exaustiva. Trabalho Degradante. Iminente Descaracterização do Tipo Penal, com o projeto de Lei 432, para Regulamentação do Art. 243 da Constituição Federal, que representa esvaziamento do tipo penal já previsto no Código, representando retrocesso na possibilidade de sanção aos proprietários de terras, aonde o crime for detectado. Arquivamento do Projeto (21.12.2018) em razão do clamor institucional do MPT, PGR, OIT, ONU, entre outros. Tráfico de Pessoas. Protocolo de Palermo. Significado de Tráfico de pessoas. A Questão da Migração dos Trabalhadores no Código Penal Brasileiro; **5 - Trabalho Escravo. A Realidade dos Dias Atuais:** Estudo de Casos na Comunidade Internacional. Continente Asiático. África. Estados Unidos e Continente Europeu. América Latina. No Brasil. Escravidão Urbana. Escravidão Rural; **6 - Responsabilidade do Estado Brasileiro:** Caso José Pereira e sua Relevância para a Fixação da Responsabilidade do Estado Brasileiro diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no âmbito interno.

Ao final foram feitas considerações finais e recomendações na seara legislativa e administrativa.

CONCLUSÃO

Apesar dos avanços significativos de ações positivas no sentido de prevenir e reprimir a exploração do trabalho escravo em território nacional por órgãos específicos de proteção aos Direitos Humanos, tem se observado tendências ao retrocesso por parte da iniciativa ou inércia do Estado, reafirmando desta forma que ainda se encontram presentes as situações apontadas pelas acusações feitas pelas ONGs defensoras de Direitos Humanos no conhecido caso José Pereira⁸, pelo que se concluiu ser viável a responsabilidade do Estado Brasileiro pela violação aos Direitos Humanos por Trabalho Escravo Contemporâneo, com vistas à indenização das vítimas, com produção legislativa específica que venha a prever a devida reparação pecuniária.

8 A esse respeito recomenda-se a leitura na íntegra do RELATÓRIO N° 95/03-CIDH in <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>

O hipersuficiente e a presunção de invulnerabilidade

Análise do parágrafo único do art. 444 à luz do princípio da igualdade

Ana Paola Santos Machado Diniz⁹

Maria da Graça Antunes Varela¹⁰

9 Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Conselheira da Escola Judicial do TRT 5ª Região. Professora de Direito Civil da UNEB – Universidade Estadual da Bahia. Mestre em Direito Privado pela UFPE. Mestre em Direitos Sociais pela Universidad Castilla de la Mancha. Coordenadora da Coordenadoria de Execução e Expropriação do TRT-5 no biênio 2013/2015, mesma ocasião em que foi Coordenadora Pedagógica da Ejud-5. Desembargadora Conciliadora CEJUSC 2. Diretora da Escola Judicial do TRT 5ª Região. Conselheira da ENAMAT

10 Mestrado e Doutorado em Direitos Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), professora de direito civil e do trabalho da Universidade Católica do Salvador e direito do trabalho na Pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito, juíza do trabalho aposentada do TRT-5

Resumo: Neste artigo, as autoras analisam a exceção fixada pelo parágrafo único do art. 444 da CLT, verificando se os critérios definidos pelo legislador - escolaridade e nível salarial - são adequados a justificar a diferenciação estabelecida entre os trabalhadores, no que se refere à sua autonomia na negociação de condições de trabalho, em face do conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Palavras chave: reforma trabalhista, hipersuficiente, autonomia privada, princípio da igualdade

Abstract: In this paper, the authors analyze the exception established by the sole paragraph of art. 444 of the CLT, verifying whether the criteria defined by the legislator - education and salary level - are adequate to justify the differentiation established between workers, as regards their autonomy in the negotiation of working conditions, given the legal content of the principle of equality.

Keywords: labor reform, hypersufficiency, private autonomy, principle of equality

Sumário: 1. Introdução: sinalização dos parâmetros do estudo. 2. O princípio da igualdade e a vinculação direta do legislador. 3. O regramento geral definido no *caput* do art. 444 da CLT: princípios que o justificam. 4. A exceção à regra do *caput* do art. 444 da CLT. O trabalhador não vulnerável. 5. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade: critérios de discriminação juridicamente admissíveis. 6. Vulnerabilidade e hipossuficiência. 7. Os critérios de *desigualação* eleitos pelo legislador. A falsa premissa de invulnerabilidade. 8. Os critérios de *desigualação* eleitos pelo legislador: o crivo constitucional. 9. Conclusão.

1. Introdução: sinalização dos parâmetros do estudo

A Lei 13.467/2017 acresceu ao artigo 444¹¹ da CLT um parágrafo único contemplando uma categoria diferenciada de trabalhador, com ampla liberdade de pactuação no âmbito individual, com autonomia de negociação superior à do sindicato profissional. Os critérios definidos pelo legislador para o enquadramento nesse novo tipo de empregado referem-se à sua escolaridade - ser portador de diploma de nível superior – e ao seu nível salarial - percepção de contraprestação financeira em valor igual ou superior ao dobro do teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência.

O dispositivo em estudo envolve a questão da autonomia privada e de seus limites no âmbito da relação de emprego, já que introduzido pelo legislador como uma exceção à garantia de prevalência do regramento mínimo, fixado em lei ou negociado pelo sindicato da categoria profissional, sobre o contrato individual de trabalho.

Parte da premissa de que há uma “hipersuficiência” ou autonomia plena do trabalhador subordinado sempre que ele possuir determinada formação acadêmica e perceba como salário valor superior ao patamar já definido pelo legislador. Ressalta, assim, que esse novo tipo de empregado tem capacidade para negociar as condições laborais definidas no art. 611-A da CLT, independentemente do que esteja previsto em lei ou nas normas coletivas envolvendo a categoria profissional por ele integrada.

A grande interrogação, quase que um reflexo automático da leitura do parágrafo único do art. 444 da CLT, é quanto à sua compatibilidade com a cláusula constitucional de igualdade perante a lei e, substancialmente, no gozo dos direitos trabalhistas, art. 3º, IV, 5º e 7º da Constituição Federal, considerando que este princípio tem como desdobramento a não discriminação ou a discriminação justificada, respaldada em razões que traduzam valores que devam ser especialmente protegidos.

11 Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O objetivo essencial deste estudo, portanto, é, tomando como marco teórico o Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade¹² na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, investigar se os critérios traçados pelo legislador para o tratamento dicotômico da autonomia individual no âmbito da relação de emprego são válidos, se há compatibilidade com a premissa constitucional da isonomia. Ou seja, verificar se a divisão dos trabalhadores em dois grupos – vulneráveis e não vulneráveis – com atribuição de tratamento jurídico diferenciado implica ou não afronta ao princípio da igualdade.

2. O princípio da igualdade e a vinculação direta do legislador

Destarte, o primeiro ponto a ser destacado é quanto a ser o legislador um dos destinatários necessários da cláusula constitucional da igualdade perante a lei, harmonizando-se, assim, o sistema de garantias e direitos fundamentais com a limitação da atuação do legislador. Por mais ampla que seja a discricionariedade do legislador, não está autorizado a afastar-se das balizas traçadas por esse princípio fundamental.

Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (...) A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. (...) dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.¹³

O legislador, por sua própria função, destaca grupos, situações, fatos e atribui-lhes um tratamento jurídico específico, destinando-lhes uma proteção jurídica distinta, valorizando aspectos que considera relevantes, promovendo

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 9-10

condutas diferenciadas, sempre considerando a realização dos valores, fundamentos e objetivos constitucionais.

Assim sendo, e por ser destinatário do princípio da igualdade, o seu poder discricionário, ou seja, de escolher o *quê* e *como* legislar é limitado pela necessária observância dos princípios constitucionais, entre os quais o princípio da igualdade, abrangendo o princípio da não discriminação, ou seja, da vedação da discriminação injustificada porque respaldada em critérios inadequados ao quanto define o texto constitucional.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao analisarem o princípio da igualdade, atribuem-lhe a condição de princípio estruturante do Estado e do sistema constitucional como um todo, vinculando **“directamente os poderes públicos, tenham eles competência legislativa, administrativa ou jurisdicional”**.¹⁴

Desta forma, o princípio da igualdade, além de ser um direito fundamental dos cidadãos e de traduzir um dever fundamental de todos nas relações entre si estabelecidas, implica um fator externo limitativo do poder discricionário do Estado. A sua atuação como legislador, administrador ou juiz, deve fundar-se nesse princípio, justificando constitucionalmente, já que se trata de princípio constitucional, a atribuição de regime jurídico diferenciado a grupo de cidadãos que entenda deva destacar.

Em suma, trata-se de princípio que, ao vincular o Estado, estabelece três ordens de mandamento. A primeira, dispensar a todos os que estão em igual situação tratamento igual; a segunda, o dever de tratar de forma desigual quem se encontra em situação desigual, justificando, constitucionalmente, a desigualdade que estabelece; a terceira, a proibição do tratamento discriminatório, aqui entendido como aquele que, nas palavras de Wilson Steinmetz, “denota sempre distinção, exclusão, restrição ou preferência apoiada em um preconceito sobre características ou traços definidores, e, por isso, essenciais, de pessoas ou de categorias de pessoas”¹⁵.

É assim que se compreendem as ações afirmativas, quando, para viabilizar a igualdade de oportunidades, o legislador atribui um tratamento jurídico diferenciado a grupos de maior vulnerabilidade, como os

14 CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 125 e 129

15 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 245.

deficientes, os idosos, as crianças e adolescentes, ou a situações jurídicas que ensejam uma desigualdade entre os seus atores, a exemplo das relações de consumo e das relações de trabalho.

Cabe, portanto, examinar os critérios em que se respaldou o legislador ao destacar, entre os trabalhadores, aqueles que detêm determinado nível de escolaridade e de patamar salarial.

3. O regramento geral definido no *caput* do art. 444 da CLT: princípios que o justificam

Convém ressaltar que o *caput* do art. 444 da CLT restringe a liberdade negocial do empregado frente ao empregador em face do desequilíbrio de forças imanente ao contrato de emprego, garantindo a prevalência de um conteúdo mínimo de proteção à sua condição de empregado, seja esse conteúdo emanado da lei ou da negociação coletiva.

A norma incorpora essenciais princípios do direito do trabalho: o princípio da imperatividade das leis trabalhistas, o princípio da indisponibilidade dos direitos laborais e o princípio da norma mais favorável. Essenciais porque são eles que justificam a autonomia do direito do trabalho, destacado que foi do direito civil, exatamente por exigir um tratamento diferenciado a quem se coloca na posição de empregado, porque apequenado diante do centro de poder que representa aquele que lhe assegura a sobrevivência econômica, sua e de sua família.

Do princípio da imperatividade se extrai a prevalência das regras jurídicas trabalhistas, inafastáveis pela vontade dos sujeitos. “Prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego.”¹⁶

Trata-se de uma relação jurídica envolvendo um centro de poder. Cibele Gralha Mateus¹⁷, ao cuidar da denominada teoria dos poderes privados, parte da constatação de que as relações de poder não são

16 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4ª.ed. São Paulo: LTR editora, 2005, p. 201.

17 MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 123 e seguintes

estabelecidas apenas pelo Estado, estando presentes em diversos âmbitos, incluindo o familiar, social, o laboral etc. “Frente a esta constatação, é inegável que há um crescente multiplicar de centros de poder disseminados pela sociedade”, estabelecendo-se relações de desigualdade consideradas “indissociáveis das relações humanas, sendo inerentes a toda organização social”. Protegendo aquele que assume nessa situação jurídica a posição contraposta ao centro de poder, o legislador assegura-lhe um padrão mínimo de direitos que classifica como indisponíveis, irrenunciáveis, freio a qualquer tentativa de retrocesso. Tratando-se de relação de emprego, cujo fator de vulnerabilidade é a dependência econômica, o legislador assegura a função coletiva do sindicato, atribuindo-lhe autonomia negocial, também limitada pelo padrão mínimo que estabelece.

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, também incorporado no art. 9º da CLT “impede que o vulnerável, sob a miragem do que lhe seria supostamente vantajoso, disponha de direitos mínimos que à custa de muitas lutas históricas lhe foram assegurados nos termos da lei.”¹⁸

Pinho Pedreira conceitua a indisponibilidade “como aquela limitação à autonomia individual pela qual se impede um sujeito, com legitimação e capacidade adequadas, de efetuar total ou parcialmente, atos de disposição sobre um determinado direito”.¹⁹

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingencialmente atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.²⁰

18 MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90

19 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 123

20 DELGADO, Maurício Godinho. Ob. cit. p. 201-202.

Como ressalta Américo Plá Rodriguez, o direito do trabalho, em sua essência, “disciplina a conduta humana na sua função criadora de valores, que é a expressão da responsabilidade social e da colaboração para um fim comum”. Por isso mesmo, não pode excluir de seu campo a manifestação da vontade privada, mas “deve traçar-lhe limites que lhe permitam o cumprimento de sua missão”²¹. Esses limites estão retratados no padrão mínimo definido pelo legislador constitucional, ampliados pelo legislador comum ou por força da negociação coletiva. Abaixo desse patamar não há margem para a disposição de direitos no que implicar renúncia.

Por fim, o princípio da norma mais favorável, uma das variáveis do princípio da proteção, contempla a pluralidade de fontes normativas com vigência simultânea e incidentes sobre o contrato individual de trabalho e dá projeção normativa a que é mais benéfica. No contexto do *caput* do art. 444 da CLT, fica assegurada a prevalência das normas coletivas mais vantajosas em face da lei e dos ajustes individuais. Negociado sobrepondo-se ao legislado, desde que estabeleça condições mais favoráveis, observando-se a teoria do conglobamento, o que não afasta a obrigatoriedade da correspondência dos direitos transacionados, optando-se pela que tem como base os institutos, questão que deve ser objeto de um outro estudo.²²

Observe-se que o tratamento jurídico dado à autonomia privada no âmbito da relação de emprego é distinto do civilista comum, assim designado para que se destaque do direito do consumidor. Neste, também não há paridade dos sujeitos contratantes. A hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor justifica limitações à autonomia privada, o que reflete nas restrições de validade a cláusulas abusivas e tecidas no âmbito dos contratos consumeristas de adesão.

Essa disparidade normativa – direito civil comum e direito do trabalho - tem em seu amago o reconhecimento pelo legislador de um critério fundamental que os distingue, a hipossuficiência ou vulnerabilidade do empregado, a diferença de forças entre os sujeitos do contrato de trabalho, tornando o empregado suscetível a aderir a cláusulas contratuais danosas aos seus interesses

21 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1978, p. 74

22 Trata-se da aplicação da teoria do conglobamento por institutos, defendida por Pinho Pedreira, na obra *Principiologia do direito do trabalho*, 2 ed. LTr: São Paulo, 1999, p. 90

e necessidades jurídicas e pessoais. Evidente que, ao disponibilizar a sua força de trabalho, o seu tempo e a sua liberdade nesse tempo, o empregado não renuncia à sua condição de cidadão. Submete-se às condições contratuais que são equilibradas pelo mínimo que lhe é assegurado pela lei ou pela norma coletiva. Esse mínimo freia o avanço da vontade do lucro, próprio de quem detém o risco econômico do empreendimento. Esse mínimo humaniza a relação de trabalho, assegura equilíbrio entre o direito fundamental do trabalho, incluindo o direito ao trabalho digno, e o direito também fundamental da livre iniciativa. Assim compreendendo, permite-se a concretização da vontade do legislador constituinte, anunciada no preâmbulo do texto fundamental, asseguram-se os fundamentos do Brasil, definidos no art. 1º, e cumprem-se os princípios da Ordem Econômica, apontados no art. 170.

O elemento da hipossuficiência ou vulnerabilidade foi, também, o critério fundamental a justificar a definição pelo legislador de um microssistema de proteção ao consumidor. Criou, no âmbito do direito civil, sistema normativo periférico ao código civil.

Importante sublinhar que a concepção de hipossuficiência no âmbito da relação de emprego é relativamente distinta da mesma concepção de hipossuficiência e vulnerabilidade no âmbito do direito do consumidor. Para o consumidor voga o desconhecimento técnico ou informacional que pode advir da omissão do fornecedor, assim como a dificuldade na produção de provas em seu favor ou comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito. Para o trabalhador, a vulnerabilidade decorre da dependência econômica, da necessidade do emprego e de sua preservação, ensejando aceitação de condições de exploração ou de alteração prejudicial de condições de trabalho.

Estes princípios, com a fundamentação apontada, justificam, portanto, o sentido do *caput* do art. 444.

4. A exceção à regra geral do *caput* do art. 444 da CLT. O trabalhador não vulnerável

Com a Lei 13.467/2017 introduzindo o parágrafo único no art. 444, o intérprete se depara com critérios distintivos fixados sob uma perspectiva absolutamente nova.

Observe-se que não se trata de projetar a dependência do trabalhador em face do empregador para distinguir o contrato de emprego de outros tipos

contratuais e, assim, enfatizar a necessária limitação à autonomia privada como garantia da dignidade da relação laboral. Agora a perspectiva de análise é interna, porque construída concebendo possam existir contratos de emprego envolvendo trabalhador que não é vulnerável e, por conseguinte, tem liberdade na estipulação das cláusulas contratuais, com autonomia mais abrangente do que a atribuída ao seu sindicato.

Com base no quanto pretendido pelo legislador, há que considerar agora dois tipos de empregado em face da autonomia negocial: uns com ampla liberdade, independentes, com poder equivalente ao do empregador; outros com autonomia limitada, aos quais ainda se assegura a preservação de um núcleo mínimo de proteção.

Nos termos já ressaltados, ao legislador não é dado ultrapassar as balizas da isonomia. Impõe-se, por conseguinte, uma reflexão prudente acerca dos critérios apresentados pela Lei 13.467/2017 para estabelecer tratamento dicotômico entre os empregados no que toca aos limites da autonomia privada no processo de negociação das condições do contrato individual de trabalho.

Este é inexoravelmente o ponto de partida do intérprete ao se deparar com o parágrafo único do art. 444 da CLT. “Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis”²³.

Os critérios distintivos eleitos pelo legislador infraconstitucional foram a formação acadêmica de nível superior e a percepção ou ajuste de remuneração correspondente ao dobro do teto do Regime Geral da Previdência. Ao intérprete, consciente da necessária investigação de toda a distinção legislativa, cumpre indagar: os elementos de classificação dos trabalhadores apontados são juridicamente válidos? São toleráveis, ou seja, constitucionalmente justificados?

Serão os critérios da formação acadêmica de nível superior e a remuneração correspondente ao dobro do teto previdenciário juridicamente válidos considerando-se a cláusula constitucional de isonomia? Esses dois fatos eleitos como critérios de distinção asseguram a invulnerabilidade do empregado, justificando o tratamento diferenciado atribuído pelo legislador? Observou o legislador o sentido, o conteúdo do princípio da igualdade?

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 11

5. “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”: critérios de discriminação juridicamente admissíveis

São dessa natureza os questionamentos tecidos por Bandeira de Melo ao contemplar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. “Quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?”²⁴ Observa o professor que diversos elementos diferenciais, sejam estes residentes nas pessoas, nas coisas ou nas situações podem ser escolhidos pelo legislador como um fator de discriminação, sendo o problema fundamental perceber se os elementos escolhidos são válidos. Não o sendo, logicamente não se sustentam e a discriminação será fortuita ou injustificada²⁵.

Maurício Machado Marca observa que a doutrina, objetivando tornar mais analítica a avaliação da constitucionalidade do critério eleito para a distinção das situações legalmente reguladas, propõe que esse processo seja dividido nas seguintes etapas: “1) *verificação da constitucionalidade da finalidade pretendida com o tratamento desigual*; 2) *adequação entre o critério eleito e a finalidade pretendida*; 3) *exigibilidade do meio*; 4) *a proporção entre os graus de afetação do princípio da igualdade e a realização dos bens ou direitos pretendidos com a distinção*.”²⁶

Bandeira de Melo, por sua vez, aponta três aspectos que podem identificar quando o elemento diferencial eleito pelo legislador desrespeita a isonomia:

- a) *o elemento tomado como fator de desigualação, seja para favorecer, seja para discriminar;*
- b) *a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;*
- c) *a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.*²⁷

24 Ibid.p. 13

25 Ibid. p. 17-18

26 MARCA, Maurício Machado. A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador à autonomia privada, à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. In: MONTESSO, Cláudio José, FREITAS, Marco Antônio de, STERN, Maria de Fátima Coelho Borges. *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTR, 2008, p. 332

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 21.

Os elementos tomados como fator de desigualação pela Lei 13.467/2017 são, consoante já enfatizado, a formação acadêmica de nível superior e a remuneração correspondente ao dobro do teto previdenciário. Não constituem elementos comuns à generalidade dos trabalhadores, não é um fator neutro, neutralidade que é considerada por Bandeira de Melo como insuscetível de aparecer como um critério de discriminação válido.

(...) aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomador como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que dessemelhou as situações.²⁸

A formação em nível superior e a remuneração num determinado patamar econômico são elementos que, num exame simplista, aparentam validade, porque atingem um extrato específico de trabalhadores subordinados, objetivamente identificáveis. Foi essa perspectiva simplista, quase que de senso comum, que orientou o legislador. Assim constou no parecer ao projeto de lei nº 6.787/2016, do qual resultou a Lei 13.467/2017:

A inclusão de um parágrafo único ao art. 444 visa a permitir que os desiguais sejam tratados desigualmente. De fato, a CLT foi pensada como um instrumento para proteção do empregado hipossuficiente, diante da premissa de que esse se encontra em uma posição de inferioridade ao empregador no momento da contratação e da defesa de seus interesses.

Todavia não se pode admitir que um trabalhador com graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória da grande maioria da população seja tratado como alguém vulnerável, que necessite de proteção do Estado ou de tutela sindical para negociar seus direitos trabalhistas.

28 Ibid. p. 32

A nossa intenção é a de permitir que o empregado com diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social possa estipular cláusulas contratuais que prevaleçam sobre o legislado, nos mesmos moldes admitidos em relação à negociação coletiva, previstos no art. 611-A deste Substitutivo.

Cabe ressaltar que, observado o teto salarial estabelecido no dispositivo, apenas algo em torno de 2% dos empregados com vínculo formal de emprego serão atingidos pela regra.²⁹

Inspiram-se os fomentadores dessa tese em situações específicas, conforme ressaltado por Adriana Brasil Vieira Wyzykowski, no artigo intitulado “A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho”, em que a autora divide o nível de autonomia dos trabalhadores em grau fraco ou quase inexistente: relações típicas, nas quais se constata desequilíbrio grande; grau médio: relações em que existe alguma possibilidade de negociação; grau alto: garantia da liberdade negocial, sendo o caso de empregados altamente especializados e celebridades³⁰. Ora, serão altamente especializados e celebridades todos os trabalhadores que conseguiram obter nível superior e salário correspondente a dois valores do teto do regime geral de previdência?

Discriminação exige um fundamento material razoável e é esse fundamento que se busca definir neste artigo, se de fato ele existe. Há que ser verificada, portanto, a legitimidade do discrimen, ou seja, dos critérios utilizados pelo legislador para diferenciar, para destacar, para afastar a regra geral do *caput* do art. 444 da CLT e autorizar a plena liberdade negocial individual.

29 Disponível on line: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 15.10.2017

30 Wyzykowski, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.82,n.4,p.19-46,out./dez.2016. Disponível on line: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/KGNIA33RIQ3IPNIBC2XIIBC4N3GR1E8F2GTTX7R9LYQBF78CPY-39498?func=full-set-set&set_number=008589&set_entry=000001&format=999, acessado em 16.10.2017

6. Vulnerabilidade e hipossuficiência

O parágrafo único do art. 444 da CLT, introduzido pela lei nº 13.467/17, estabelece, como já dito, a graduação em nível superior e o patamar salarial como critérios capazes de afastar a vulnerabilidade do trabalhador.

Há que constatar que a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência. Esta traz em si a ideia de pobreza, de poucos recursos financeiros, de ausência de condições materiais necessárias a uma vida digna. Trata-se de característica que independe de situação de relação. O indivíduo é carente de recursos materiais independentemente de estar ou não em face de outra pessoa.

A hipossuficiência pode ensejar uma relação de vulnerabilidade diante do outro, mas nem toda a vulnerabilidade decorre da hipossuficiência. O consumidor e o trabalhador são considerados, via de regra, vulneráveis independentemente de serem ou não hipossuficientes. Ela traduz uma relação de fragilidade, de desproteção, de menor poder diante de um centro de domínio.

Na relação de consumo, a condição de vulnerabilidade decorre da dificuldade da produção de provas sempre que ocorre lesão ao direito do consumidor, seja por desconhecimento técnico, seja por distanciamento do centro de produção ou por impossibilidade de acesso à informação. Nas relações de trabalho, a vulnerabilidade decorre, entre outros fatores, mas essencialmente da dependência econômica. De forma simplista, todos aqueles que precisam de seu salário para pagamento de suas despesas, independentemente do padrão remuneratório, dependem daquele emprego, necessitam preservá-lo, aceitando, por força dessa condição, o que lhe for imposto por quem representa a fonte pagadora.

Outros fatores, externos ou internos, podem potencializar essa vulnerabilidade na relação de trabalho, a exemplo da crise econômica e o risco de perder emprego associado à dificuldade de obtenção de novo posto de trabalho, ou a própria estrutura emocional do empregado, sua capacidade de enfrentamento de situações adversas, seu medo de novo trabalho, sua dificuldade de ultrapassar os limites a que se adaptou.

Martina Paula Berra, Cecilia Del Carmen Calderone e María Liliana Pizzio, ao analisarem a vulnerabilidade no âmbito do trabalho, mencionam os fatores que a caracterizam, considerando-a própria do trabalhador economicamente dependente, agravada por situações que o fragilizam na

situação jurídica em que se encontra. Apontam três dimensões da vulnerabilidade relacionada ao trabalho. A primeira refere-se às características pessoais do empregado, sua conduta, sua estrutura emocional, suas crenças, seus hábitos, sua forma de enfrentamento de situações adversas, sua capacidade de responder a desafios. A segunda, ao trabalho propriamente dito, como o ambiente físico, a produtividade, o valor do salário, as exigências e a organização empresarial. A terceira e última dimensão refere-se às condições extralaborais, a exemplo da conjuntura econômica, social e política do país, os vínculos afetivos, a integração do trabalho com os projetos de vida social e familiar.³¹

Todos esses elementos contribuem para ou constituem a vulnerabilidade do empregado.

7. Os critérios de desigualação eleitos pelo legislador. A falsa premissa de invulnerabilidade

O parágrafo único do art. 444 da CLT atribui plena autonomia, ou seja, afasta da zona de vulnerabilidade o empregado que tem nível superior e que percebe como salário um valor maior do que duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência.

Quando define esses critérios de diferenciação de um grupo de trabalhadores em face de todos os demais, fá-lo no pressuposto de que esses traços distintivos por si só são aptos a conferir ao empregado independência tal que lhe permite negociar com a mesma capacidade fática do seu empregador. Elege-os como aptos a excepcionar a regra geral do *caput* do art. 444 da CLT.

Ora, esse pressuposto não é materialmente razoável. A vulnerabilidade não tem relação com a situação financeira nem com a capacidade intelectual do empregado. Exatamente por isso, ao estabelecer direitos e autorizar a transação por negociação coletiva, o legislador constitucional considerou a dependência do trabalhador, a sua dificuldade em negociar, a vulnerabilidade capaz de levá-lo a aceitar a imposição. Para

31 Berra, Martina Paula, Calderone, Cecilia Del Carmen y Pizzio, María Liliana (2009). EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO. APORTACIONES DESDE EL CAMPO DE LA SALUD MENTAL. I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponível on line em: <https://www.aacademica.org/000-020/296.pdf>, acessado em 17.10.2017

afastar a proteção da lei ou da norma coletiva, o legislador estabelece critérios que não ensejam essa autonomia plena que pretende. A premissa que estabelece é desconectada da realidade, é uma falsa premissa, seja o trabalhador técnico, braçal, intelectual, graduado, analfabeto, com salário mínimo ou com vários salários mínimos.

Não há, portanto, correlação lógica abstrata entre os fatores erigidos em critério de *discrimen* pela Lei 13.467/2017 e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico dado aos empregados. Os critérios pautados na formação em nível superior e no montante da remuneração do empregado devem ser contrapostos à autonomia privada, uma vez que a disparidade de tratamento preconizada pelo parágrafo único do art. 444 da CLT está fundada na “suposta” maior liberdade do trabalhador hipersuficiente para negociar com o empregador as cláusulas contratuais, o que dispensaria a aplicação cogente de um conteúdo mínimo de proteção, consoante ocorre com os demais empregados.

Ocorre que a autonomia privada no âmbito da relação de emprego deve ser compreendida a partir da posição que os sujeitos ocupam no contrato, um dotado de poder de direção, controle e disciplinar e o outro em estado de sujeição pessoal. Esse aspecto não pode ser desprezado nessa análise em abstrato dos critérios discriminatórios. Não há como examinar-se a autonomia privada do empregado, seja este hipersuficiente ou não, contemplando-se a paridade entre os sujeitos do contrato de emprego, porque essa paridade não há, é característica dos contratos civis regidos pelo código civil. Sequer há nos contratos civis de consumo, por isso regulados por um microsistema próprio onde o desequilíbrio entre os sujeitos contratantes é valorado pela norma para proteger o consumidor.

Ninguém, conscientemente, afasta a possibilidade de se desenvolver, de se promover, de melhorar as suas condições de vida sem estar de alguma forma constrangido por qualquer circunstância. “É que há sempre algo de não espontaneamente querido”.³² Esse despojar das coisas, esse desapego ao que lhe pertence, ao que é seu direito, não é comum entre as pessoas humanas em suas relações profissionais. É preciso, portanto, avaliar o que foge da normalidade, do comum desse constrangimento e passa a configurar vício no consentimento.

32 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 305

Cuidando-se de direitos fundamentais sociais, qualquer circunstância que possa ter maculado a livre manifestação de vontade deve implicar a sua invalidade e, não sendo possível o retorno ao estado anterior, há que ser imposta a devida compensação. Está-se a cuidar de direito fundamental social, sendo o tratamento das questões envolvendo a vontade diferente do que é atribuído aos direitos individuais, em que as decisões via de regra afetam tão somente o próprio sujeito.

Trata-se das relações travadas entre os particulares e os designados centros de poder, abrangendo desde o chefe da família até o Estado, passando pelas empresas, pelo empregador ou outros que detenham poder político ou econômico. Aqui, na hipótese de haver renúncia a direito fundamental por força de ajuste com o centro de poder, a sua validade, que já seria examinada, mesmo de ofício, com carga argumentativa contrária a seu acolhimento, será mais rigorosamente questionada. Presume-se que não houve liberdade real da manifestação de vontade do titular do direito por se tratar, repita-se, de relação jurídica entre desiguais, ou seja, que envolve centro de poder, público ou privado. Presume-se a vontade sem liberdade, constringida além do limite que pode ser considerado normal.

A maior ou menor remuneração diferencia um trabalhador do outro, colocando-os em camadas sociais distintas na estratificação social e segundo o seu poder econômico para consumir bens e serviços. Contudo, não os diferencia perante o empregador, seja quando da contratação, seja em face de modificações de condições de trabalho nos contratos em curso.

Sob o ponto de vista abstrato, premissa a ser considerada pelo legislador porque a lei é geral e abstrata em sua essência, a maior ou menor remuneração do trabalhador não afeta substancialmente a sua liberdade negocial. A condição de hipossuficiência do empregado, ou melhor dizendo, de vulnerabilidade, consagrada pelo legislador trabalhista como elemento a justificar a proteção, não é um critério fundado no quantitativo da remuneração do trabalhador. É uma condição jurídica determinada pelo estado de sujeição às ordens e comandos do empregador, uma vez que o trabalho é prestação oferecida em troca do salário e é indissociável da pessoa do trabalhador.

A vulnerabilidade é, também, conforme já analisado, uma condição econômica ditada pelo mercado de trabalho, compreendido a partir da

dinâmica de oferta de postos de trabalho em contraposição à oferta de mão de obra. Quanto mais abundante a oferta de mão de obra, maior controle e comando terá o empregador na disposição normativa dos contratos celebrados. Com empregos escassos, os trabalhadores tornam-se mais vulneráveis, facilmente cedem diante das condições de trabalho e remuneração que lhe são oferecidas ou impostas, quando já em curso a relação de emprego. Portanto, não será a maior ou menor remuneração recebida pelo empregado que o colocará com maior ou menor poder de negociação das cláusulas contratuais.

A qualificação técnica mais especializada do trabalhador aparece, no mercado de trabalho com escassez dessa específica mão de obra, como um elemento diferencial muito mais relevante do que o quantitativo da remuneração. Os trabalhadores altamente especializados indubitavelmente podem ter uma maior autonomia privada, uma vez que, nessa hipótese, é possível que seja a empresa a deles depender. O polo da necessidade pode até sofrer uma inversão quando somente aquele trabalhador detém o conhecimento imprescindível ao cumprimento da finalidade do empreendimento a que se vincula.

Todavia, não foi esse o critério eleito pelo legislador. Esta circunstância é irrelevante, exatamente porque no direito do trabalho há que se considerar a realidade, o que de fato ocorre no dia a dia da execução do contrato de emprego. É possível que ocorram situações concretas e pontuais em que o trabalhador ocupe uma situação de plena autonomia para a negociação das condições do contrato de trabalho a celebrar ou em curso, por ser altamente especializado ou uma celebridade, como apontado anteriormente.

Entretanto, dificilmente esse empregado aparentemente não vulnerável exerceria a sua plena autonomia privada para redução de direitos, ou seja, para estabelecer condições de trabalho em sentido diametralmente oposto ao da regulação mínima legal ou negociada coletivamente. Em situações tais o razoável é que se aproveitasse da vantagem para garantir-se no gozo de direitos mais extensos que o patamar mínimo intocável.

De outra ponta, num sistema jurídico em que não há proteção efetiva contra a despedida arbitrária, não há estabilidade no emprego e onde impera forte competitividade na obtenção de bons postos de trabalho, nem sempre respaldada no mérito do trabalhador, é pouco convincente a autonomia do

empregado para reagir contra modificações no conteúdo do contrato vigente ou para negociar condições ideais de contratação para um novo emprego.

O reconhecimento do disposto no parágrafo único do art. 444 da CLT vai redundar na fixação pelo legislador de uma discriminação odiosa, porque ensejará, na verdade, uma hiperdependência do trabalhador ao capital. Hiperdependência que resultará na proliferação de contratos afastando o conteúdo mínimo de direitos previstos na legislação e por norma coletiva.

Importante destacar, ademais, que essa condição do trabalhador hipersuficiente, ou não vulnerável, assim considerado em função do patamar de remuneração superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência, não é equiparável à dos altos empregados, referidos na CLT em dispositivos esparsos, a exemplo dos artigos 468, § 1º, 469, § 1º, 224, §2º, 62, II, parágrafo único da CLT. Em relação a estes, a discriminação no tratamento jurídico está fundada no exercício de função de confiança, situação na qual a fidúcia diferenciada exigível para a execução do trabalho dá destaque à condição do trabalho, ainda que discutível em algumas situações, por exemplo, quando correlatas à duração do trabalho.

Quanto ao critério de ser o trabalhador portador de diploma de nível superior também é importante questionar qual a correlação lógica com a autonomia da vontade, com a sua não vulnerabilidade. O legislador traça um critério discriminatório que não se sustenta. Não há correlação lógica entre essa condição e o pleno conhecimento pelo trabalhador da amplitude de direitos dos quais é titular e a sua autonomia na negociação das condições do contrato de trabalho. Segundo já acima enfatizado, a dinâmica do mercado de trabalho é que define o quanto o empregador está disposto a barganhar em troca de mão de obra, seja esta qualificada ou não, ou o quanto em direitos está disposto o trabalhador a ceder para não ficar desempregado.

Portanto, ainda que tenha o empregado amplo conhecimento dos direitos de que é titular, o que parece ser a premissa em que se funda o legislador, permanece premido por circunstâncias econômicas, por dependência econômica, por vulnerabilidade. Esta é a realidade na relação entre capital e trabalho. E é por isso que existe o direito do trabalho. E é para proteger o empregado que se deve fortalecer o sindicato. E é para assegurar a relação digna de trabalho que existe a Justiça do Trabalho, especializada pelo pressuposto da necessidade de juízes mais voltados para a compreensão do

mundo do trabalho, envolvendo a livre iniciativa, a propriedade privada e a oferta de trabalho, numa relação que há de ser humana, porque equilibrada.

Ainda assim, elegeu o legislador um critério tosco, porque parte da presunção de que o cidadão graduado em nível superior tem amplo conhecimento jurídico, em especial, dos direitos trabalhistas, premissa que não se sustenta se considerarmos que nos currículos de cursos de ensino superior nas diversas áreas, não há disciplina tratando do conteúdo mínimo de direitos dos trabalhadores em geral ou dos específicos de determinado segmento profissional. Sequer há no ensino médio um currículo mínimo obrigatório que abranja os direitos e deveres do empregado. Até mesmo para os graduados em ciências jurídicas o amplo conhecimento do direito do trabalho está cada dia mais distante, tantos são aqueles que atuam em outros ramos do direito e desconhecem pelo distanciamento natural na prática profissional, o âmago desse ramo autônomo do direito.

8. Os critérios de desigualação eleitos pelo legislador: o crivo constitucional

Por fim, cabe examinar a consonância entre estes critérios de discriminação considerados pelo legislador e os interesses protegidos na Constituição.

Observa Bandeira de Melo que

a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador; em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento (...) Por isso se observa que não é qualquer distinção entre as situações que autoriza discriminar. Sobre existir alguma diferença importa que esta seja relevante para o discrimen que se quer introduzir legislativamente³³.

Como último crivo de avaliação dos critérios estabelecidos pelo legislador para destacar determinado grupo e atribuir-lhe um tratamento jurídico próprio, Bandeira de Melo aponta que a diferenciação de tratamento jurídico deve ser fundada em razão valiosa à luz do texto constitucional, considerando o bem público.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 42

Desta forma, somente se justifica a desigualação quando ela tem como finalidade a proteção de um valor constitucional, quando é voltada para atender um interesse constitucionalmente valioso. Assim se justificou o tratamento diferenciado atribuído ao deficiente, à criança e ao adolescente, ao idoso, ao consumidor, ao indígena, ao trabalhador economicamente dependente.

A distinção interna aqui assinalada, atribuindo autonomia plena a quem é vulnerável não tem como objetivo a proteção de um valor constitucional. Pelo contrário. Afeta o cerne da justificada preocupação do legislador constituinte, pois consciente da pouca autonomia do trabalhador empregado, conferiu o poder de negociar ao sindicato, exigindo que ele esteja presente em qualquer ajuste de direitos entre os atores do contrato de emprego. O afastamento do sindicato e do legislador afronta esse cuidado constitucional. Não passa pelo crivo definido por Celso Antônio Bandeira de Melo.

Esta avaliação não é criação do direito pátrio, tendo inspiração no direito português. Assim se manifestou a Procuradoria Geral da República portuguesa, quando instada a se posicionar em relação a situação de desigualdade sem fundamento constitucional.

As diferenciações de tratamento legislativo podem ser, deste ponto de vista, legítimas quando tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional, se revelem necessárias e adequadas em relação ao objectivo que se pretende, se não fundamentem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio (os motivos enunciados no artigo 13º, nº 2, da Constituição), ou se baseiem numa diferença objectiva de situações.³⁴

Qual o fim legítimo buscado pelo legislador ao atribuir plena autonomia a empregado que mantém-se vulnerável, ainda que graduado e com salário superior à média nacional? A distinção feita é necessária e adequada ao alcance de que objetivo? Se o objetivo é esvaziamento de direitos, não se tem dúvida da adequação dos critérios distintivos ao fim pretendido. Na verdade, a prevalecer a figura do trabalhador não vulnerável acoberta-se conduta legislativa constitucionalmente impropria, respaldada em motivo também inconstitucionalmente improprio.

34 Parecer 97/98 <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/16cb9636bfd7fcb80256890005dbc7e?OpenDocument>, acessado em 15.10.2017

O Tribunal Constitucional português também vem firmando entendimento nesse sentido:

Importa que as diferenciações de regime que se traduzam em diferenciações na atribuição de direitos ou na imposição de deveres sejam adequadamente justificadas com base em diferenças objectivas que sejam significativas e relevantes para efeito dessa diferença de regime jurídico".³⁵

Conclui-se, portanto, que o tratamento diferenciado, por traduzir exceção ao princípio da igualdade, deve ser fundamentado em valores constitucionalmente relevantes. Não é a hipótese do regime introduzido pelo legislador comum no parágrafo único do art. 444 da CLT.

Por conseguinte, a efetiva autonomia do empregado deve ser avaliada no contexto da sua contratação ou no curso da relação de emprego, não cabendo a presunção legal de que todos os que tem escolaridade de nível superior e nível salarial acima de duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência são aptos a negociar as condições de trabalho com independência, sem vulnerabilidade.

9. Conclusão

A lei nº 13.467/17 introduziu um parágrafo único no art. 444 da CLT, atribuindo plena autonomia aos trabalhadores empregados que tenham nível superior e salário superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência.

Afasta esses empregados da regra geral de proteção definida no *caput* desse artigo, segundo a qual não têm validade as cláusulas contratuais individuais que restrinjam direitos assegurados em lei ou em norma coletiva.

Necessário que se verifique a adequação dos critérios de distinção eleitos pelo legislador em face do princípio da igualdade.

Com base no conteúdo jurídico desse princípio, a discriminação, ou seja, o destaque dado a esses trabalhadores, com regime de proteção

35 Acórdão nº 68/85, no D.R., II Série, nº 135, de 15/6/85

<http://www.dgsi.pt/pgrrp.nsf/0/16cb9636bdf7fcb80256890005dbc7e?OpenDocument>,
acessado em 15.10.2017

diferenciado, é baseada em critérios que não se adequam à exigência de fundamento material lógico e de crivo constitucional, considerando os parâmetros estabelecidos em estudo de Celso Antonio Bandeira de Melo.

Assim sendo, a autonomia negocial do trabalhador e a validade de cláusulas contratuais restritivas de direitos assegurados em lei e em norma coletiva devem ser verificadas na situação concreta, considerando os fatores do contexto por ele vivenciado quando da contratação e no curso da execução do ajuste laboral.

Referências bibliográficas

Berra, Martina Paula, Calderone, Cecilia Del Carmen y Pizzio, María Liliana (2009). EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO. APORTACIONES DESDE EL CAMPO DE LA SALUD MENTAL. I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponível on line em: <https://www.aacademica.org/000-020/296.pdf>, acessado em 17.10.2017

CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4ª.ed. São Paulo: LTR editora, 2005

MARCA, Maurício Machado. A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador à autonomia privada, à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. In: MONTESSO, Cláudio José, FREITAS, Marco Antônio de, STERN, Maria de Fátima Coelho Borges. *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTR, 2008

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MATEUS, Cibele Gralha. Direitos fundamentais sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996

RODRIGUEZ, Américo Pla. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1978

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da, *Principiologia do direito do trabalho*, 2 ed. LTr: São Paulo, 1999

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.82, n.4, p.19-46, out./dez.2016 . Disponível on line:

[http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/](http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/KGNIA33RIQ3IPNIBC2XIBC4N3GR1E8F2GTTX7R9LYQBFB78CPY-39498?func=full-set-set&set_number=008589&set_entry=000001&format=999)

KGNIA33RIQ3IPNIBC2XIBC4N3GR1E8F2GTTX7R9LYQBFB78CPY-39498?func=full-set-set&set_number=008589&set_entry=000001&format=999, acessado em 16.10.2017

A prescrição nas ações coletivas

The statute of limitation in collective actions

*André Araújo Molina*³⁶

³⁶ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Pós-Doutor em Direito do Trabalho (USP), Doutor em Filosofia do Direito (PUC-SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP), Bacharel em Direito (UFMT), Titular da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT), Titular da Academia Mato-Grossense de Direito (AMD) e Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região (Mato Grosso). Contato: aamolina@bol.com.br

Resumo: A pretensão é o exercício do direito subjetivo de exigir o cumprimento de uma prestação pelo sujeito passivo da relação jurídica, a partir do implemento das condições de exigibilidade e respeitado certo prazo fixado em lei, de modo que, havendo resistência, a busca em juízo pode se dar tanto por meio das ações individuais quanto das coletivas, quando se tratar de direitos individuais homogêneos. Porém, os tribunais têm vacilado em torno da definição da espécie e do prazo de prescrição quando os direitos materiais veem à juízo por meio das ações coletivas, confundindo a prescrição, que é instituto de direito material, com a técnica processual utilizada, pelo que é objeto do artigo investigar qual é a prescrição incidente nas pretensões trazidas ao Poder Judiciário no contexto das ações coletivas, dando enfoque às três espécies de prescrição: a condenatória, a executiva e a intercorrente, para concluir que, independentemente do veículo processual, a prescrição será sempre a mesma, prevista no respectivo estatuto de direito material.

Palavra-chave: Ações coletivas. Direitos individuais homogêneos. Prescrição.

Abstract: The claim is the exercise of the subjective right to demand the fulfillment of a provision by the passive subject of the legal relationship, once the conditions of enforceability have been met and a certain period set by law has been respected, so that if there is resistance, the claim can be pursued in court through both individual and collective actions, when it comes to homogeneous individual rights. However, the courts have vacillated on the definition of the type of limitation period when material rights are brought to court through class actions, confusing the limitation period, which is an institute of material law, with the procedural technique used, so the purpose of this paper is to investigate the limitation period applicable to claims brought before the Judiciary in the context of class actions, focusing on the three types of limitation period: the condemnatory, the executive and the intercurrent, to conclude that, regardless of the procedural vehicle, the statute of limitation will always be the same, provided for in the respective material law statute.

Keywords: Collective actions. Homogeneous individual rights. Limitation

Sumário: Introdução. 1. Conceitos fundamentais sobre a prescrição. 2. A incidência da prescrição em juízo: ações individuais e coletivas. 3. A posição do STJ e do TST. Conclusões. Referências.

Introdução

A Constituição Federal, ao adotar a fórmula política do Estado Democrático de Direito, optou por uma vertente analítica que consagra direitos fundamentais das mais diferentes dimensões, como a individual, a coletiva e a difusa, além do reconhecimento dos direitos internacionais previstos nos tratados de que o Brasil seja parte.

Este modelo mais holístico permitiu a recepção das legislações que garantem direitos das diversas categorias, bem como incentiva a atuação do legislador ordinário na concretização dos direitos fundamentais, individuais e transindividuais, estabelecendo-se novas relações jurídicas entre sujeitos-de-direito, pessoas naturais e jurídicas.

Nada obstante a ampliação do catálogo de direitos e a sua diversificação, o fato é que o direito processual brasileiro, inaugurado pelo CPC de 1939, foi estruturado tendo em conta apenas a perspectiva liberal e individualista, de modo que o processo foi desenhado para promover em juízo a defesa dos direitos individuais, especialmente da propriedade privada e dos direitos civis e políticos.

Uma tutela processual diferenciada, atenta à defesa dos direitos coletivos em juízo, apenas teve início com a reforma da Lei de Ação Popular em 1977, com a criação do procedimento para a defesa dos direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental; seguiu com a Lei n. 6.938/1981, que atribuiu ao Ministério Público a titularidade para ações ambientais de responsabilidade penal e civil; a Lei n. 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, esta última completada por atualizações legislativas mais recentes, para inserir a infração da ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social, além de qualquer interesse difuso ou coletivo.

A universalização da proteção coletiva dos direitos transindividuais veio com a Constituição Federal de 1988, com reforço da função institucional do Ministério Público (arts. 127 e 129), a valorização da Defensoria Pública (art. 134), a legitimação de outros entes para a defesa dos interesses coletivos em juízo, como os entes

sindicais (art. 8º, III) e as associações (art. 5º, XVII), na altura por meio da ação popular e da ação civil pública.

Para além dos direitos difusos e coletivos defendidos por intermédio da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) aumentou os meios processuais de defesa dos direitos coletivos em juízo, agregando a possibilidade de ação civil coletiva para a proteção dos direitos individuais homogêneos (art. 91 do CDC).

Assim, desde a década de 1990, consolidou-se um microssistema processual coletivo próprio, formado pela Lei de Ação Civil Pública (LACP), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, de forma complementar, pelo Código de Processo Civil (CPC), para a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, diferente do procedimento-padrão do CPC de 1973, que era seguido para a defesa dos interesses individuais.

De outro lado, na esfera processual trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi também estruturada na década de 1930, a partir da visão meramente individual dos conflitos, na medida em que a natureza originária da Justiça do Trabalho era administrativa e criada para a conciliação dos dissídios individuais, entre empregados e empregadores, sem nenhuma preocupação quanto aos, inexistentes, na época, direitos e interesses transindividuais da categoria.

Foi apenas com o aumento do rol de direitos coletivos com a Constituição de 1988, consagrando-se o meio-ambiente do trabalho como integrante do conceito amplo de meio ambiente (arts. 200, II e VIII, e 225), com a posterior organização das atribuições do Ministério Público do Trabalho, pela LC n. 75/1993, que a competência da Justiça do Trabalho foi reconhecida e a ação civil pública passou a ser utilizada, com os legitimados se valendo do microssistema formado pela LACP, pelo CDC e, de forma subsidiária, pela CLT e pelo CPC, para reger processualmente as ações civis públicas e as ações civis coletivas que passaram a ser distribuídas na jurisdição trabalhista.

Superados os entraves quanto à competência material da Justiça do Trabalho e a validação do microssistema processual para a tutela dos direitos transindividuais em juízo, passamos a conviver com a ampla distribuição das ações coletivas, tanto na Justiça Comum quanto na Especializada, dentro das suas respectivas esferas de competência.

Ocorre que, atualmente, uma questão que se colocou em ambas as jurisdições foi a respeito da prescrição incidente nas pretensões que venham à juízo por meio destas ações especiais, notadamente para a tutela dos direitos individuais homogêneos, que são, a rigor, direitos individuais, com titulares identificáveis e de caráter econômico, mas que possuem a característica da origem comum, permitindo o seu ressarcimento em juízo por meio das ações individuais ou das coletivas, via substituição processual.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que se refere ao tema em discussão no âmbito da Justiça Comum, quanto o Tribunal Superior do Trabalho (TST), ainda vacilam, no que são seguidos pelas instâncias ordinárias, ao confundirem o instituto da prescrição, previsto no direito material, com o fato de que as pretensões podem vir à juízo por meio de ações e procedimentos distintos, de sorte que estes tribunais têm dado tratamento equivocado ao instituto, o que pretendemos demonstrar, esclarecer e sugerir caminhos para a reflexão, visando o ajuste dos entendimentos.

1. Conceitos fundamentais sobre a prescrição

Ao direito material incumbe estabelecer as mais diversas relações jurídicas para reger a vida em sociedade, sendo que em uma parte destas relações há a previsão de direitos subjetivos ao cumprimento de uma prestação pelo seu sujeito passivo, a qual se encontra acoplada a um prazo fixado em lei para que ela seja exercitada pelo sujeito ativo, após a implementação das suas condições de exigibilidade, cujo fato jurídico desperta o início da contagem do prazo de prescrição.³⁷

A prescrição nasce, com efeito, junto à pretensão, estando, por isto, ligada ao direito material que alicerça a relação jurídica estabelecida³⁸,

37 Para maiores aprofundamentos, consultar: MOLINA, André Araújo. A prescrição trabalhista: pretensões condenatória, executiva e intercorrente. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 44, n. 185, p. 21-55, janeiro 2018.

38 Na lição clássica de Agnelo Amorim Filho: “A pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado. A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando o sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção do Estado.” (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, vol. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961).

independentemente de uma eventual, futura e incerta ação judicial para a defesa deste direito, caso a pretensão seja resistida pelo sujeito passivo, nascendo aqui a ideia de lide, que torna necessária a busca do Poder Judiciário para a sua satisfação, aparecendo o interesse processual.

O estatuto de direito material que garante os direitos subjetivos prestacionais, fixa um prazo para que eles sejam exercitados em face do sujeito passivo da relação, desde o dia em que os requisitos para a sua exigibilidade foram implementados. Para toda pretensão, sempre haverá um prazo de prescrição acoplado, especificamente previsto na mesma fonte material e, na sua eventual ausência expressa na lei especial, nas regras mais gerais dos arts. 205 a 206-A do Código Civil, especialmente no primeiro deles, na medida em que fixa a regra geral para todo o sistema jurídico de que, se a lei não houver fixado outro prazo, a prescrição será de dez anos.

O exercício do direito material (= pretensão), esgotado o prazo prescricional fixado em lei, fica encoberto, quando não mais poderá a parte acionar o Estado para exigir o adimplemento da prestação, por meio de uma ação de direito processual (ação judicial), ainda que o direito material permaneça intacto, mas sem os mecanismos institucionais de exigibilidade forçada, apenas admitindo o adimplemento espontâneo pelo devedor.

José Carlos Moreira Alves, responsável pela Parte Geral do Projeto do novo Código Civil, explicou que: “Atendendo-se à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se o termo ‘pretensão’, que diz respeito à figura jurídica do campo do direito material”³⁹, para justificar a opção redacional que terminou sendo adotada no atual art. 189 do Código Civil.

Comentando este dispositivo, após a vigência do novo Código, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, disseram que:

Prescrição. Conceito. Causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei. O texto da lei é claro ao dar como objeto da prescrição a pretensão de direito material e não a ação.⁴⁰

39 MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 151/152.

40 NERY, JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 286.

Pontes de Miranda, ainda na vigência do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1939, com a antecedência que apenas os gênios têm a capacidade de antever, havia notado que não se pode fazer confusão entre a competência, a modalidade de ação processual e os respectivos prazos de prescrição incidentes:

O ramo do direito em que nasce a pretensão é o que lhe marca a prescrição, ou estabelece prazo preclusivo ao direito. Se essa regra jurídica não foi prevista, rege o que o ramo do direito aponta como fundo comum a ele e a outros ramos do direito. No plano internacional, o sistema jurídico que é estatuto da pretensão também o é da prescrição.⁴¹

Logo, os prazos de prescrição estão ligados ao direito material específico, que instituiu os direitos e as relações jurídicas, de modo que nas ações judiciais distribuídas na jurisdição comum, o magistrado deverá identificar se a relação jurídica base afirmada em juízo está no Código Civil ou em alguma lei especial, a partir de cuja identificação saberá qual é o prazo de prescrição que incidirá naquele caso, por exemplo, se a pretensão tem relação com a cobrança de prestações alimentares a prescrição é de dois anos (art. 206, § 2, do CC), mas se a pretensão é de cobrança de pagamento previsto em uma nota promissória a prescrição será de três anos (arts. 70, 71 e 77 do Decreto-Lei n. 57.663/66).

Já os direitos de natureza trabalhista seguem os prazos de prescrição previstos no art. 7º, XXIX, da Constituição e arts. 10-A, 11 e 11-A da CLT, isto é, os sujeitos ativos da relação jurídica trabalhista têm os citados prazos – cinco anos da implementação das condições de exigibilidade das obrigações, limitado a dois anos da extinção do contrato de trabalho – para exercerem a pretensão em face dos empregadores, cujo esgotamento inviabiliza que venham à Justiça do Trabalho para buscar uma sentença condenatória.

Sublinhamos, neste ponto, que a nossa compreensão é a de que, mesmo dentro de uma típica relação de trabalho, poderá haver obrigações acessórias de natureza jurídica civil, a qual escaparia da incidência da prescrição trabalhista

41 PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, vol. 6, p. 101.

geral.⁴² Porém, a despeito do nosso entendimento, pacificou-se no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁴³, que todas as pretensões que tenham origem em um contrato de trabalho seguirão a prescrição geral trabalhista do art. 7º, XXIX, da Constituição e arts. 10-A, 11 e 11-A da CLT, bem por isto é tranquilo no TST que nas demandas em que os trabalhadores buscam indenizações por danos pessoais ou materiais, embora a fonte da responsabilidade civil seja o Código Civil, a prescrição será a constitucional-trabalhista.⁴⁴

Porém, ainda assim, será possível que haja cumulação objetiva de demandas, nas quais algumas pretensões estejam ligadas ao contrato de trabalho, incidindo o prazo de prescrição trabalhista geral, e pretensões outras, sem relação com o contrato, quando a prescrição será diversa, a depender do direito material específico, como no exemplo de um trabalhador falecido em acidente de trabalho, em que os sucessores pleiteiam tanto as verbas rescisórias em razão da extinção do contrato, quanto às indenizações de natureza civil próprias, como os danos morais indiretos sofridos e o pensionamento, casos em que o TST tem compreensão atual e uniforme que o ressarcimento dos danos sofridos pelos herdeiros, por não manterem uma relação contratual com o ex-empregador do familiar falecido, segue a prescrição civil.⁴⁵

42 MOLINA, André Araújo. A prescrição das ações de responsabilidade civil na Justiça do Trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre, vol. 18, n. 217, p. 79-110, julho 2007.

43 A Corte decidiu, com repercussão geral, que, quanto ao FGTS, nada obstante houvesse previsão de prazo prescricional específico na Lei n. 8.036/1990 e no Decreto n. 99.684/1990, pelo fato da parcela estar atrelada ao contrato de trabalho, incidiria a prescrição geral trabalhista do art. 7º, XXIX, da Constituição. (STF – Plenário – ARE n. 709.212 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJE 19.02.2015 – Tema n. 608).

44 “Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, surgiu a controvérsia quanto ao prazo prescricional aplicável nas ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional equiparada. No entanto, a SbDI-1 do TST, ao julgar o E-RR-2700-23.2006.5.10.0005, em 22/5/2014, de relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, publicado no DEJT em 22/8/2014, em sua composição completa, após amplo debate, decidiu, por expressiva maioria, que o marco prescricional será a data da ciência inequívoca da lesão e que a prescrição trabalhista é aplicável para as ações em que se pleiteia o pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho quando a lesão ocorreu após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004.” (TST – SDI-1 - E-ED-RR-1300-27.2007.5.04.0030 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta - DEJT 10.02.2023).

45 Neste sentido é a atual posição da SDI-1 do TST. Por todos: “Nos termos da jurisprudência desta Corte superior, tratando-se de demanda envolvendo dano moral indireto, reflexo ou ‘em ricochete’, na qual os herdeiros do ex-empregado postulam ação reparatória em nome próprio, encerra-se pretensão de natureza eminentemente civil para obter a reparação em razão do dano moral indireto, razão pela qual se aplica a prescrição trienal prevista no artigo 206, § 3º, do Código Civil.” (TST – SDI-1 - Ag-E-RR-0010392-74.2019.5.03.0082 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta - DEJT 01.03.2024).

Destas compreensões decorre a observação de que ocorre amiúde, tanto na Justiça Comum, quanto na Especial, que o autor da ação cumule objetivamente demandas, trazendo pretensões diversas na mesma petição inicial, podendo ocorrer de cada uma ter um prazo prescricional distinto, conforme a sua fonte de direito material, ocasião em que o juiz terá redobrado cuidado de identificar a natureza jurídica de cada uma das relações, a sua fonte de direito material e, por conseguinte, cada um dos prazos, antes de deliberar sobre a prejudicial de mérito, podendo reconhecer a prescrição de algumas pretensões e de outras não, seguindo quanto às últimas para o julgamento de mérito.

Também é importante que o juiz observe as hipóteses legais de impedimento, suspensão e interrupção do prazo de prescrição, conforme arts. 197 a 202 do CC, que poderão impactar na análise das pretensões. Poderá ocorrer tanto na cumulação subjetiva, por exemplo, com autores com idades diferentes, de modo que o início da contagem do prazo quanto a um deles estava impedido na data da violação do direito, bem como poderá ocorrer na cumulação objetiva, com pretensões diversas na mesma ação, por exemplo, na hipótese de que em relação a uma delas já houve a interrupção com o reconhecimento inequívoco do direito pelo devedor, enquanto da outra não.

Outro fenômeno que ocorre com alguma frequência, a depender da vontade política do Parlamento, é a revisão do texto constitucional quanto ao desenho da estrutura dos diversos ramos do Poder Judiciário, deslocando-se a competência material entre eles, como o que ocorreu com a EC n. 45/2004, que trouxe para a Justiça do Trabalho algumas ações que antes pertenciam à Justiça Comum, cuja alteração da regra processual em nada altera o estatuto de direito material subjacente que apoia as respectivas relações jurídicas, no qual estará previsto o prazo prescricional.

Isto é, se o constituinte derivado resolver levar para a Justiça do Trabalho as demandas de natureza jurídica previdenciária, o prazo prescricional segue sendo o mesmo de cinco anos, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/1991, para que o beneficiário cobre os valores devidos pela Previdência Social, bem como se o constituinte resolver levar para a Justiça Comum as ações que tenham como base os contratos de pequena empreitada, o prazo será o mesmo de dez anos, do art. 205 do Código Civil,

que é aplicado pela Justiça do Trabalho, enquanto possui competência material para tanto (art. 114 da Constituição c/c art. 652, *a*, III, da CLT).

Refinado o conceito de prescrição, a sua origem e natureza de direito material, a sua independência da competência dos ramos do Judiciário, bem como que poderá haver a cumulação de pretensões em uma mesma ação judicial, exigindo do juiz a identificação de cada um dos prazos prescricionais distintos, estamos em condições de avançar para esclarecer como essas diretrizes incidirão no contexto das ações coletivas, especialmente naquelas em que se tutelam direitos individuais homogêneos na Justiça do Trabalho.

2. A incidência da prescrição em juízo: ações individuais e coletivas

A partir das premissas fixadas no tópico anterior, verificamos, com facilidade, que os prazos de prescrição não guardam nenhuma relação com a competência material e, menos ainda, com a ação judicial, a modalidade específica de ação ou o procedimento eleito pelo sujeito ativo para trazer ao Judiciário a alegação de violação do seu direito, já que, em diversos casos, a mesma pretensão de direito material poderá ser levada à juízo por distintas ações ou procedimentos, mantendo-se intacto o direito material subjacente.

O art. 83 do CDC, inclusive, é expresso no sentido de que para “a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”, significando que o mesmo direito poderá ser defendido em juízo por uma ação individual ordinária, uma ação especial de rito específico, ainda individual, ou por uma ação coletiva, desde que o direito possa ser classificado como individual homogêneo, possuindo origem comum.

A prescrição será sempre a mesma, prevista no estatuto de direito material, caso o sujeito venha à juízo de forma individual, em litisconsórcio ativo ou coletivamente, alegando que a pretensão foi resistida pelo devedor.

As ações coletivas seriam apenas os veículos processuais por meio dos quais chegam ao Poder Judiciário as pretensões das mais diversas naturezas jurídicas. Assim, não altera o prazo de prescrição da pretensão o fato de ela ter sido demandada via ação trabalhista individual ou por meio de uma ação civil pública, já que o direito material seria, rigorosamente, o mesmo, sendo os mesmos os respectivos prazos prescricionais.

Conquanto ainda exista controvérsia na doutrina⁴⁶ e na jurisprudência⁴⁷ sobre a incidência da prescrição quanto às violações dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, na medida em que não haveria inércia a ser atribuída aos titulares do direito, já que são indeterminados, fato é que, quanto aos individuais homogêneos, perfeitamente determináveis os trabalhadores, a inércia destes, seja individualmente, seja por meio dos substitutos processuais via uma ação coletiva, faz incidir a prescrição, tanto é que já existe pacificação interpretativa no TST em torno da incidência da prescrição.⁴⁸

Ricardo José Macedo de Britto Pereira diz que a ação civil pública ajuizada para a tutela de direitos individuais homogêneos, com caráter reparatório e individual do dano em relação a cada substituído, não converte os direitos em imprescritíveis. “Assim como incide a prescrição quando a violação é questionada pela própria vítima, também incidiria, quando o legitimado ajuíza a ação civil pública com a mesma finalidade.”⁴⁹

Se um grupo de trabalhadores ligados ao mesmo empregador, *estando com os seus contratos ativos*, tiverem violações dos direitos relacionados ao recebimento de uma determinada verba, poderão trazer as suas pretensões ao Judiciário Especializado, tanto por meio de ações individuais de cada um deles ou por uma única ação coletiva, com o MPT ou o sindicato enquanto legitimados extraordinários, para a defesa em juízo dos direitos individuais

46 “Ora, como imaginar-se a ocorrência de inércia quanto à postulação relativa a uma pretensão de natureza coletiva, quando os indivíduos indeterminados, abrangidos pela coletividade (que é titular do direito), não possuem legitimação para reivindicar, diretamente, a tutela? Como poder-se-ia infligir a um grupo, categoria ou classe de pessoas a perda de uma pretensão, quando não se faz possível, no plano jurídico, assegurar a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, por meio de iniciativa própria e individualizada, exatamente por estar o interesse dimensionado em um universo coletivo de titularização? O paradoxo externado em tais questionamentos é bastante para realçar a inaplicabilidade do instituto prescricional nessa seara da tutela coletiva.” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 258).

47 “PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO PROVIMENTO. O indicado artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal é juridicamente impertinente para o exame da controvérsia, uma vez que dispõe acerca dos prazos prescricionais aplicáveis às prestações relacionadas aos contratos de trabalho - direitos ou interesses individuais ou individuais homogêneos. No caso, trata-se de uma ação civil pública com pedidos de caráter nitidamente coletivos (não contratação de trabalhadores por intermédio de pessoas jurídicas, não terceirização da atividade precípua da segunda ré, sob pena de pagamento de astreintes, bem como pagamento de compensação por dano moral coletivo em virtude das contratações já realizadas). Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST – 5ª Turma - AIRR - 138700-16.2007.5.01.0047 – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos - DEJT 30.06.2017).

48 OJ n. 359 da SDI-1 do TST. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. A ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima “ad causam”. (DJ 14.03.2008).

49 PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *Ação civil pública no processo trabalhista*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 289.

homogêneos, cujo prazo prescricional é o mesmo de cinco anos, a teor do art. 7º, XXIX, da Constituição e art. 11 da CLT.

Porém, se os seus contratos *tivessem sido rompidos* no mesmo ato da violação dos direitos, em um hipotético caso de uma dispensa coletiva, o prazo uniforme seria o trabalhista de dois anos, previsto nas mesmas fontes normativas citadas, tanto nas ações individuais de cada um deles, quanto na ação coletiva que congrega os direitos individuais homogêneos deste grupo de trabalhadores.

A partir desta premissa, avançamos para enxergar que nas ações coletivas que são distribuídas na defesa dos direitos individuais homogêneos de um grande grupo de trabalhadores, poderá ocorrer de parte deles estar com os contratos ativos, mas outra parte já tiveram as suas relações contratuais rompidas, passando a exigir do juiz, que proferirá a sentença genérica do art. 95 do CDC, a redobrada atenção de pronunciar, caso alegada, a prescrição bienal para este último grupo e a quinquenal para os substituídos integrantes do primeiro grupo, conforme os seus contratos estivessem rompidos ou ativos na data da distribuição da ação coletiva, diferenciando-os na prejudicial de prescrição.

Também é preciso ter em atenção que a Justiça do Trabalho é materialmente competente para outras relações alheias ao vínculo de emprego, como as demais hipóteses do art. 114 da Constituição, razão pela qual tais pretensões também poderão vir tanto pela via das ações individuais, quanto coletivas, cujo prazo de prescrição é outro, alheio ao do o art. 7º, XXIX, da Constituição e art. 11 da CLT, como nas ações de responsabilidade civil ajuizadas pelos familiares das vítimas de um acidente ambiental, por exemplo.

O STF reconheceu, em julgamento com repercussão geral⁵⁰, que a Justiça do Trabalho é a competente para julgar as ações de responsabilidade civil decorrentes de danos sofridos por empregados em acidente de trabalho, inclusive quando são ajuizadas pelos sucessores dos trabalhadores. Logo, por

50 “Recurso Extraordinário – Competência – Processual Civil e do Trabalho – Repercussão geral reconhecida – Ação de indenização decorrente de danos sofridos em acidente de trabalho – Demanda diretamente decorrente de relação de trabalho, sendo irrelevante, para fins de fixação de competência, o fato de ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido – Aplicação da norma do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação que a ela foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/04 – Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito – Recurso não provido.” (STF – Pleno – RE 600.091 – Repercussão Geral - Rel. Min. Dias Toffoli – DJE 12.08.2011).

não haver nenhuma relação contratual ou de trabalho entre os familiares e o réu, ex-empregador do falecido, a prescrição prevista para as pretensões de responsabilidade não é a bienal e quinquenal do art. 7º, XXIX, da Constituição e art. 11 da CLT, mas a trienal, do art. 206, § 3º, V, do CC, como reconhece há anos a SDI-1 do TST.⁵¹

Desdobra-se desta compreensão, que os familiares dos trabalhadores vítimas de um acidente ambiental poderão vir à Justiça do Trabalho pedir as indenizações por danos morais reflexos, indiretos ou em ricochete, tanto pulverizando ações individuais, quanto coletivamente, por meio de uma ação civil coletiva ajuizada por uma associação civil que os representa ou mesmo a Defensoria Pública da União, em cujos procedimentos o prazo prescricional será o mesmo de três anos do Código Civil.

Estas conclusões ligam-se ao fato de que os direitos individuais homogêneos têm como característica a opção legislativa de reuni-los para a defesa coletiva, diante da sua origem comum. Entretanto, na essência, são direitos tipicamente individuais e, nesta condição, devem observar os respectivos prazos de prescrição previstos pelo estatuto de direito material, bem como as hipóteses legais de impedimento, suspensão e interrupção do prazo prescricional, que deverá ser objeto de muita atenção pelos magistrados, quando da análise das prejudiciais de prescrição alegadas nas ações coletivas.

Esta mesma compreensão é a de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

O prazo prescricional para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos será o prazo prescricional das respectivas pretensões individuais. Não há qualquer razão para que haja prazos diversos, um para a ação coletiva e outro para a ação individual. Assim, se se trata de pretensões individuais ressarcitórias que prescrevem em três anos, três anos será o prazo para ajuizamento da respectiva ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos. É relevante notar que este prazo é vinculado ao direito material tutelado, não existe no ordenamento brasileiro, em princípio, nenhum prazo prescricional puramente processual.⁵²

51 V. nota 55 acima.

52 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 287.

Avançando a partir do mesmo exemplo do acidente ambiental que atingiu um grupo de trabalhadores, poderá ocorrer de uma parte vir a óbito e a outra parte sobreviver, de que deriva a conclusão de que os sucessores dos trabalhadores falecidos cobrarão os seus respectivos danos morais indiretos ou em ricochete, eventual pensão mensal, ambos com natureza civil, com prescrição trienal, além das verbas trabalhistas e rescisórias que decorrem da extinção do contrato pela morte, cuja prescrição é bienal; já os trabalhadores sobreviventes, a partir dos danos que sofreram, podem pleitear tanto verbas trabalhistas em sentido estrito, como o FGTS durante o período do afastamento previdenciário, quanto danos morais e materiais próprios, cujo prazo prescricional é quinquenal, já que os pactos mantiveram-se ativos; sem contar que, no primeiro grupo dos sucessores dos falecidos, poderá ter filhos menores, absolutamente incapazes, em relação aos quais a prescrição foi impedida e não teve início na data do acidente e morte.

Todos estes danos, que cada um sofreu, são enquadrados como individuais homogêneos, já que têm origem comum (art. 81 do CDC), autorizando que as pretensões venham à juízo tanto pela via individual, quanto em uma mesma ação coletiva.

As pretensões ligadas a créditos de natureza jurídica trabalhista, englobando aqueles atrelados ao contrato, seguem a prescrição do art. 7º, XXIX, da Constituição e do art. 11 da CLT, em relação a cada um dos trabalhadores sobreviventes, bem como os créditos trabalhistas dos trabalhadores falecidos; se as pretensões aviadas por intermédio das ações coletivas ou individuais são de natureza diversa, como a responsabilidade civil, caso das indenizações aos sucessores, a prescrição será a do art. 206, § 3º, V, do CC.

Na hipótese de uma única ação civil pública, ajuizada pela Defensoria Pública da União, em substituição processual, para a defesa dos direitos trabalhistas e civis, dos sobreviventes e dos sucessores, todos hipossuficientes financeiros⁵³, a sentença deverá ter o refinamento de identificar cada um dos

53 Em relação à Defensoria Pública, em decisão com repercussão geral, revestindo-se da natureza jurídica de precedente obrigatório, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte interpretação: “A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos ou coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.” (STF – Plenário – RE n. 733.433 – Rel. Min. Dias Toffoli – DJE de 07.04.2016 – Tema 607). No mesmo sentido: “A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil

prazos de prescrição incidentes em cada umas das pretensões distintas cumuladas e as respectivas naturezas jurídicas, além dos fatos jurídicos que levam ao impedimento, suspensão e interrupção da prescrição.

Ao julgar uma ação coletiva desenhada a partir do exemplo fático descrito, o juiz deverá identificar, separar e pronunciar três prescrições distintas – bial, trienal e quinquenal –, além de destacar o impedimento do início da contagem do prazo quanto aos legitimados ativos absolutamente incapazes.

Não há prazo uniforme ou padrão de prescrição nas ações coletivas!

Dito de outro modo, neste exemplo, o juiz deverá observar o prazo trabalhista quinquenal para os empregados sobreviventes, o civil de três anos para os sucessores, quanto às indenizações civis, e bial quanto aos créditos trabalhistas deixados pelos falecidos, cujos prazos são contados entre a ocorrência do evento e o ajuizamento da ação coletiva, já que a origem é comum e a contagem do prazo teve idêntico *dies a quo* em relação a todas as vítimas diretas e seus familiares.

Porém, há casos em que os direitos individuais homogêneos dependem de outras circunstâncias para a definição de todos os elementos para que a obrigação seja executável, notadamente pessoais em relação às vítimas, que somente serão identificados quando da liquidação pelo procedimento comum, em cujo processo autônomo haverá a alegação e a prova de fatos novos, com defesa e resolvidos por uma sentença.⁵⁴

É o que ocorre na hipótese de uma ação de natureza coletiva para o pagamento do adicional de insalubridade para todos os trabalhadores submetidos a determinado setor poluído. A sentença genérica reconhecerá o direito, depois da realização da perícia técnica no ambiente, mas será apenas na liquidação – na qual haverá complementação cognitiva, com a necessidade de alegar e provar fatos novos (art. 509, II, do CPC) – que poderá ser comprovado que aquela determinada vítima já deixou o emprego há mais de dois anos antes do ajuizamento da ação coletiva, de modo que deverá o juiz reconhecer, em relação a esta, a incidência da

pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.” (STF – Plenário – ADI n. 3.943 – Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia – DJE 06.08.2015).

54 MOLINA, André Araújo. A natureza jurídica da liquidação e execução da sentença coletiva genérica na Justiça do Trabalho. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano 20, n. 119, p. 71-84, mar.-abr. 2024.

prescrição total, caso a prejudicial tenha sido alegada pela defesa, já no bojo da liquidação individual complementar.

Nestes casos, o juiz que proferiu a sentença genérica na ação coletiva, apenas pronunciou, de forma geral e abstrata, a prescrição bienal em relação àqueles que tiveram os contratos extintos em prazo superior a dois anos do ajuizamento da ação coletiva, bem como incidindo a prescrição quinquenal em relação às pretensões anteriores a estes prazo, contada da data da distribuição da ação coletiva, sendo que o juiz natural da liquidação e execução individual desta sentença coletiva, que já será outro juízo, inclusive⁵⁵, é quem fará a individualização e a incidência concreta da prescrição antes pronunciada.

Em arremate, a prescrição da pretensão condenatória deve ser reconhecida e pronunciada na sentença coletiva genérica (art. 95 do CDC), mas é a sentença específica que resolve a liquidação pelo procedimento comum (art. 98, *caput*, do CDC c/c art. 509, II, do CPC), em relação a cada uma das vítimas ou sucessores que alegaram esta condição e comprovaram a sua legitimidade específica, que fará a incidência da prescrição.

Também nesta fase, o juízo da liquidação e execução individual é quem vai sindicá-la, especificamente quanto à condição da vítima ou seus sucessores, as hipóteses legais de impedimento do início da contagem do prazo, de suspensão e interrupção, como no exemplo do beneficiário menor de idade, as quais serão alegadas, provadas e decididas na ação individual de liquidação.

Completado o título executivo, com a sentença da ação de liquidação pelo procedimento comum, com a definição final de a quem é devido (*cui debeatur*) e em que quantidade (*quantum debeatur*), estará completada a coisa julgada e formado o título em condições de dar início à execução propriamente dita ou o cumprimento de sentença, que poderá ser individual ou coletivo (arts. 97 e 98 do CDC).

Se nem a vítima, nem o sindicato⁵⁶, promoverem a liquidação e execução da sentença coletiva genérica, permanecendo inertes pelo mesmo

55 MOLINA, André Araújo. Competência funcional e territorial na liquidação e execução das sentenças coletivas genéricas. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 55-69, set.-dez. 2023.

56 O Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade extraordinária ampla dos sindicatos tanto para a ação, quanto a execução individual das sentenças coletivas genéricas (STF – Plenário – RE n. 883.642 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJE 26.06.2015 - Tema n. 823).

prazo de prescrição do direito material, incidirá a prescrição da pretensão executiva, devendo o juiz extinguir a liquidação e execução, caso ela seja proposta somente após o vencimento deste prazo.

Na medida em que o direito material é o que define o prazo de prescrição da pretensão condenatória, por raciocínio lógico, este mesmo prazo será o observado para a prescrição da pretensão executiva, na interpretação da já consagrada Súmula n. 150 do STF, de que “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”, posição que foi formada justamente para responder qual era a prescrição incidente nas execuções das obrigações reconhecidas pela Justiça do Trabalho.⁵⁷

Por corolário, se o contrato de trabalho já foi extinto e o direito reconhecido na sentença coletiva genérica é de natureza trabalhista, a vítima teve o prazo de dois anos, do art. 7º, XXIX, da Constituição e do art. 11 da CLT, para ajuizar a sua ação coletiva e o mesmo lapso para a liquidação individual, visando complementar o título, e dar início à execução individual, contado desde o trânsito em julgado da ação coletiva⁵⁸, na qual foi proferida a sentença condenatória genérica.

Por fim, liquidado o título e iniciada a execução propriamente dita, individual ou coletiva (arts. 97 e 98 do CDC), caso a marcha executiva seja paralisada, também poderá ocorrer a consumação da prescrição intercorrente, tanto na modalidade objetiva pela ausência de bens penhoráveis (art. 921 do CPC)⁵⁹, quanto na espécie subjetiva, ligada à omissão do exequente (art. 11-A da CLT), devendo ser reconhecida em sentença que coloca fim ao processo de execução (art. 924, V, do CPC), observado o mesmo prazo do direito material (art. 206-A do CC).

Diante de todo o exposto, concluímos que o mesmo prazo previsto no direito material para o exercício da pretensão será o observado nas hipóteses de prescrição da pretensão condenatória, da pretensão executiva e da intercorrente. Retomando o exemplo do acidente ambiental trabalhista, se os familiares dos trabalhadores falecidos têm três anos para demandarem as

57 STF – 2ª Turma – RE n. 52.902 – Rel. Min. Victor Nunes Leal – DJ 19.07.1963.

58 “O prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o art. 94 da Lei n.8.078/90.” (Tema Repetitivo n. 877 do STJ – DJe 12.04.2016).

59 Neste sentido: MOLINA, André Araújo. A perspectiva objetiva da prescrição intercorrente nas execuções fiscal, civil e trabalhista: a falta de bens penhoráveis como fato jurídico suficiente. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 49, n. 231, p. 75-100, set.-out. 2023.

suas indenizações civis, desde a data do acidente e morte, de forma individual ou pela via da ação civil coletiva, este mesmo prazo de três anos será observado para a distribuição das liquidações individuais e, já no curso da execução, para os casos de alegação da prescrição intercorrente.

3. A posição do STJ e do TST

A nossa compreensão, exposta nos tópicos anteriores, é a de que o veículo processual eleito pelo autor da ação, se uma ação ordinária individual, uma ação de rito especial ou uma ação coletiva em substituição processual, em nada interfere no idêntico prazo de prescrição que está previsto no estatuto de direito material, porém o STJ tem feito muita confusão quanto ao ponto e seguiu caminho diverso.

O ponto originário desta confusão estaria na constatação, pela Corte, de que a LACP não refere a nenhum prazo de prescrição, de modo que o tribunal avançou para entender que esta lacuna deveria ser preenchida por uma regra de prescrição prevista no mesmo sistema da tutela coletiva, quando buscaram apoio no prazo quinquenal do art. 21 da Lei n. 4.717/1965, que regula a ação popular.

Ao longo da década de 2010, o tribunal se reuniu nos órgãos de sobreposição para apreciar recursos de embargos de divergência, visando uniformizar o dissenso entre as suas turmas de julgamento, no que toca ao prazo de prescrição incidente na liquidação e execução individual das sentenças coletivas genéricas, proferidas no contexto das ações sobre expurgos inflacionários, havendo proferidos diversos acórdãos no mesmo sentido, pacificando a sua jurisprudência interna.

O cenário antecedente era aquele em que havia diversos acórdãos em que se adotavam teses diferentes, algumas em linha que o prazo era o do direito material, outros diziam que, na omissão da LACP, o prazo deveria ser o genérico de 20 anos do CC de 1916 e o de 10 anos do art. 205 do CC atual, enquanto muitos aplicavam, por analogia, o prazo prescricional de 5 anos previsto na lei de ação popular.

Primeiramente, foi a 2ª Seção do STJ designada para solver a divergência, quando acolheu a tese de que a “Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação

Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.”⁶⁰

Note-se que, a princípio, não seria muito grave a afirmação de que, apenas quanto aos direitos difusos, quando não há titulares determináveis, poderia se falar na aplicação do mesmo prazo da Lei n. 4.717/1965, para que o Ministério Público ajuizasse a ação civil pública visando reparar a lesão dos direitos transindividuais, optando-se pela tese da prescritibilidade destas pretensões condenatórias, diferente de parcela da doutrina que defendia a imprescritibilidade da tutela coletiva para a defesa de direitos difusos.

Ocorre que não eram estas as nuances fáticas do caso subjacente, que cuidava da defesa em juízo de direitos individuais homogêneos. E o que foi pior, o tribunal disse, expressamente, inclusive na ementa, que o direito subjetivo objeto da ação coletiva era o mesmo contido em inúmeras ações individuais, mas que seriam independentes e, por isto, “não possuem os mesmos prazos de prescrição”, esquecendo-se da lição elementar de qualquer estudo sobre a prescrição, de que ela tem natureza de direito material e que o meio processual escolhido pelo titular do direito não a altera.

A mesma questão, depois, chegou à Corte Especial, tendo proferido algumas decisões mantendo a posição da 2ª Seção, de que a prescrição incidente era a prevista no art. 21 da Lei n. 4.717/1965, aplicada por analogia, no caso das ações coletivas.⁶¹

Por fim, já no ano de 2013, visando dar uma solução definitiva ao dissenso, foi afetado recurso especial sob o rito especial repetitivo, do art. 543-C do CPC/1973, quando a 2ª Seção decidiu e fixou a seguinte tese: “No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública”. (Tema Repetitivo n. 515).⁶²

Neste último julgado paradigma, o direito material em discussão tinha o prazo legal de 20 anos, segundo o Código Civil anterior, para a prescrição da pretensão, de modo que assim foi decidido pelas instâncias ordinárias, até

60 STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.070.896/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 04.08.2010.

61 STJ – Corte Especial - AgRg no EREsp 1.285.566/PR - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe de 21/8/2012, STJ - Corte Especial - AgRg no EREsp 1.279.781/PR - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe de 21/8/2012, STJ – Corte Especial - AgRg no EAREsp 110.021/PR - Rel. Min. Castro Meira - DJe de 23/8/2012 e STJ – Corte Especial – AgRg no EAREsp n. 119.895/PR – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 13.09.2012.

62 STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.273.643/PR – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 04.04.2013.

o trânsito em julgado que ocorreu em 03.09.2002. Passados pouco mais de cinco anos, teve início uma liquidação e execução individual, de modo que o executado alegou a prejudicial de prescrição da pretensão executiva, afastada pelo juiz singular e pelo acórdão do tribunal local, que seguiu o prazo de vinte anos, do direito material e da pretensão condenatória.

O ministro relator, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sem maiores reflexões teóricas e discussão de fundo quanto à questão, basicamente recuperou algumas decisões da Corte, das suas turmas de julgamento e da própria 2ª Seção, segundo ele para consolidar uma tese que já vinha se formando, quando concluiu que o prazo para executar as sentenças coletivas é de cinco anos, isto é, o mesmo prazo previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que seria o mesmo para ajuizar a ação civil pública.

Isto é – conforme visto linhas acima –, a partir do erro originário, de aplicar um suposto prazo da Lei da Ação Popular, por analogia, para os direitos defendidos pela via da Ação Civil Pública, desconsiderando os prazos do direito material específico para a adoção de um prazo uniforme, o relator e a maioria que lhe acompanhou, arrastou este mesmo prazo para a pretensão executiva, pasteurizando-a, da mesma forma que fizeram em relação aos prazos diversos para a prescrição condenatória.

Contudo, tal erro não passou despercebido pela Ministra Nancy Andrigui, que abriu divergência no julgamento, podendo-se destacar trecho contundente de seu voto:

Ora, o CDC apenas criou uma nova modalidade de tutela coletiva, visando justamente a facilitar a defesa de direitos individuais homogêneos, de sorte que, como corolário lógico, a utilização dessa nova via processual jamais poderá induzir redução do prazo prescricional do direito material envolvido. Ademais, o surgimento de uma nova regra de direito processual não tem o condão de influenciar as regras de direito material.

Nessa ordem de ideias, não há como aceitar que um direito, que exercido individualmente tem um prazo prescricional de 20 anos, ao ser tutelado coletivamente sofra drástica redução e passe a prescrever em apenas 05 anos.

Evidentemente, não foi esse o intuito do legislador, tampouco pode ser o resultado alcançado pelo intérprete na exegese da sistemática de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos.

A conclusão do seu voto-vista foi a de que “ao titular de direito individual homogêneo tutelado coletivamente deve ser assegurado, para a execução individual da respectiva sentença, o mesmo prazo prescricional da ação individual cabível para defesa autônoma da pretensão de direito material.”

Ao final do julgamento, a maioria acompanhou o relator, misturando a técnica processual coletiva com os prazos prescricionais, de modo a ser consolidada, no âmbito da Justiça Comum, a ideia de que o prazo para a ação condenatória e o prazo para a liquidação e execução das sentenças coletivas genéricas é o uniforme de 05 (cinco) anos, independentemente de qual a natureza jurídica do direito material tutelado.

Poucos anos depois, apenas para fixar entendimento complementar, a Corte, no julgamento do Tema Repetitivo n. 877⁶³, definiu que o início do prazo prescricional de cinco anos, para que os beneficiários da sentença coletiva genérica deem partida nas liquidações e execuções individuais, ocorre com o trânsito em julgado da ação coletiva de conhecimento, independente da publicação de edital em órgão oficial ou nos meios de comunicação dos órgãos de defesa dos consumidores.

Em nossa compreensão, o erro originário do Superior Tribunal de Justiça foi o de misturar o direito material e os seus respectivos prazos de prescrição, com a técnica processual utilizada para defendê-lo em juízo, que é questão afeita ao direito processual.

Deveras, o CPC, com os seus procedimentos ordinário, sumário e especiais, além das leis esparsas que fixam procedimentos diferenciados, não têm previsão de prazos de prescrição, pela singela razão de que diversos direitos materiais podem ser trazidos ao Poder Judiciário por intermédio destes veículos processuais. Seria, igualmente, atécnico e ilógico, afirmar que em todo CPC não há nenhum prazo de prescrição enunciado, para justificar que fosse buscado, por analogia, em outro diploma, um suposto prazo uniforme para as ações individuais distribuídas, independente do direito material tutelado.

63 STJ – 1ª Seção – REsp n. 1.388.000 – Red. p/ ac. Min. Og Fernandes – DJe 12.04.2016.

Na verdade, pela via da ação individual, por exemplo, tanto pode vir uma demanda de responsabilidade civil, quanto uma pretensão de cobrança de honorários por profissionais liberais, cujas prescrições, que tem prazos diferentes, estão previstas no art. 206 do Código Civil, e não no diploma de direito processual, por evidente.

Se estas mesmas pretensões, tendo origem comum, por isto sendo admitidas como atreladas à direitos individuais homogêneos, vierem à juízo defendidas por meio de uma ação coletiva, em nada alterará o prazo de prescrição incidente, que continuará sendo o mesmo do art. 206 do CC, na medida em que a técnica processual alternativa utilizada, se foi a coletiva ou uma ação individual, não muda a origem do direito material.

Bem por isso que, evidentemente, não há previsão de prazos de prescrição na LACP, enquanto mera técnica processual para a defesa coletiva em juízo das diversas espécies de direitos transindividuais. O rol de direitos materiais defensáveis em juízo pela via da ação civil pública é amplo, de modo que esta ampla gama de interesses tem prazos de prescrição distintos, previstos em diversos diplomas de direito material.

Porém, o STJ caiu na armadilha de, a pretexto de uma falsa omissão da LACP quanto ao prazo de prescrição, avançar para colmatar a “lacuna”, aplicando, por analogia, o prazo de cinco anos do art. 21 da LAP, que é de 1965, na época em que, ainda, era confundida a prescrição com o direito de ação processual, resultado da teoria imanentista do direito de ação, que seria mera projeção do direito material. A propósito da mistura conceitual da época, o texto do citado dispositivo diz: “A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”, quando, hoje, é pacífico que o direito de ação não prescreve, pois é constitucional, independente, autônomo, público e abstrato.

A ação popular foi criada para permitir que qualquer cidadão pudesse pleitear a “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos” ao patrimônio público (art. 1º da LAP), quando, atualmente, o amadurecimento da dogmática jurídica concluiu que as pretensões meramente declaratórias são imprescritíveis e a desconstituição de atos está sujeita à prazo decadencial, nada tendo que ver, de partida, com prazo de prescrição, já que a pretensão não é condenatória, muito menos se deve misturar a prescrição com o direito de ação, de natureza constitucional, abstrata e independente.

Quando, ainda, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça vai à antiga lei de 1965, a pretexto de colmatar um lacuna (artificial), acaba por dar sobrevida e ampliar uma noção equivocada e já ultrapassada quanto ao instituto, aplicando-o para as hipóteses que não guardam relação direta, como a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Sérgio Cruz Arenhart, ao apontar o equívoco das decisões do STJ, também tocou no ponto que o prazo do art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) sequer é um prazo de prescrição propriamente dito. Nenhuma ação específica, muito menos uma espécie de procedimento específico, estaria sujeita a qualquer prazo prescricional. “Sendo assim, porque o prazo em questão não é um prazo prescricional, seria ilógico pretender aplicá-lo por analogia, como uma regra geral de prescrição para o sistema de processos coletivos.”⁶⁴

De sua parte, Cristiane Nardi e Thaís Amoroso Paschoal Lunardi, apontando o retrocesso social e a ofensa aos direitos fundamentais dos cidadãos, classificam como “inaceitável a utilização deturpada dos instrumentos normativos e dos meios de interpretação e integração das normas”, para a defesa de interesses sequer elencados na Constituição, como a proteção do sistema econômico, um dos argumentos levantados na primeira decisão da 2ª Seção do STJ para adotar o prazo reduzido da lei de ação popular.⁶⁵

Pacificada a posição no âmbito do STJ, ainda que equivocada em nosso sentir e de parcela de renomada doutrina, do outro lado da rua, o TST renunciou à sua autonomia constitucional para interpretar o direito material e processual do trabalho, quando resolve adotar a solução equivocada do STJ, quanto ao prazo uniforme de cinco anos, para as liquidações e execuções individuais das sentenças coletivas genéricas, independente do direito material reconhecido e dos contratos de trabalho dos substituídos estarem ativos ou já extintos quando do ajuizamento da ação coletiva.

Embora houvesse alguma divergência entre as turmas do TST, a questão foi levada à SDI-1, quem tem, regimentalmente, a função de

64 ARENHART, Sérgio Cruz. O regime da prescrição em ações coletivas. Disponível em: <https://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescricao_em_acoes_coletivas>. Acesso em: 21 ago. 2024.

65 NARDI, Cristiane; LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. A decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o prazo prescricional quinquenal na ação civil pública: a análise de um caso concreto. *Revista Percurso Unicuritiba*, vol. 2, n. 42, p. 188-221, abr.-jun. 2022.

pacificar a divergência interna do tribunal. Por ocasião do julgamento, que ocorreu no ano de 2021, a Corte Especializada acolheu a mesma tese do STJ, de suposta aplicação analógica do prazo quinquenal do art. 21 da Lei de Ação Popular. Eis a ementa do julgado paradigma:

EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL MANTIDA PELA C. TURMA. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI DE AÇÃO POPULAR. Os direitos difusos e coletivos dos trabalhadores se submetem à prescrição quinquenal prevista no art. 21 da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), aplicável analogicamente à Ação Civil Pública. Precedentes do STJ. Como no caso o Ministério Público do Trabalho teve ciência dos fatos alegados - conduta antissindical - em junho de 2009, ajuizando, porém, a presente Ação Civil Pública somente em julho de 2014, quando já escoado o aludido prazo prescricional, não há como reformar a v. decisão que extinguiu o processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, II, do NCPC. Embargos conhecidos e desprovidos.⁶⁶

O equívoco desta posição aflora com a apresentação de singelos exemplos.

O prazo prescricional para a pretensão condenatória de direitos trabalhistas em sentido estrito, como já visto no tópico antecedente, é o de cinco anos, ressalvados os dois anos, caso o contrato de trabalho já tenha sido extinto, em linha com o art. 7º, XXIX, da Constituição e art. 11 da CLT.

Logo, no caso de dispensa imotivada, sem a quitação da indenização de 40% do FGTS, o trabalhador tem o prazo de dois anos para exercer a pretensão, ajuizando a respectiva ação condenatória cognitiva. Porém, se esta mesma dispensa ocorreu no bojo de uma dispensa em massa, decorrente de ato único do empregador, que sonegou o direito de todo um grupo de trabalhadores, poderá ser perseguido o depósito da indenização por meio de uma ação civil coletiva, cujo prazo de prescrição segue sendo o de dois anos.

Transitada em julgado a sentença coletiva genérica, o prazo de prescrição da pretensão executiva, para que os beneficiários distribuam as

66 TST – SDI1- E-ED-RR n. 002302-73.2014.5.17.0014 – Rel. Min. Aloysio Correa da Veiga – DEJT 14.05.2021.

suas liquidações e execuções individuais é o mesmo de dois anos, na linha da Súmula n. 150 do STF, assim como será o mesmo o prazo da prescrição intercorrente, conforme o art. 206-A do CC, caso ocorra o fato jurídico suficiente para o seu início no curso da fase de execução.

Neste exemplo citado, não faz qualquer sentido a compreensão majoritária do TST, de que o prazo para início da liquidação e execução da sentença coletiva – chamada impropriamente de “cumprimento de sentença” – é o universal de cinco anos, quando o prazo da prescrição da pretensão condenatória é o de dois anos.

A jurisprudência do TST caminhou no mesmo sentido do STJ, de que o marco inicial para a contagem do prazo de prescrição da pretensão executiva é o do trânsito em julgado, porém passou a decidir que o prazo era o de cinco anos, do art. 7º, XXIX, da Constituição e art. 11 da CLT, para que os beneficiários da sentença genérica pudessem distribuir as suas execuções individuais.⁶⁷

As decisões recentes seguem afirmando que “a jurisprudência amplamente majoritária desta Corte é firme no sentido de que o prazo prescricional para execução individual de sentença coletiva é quinquenal e deve ser contado a partir da data do trânsito em julgado do título executivo judicial.”⁶⁸

Esta posição majoritária da Corte trabalhista merece críticas, na medida em que, como já dito e repetido alhures, nem todas as pretensões de direito material trazidas por meio de uma ação coletiva, dentro da competência material da Justiça do Trabalho, defendem direitos trabalhistas em sentido estrito, bem por isto a prescrição trabalhista quinquenal, embora seja incidente na maior parte dos casos concretos, não será em todos.

Basta imaginar a ação coletiva ajuizada pela associação civil que representa os interesses dos familiares dos trabalhadores mortos em um grande acidente ambiental, como o que ocorreu com o rompimento das barragens no Estado de Minas Gerais no ano de 2019, cujo objeto seja o reconhecimento dos danos morais indiretos ou em ricochete dos familiares que foram atingidos (direitos individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos), caso em que a

67 Por todos: TST – 1ª Turma – RRAg n. 000343-33.2019.5.17.0001 – Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior – DEJT 14.03.2022, TST – RR n. 010682-18.2018.5.03.0020 - 5ª Turma – Rel. Min. Breno Medeiros - DEJT 20.08.2021 – TST – 6ª Turma – RR n. 010048-93.2020.5.03.0006 – Rel.ª Min.ª Katia Magalhaes Arruda - DEJT 26/11/2021 e TST – 8ª Turma – AIRR n. 000209-87.2019.5.12.0019 – Rel.ª Min.ª Delaide Alves Miranda Arantes – DEJT 23.08.2021.

68 TST – 1ª Turma – Ag-AIRR-100275-45.2020.5.01.0343 – Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior – DEJT 07.06.2024.

prescrição será a civil de três anos, do art. 206, § 3º, V, do CC, posição acolhida pela própria SDI-1 do TST⁶⁹, tanto para a pretensão condenatória, ou seja, o ajuizamento da ação individual ou coletiva, quanto para a pretensão executiva, para a propositura da liquidação e execução individual, após o trânsito em julgado da sentença coletiva genérica do art. 95 do CDC.

Uma decisão recente do TST, avançando para além da jurisprudência mais geral, foi direto ao ponto ao assentar “ser aplicável o prazo prescricional quinquenal para a execução individual de sentença proferida em ação coletiva a contar do seu trânsito em julgado nos casos em que o contrato de trabalho, na época da execução, esteja em vigor (hipótese dos autos), e a prescrição bienal para os contratos de trabalho já extintos.”⁷⁰

Esta citada decisão talvez seja a ponta de esperança de que o tema ainda possa despertar reflexões no âmbito do TST, para que este tribunal reafirme a sua independência e deixe de seguir a equivocada jurisprudência do STJ, no qual, parece-nos, encontrar-se mais cristalizada, já que formada em julgados da 2ª Seção e da Corte Especial, inclusive sob o rito dos recursos repetitivos, que têm natureza jurídica de precedente obrigatório, e por cuidar de matéria infraconstitucional, insuscetível, ao menos em abstrato, de revisão perante o STF.

Conclusões

A prescrição é instituto de direito material que não se confunde com o direito de ação processual, o qual é constitucional, abstrato e autônomo, de modo que os prazos prescricionais previstos nas legislações de direito material, que estabelecem as relações jurídicas, os direitos subjetivos e os deveres jurídicos, são os mesmos a serem observados em quaisquer das modalidades de ações ou de procedimentos que os titulares dos direitos se valem para vir ao Poder Judiciário pedir a condenação.

Os direitos individuais, quando têm origem comum, foram eleitos pela lei como possíveis de defesa em juízo tanto pela via individual, quanto coletiva, classificados como individuais homogêneos, de modo que o prazo de prescrição é o mesmo, que será observado pelo juiz em ambos os gêneros

69 Posição acolhida, inclusive, pela SDI-1 do TST (Por todos: TST – SDI-1 – E-RR n. 000000-92.2013.5.03.0091 – Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa – DEJT 19.12.2018).

70 TST – 4ª Turma – RR n. 101003-56.2019.5.01.0041 – Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos – DEJT 10.02.2023.

processuais para a tutela dos direitos, de modo que se o prazo de prescrição previsto no direito material é de dois anos, este mesmo será o observado para a prescrição da pretensão condenatória, em ação individual ou coletiva, para a prescrição da pretensão executiva e a prescrição intercorrente.

Ocorre que o STJ e o TST, ainda, confundem os institutos, adotando a tese de que os prazos de prescrição seriam diferentes caso a mesma pretensão material viesse ao Poder Judiciário por meio de uma ação individual ou pela via da ação coletiva, adotando, quanto a esta, um ultrapassado, impróprio e atécnico prazo uniforme de cinco anos, que está previsto na Lei n. 4.717/1965, que regulamenta a ação popular, criada em um cenário no qual a ciência jurídica ainda confundia direito material com processo, o Código Civil era o de 1916, o CPC de 1939, a Constituição de 1946, sem a previsão de nenhum direito de natureza transindividual, que apenas foram positivados no Brasil a partir de 1977 e apenas consolidados pela Constituição de 1988 e o CDC de 1990.

Referências

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, vol. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

ARENHART, Sérgio Cruz. O regime da prescrição em ações coletivas. Disponível

em:<https://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescricao_em_acoes_coletivas>. Acesso em: 21 ago. 2024.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2014.

MOLINA, André Araújo. A prescrição das ações de responsabilidade civil na Justiça do Trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre, vol. 18, n. 217, p. 79-110, julho 2007.

—. A prescrição trabalhista: pretensões condenatória, executiva e intercorrente. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 44, n. 185, p. 21-55, janeiro 2018.

___. A perspectiva objetiva da prescrição intercorrente nas execuções fiscal, civil e trabalhista: a falta de bens penhoráveis como fato jurídico suficiente. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 49, n. 231, p. 75-100, set.-out. 2023.

___. Competência funcional e territorial na liquidação e execução das sentenças coletivas genéricas. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 55-69, set.-dez. 2023.

___. A natureza jurídica da liquidação e execução da sentença coletiva genérica na Justiça do Trabalho. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano 20, n. 119, p. 71-84, mar.-abr. 2024.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

NARDI, Cristiane; LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. A decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o prazo prescricional quinquenal na ação civil pública: a análise de um caso concreto. *Revista Percurso Unicuritiba*, vol. 2, n. 42, p. 188-221, abr.-jun. 2022.

NERY, JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Ação civil pública no processo trabalhista*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, vol. 6.

A perícia médica previdenciária enquanto instrumento de controle da cidadania

Andréa Suelen Maciel⁷¹

71 Advogada, Mestra no Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional e de Sistemas Produtivos (PPGDRS) da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), andrea.adv.rr@outlook.com e (67) 99634-6993.

Resumo: O artigo apresentado trata da estrutura da seguridade social no Brasil, por meio da análise legislativa e histórica através na metodologia bibliográfica nas intenções de esclarecer o tema da perícia medica previdenciária enquanto instrumento de controle da cidadania. Temos como objetivo tratar dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por incapacidade, benefícios esses que são obrigatórios o parecer técnico de um *expert* médico previdenciário para sua concessão, entre outros requisitos contributivos necessários ao segurado. Faremos isso por meio de um breve histórico legislativo sobre a constituição da seguridade social no Brasil, com análise do benefício por incapacidade e trazendo algumas mudanças necessárias para o alcance da cidadania por meio da crítica sobre a perícia medica previdenciária como é tida, passamos pela breve análise da reforma previdenciária no Brasil e concluímos pelo caráter regulador da atividade pericial no sistema previdenciário que desumaniza a profissão do considerado *expert* nos cuidados humanos, de forma que tem se convertido enquanto um instrumento burocrático para negar o direito à seguridade social.

Palavras-chave: Seguridade Social; Pericia Medica; Cidadania.

Abstract: The article presented deals with the structure of social security in Brazil, through legislative and historical analysis through bibliographic methodology with the intention of clarifying the issue of social security medical expertise as an instrument of citizenship control. Our objective is to deal with sickness benefits and disability retirement benefits, benefits for which the technical opinion of a social security specialist doctor is mandatory for their granting, among other contributory requirements necessary for the insured person. We will do this through a brief legislative history on the constitution of social security in Brazil, analyzing the disability benefit and bringing some changes to the scope of citizenship through criticism of the social security medical expertise as it is considered, published in a brief analysis the social security reform in Brazil and we conclude that the regulatory nature of expert activity in the social security system dehumanizes the profession of those considered specialists in human care, so that it has become a bureaucratic instrument to deny the right to social security.

Keyword: Social Security; Medical Expertise; Citizenship.

Introdução

A Constituição Federal brasileira de 1988 definiu em seu texto a política de seguridade social com objetivo de assegurar os direitos relativos a Saúde, Assistência Social e a Previdência Social. Com essas definições foi estabelecido, posteriormente, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que é uma autarquia vinculada atualmente ao Ministério da Economia, e é responsável pelo pagamento dos benefícios aos segurados.

O estudo dos benefícios previdenciários tem sido amplamente debatido em diversas áreas como o direito, sociologia, saúde entre outros. Questões que se referem as incapacidades laborativas que incidem em nossa sociedade e a metodologia utilizada para acesso aos direitos sociais ao trabalhador nos auxiliam a compreender melhor a construção das políticas públicas e a refletir se sua implementação tem reduzido as desigualdades sociais.

O artigo apresentado trata da estrutura da seguridade social no Brasil e como esse foi tomando formas para cumprir a constituição e dar acesso a dignidade e subsistência a cidadãos em momentos de vulnerabilidade. Temos como objetivo tratar dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por incapacidade, benefícios esses que são obrigatórios o parecer técnico de um *expert* médico previdenciário para sua concessão, entre outros requisitos contributivos necessários ao segurado.

O acesso aos benefícios da previdência inclui somente aqueles que contribuem de forma compulsória ou voluntária a ela, que assegura as aposentadorias, auxílios-doença, pensões entre outros. Ao tratar de recebimentos de remuneração quando o segurado encontra com necessidades devido a patologias, surge então mais uma condição para concessão de benefício: a necessidade da perícia médica, uma avaliação indispensável e decisiva para a concessão ou não do acesso ao benefício, no qual um médico funcionário do INSS reconhece ou não a incapacidade para o trabalho.

A obrigatoriedade de perícia para confirmar o estado de saúde do segurado e permitir acesso aos seus direitos sociais, faz emergir a figura do especialista (perito) médico, uma profissão que passa a ter algumas práticas específicas para o desenvolvimento de sua função enquanto agente do estado.

A primeira aproximação que tive com a matéria se deu no âmbito da advocacia, no qual a atender diversos segurados que reclamavam que seus benefícios haviam sido negados após a perícia administrativa,

mesmo com a apresentação de vários exames que comprovariam a veracidade das doenças relatadas. Representantes do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e médicos peritos alegavam que estas pessoas não teriam direito aos benefícios solicitados, isto porque, segundo os médicos, suas doenças não seriam incapacitantes.

Os fatos relatados suscitaram questões como: quais critérios são avaliados nessas avaliações? O que influencia tais decisões mesmo com exames e laudos de outros médicos afirmando ao contrário? Este artigo busca analisar essas contradições vivenciadas no âmbito previdenciário no Brasil, a partir do entendimento da própria Instituição INSS, suas normativas e seus funcionários, em especial a figura do perito essencial para compreensão dos fatores envolvidos na concessão de benefícios para incapacitados.

Breve histórico da Constituição da Seguridade Social no Brasil

O surgimento da previdência social no Brasil iniciou a partir de 1821, com um decreto que institui a aposentadoria aos mestres e professores após 30 anos de serviço. Posteriormente, em 1888, foram criadas a Caixa de Socorros para que os trabalhadores das estradas de ferro, que era de propriedade do Estado, através da Lei 3.397 e o Decreto 9.912-A que previa a aposentadoria para funcionários dos Correios após 30 anos de serviço e 60 de idade (Grafulha Junior, Costa, 2016, p.60). Esses podem ser considerados os primeiros passos da longa caminhada que foi a instituição dos direitos previdenciários que temos hoje no Brasil.

Analisar a seguridade no Brasil, com foco principal na previdência social, por meio da perspectiva história, permite que se acompanhe as mudanças da noção de seguridade social e do papel do Estado que, influenciado pelo contexto político, passou a cada vez mais se colocar como provedor da seguridade. Não é foco desse artigo analisar detalhadamente as características de cada projeto político-ideológico dos governos, mas sim compreender o percurso das políticas previdenciárias e assistenciais de forma sucinta.

No âmbito constitucional, o que conhecemos hoje por Previdência Social surge em 1891, no qual foi concedido a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos que ficassem incapacitados a serviço da nação, ressaltando que neste momento não havia o pagamento de contribuição previdenciária (Grafulha Junior, Costa, 2016, p.61).

Já em 1982, com a lei 217 foi instituído a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte aos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro. E em 1911, com o Decreto 9.284 criou-se a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Operários da Casa da Moeda (Grafulha Junior, Costa, 2016, p.61). A partir de então inicia a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões em diversos setores, mas sempre associadas a categorias com grande contingente de trabalhadores.

Com o Decreto 9.517, em 1912, foi criado a Caixa de Pensões e Empréstimos para os Capatazias da Alfandega do Rio de Janeiro, e com a edição da lei 3.724, em 1919, institui-se o seguro de acidente de trabalho para todas as categorias, a cargo das empresas (Grafulha Junior, Costa, 2016, p.61).

Foi com a ruptura do liberalismo vigente, o Estado passou a aumentar sua intervenção no âmbito da previdência, é a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões foi um marco para o auxílio de determinadas categorias profissionais. Cabe ressaltar que nesse período não ocorria ainda uma participação ativa do Estado, apenas o controle a distância dos conflitos administrativos. (Matos, 2016, p.41)

A Previdência Social no Brasil começa a se estruturar então, com a Lei Eloy Chaves, no ano de 1923, por meio do Decreto-Lei 4.682, que cria a Caixa de Aposentadorias e Pensões para os Ferroviários, mantidas pelas empresas, salientando que essa era uma categoria muito forte e numerosa no período. Diversos autores consideram esse fato um marco no sistema previdenciário. Ademais, até aquele momento as caixas eram administradas pelas empresas privadas, e cabia ao poder público apenas a regulamentação e supervisão das atividades (Grafulha Junior, Costa, 2016, p. 61).

A Lei Eloy Chaves foi posteriormente estendida aos portuários marítimos (1926), trabalhadores telegráficos e radiotelegráficos (1928 com as Leis 5.109 e 5.485) e posteriormente aos demais trabalhadores dos serviços públicos concedidos ou explorados pelo Poder Público (Decreto 20.465 em 1931) (Grafulha Junior, Costa, 2016, p. 61). Foi em 1933, com o Decreto 22.872 que se criou o Instituto de Previdência dos Marítimos (IAPM), no qual é considerada a primeira previdência pública do Brasil, por ser ela gerida pela administração pública.

Ainda nesse período havia grandes debates e teóricos se posicionavam questionando a assistência médica, defendendo que a

Previdência não deveria incluir assistência, mas somente benefícios como aposentadorias e pensões. (Matos, 2016, p.42)

Já no ano de 1934 se modificou o custeio da Previdência, no qual passou a exigir contribuições do Poder Público, dos trabalhadores e das empresas, alterando-se o projeto de assistência social para o seguro social e incluindo a expressão Previdência a partir de então. (Grafulha Junior, Costa, 2016, p.62).

Com a Lei 3.807/1960 foi unificado o plano de benefícios de todos os institutos que havia até o momento, e auxiliou na criação, após sete anos, do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), inovando no seguro acidente de trabalho para a Previdência Pública. (Grafulha Junior, Costa, 2016, p. 62). Foi nesse momento que as características previdenciárias começam a criar os contornos conhecidos atualmente, ampliando direitos e amparos aos segurados.

Há um consenso na literatura que as maiores expansões no setor previdenciário brasileiro ocorreram no período conhecido como “Era Vargas”, iniciado em 1930 com o regime Estado Novo. Mesmo que a unificação da Previdência tenha ocorrido durante a ditadura militar, a base da legislação trabalhista foi desenvolvida neste período, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que fundamentou o entendimento dos direitos sociais no Brasil. (Matos, 2016, p. 42)

Outras conquistas que podemos destacar foi a inclusão dos trabalhadores rurais ao regime previdenciário (1971) e a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (1977). Por fim a Constituição Federal de 1988 traz o conceito de Seguridade Social, sendo um sistema de proteção social que é constituída pela Saúde (não contributiva e de feição universal), a Previdência (contributiva e sinônimo de seguro social) e a Assistência (não contributiva e alcançada somente a quem dela necessitar). (Grafulha Junior, Costa, 2016, p. 62).

Diante desse histórico, fica nítido que com o tempo o Estado tomou para si a responsabilidade de gerir o sistema previdenciário, cabendo a ele, dentre diversas responsabilidades, prestar auxílio ao trabalhador que necessite de remuneração devido a algum acidente que incida em perda da capacidade laboral, seja ela temporária ou permanente.

Com a consolidação da Previdência Social, dentre suas mais importantes funções coube a ela assegurar os contribuintes em caso de eventos que acarretem em sua vulnerabilidade, seja acidentes ou doenças,

como no caso do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, e é sobre essa modalidade de benefício que nos deteremos a partir de então.

Os Benefícios por Incapacidade

Para situar melhor as funções aqui trazidas para análise cabem ressaltar os benefícios por incapacidade oferecidos atualmente pelo Instituto Nacional de Seguridade Social. Essa modalidade de benefício é concedida aos segurados da Previdência Social que apresentam incapacidades, limitações ou restrições em exercer suas atividades laborativas ou habituais, sendo ele uma forma de garantir sua própria subsistência.

Para adquirir tais benefícios o segurado deverá entrar com o pedido junto ao Instituto Nacional do Seguro Social que após solicitação será marcado uma perícia médica realizada por um profissional do próprio INSS, para avaliar a patologia apresentada e a respectiva incapacidade para o seu trabalho.

Temos atualmente três tipos de benefícios relativos ao grau de incapacidade (parcial ou total) e a duração (temporária ou permanente) que o segurado poderá receber, são eles: auxílio doença, auxílio acidente e aposentadoria por invalidez.

O auxílio doença tem um caráter provisório, que poderá ser transformado em aposentadoria por invalidez definitiva ou em auxílio acidente, a depender da doença e da lesão. Sua concessão requer que o segurado apresente uma incapacidade total e temporária para realização de suas atividades por mais de quinze dias consecutivos. Tal benefício tem um cunho alimentício, é pode ser negado caso o segurado já seja portador da doença ou lesão invocada anteriormente a sua filiação ao Regime Geral de Previdência Social. Essa modalidade de benefício é prevista nos artigos 59 a 64 da Lei 8.213/91 c.c artigo 201, I da Constituição Federal de 1988 e c.c. artigos, 71 a 80 do Decreto 33.048/99.

Já a aposentadoria por invalidez é um benefício previdenciário concedido ao segurado que for considerado incapaz, de forma total e permanente, de exercer suas atividades ou qualquer outro tipo de trabalho que lhe garantia a sobrevivência. Sua previsão se encontra nos artigos 42 a 47 da lei 8.213/91 c.c artigo 201, I da Constituição Federal de 1988 c.c artigos 43 a 50 do Decreto 3.048/99.

O auxílio acidente tem um caráter indenizatório, quando o segurado apresenta uma doença ou lesão que o incapacite parcialmente e permanentemente resultando sequelas que impliquem na redução da capacidade para as atividades laborais ou habituais. Essa modalidade de benefício é disciplinada no artigo 86 da Lei 8.213/91 c.c artigo 104 do Decreto 3.048/99.

Para acesso aos benefícios por incapacidade, além do laudo pericial do INSS é necessário uma carência de um ano de contribuições e qualidade de segurado, contudo esses requisitos obrigatórios passam a dificultar o acesso ao direitos fundamentais previsto em constituição, marginalizando cidadãos que necessitam de auxílio em momento de vulnerabilidade, assunto esse que trataremos a seguir.

Mudanças Necessárias e o Alcance da Cidadania

Entre os direitos fundamentais da República Federativa do Brasil temos a cidadania, no entanto, as diferentes concepções sobre a cidadania foram desenvolvidas juntamente com o papel do Estado, no passar dos anos, considerando as políticas públicas que emergiram no processo de prover os mais necessitados.

Para abarcar a sociedade e suas diferentes necessidades resolveu-se separar a assistência social, direcionada aos mais necessitados é não requisitado contribuições ou carências, e a previdência social, que promove seguridade apenas aos contribuintes em momentos de necessidade.

A obrigatoriedade da carência de contribuições é apenas um dos fatores para pleitear o benefício por incapacidade, também se faz necessário o laudo do perito médico para avaliar se o segurado faz jus ao benefício solicitado.

A regulação ocupacional foi a estratégia selecionada pela elite dirigente no pós- [19]30 para reorganizar a esfera da acumulação como prévia condição de políticas sociais de natureza preventiva, compensatória ou social *stricto sensu*. A extensão da cidadania ocorreu, pois, associada a um sistema de estratificação ocupacional definido por norma legal. Os direitos de cidadão circunscreveram-se ao âmbito daqueles que a lei vinculava a ocupações por ela reconhecidas e definidas, e o conceito de “cidadania regulada” precisamente descreve esse tipo de cidadania dependente de regulação ocupacional (COELHO, 1999, p. 19).

Diante de um diferente entendimento de cidadania para cada membro constitutivo da sociedade, o Estado passa a estabelecer a comprovação de qual necessidade se adequaria ao assistencialismo, no qual pessoas tem um reduzido valor com caráter alimentício, ou se o cidadão se enquadra nos que pagam ao Estado um valor suficiente para ser amparado pelo sistema previdenciário em momentos em que sua saúde o impede de prover sua subsistência. Essa necessidade de comprovação contributiva e de capacidade ou não laboral acaba por ser uma forma, muitas vezes, de retirar a dignidade de pessoas que trabalharam muitos anos informalmente ou tiveram ocupações não reconhecidas no rol da regulamentação previdenciária e encontram-se em vulnerabilidade.

Por meio do conceito de Seguridade Social, temos de um lado a Assistência Social, uma política pública desvinculada de contribuição previa a Previdência, ficando esse destinado aos não contribuintes, e a Previdência Social destinada aqueles que por meio do trabalho ou exercício remunerado destinam uma parte de seu salário mensalmente para ter acesso. (Matos, 2016, p.51).

Com essa separação se desenvolve noções diferenciadas do cidadão contributivo (que pode ser produtivo ou não) e de um cidadão não contribuinte, considerado vulnerável. Outra diferenciação é dada pelos valores, no qual o contribuinte que pode pagar mais recebe mais. Essas subdivisões gera uma cidadania diferenciada, no qual outorga direitos diferentes para categorias diferentes de pessoas (Matos, 2016, p.52).

Todas as mudanças ocorridas no passar dos anos com a implementação da previdência social e as políticas estatais de assistência passa a direcionar, cada vez mais, a distribuição de benefícios ampliando os critérios de acesso, com o objetivo de selecionar, entre os contribuintes, quem seria merecedor dos benefícios oferecidos pelo Estado. (Matos, 2016, p. 52)

Com a alteração do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) para o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) também ocorre a mudança da delimitação do caráter securitário da Previdência, direcionando seu intuito a atuação através da administração dos benefícios (Matos, 2016, p.52)

Foi no início da década de 90 que se definiu os Regimes de Previdência Social, dentre os quais tem o Regime Geral (RGPS) de caráter obrigatório para contribuição e filiação. Apesar que a universalidade seja um dos princípios constitucionais do sistema de seguridade social, o acesso

universal fica imposto somente a saúde e assistência social, ficando o acesso a previdência apenas mediante contribuição, separando entre os que fazem jus à benefícios e os que não fazem (Matos, 2016, p.53).

Alguns especialistas consideram que os princípios garantidos constitucionalmente passaram a se dissolver com as diversas reformas e contrarreformas do Estado, desestruturando a seguridade social ao restringir o direito a previdência aos trabalhadores informais ou desempregados que passam a não contribuir mais, se constituindo em uma proteção restrita.

No entanto, para além da perícia, é preciso se enfatizar que na definição e distribuição dos benefícios da seguridade, e da seleção daqueles que terão direito a eles, outros critérios acabam sendo levados em consideração no processo de avaliação dos pedidos, critérios estes que também podem ser decisivos para a concessão ou indeferimento de determinados benefícios. Neste sentido, é necessário que se preencham todos os quesitos, dos quais a comprovação de incapacidade ou deficiência se constitui em apenas uma das partes. Para liberação do seguro auxílio-doença, por exemplo, o INSS verificará a “qualidade de segurado”, “tempo de contribuição” – mínimo de doze meses –, e do “período de carência”, ou seja, do número mínimo de contribuições anteriormente efetuadas à previdência para solicitação de benefícios, no caso do auxílio-doença, doze contribuições mensais. (Matos, 2016, p.56)

Essas divisões entre os que fariam jus ao benefício e os que, por não corresponder a apenas um requisito, deixam de ter direitos concedidos passam pela discussão de cidadania e de dignidade humana, direitos fundamentais garantidos por constituição.

E este tipo de moralidade de Estado, que associa contribuição, trabalho e produtividade à previdência, ou vulnerabilidade, necessidade e não produtividade à assistência, atravessa toda a discussão e os conflitos envolvendo a perícia médica. (Matos, 2016, p.52)

Os benefícios aqui tratados, relativos a incapacidades, são comprovados por exames apresentado pelos segurados, no momento da

solicitação, e também por meio da avaliação de seus corpos. Corpos esses que conferem o acesso a determinados direitos baseados em determinados tipos de cidadania, ou seja, com papel fundamental a perícia médica, ao efetuar avaliação sobre os corpos específicos, com vidas singulares, pondera as condições desse para as atividades laborais.

O corpo e seus impedimentos não podem ser considerados uma classificação neutra por parte do julgamento pericial, mas sim também um julgamento moral que combina ideais de normalidade e produtividade (Silva e Diniz, 2012, p.266).

Tal como nos casos aqui tratados, o reconhecimento de determinada cidadania e o acesso a determinadas políticas de seguridade envolvem diferentes critérios, dos quais a perícia se tornou a principal forma de avaliação do segurado.

Essas diretrizes periciais sofrem, no entanto, de algumas falhas importantes. Uma das características distintivas do perito médico em relação às demais especialidades médicas é o caráter burocrático de sua atividade, isto é, o perito desenvolve sua prática como representante do Estado cuja função é fornecer respostas (de natureza médica) para fins burocráticos. Os demais especialistas médicos, comumente, atuam visando à assistência médica, seja na diagnose, seja no tratamento.

Superficialmente, essa diferença possa parecer algo simples, mas nos propomos agora a refletir sobre o que o papel de um médico perito do Estado pode implicar em sua função enquanto um braço do controle do Estado sobre seus cidadãos.

A Perícia Médica Previdenciária

O surgimento da perícia médica enquanto uma prática de controle estatal, representa os mecanismos específicos enquanto reconhecimento e seleção dos que tem direito ao benefício pleiteado. A necessidade da avaliação pericial como critério determinante dá início ao debate moral e social em torno desta atividade, que passa a ser vista como um mecanismo de controle ao acesso aos benefícios e aos recursos públicos destinados ao sistema de seguridade

A avaliação da incapacidade laborativa para finalidades previdenciárias e de impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial, para fins de assistência social tem suas normas fundamentação em diversas leis (Lei 8.212/1991; 8.112/1990, 12.842/2013, 11.907/2009, 10.876/2004, 8.742/1993, 13.146/2015 e lei complementar 142/2013) e a aplicação pratica compete a esses profissionais peritos. Dentre suas funções temos, em especial, os incisos do artigo 2º da lei 10.876/2014, sendo essas:

- I - emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários;
- II - inspeção de ambientes de trabalho para fins previdenciários;
- III - caracterização de invalidez para benefícios previdenciários e assistenciais;
- IV - execução das demais atividades definidas em regulamento; e
- V - supervisão da perícia médica de que trata o § 5º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social. (INSS, 2018, p.18)

Atualmente, a perícia médica administrativa do INSS é agendada pelo próprio trabalhador, quando estiver incapaz de exercer seu trabalho. Em posse de seus exames e laudos é agendado um atendimento no qual o médico perito analisará a documentação e fará um breve exame, segundo as normas, a depender na especificidade do segurado. Ao considerar a patologia e a função que o segurado desenvolve, o perito determinará se este se encontra capaz ou incapaz, temporário ou definitivamente, para desenvolver sua atividade laboral. E é a partir desse laudo que a Previdência Social concederá ou não o benefício requerido.

Para ter acesso a tal benefício necessita que o perito reconheça a existência de doença e de suas implicações sobre a condição laborativa e durante a vigência legal entre o segurado e a Previdência Social.

Ocorre que a perícia médica administrativa tem uma grande limitação na análise da incapacidade e nos casos de benefícios como auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, pois o mínimo imprescindível deveria ser disponibilizado um médico que tenha domínio

sobre a patologia em discussão. Quando não cumprido tal requisito mínimo de idoneidade da prova técnica ela se torna apenas uma forma de furtrar o poder de decisão do órgão responsável.

Outra importante problemática ocorre, fundamentado no art. 2º da Resolução nº 1.488 do Conselho Federal de Medicina, compete ao médico estabelecer um nexos causal entre o estado de saúde do trabalhador e suas atividades, com lastro em exame clínico e complementares, o que não ocorre, compreendendo que o segurado já encontra-se em vulnerabilidade e por vezes não tem condições de fazer diversos exames. Comumente o perito acaba negando benefícios de segurados especialmente o auxílio doença e a aposentadoria por invalidez por não considerar comprovada a condição patológica do mesmo. (Grafulha Junior, Costa, 2016, p. 64)

Outro ponto que caberia ao perito verificar são as condições de trabalho do segurado, periciando o local em que esse desenvolve suas atividades, seja carregando pesos, subindo e descendo escadas ou com condições ergonômicas corretas entre diversos outros aspectos, algo que também não ocorre na maioria das vezes.

O que temos atualmente não passa de um sistema burocrático pelo qual, em dez minutos de consulta pode acabar com um laudo negando a incapacidade, por vezes com um texto padrão com poucas especificidades do segurado, e produzido por um perito médico que não recebe condições mínimas para fazer seu trabalho.

Nesse caso, caberia ao Estado oferecer melhores condições de trabalho aos servidores do INSS, treinamento adequado e uma internalização através dos seus instrumentos normativos de métodos periciais mais abrangentes e eficazes, pois não se pode perder de foco o que é prezado, o bem do segurado, lembrando que a função da Previdência Social garantir a dignidade daqueles que não conseguem pelo força do seu labor o seu sustento. (Grafulha Junior, Costa, 2016, p. 66)

Outro ponto comumente trazido as discussões acerca da perícia médica previdenciária e a compreensão do perito enquanto profissional do estado. O médico assistente, quando atende o seu paciente, estabelece uma relação que exige um mínimo de confiança entre as partes: do lado do médico pois deve assumir o relato do seu paciente como verdade, e do lado do paciente porque se sujeita a seguir as orientações desse profissional

determinado visando a ter sua saúde restituída. O médico assistente procura uma causa ou uma explicação para os sinais e sintomas apresentados pelo seu paciente, com vistas a oferecer-lhe um diagnóstico, um tratamento e um prognóstico (Biscaia, 2016, p. 183)

Já o médico perito previdenciário é um agente do estado e deve partir da avaliação se o que o segurado relata é verdade, buscando comprovação nos exames ou laudos trazidos por esses. Cabe ao médico perito utilizar sua *expertise* para evitar que fraudadores possam se beneficiar ilegitimamente de verbas públicas, considerando a previdência social como um banco no qual segurados procuram apenas para retirar dinheiro.

A analogia entre uma agência da previdência e uma agência bancária é bastante significativa da associação entre a busca por benefícios e o acesso a estes como um meio de renda, recorrente em grande parte das narrativas médicas a respeito da necessidade da perícia como meio de controle do acesso aos recursos públicos, e das justificativas morais em torno dessa prática, como forma de barrar a concessão indevida.

E, neste sentido, a perícia médica, cuja especialização seria reconhecer a incapacidade, torna-se “moralmente conflitiva”, tendo em vista que neste tipo de avaliação médica não existiria compromisso assistencial com a saúde do paciente. Seria neste deslocamento do fim assistencial da medicina que ocorreria a “operação de inclusão/exclusão realizada pelos peritos na tarefa de controle do acesso aos benefícios” (Melo, 2014, p.56).

Neste sentido, ao avaliarem, e também decidirem a respeito da existência (in)capacidade ou “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, os peritos médicos passam a atuar na seleção daqueles que teriam direito de acesso aos benefícios, promovendo uma triagem dos realmente considerados incapazes ou deficientes. (Matos, 2016, p. 62)

Neste sentido, os critérios de acesso à (determinada) cidadania e ao “mundo dos direitos” também estão relacionados ao número de provas documentadas que o “cidadão contribuinte” precisa reunir, seja da contribuição previdenciária, quando autônomo, da carteira de trabalho (assinada) como comprovante do exercício de determinada profissão e, portanto, de

contribuição; e, por parte do “cidadão necessitado”, de comprovantes de (baixa) renda e atestados médicos indicando determinada deficiência para o recebimento de benefícios assistenciais. Neste caso, a ciência, e os usos que se faz dela, acabaria se constituindo em apenas mais uma prova, dentre tantas outras, no processo de concessão (e recusa) de benefícios assistenciais e previdenciários. Porém, a reivindicação de legitimidade por parte dos médicos peritos como especialistas na verificação da “incapacidade laborativa”, sendo a estes, posteriormente, também delegada a responsabilidade pela avaliação médica para concessão do BPC, acabou tornando a perícia médica uma etapa decisiva deste processo, acarretando disputas e controvérsias entre os saberes médicos e jurídicos no que tange ao veredicto final (Matos, 2016, p.63)

No entanto, e ainda que as pessoas busquem reunir o maior número possível de documentos atestando suas enfermidades, é o perito médico quem decidirá se esta doença é, de fato, incapacitante ou acarreta os impedimentos para a atividade desenvolvida pelo segurado.

No processo que tornou a perícia uma carreira de Estado, a vinculação ao INSS acarretou o estabelecimento de um forte compromisso com a instituição. Esta vinculação passou a suscitar questionamentos em relação à verdadeira autonomia da atividade médica pericial, uma dimensão considerada no que tange ao pronunciamento em relação à concessão ou ao indeferimento de benefícios, uma vez que a instituição que administra e paga estes benefícios é a mesma que paga o salário dos peritos médicos.

Além de que em alguns anos vemos surgir reformas previdenciárias no qual os peritos médicos são incentivados a descobrir possíveis fraudadores por meio de avaliação inicial de concessão do benefício e reavaliação em casos considerados “suspeitos”, tema esse que procuraremos tratar no tópico seguinte.

Reformas Previdenciárias no Brasil

As constantes reformas ocorridas no Brasil após 2016, tanto no âmbito trabalhistas como previdenciário contribuíram para a

precarização das relações laborais e, conseqüentemente, diminuição dos recolhimentos previdenciários.

As instituições de revisões periódicas criaram um limbo no qual o segurado incapacitado não se encontra em gozo do benefício e tampouco pode exercer suas atividades devido ao seu estado de saúde.

Com a edição da MP 739, de 7 de julho de 2016, foi alterado as regras de obtenção dos benefícios por incapacidade aumentando o tempo de carência para reingresso no sistema para 12 meses de contribuição. Mesmo perdendo a vigência a medida foi reeditada em 2017 (MP767/2017) e convertida em lei nº 13.457/2017.

Outra problemática instituída com as reformas foi o estímulo da concessão de benefícios de incapacidade com previsão da alta programada, conforme a lei 8.213/91, no artigo 60:

Art.60: [...]§11. Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício. §12. Na ausência de fixação do prazo de que trata o §11, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contados da data da concessão ou de reativação, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação junto ao INSS, na forma do regulamento, observando o disposto no artigo 62. §13. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram a concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101.

A questão suscitada por tal previsão legal é, como o perito, por mais experiente que seja, conseguiria mensurar o prazo estimado para recuperação do segurado?

Com a instituição da Lei 13.457/17 o caráter vitalício se torna exclusivo apenas em duas hipóteses: com o benefício por incapacidade instituído há mais de 15 anos e que o segurado tenha mais de 55 anos de idade e a dos benefícios instituídos aos maiores de 60 anos de idade, conforme artigo 101.

Essas reformas tiveram inclusos os papéis do perito diretamente, no âmbito de incentivos remuneratório por metas par ao perito e premiação por produções, relacionados a alta programada e revisão periódica de benefícios por incapacidade. (Pancotti, Pancotti, 2017, p.293)

A reforma previdenciária mais recente e avassaladora, no que se refere aos direitos da previdência social se deu em 2019 com a Emenda Constitucional 109 com impacto para o Regime Geral da Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência Social, diminuindo o alcance aos direitos sociais representados pela Seguridade Social brasileira, com exigência de mais e mais tempo de contribuição e reduzindo o salário contribuição e o direito dos dependentes (no caso de pensões por morte por exemplo), ou seja a precarização do direito à seguridade social no Brasil.

A nova sistemática imposta pela proposta política atual no âmbito previdenciário apenas aumentou os fatores de desigualdade entre os cidadãos e o direito desses a dignidade o mínimo para sobrevivência.

Conclusão

A partir de um vasto conjunto normativo voltado para a preservação da ordem social, a previdência social, em especial, o seguro de incapacidade para o trabalho, apresenta contradições na atuação dos peritos médicos. O caráter regulador da atividade pericial no sistema previdenciário desumaniza a profissão do considerado *expert* nos cuidados humanos.

Mediante este instrumento que distingue os que tem daqueles que não tem direito a benefícios, o exame médico-pericial, procura alcançar um equilíbrio entre o sistema de verbas públicas e o direito a dignidade dos segurados em vulnerabilidade.

Em outros termos, a prática pericial previdenciária mostra sua face individualizadora e normativa ao transformar uma relação médico-paciente transformada pela situação de perícia.

Nesse campo transbordam controles burocráticos sobre a massa de concessões de benefícios; indeferimentos; processos administrativos de gestão das perícias; procedimentos de insatisfações com os resultados das perícias salientando as disfunções do sistema previdenciário.

Este artigo buscou, dentro das limitações, refletir sobre alguns elementos que possibilitem melhor compreender e abordar o trabalho

médico-pericial na Previdência Social. Para além das reflexões desta investigação, compreendemos ser necessário discutir o modelo de Previdência Social vigente, buscando modificar a superioridade de seus pressupostos econômico e a necessidade de reformas que priorizem a autonomia e a dignidade das pessoas, entre outros aspectos. A discussão do papel do Estado e como as instituições se divergiram de suas funções iniciais talvez seja uma das tarefas essenciais atualmente para que se busque um bem estar na dimensão coletiva.

Referência

BISCAIA, Leonardo. **O momento pericial: *ethos* pericial e disputas no campo previdenciário** – Tese de Doutorado em Sociologia, UFPR, Curitiba, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1999.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 2009.

BRASIL. **Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o §1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral da Previdência Social – RGPS. Brasília, 2013.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.457, de 26 de junho de 2017**. Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial; e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Brasília, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213/91, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, 1993.

BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, 1995.

BRASIL. **Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995.

BRASIL. **Medida Provisória nº 739, de 7 de julho de 2016.** Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Média em Benefícios por Incapacidade. Brasília, 2016.

BRASIL. **Medida Provisória nº 767, de 6 de janeiro de 2017.** Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e a Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Brasília, 2017.

BRASIL. Portaria Interministerial MPA S/MS nº 2.998, de 23 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/65/MPAS-MS/2001/2998.htm>> Acesso em 03 set. 2020.

COELHO, E.C. **As profissões imperiais: Medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro – 1822-1930.** Rio de Janeiro: Record. 1999

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.448/1998, de 11 de fevereiro de 1998. Dispõe de normas específicas para médicos que atendam o trabalhador. Disponível em: Acesso em 7 ago. 2020

DINIZ, Debora. SILVA, Janaína Lima Penalva da. **Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS.** Revista Katálysis, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 262-269, jul./dez. 2012.

GRAFULHA JUNIOR, Paulo Roberto A., COSTA, José Ricardo Caetano. **O Estado social e a perícia médica previdenciária como limitadora de direitos**

sociais: a necessidade de adoção de um modelo pericial complexo. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Curitiba, v. 2. p. 56-73, 2016.

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária**/Instituto Nacional do Seguro Social. – Brasília, 2018.

MATOS, Liziane Gonçalves de. **Como se decide a (in)capacidade e a deficiência?** Uma etnografia sobre moralidades e conflitos em torno da perícia médica previdenciária. Tese de Doutorado UFRGS. Porto Alegre. 2016.

MELO, Maria da Penha Pereira de. **Governo da população:** relação médico-paciente na perícia médica da previdência social. São Paulo. 2014. Acesso no dia 22/05/2020 em: <https://doi.org/10.1590/1807-57622014.0592>

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **A reforma trabalhista e seus reflexos no limbo previdenciário.** In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 8ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2017). p. 276 – 294.

SIVEIRA, Mariana Garcia da. **(Des)necessidade da perícia médica no momento da concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade laboral.** TCC em Direito UFU. Acesso no dia 22/05/2020 em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/23477/1/%28Des%29necessidadePer%c3%adciaM%c3%a9dica.pdf>

WILD, Camila Lucia Dedivitis Tioosi. **Divergências entre a decisão pericial previdenciária em âmbito administrativo e judiciário.** Saúde, Ética & Justiça. 2014;19(2):60-6.

Trabalho e Ressocialização no Sistema Prisional em Mato Grosso do Sul e as Políticas Públicas Existentes durante a COVID-19

Andréa Suelen Maciel⁷²

72 Advogada, Mestra no Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional e de Sistemas Produtivos (PPGDRS) da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). E-mail: andrea.adv.rr@outlook.com e telefone: (67) 99634-6993.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo geral a refletir sobre o trabalho da pessoa presa no sistema penal do Mato Grosso do Sul, e como objetivo específico analisar a organização do sistema produtivo levando em consideração o fator humano e observar a relevância do trabalho na visão da legislação nacional por meio de um mapeamento das principais políticas públicas existentes. É uma pesquisa feita por meio de análise quantitativa documental (leis, normativas, dados oficiais) que apresentam dados do sistema penal de Mato Grosso do Sul como indicativos de trabalho e parcerias entre a administração pública e empresas, tanto públicas como privadas. Concluimos que essas parcerias são positivas e indicam um benefício, tanto às pessoas apenadas como ao Estado e à sociedade, a exemplo a produção de equipamentos diversos que foram diretamente utilizados no combate à crise pandêmica.

Palavras-chave: Trabalho. Sistema Prisional. Políticas Públicas.

Abstract: The general objective of this article is to reflect on the work of people imprisoned in the criminal system of Mato Grosso do Sul, and as a specific objective to analyze the organization of the production system taking into account the human factor and observe the relevance of work in the view of legislation. national level through a mapping of the main existing public policies. It is a research carried out through quantitative documentary analysis (laws, regulations, official data) that presents data from the penal system of Mato Grosso do Sul as indicative of work and partnerships between public administration and companies, both public and private. We conclude that these partnerships are positive and indicate a benefit, both to the people in prison and to the State and society, for example the production of various equipment that was directly used to combat the pandemic crisis.

Keyword: Work. Prison System. Public Policies.

INTRODUÇÃO

Há várias formas de fomentar o trabalho humano nas organizações e entre os sistemas produtivos, esse artigo vai considerar três formas específicas, sendo sistema Taylorista, sistema Fordista e Sistema Toyotista e suas implicações para a vida do trabalhador.

O trabalho é eivado de importância em nossa sociedade, tanto é um autodeterminante pessoal como é um reconhecimento coletivo, de modo geral nossa sociedade regulamenta o trabalho e salienta a sua importância em diversas passagens da legislação pátria. O trabalho da pessoa presa no sistema prisional é dotado de mais duas atribuições, qual sejam, tanto o caráter reeducativo ou também chamada de pedagógica como também o caráter ressocializador da pena, logo a pessoa presa é reeducada para voltar para a sociedade de maneira inserida no meio laboral.⁷³

A pessoa reeducanda do sistema prisional deve ser remunerada com pelo menos 3/4 do salário mínimo e seu trabalho prestado nas instituições penais impacta de maneira positiva no cumprimento da pena, pois para cada três dias de trabalho pode reduzir um dia de sua pena.

Em Mato Grosso do Sul citamos a utilização de um incentivo governamental por meio da expedição do selo RESGATA, concedido à algumas empresas, públicas ou particulares que se inscrevem no edital próprio e cumprem com os requisitos da concessão do selo, tendo benefícios fiscais dentre outros.

As parcerias têm sido tão positivas que foram fundamentais na crise pandêmica dentro do estado de Mato Grosso do Sul, pois foi graças ao trabalho do sistema carcerário que os principais hospitais públicos foram abastecidos com diversos produtos confeccionados como equipamento de proteção individuais dos médicos e enfermeiros da linha de frente do combate ao COVID-19, produção de álcool em gel, dentre outros.

Antes de adentrarmos na realidade prisional de trabalho tentaremos compreender o sistema produtivo e a regulamentação e importância do trabalho em nossa sociedade para posteriormente refletirmos sobre o trabalho no sistema prisional.

Esta é uma pesquisa feita por meio de análise quantitativa documental (leis, normativas, dados oficiais), composta por seis divisões internas, sendo a introdução com breve explanação da ideia e sequencialmente o subitem 2 Sistema Produtivo e o Fatos Humano apresentando os principais sistemas de produção capitalistas, subitem 3 O Entendimento do Trabalho na Legislação Brasileira discorrendo sobre a importância do trabalho humano para a vida

73 OLTRAMARI e SANCHES. O trabalho do preso e sua remuneração: algumas considerações, inclusive no pertinente à realidade prisional gaúcha.

em sociedade e conceituando legalmente, subitem 4 O Selo RESGATA em Mato Grosso do Sul evidenciando uma parceria público-privada no cumprindo de penas, subitem 5 Trabalho Prisional em Mato Grosso do Sul expondo a produção desenfreada em EPIs e diversos materiais que foram produzidos pela mão-de-obra de pessoas apenas e que foi fundamental para suprir esses materiais durante a pandemia mundial do COVID-19 em Mato Grosso do Sul, por fim a Conclusão evidenciando os ganhos pessoais e coletivos com a aplicação da laborterapia.

SISTEMAS PRODUTIVOS E O FATOR HUMANO

Quando estudamos os sistemas produtivos pensamos no ser humano e na sua interação na produção de bens e serviços assim como na gestão do tempo nas organizações de trabalho e de como os sistemas produtivos impactam na vida humana em sociedade sendo ele capaz de influir nas políticas públicas e estruturalmente na vida social e por consequente no desenvolvimento de determinado local ou região.

Organizações do trabalho aliada aos sistemas de produção se deram a partir da revolução industrial do século XVIII em diante, submetida ao modo de produção capitalista e como um método de controle social, político e econômico da classe trabalhadora que passa a ser submetida a esse modo de produção e organização basicamente em troca da remuneração que garanta a subsistência familiar.⁷⁴

Um fato importante nos sistemas produtivos é a cultura organizacional que apresenta sucesso com as formas de produção enxuta, pois apresentam vantagens quanto ao aproveitamento máximo da mão de obra, assim como vantagens comparativas.⁷⁵

A expressão dessa cultura vai de encontro com as formas de organizar o trabalho se pensarmos num recorte temporal no século XX, encontramos três formas de organizar o trabalho de forma sistemática, quais sejam: sistema Taylor, sistema Ford e sistema Toyotista. Essas formas de organização do trabalho são modelos utilizados para gerir as empresas de

74 PINTO e LOIOLA. Comportamento das firmas em redes de produção. p. 19.

75 GLASER-SEGURA; PEINADO e GRAEML. Fatores influenciadores do sucesso da adoção da produção enxuta: uma análise da indústria de três países de economia emergente.

modo a diminuir os custos operacionais da produção e dos preços dos produtos na escala final da produção.⁷⁶

Sendo o sistema Taylor conhecido pela otimização do tempo gasto com a produção, especialização da mão de obra, padronização da produção e uso de cronômetros nas fabricas para aferição do tempo real gasto com a produção. No sistema Ford a produção era padronizada e utilizado o meio de produção em larga escala com utilização de esteiras e objetivando a produção em massa para conseqüente consumo em massa. No sistema Toyotista houve uma diversificação na produção com a distribuição de várias tarefas ao mesmo empregado assim como um meio de organização por células de produção com a subdivisão de grupos produtivos e o controle de atividades e fiscalização do trabalho, dividido entre a gerencia e o grupo produtivo, logo um trabalhador que produza menos está prejudicando o seu grupo produtivo composto por outros trabalhadores e assim há um controle tanto pelos seus pares como pelos gerentes de produção de forma mais direta e eficaz.⁷⁷

Importante destacar que esses sistemas de produção não são opostos, mas complementares na forma de organizar o trabalho humano e objetivam a diminuição dos custos na produção, redução do tempo despendido para a produção de bens e serviços e todos de maneira gradual acarretam uma sobrecarga ao trabalhador, considerado enquanto “fator humano” na produção, sem uma correspondente remuneração pelo tempo de vida empenhados nas fabricas, longe de suas famílias, aos custos da sua saúde e juventude e em prol do enriquecimento dos donos dos meios de produção, que visam apenas o lucro e o acúmulo de capital.⁷⁸

Mas conforme foram surgindo os sistemas de produção organizativo, conseqüentemente pela redução dos custos na produção e pelo menor tempo dispendido, foram gerando demissões em massa de trabalhadores que foram julgados como “desnecessários” ou “sobressalientes” ao meio de produção, uma das maneiras que os trabalhadores se utilizaram e se utilizam para tentar resistir com o passar do tem foi a união por meio de sindicatos classistas e a deflagração de greves como meio de pressionar tanto os empregadores como o Estado por melhores condições de trabalho e leis mais garantistas.⁷⁹

76 PINTO e LOIOLA. Comportamento das firmas em redes de produção. p. 22.

77 Idem. p. 36-41 - 75

78 Idem. p. 88-89

79 PINTO e LOIOLA. Comportamento das firmas em redes de produção. p. 98-99.

Essa demanda por melhores condições de trabalho é intrínseca à classe trabalhadora e como observado nessas organizações dos sistemas produtivos há um ganho econômico direto ao empregador, e pelo meio de produção enxuta na aplicação prática é possível verificar efetivamente materiais e procedimentos de qualidade e segurança do trabalho, como utilização de equipamento de proteção individual (EPIs) que reduzem riscos da relação trabalhistas e acidentes do trabalho.⁸⁰

A relação trabalhista compõe os sistemas produtivos organizacionais na composição da construção da realidade social do empregado e do empregador, esses procedimentos são representados em diversos pontos de nossa cultura e influenciam nos desfechos políticos a exemplo dos filmes de *Tempos Modernos* de Charles Chaplin que explora na visão do trabalhador a aplicação prática dos sistemas de produção, no caso o Fordista.⁸¹

Aliado ao surgimento e evolução dos sistemas de produção temos os incentivos estatais para maior desenvolvimento de determinados locais ou região como investimentos em infraestrutura, incentivos fiscais para a abertura de empresas que contrata a mão de obra disponível da região e inovações tecnológicas por meio do incentivo e subsídio às pesquisas e produção científica.⁸²

Por todo o exposto conclui-se que os sistemas produtivos dessas organizações têm o trabalhador enquanto um “fator humano” que pode e deve ser o mais expropriado possível em favor das organizações. Logo apesar dos sistemas produtivos serem eficazes quanto ao aumento do número de produção não levam necessariamente a um desenvolvimento regional do local onde estão fixadas. Por desenvolvimento regional devemos levar em consideração além do crescimento econômico, o desenvolvimento dos atores locais, da qualidade de vida, dos níveis de emprego e das parcerias-público-privadas benéficas à sociedade, num desenvolvimento regional endógeno.⁸³

80 SAURIN, RIBEIRO e MARODIN. Identificação de oportunidades de pesquisa a partir de um levantamento da implantação da produção enxuta em empresas do Brasil e do exterior.

81 MORGAN. Imagens da Organização. p.115 a 144.

82 FOCHEZATTO. Desenvolvimento Regional: novas abordagens para novos paradigmas produtivos.

83 DALLABRIDA. GOVERNANÇA TERRITORIAL E DESENVOLVIMENTO: as experiências de descentralização político-administrativa no Brasil como exemplos de institucionalização de novas escalas territoriais de governança.

O ENTENDIMENTO DO TRABALHO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O trabalho está intrínseco à formação identitária da psique do indivíduo, seja de modo individual, seja de modo coletivo, em nossa sociedade nos identificamos por meio do nosso trabalho, pois é o nosso modo de existir, perante nós mesmo e perante os demais. É por meio do trabalho que contribuímos para as melhorias do coletivo, sustentamos nossas famílias e a nós mesmos. A importância do trabalho é afirmada em lutas de classe secularmente, a luta e a disputa pela sobrevivência civilizatória pós revolução industrial, seja entre o proletariado e os donos dos meios de produção, sejam por políticas públicas que reflitam em leis que garantam assistências e previdenciárias sociais adequadas, que sejam capazes de contemplar uma vida digna por meio de um sistema previdenciário eficaz e por meio de leis trabalhistas mais justas.⁸⁴

Desse modo o trabalho é tido com grande relevância a ponto que a ausência de um modo de trabalhar é também um deslocamento social que atinge fortemente as classes sociais mais pobre, a própria legislação penal brasileira fez vigorar a criminalização da chamada *vadiagem*,⁸⁵ que pune os indivíduos tidos como vadios ou mendigos.

Uma das principais normas jurídicas que regulamentam atualmente a relação de trabalho e emprego, seja no âmbito individual ou coletivo, é o decreto-lei 5.452 de 01 de maio de 1943 conhecida como consolidação das Lei do Trabalho ou apenas CLT, em seu interiores há a disposição do conceito entre empregador e empregado, sendo os primeiros quem basicamente emprega, assalaria, dirige a prestação pessoal do serviço e assume os riscos da atividade econômica, já os segundos têm necessariamente cinco requisitos cumprir deve ser pessoa física, que presta serviço de natureza não eventual, de modo pessoal subordinado ao empregador e mediante salário.⁸⁶

84 PINTO. G. A. A organização do trabalho no século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. p. 10.

85 Disposto na lei 3.688 de 03 de outubro de 1941, conhecida popularmente como lei das contravenções penais, artigo 14 e seguintes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 07/12/2021.

86 Artigos 2º e seguintes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 07/12/2021.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a relação de trabalho e os direitos dos trabalhadores ganharam o status de direitos humanos sociais expresso em texto constitucional compondo primordialmente um dos fundamentos do nosso estado democrático de direito enquanto República Federativa do Brasil no âmbito dos direitos sociais do trabalho, ao passo que traz os direitos mínimos dos trabalhadores sem a diferenciação se urbanos ou rurais e com as garantias mínimas como proteção à despedida arbitrária, direito ao seguro desemprego, direito ao fundo de garantia do tempo de serviço, salário mínimo capaz de atender dignamente às necessidades básicas dos trabalhadores e de seus familiares, irredutibilidade salarial, repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, máximo de horas trabalhadas semanalmente, férias acrescidas de um terço, decimo terceiro salário, licença paternidade e maternidade, adicional de remuneração por atividades penosas, insalubre ou perigosas, adicional noturno, dentre outros direitos.⁸⁷

Com o advento da lei 8.213 de 24 de julho de 1991, também conhecida como lei de planos de benefícios e previdência social, tivemos a criação e regulamentação de vários dispositivos que regulamentam o risco social, de modo que garante aos segurados da previdência social ou aos seus dependentes econômicos meios indispensáveis a manutenção da vida em sociedade em caso de incapacidade, velhice, desemprego involuntário, prisão ou morte.⁸⁸

Complementar em 1993 foi promulgada a atual lei de assistência social vigente no Brasil que dispõe sobre o dever do Estado e da sociedade na prestação ações de conjuntos integrados de ações efetivas garantidoras de mínimos existenciais dos cidadãos com atendimentos às necessidades básicas vitais com proteção à família (maternidade, infância, adolescência e velhice), redução de danos e prevenção de incidência de riscos sociais. Instrumentalizando por meio da promoção e da integração no mercado de trabalho para os que estejam aptos às atividades laborais, por meio também integração à comunidade das pessoas com deficiência. Garantindo o pagamento mensal no valor de um

87 Artigo 7º e seguintes da CF/1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07/12/2021.

88 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em 07/12/2021.

salário mínimo mensal à pessoa com deficiência ou à pessoa idosa que não possuir meios próprios ou familiares de promover a própria subsistência.⁸⁹

Nesse tocante a lei n. 7.210 conhecida como lei de execução penal dispõe sobre o trabalho do preso ou condenado enquanto um dever social e condição de dignidade humana com a finalidade educativa e produtiva devendo ser destinada a remuneração a indenização às vítimas do crime, à assistência familiar do preso, às suas despesas pessoais e ao ressarcimento do Estado quanto aos gastos com o cumprimento da pena. O trabalho do preso ou apenado em pena privativa de liberdade é tido como obrigatório, levando em consideração suas aptidões pessoais e profissionais. Há um benefício e incentivo ao preso que trabalha, pois o mesmo poderá diminuir de sua pena para cada três dias de trabalho, um dia de sua pena. Porém quanto à remuneração do preso ou apenado a legislação versa que essa remuneração não pode ser inferior à 3/4 do salário mínimo vigente.⁹⁰

Neste ponto o que chama a atenção é que o trabalho da pessoa presa ou apenada tem uma remuneração menor do que qualquer outra prevista em todas as leis anteriores, inclusive Constituição Federal, CLT, previdência ou assistência social, de um justificado no caráter pedagógico e ressocializador do indivíduo e de um ganho com a remição direta na pena pelos dias de trabalho prestados. Nesse sentido, a remuneração do trabalho da pessoa apenada é a remissão da pena, a indenização das vítimas, o custeio com os gastos do preso nas instituições de cumprimento de pena.⁹¹

De tal modo, a lei enquanto reflexos das normas sociais, incentiva o trabalho do indivíduo mesmo quando o mesmo estiver enclausurado em regime de cumprimento de pena e atualmente pelos meios de previdência e assistência social o Estado garante meios mínimos de viver dignamente em sociedade com o pagamento inclusive de benefícios previdenciários ou assistenciais.

Por todo o exposto o trabalho tem uma importância individual e coletiva enquanto meio de existência e afirmação perante a sociedade em que vivemos,

89 Lei n. 8.742 de 07 de dezembro 1993. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em 07/12/2021.

90 Promulgada e em vigor desde 11 de julho de 1984. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 07/12/2021.

91 OLTRAMARI e SANCHES. O trabalho do preso e sua remuneração: algumas considerações, inclusive no pertinente à realidade prisional gaúcha.

ao passo que é perceptível a organização do trabalho reflexa no conjunto de normas sociais estipulados pelos legisladores com o passar do tempo.

O SELO RESGATA NO MATO GROSSO DO SUL

O Departamento Nacional Penitenciário, com viés de incentivar positivamente as empresas públicas e privadas que empregam pessoas egressas do sistema prisional, criou em 2018 o Selo Nacional de Responsabilidade Social pelo Trabalho Prisional – RESGATA, dando visibilidade positiva para as empresas que promovem a qualificação profissional a reinserção no mercado de trabalho dos apenados do sistema penal e contribuindo consequentemente para a não-reincidência criminal.⁹²

Houve também a criação do projeto Mãos à Obra que permitem que os próprios internos promovam a organização e manutenção das unidades prisionais, os equipamentos de trabalho são adquiridos por meio de doação e o custo com a revitalização dos ambientes são reduzidos à materiais pois a mão de obra é utilizada a do interno, sendo benéfico para as instituições estatais de cumprimento de pena e para o interno que recebe qualificação profissional.⁹³

O selo RESGATA é concedido pelo poder público as empresas e instituições parceiras que participem primeiramente dos ciclos de debates, criando um banco de dados com as pessoas apenadas do sistema criminal e encaminhando-as às empresas ou parceiras interessadas em empregar essas pessoas. O Procedimento para participação é simplificado com inscrição dos interessados em empregar cumprindo alguns percentuais de empregados com 3% dos empregados numa empresa com 200 funcionários ou menos, de 200 a quinhentos funcionários 4% pessoas apenadas ou egressas do sistema penal, de 500 a 1000 funcionários 5% das vagas destinadas à população carcerária e acima de 1000 funcionários 6% dessas vagas destinadas aos apenados. O emprego ofertado deve ter o caráter educativo e ressocializador.⁹⁴

Em Mato Grosso do Sul as empresas participantes e que possuem o Selo RESGATA atualmente são: Metafrio Solutions SA, Escala Blocos Eireli, Suprema Comércio de Erva Mate Eireli Epp, Prefeitura Municipal

92 Manual Mão de Obra Prisional. Departamento Penitenciário Nacional. p. 24.

93 Idem p.26.

94 Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-485-de-8-de-novembro-de-2021-359083406>.

Acesso em 09/12/2021.

de Paranaíba, Log Engenharia Ltda, Sdb Comércio De Alimentos Ltda (Grupo Fort Atacadista), Nereu Alves Rios - ME, Induspan Indústria e Comércio de Couros Pantanal Ltda, Conselho da Comunidade de Campo Grande MS, Embrasil Indústria e Comércio de Embalagens Plásticas Eireli, May Arakaki Vegini (Shalom Bolos Caseiros), Associação De Recicladores de Lixo Eletroeletrônicos de Mato Grosso do Sul (Recicle), Top Quality Alimentação Eireli.⁹⁵

Conforme a AGEPEN/MS, são diversas as vantagens das empresas em adquirir esse selo e empregar pessoas advindas do sistema carcerário, tais como: benefícios fiscais e trabalhistas, não pagar 13º salário, nem, férias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), entre outras vantagens, tudo graças à relação de trabalho não ser regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e sim pela Lei de Execução Penal (LEP). O atrativo para as empresas, sem desrespeitar os direitos básicos da pessoa apenada, é obter mão de obra com baixíssimo custo lhe proporcionando maiores lucros.⁹⁶

TRABALHO PRISIONAL NO MATO GROSSO DO SUL

Em Mato Grosso do Sul, anos de 2021 tivemos (com uma perspectiva de crescimento constante) a quantidade de 20.133 pessoas presas, onde 17.964 são presos em estabelecimentos estaduais e em celas físicas,⁹⁷ 2.024 presos em estabelecimentos estaduais e em prisão domiciliar⁹⁸ e 145 estão em estabelecimentos federais de cumprimento de pena.⁹⁹

A população carceraria em Mato Grosso do Sul no ano de 2020 era de 18.109, sendo que 5.951 estavam em programa laboral, o que representa 32,86%. Quanto à remuneração pelo trabalho prestado o número de informação é bem reduzido, mas nas informações que temos acesso, a maioria das pessoas presas recebia menos do que o salário mínimo vigente, quando recebiam qualquer tipo de remuneração.

95 Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/empresas-que-ajudam-na-transformacao-de-vidas-pelo-trabalho-prisional-recebem-selo-do-ministerio-da-justica/>. Acesso em 01/12/2021.

96 Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/empresas-que-ajudam-na-transformacao-de-vidas-pelo-trabalho-prisional-recebem-selo-do-ministerio-da-justica/>. Acesso em 09/12/2021.

97 Onde 9.793 em regime fechado, 2.657 em regime semiaberto, 1.234 regime aberto, 4.092 presos provisórios, 94 em tratamento ambulatorial e 94 em medida de segurança.

98 Onde 98 em regime fechado, 1.137 regime semiaberto, 366 em regime aberto, 421 presos provisórios, 2 em medida de segurança.

99 Onde 01 presos provisório e 01 em tratamento ambulatorial.

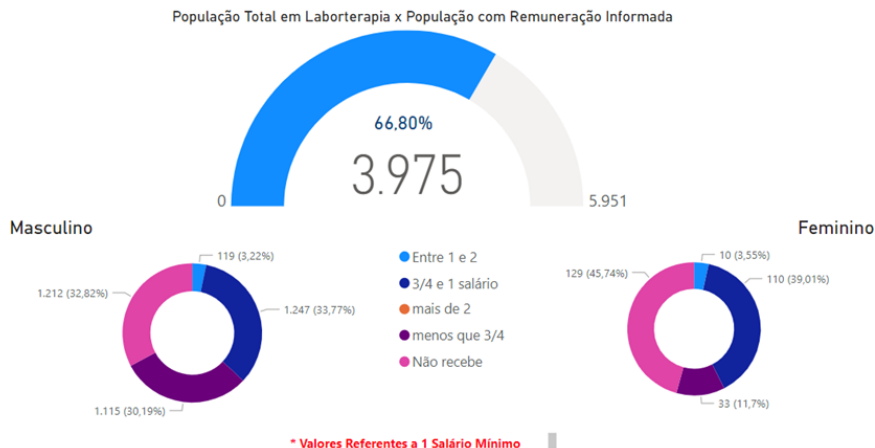


Figura 1. Mostra a população carceraria de MS, período de julho a dezembro de 2020, em laborterapia e a remuneração quando informada. Fonte: Departamento Penitenciário Nacional.

Presos que estão em laborterapia e estudo no Mato Grosso do Sul são 460 em estabelecimentos penais estaduais e celas físicas, 198 em estabelecimentos estaduais e prisão domiciliar e 82 em estabelecimentos federais e celas físicas. O que representa um número baixíssimo entre as pessoas presas e que têm acesso ao estudo ou ao trabalho dentro dos estabelecimentos penais, logo se o Estado encarcerava para cumprir com a finalidade educativa da pena e com viés na ressocialização do indivíduo apenado, como poderia fazer isso senão por meio educacional e laboral? Aqui verificamos uma falha na prestação dos serviços públicos criminais.

A falha na prestação de serviço público é relacionada com as poucas oportunidades de trabalho oferecidas no sistema prisional em Mato Grosso do Sul, tendo em vista a importância do trabalho prisional como meio ressocializador e educativo, noutro ponto a oferta de trabalho não onera o Estado haja vista que a “contraprestação” dada ao apenado pode ser tida como a maneira de custear a permanência nos estabelecimentos penais de cumprimento de pena e há a remissão na pena do preso trabalhador.¹⁰⁰

100 MIRANDA. A Remuneração do Preso que trabalha. Disponível em: <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/241709534/a-remuneracao-do-preso-que-trabalha> Acesso em 30/11/2021.

Quando oportunizado o trabalho à pessoa presa apenas os ganhos são gerais, a título de exemplo houve em Mato Grosso do Sul a revitalização de várias escolas com a utilização da mão de obra carcerária, isso ocorre desde 2003 com o projeto “Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade” por meio de diversas parcerias entre o poder público.¹⁰¹

O impacto social tende a ser positivo na utilização da mão de obra carcerária tanto para o preso que está em processo de integração com a sociedade como pela própria sociedade que usufrui dos serviços prestados pelos apenados, logo os ganhos são mútuos, entre sociedade e indivíduo e por muitas vezes o trabalho carcerário em Mato Grosso do Sul impactou de maneira direta inclusive na questão da saúde pública.

O impacto decisivo na saúde pública estadual se deu durante a crise pandêmica mundial, em decorrência da COVID- 19, pois vários hospitais e postos de saúde público ficaram sem os equipamentos adequados para o enfrentamento da doença, o que não ocorreu em Mato Grosso do Sul devido à mão de obra das pessoas apenas criminalmente no estado, na maioria das vezes de forma voluntária e sem nenhum retorno financeiro, isso devido à diversas parcerias entre empresas públicas e privadas para a confecção desses equipamentos e todos os moradores do estado se beneficiaram de forma direta ou indireta desse trabalho, por meio da utilização da saúde pública.

Em 2020 foi fixado 18 pontos de produção de máscaras de tecido ou TNT, houve oficinas estão instaladas em cinco presídios de regimes fechado, semiaberto e aberto de Campo Grande, além de Bataguassu, Corumbá, Dourados, Ivinhema, Jardim, Jateí, Naviraí, Nova Andradina, Ponta Porã, Rio Brillhante, São Gabriel do Oeste e Três Lagoas. Todo o trabalho e parceria foi coordenado pela AGEPEN/MS.¹⁰²

Dentre os materiais confeccionados confecção além dos EPIs, também houve fabricação de materiais de higiene, álcool 70°, máscaras, capotes e gorros. O aproveitamento desse material se deu de maneira imediata para profissionais de saúde que atuam na linha de frente do combate à pandemia do HRMS em Campo Grande, Hospital Maria Aparecida Pedrossian –

101 Disponível em: <http://www.ms.gov.br/com-mao-de-obra-de-presos-reforma-da-12a-escola-ira-beneficiar-mil-alunos-na-capital/>. Acesso em 14/11/2021.

102 Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/em-epoca-de-pandemia-agepen-firma-parcerias-com-orgaos-publicos-e-privados-para-producao-de-materiais-em-presidios-de-ms/>. Acesso em 09/12/2021.

Universitário (HUMAP), Hospital do Câncer de Campo Grande, Hospital Nossa Senhora Auxiliadora.¹⁰³

Pela saúde pública dentro do estado de Mato Grosso do Sul houve também destaques nacionais e estaduais com premiações 15ª edição do Prêmio Sul-Mato-Grossense de Inovação na Gestão Pública. No qual o projeto de produção de equipamentos foi ampliado tendo em vista a necessidade dos materiais confeccionados que atendeu também as demandas do sistema prisional do estado, assim como, profissionais de saúde e segurança pública em geral, além de cerca de 90 instituições públicas, sociais e filantrópicas, garantindo maior prevenção durante os trabalhos. Foi utilizada a mão de obra carcerária em 22 presídios do estado.¹⁰⁴

Esses são apenas alguns casos pontuais e por meio deles podemos verificar que havendo oportunidade de prestação de trabalho às pessoas apenas há um empenho dessas pessoas em participar desse trabalho efetivamente, o que ocorreu de maneira voluntária e gratuita sem nenhuma remuneração pecuniária da mão-de-obra e que representou um grande ganho financeiro e humano para o estado de Mato Grosso do Sul, aqui citamos exemplos quanto à saúde pública e à educação, mas diante da possibilidade dessas parcerias diversas áreas do serviço público e particular poderiam se beneficiar com o labor carcerário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tempo que o trabalho tem sua importância e valorização em nossa sociedade a ausência da inserção no mercado de trabalho acarreta um grande sofrimento humano e reflete num dano coletivo geral, seja pelo aumento da pobreza, seja pela falta de oportunidades sociais e coletivas em nossa civilização atual. A pessoa submetida ao encarceramento penal não está isenta dessa realidade social.

Nesse sentido e para o fomento de políticas públicas penitenciárias de ressocialização dos apenados do sistema carcerário nacional foram criados alguns mecanismos e meios de orientar os órgãos públicos e empresas com parcerias público-privadas para ressocialização do apenado

103 Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/de-mascara-a-alcool-70o-presidios-de-ms-produzem-materiais-para-hospitais-na-luta-contr-o-coronavirus/>. Acesso em 09/12/2021.

104 Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/producao-de-epis-nas-unidades-prisionais-da-agepen-um-dos-vencedores-do-xv-premio-de-inovacao-na-gestao-publica-de-ms/>. Acesso em 09/12/2021.

e inserção em atividades de trabalho por meio do Departamento Penitenciário Nacional, que se vincula ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, iniciativas positivas e que tiveram um impacto positivo para os presos e para a sociedade.¹⁰⁵

Cumpra esclarecer que cada unidade federativa possui normas estaduais próprias com a cidade e trabalho dos presos, mas é importante esclarecer que o trabalho do preso ou apenado pode ser prestado de maneira interna quando por exemplo as empresas estão instaladas dentro dos presídios ou ainda de maneira externa para prestação de serviços públicos ou com empresas privadas parceiras.

Apesar das poucas oportunidades oferecidas de trabalho ao preso, o estado de Mato Grosso do Sul pode ser tomado enquanto exemplo na utilização da mão de obra carcerária em benefício da saúde pública, com a revitalização de escolas, ou com a segurança pública por meio da manutenção dos próprios presídios e ainda a saúde pública que foi diretamente beneficiada com a fabricação de diversos produtos e equipamentos fabricados exclusivamente por essa mão de obra organizada dentro de sistemas produtivos carcerários.

E assim podemos concluir pelos benefícios mútuos gerados pelo trabalho das pessoas presas tanto para a sociedade que usufrui de seus benefícios pela prestação de serviços e produção de bens como para a sociedade e o reeducando que é integrado ao sistema produtivo e tem sua pena diminuída proporcionalmente.

REFERÊNCIA

DALLABRIDA, Valdir Roque. **Governança Territorial e Desenvolvimento:** as experiências de descentralização político-administrativa no Brasil como exemplos de institucionalização de novas escalas territoriais de governança. Anais do 9º circuitos de debates acadêmicos. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2011.

FOCHEZATTO, Adelar. **Desenvolvimento Regional:** novas abordagens para novos paradigmas produtivos. O ambiente regional. (Três décadas de economia gaúcha, v.1). 2010.

105 Manual Mão de Obra Prisional. Departamento Penitenciário Nacional.

GLASER-SEGURA, D. A; PEINADO, J. e GRAEML, A. R. **Fatores influenciadores do sucesso da adoção da produção enxuta:** uma análise da indústria de três países de economia emergente. RAUSP. v. 46, n.4. out./nov./dez. 2011

Manual Mão de Obra Prisional. Departamento Penitenciário Nacional. 1º Edição março de 2021.

MIRANDA, Fatima. **A Remuneração do Preso que trabalha.** Disponível em: <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/241709534/a-remuneracao-do-presos-que-trabalha> com acesso em 30/11/2021.

MORGAN, G. **Imagens da Organização.** São Paulo: Atlas, 2002.

OLTRAMARI, Lucinara. Sanches, Naira. **O trabalho do preso e sua remuneração: algumas considerações, inclusive no pertinente à realidade prisional gaúcha.** Revista da defensoria Pública. 2013. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/336/283>, acesso em: 05/12/2021.

PINTO, F. e LOIOLA, E. **Comportamento das firmas em redes de produção.** Gestão.Org. v.5,n.1, jan./mai. 2007.

PINTO. G. A. **A organização do trabalho no século 20:** Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

SAURIN, T. A., RIBEIRO, J. L. D. e MARODIN, G. A. **Identificação de oportunidades de pesquisa a partir de um levantamento da implantação da produção enxuta em empresas do Brasil e do exterior.** Gestão & Produção, v.17, n.4, p.829-841, Dez. 2010.

Sites

MATO GROSSO DO SUL. AGEPEN/MS. Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/de-mascara-a-alcool-70o-presidios-de-ms-produzem-materiais-para-hospitais-na-luta-contra-o-coronavirus/> acesso em 09/12/2021.

MATO GROSSO DO SUL. AGEPEN/MS. Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/em-epoca-de-pandemia-agepen-firma-parcerias-com-orgaos-publicos-e-privados-para-producao-de-materiais-em-presidios-de-ms/> acesso em 09/12/2021.

MATO GROSSO DO SUL. AGEPEN/MS. Disponível em:

<https://www.agepen.ms.gov.br/empresas-que-ajudam-na-transformacao-de-vidas-pelo-trabalho-prisonal-recebem-selo-do-ministerio-da-justica/>, acesso 01/12/2021.

MATO GROSSO DO SUL. AGEPEN/MS. Disponível em:

<https://www.agepen.ms.gov.br/producao-de-epis-nas-unidades-prisionais-da-agepen-e-um-dos-vencedores-do-xv-premio-de-inovacao-na-gestao-publica-de-ms/> acesso em 09/12/2021.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07/12/2021.

BRASIL. Lei 3.688. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm, acesso em 07/12/2021.

BRASIL. Lei 5.452. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm acesso em 07/12/2021.

BRASIL. Lei 7.210. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 07/12/2021.

BRASIL. Lei 8.213. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em 07/12/2021.

BRASIL. Lei 8.742. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm com acesso em 07/12/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Portaria 485 de 8 de novembro de 2021.

Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-485-de-8-de-novembro-de-2021-359083406>. Acesso em 09/12/2021.

Imagem:

BRASIL. Figura 1. Mostra a população carcerária de MS, período de julho a dezembro de 2020, em laborterapia e a remuneração quando informada.

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional.

O direito absolutamente indisponível disposto no tema 1.046 do STF: a estabilidade pré-aposentadoria nos casos de ausência de comunicação prévia ao empregador prevista em norma coletiva de trabalho

Bruna Guimarães Barbosa¹⁰⁶

Sumário: 1 Introdução; 2 Apresentação do caso; 3 Revisão da jurisprudência; 4 Entendimento doutrinário; 5 Normas que regulamentam a matéria; 6 Análise crítica; 7 Conclusão. Referências

¹⁰⁶ Advogada - OAB MG 217.573 - associada no escritório Santos Rodrigues Santiago Tonello desde 2024. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS em 2021; Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela PUC- Minas em 2024.

Resumo

O trabalho em questão examina uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região sobre o direito à estabilidade pré-aposentadoria, conforme previsto em uma norma coletiva. A controvérsia surgiu devido ao não cumprimento dos requisitos estipulados na cláusula 28ª do acordo coletivo, levando o Tribunal Superior do Trabalho a reexaminar o caso.

A norma coletiva exigia comunicação formal e comprovação por escrito da proximidade da aposentadoria para garantir a estabilidade no emprego, e o não cumprimento desses requisitos resultaria na perda dessa garantia.

O cerne da discussão está na concessão da estabilidade a um trabalhador que cumpriu os requisitos, exceto pela falta de comunicação à empresa sobre sua aposentadoria iminente. A instância de retratação foi motivada pela não observância do Tema 1.046 do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a constitucionalidade de acordos coletivos que limitam ou afastam direitos trabalhistas, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

No entanto, a interpretação dessa ressalva tem gerado divergências nos tribunais, devido à sua amplitude e falta de clareza. O estudo propõe uma análise aprofundada do conceito de direito absolutamente indisponível, como proposto pelo STF, e como esse conceito é aplicado pelos Tribunais Regionais, com o objetivo de avaliar a validade das normas coletivas que condicionam a estabilidade pré-aposentadoria a obrigações, como a comunicação prévia ao empregador sobre a iminência da aposentadoria voluntária.

Palavras-chave: estabilidade, pré-aposentadoria, tema 1.406 STF, normas coletivas.

Abstract

The work in question examines a decision by the Regional Labor Court of the 4th Region on the right to pre-retirement stability, as provided for in a collective norm. The controversy arose due to non-compliance with the requirements stipulated in clause 28 of the collective agreement, leading the Superior Labor Court to re-examine the case.

The collective standard provided formal communication and written proof of approaching retirement to ensure job security, and failure to meet these requirements would result in the loss of that guarantee.

The core of the discussion is the granting of stability to a worker who met the requirements, except for the lack of communication to the company about his imminent retirement. The instance of representation was motivated by non-compliance with Theme 1,046 of the Federal Supreme Court, which recognizes the constitutionality of collective agreements that limit or remove labor rights, as long as absolutely unavailable rights are respected.

However, the interpretation of this reservation has generated disagreements in the courts, due to its breadth and lack of clarity. The study proposes an in-depth analysis of the concept of absolutely unavailable law, as proposed by the STF, and how this concept is applied by the Regional Courts, with the aim of evaluating the validity of collective norms that condition pre-retirement stability to obligations, such as prior communication to the employer about the imminence of voluntary retirement.

Keywords: stability, pre-retirement, theme 1.406 STF, collective norms.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma análise crítica acerca de uma decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que se debruçou sobre a complexa questão do direito à estabilidade provisória pré-aposentadoria, prevista em norma coletiva. A controvérsia foi impulsionada pela determinação do Tribunal Superior do Trabalho de reexame do julgado, em virtude do descumprimento cumulativo dos requisitos estipulados na cláusula 28ª do acordo coletivo.

A norma coletiva, objeto de análise, estabelecia critérios objetivos e cumulativos para a concessão da estabilidade pré-aposentadoria, condicionando-a à comunicação formal e comprovação, por escrito, da aquisição do direito à estabilidade no prazo de 90 dias antes da efetiva aposentadoria. A não observância desses requisitos resultaria na perda da garantia de emprego prevista na cláusula normativa.

A divergência que instiga este estudo reside na concessão da estabilidade a um trabalhador que, apesar de ter cumprido os demais requisitos estipulados na norma, deixou de comunicar e comprovar à

empresa a proximidade de sua aposentadoria. A instância de retratação foi motivada pela inobservância do Tema 1.046 do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhece a constitucionalidade de acordos e convenções coletivas que estabelecem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

A tese firmada pelo STF, embora vinculante e de repercussão geral, não está imune a incertezas jurídicas, especialmente no que tange à ressalva "desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis". Esta dubiedade tem gerado divergências nos entendimentos das cortes superiores e varas do trabalho, devido à sua amplitude e falta de clareza.

Neste contexto, propõe-se uma análise aprofundada do conceito de direito absolutamente indisponível, tal como proposto pelo STF, e busca compreender como esse conceito é empregado pelos Tribunais Regionais. O objetivo central é avaliar a aplicação deste conceito na conferência de (in)validade às normas coletivas que condicionam a estabilidade pré-aposentadoria a obrigações, como a comunicação prévia ao empregador sobre a iminência da aposentadoria voluntária.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO

O presente caso se refere à aplicação do juízo de retratação, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, quanto a reanálise do julgado atinente a direito à garantia de emprego por estabilidade provisória pré-aposentadoria prevista em norma coletiva.

Foi determinado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o retorno dos autos ao juízo de 2ª grau para o reexame do julgado que deferiu ao trabalhador a estabilidade provisória no período pré-aposentadoria estipulada em norma coletiva, mesmo que descumprido, cumulativamente, os requisitos previstos na cláusula.

A norma coletiva previa, na cláusula 28ª, o direito à garantia de emprego àquele que estivesse, no máximo 3 (três) anos da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional ou integral, ou ainda por idade, a estabilidade até a data da aquisição do direito à aposentadoria, desde que informasse e comprovasse, por escrito, a aquisição do direito à estabilidade, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar do momento em que adquirir este direito.

Os requisitos para concessão da estabilidade pré-aposentadoria eram objetivos e cumulativos, nos quais caso descumpridos, implicaria na perda da garantia de emprego instituída na cláusula normativa.

A controvérsia envolve a circunstância de o referido Tribunal conceder a estabilidade pré-aposentadoria ao trabalhador que, apesar de cumpridos demais requisitos estipulados na norma, deixou de comunicar e comprovar à empresa a proximidade do seu direito à aposentadoria. Além do mais, o fato ensejador do juízo de retração decorreu pela inobservância do Tema 1.046 do STF, ARE 1.121.633, de repercussão geral, no qual fixou a tese asseverando constitucionalidade aos acordos e convenções coletivas que pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

A tese firmada tem caráter vinculante e possui repercussão geral, portanto devem ser seguidas pelos órgãos do poder judiciário. Todavia, a ressalva disposta na tese “desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis” vem gerando ambiguidade nos entendimentos das cortes superiores e nas varas do trabalho, haja vista ser muito ampla e obscura.

O julgado, objeto do presente estudo, refere-se ao processo nº 002092482.2017.5.04.0007 (ROT), que tramitou no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no qual discutiu-se a necessidade do juízo de retratação, tendo em vista a decisão do Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, pela remessa do processo ao Relator Luiz Alberto de Vargas, da 8ª turma, para observância do disposto no art. 1.030, II, do CPC.

Em resposta à retratação, a 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região decidiu por manter a estabilidade provisória pré-aposentadoria estabelecida em norma coletiva, afastando a aplicação do Tema 1046. O argumento disposto da retratação pelo mencionado Tribunal foi de que o direito à aposentadoria é constitucional, por isso, a norma coletiva não pode ser aplicada, já que deve respeitar o direito indisponível.

Concluiu também que a comunicação ao empregador pode ser suprimida pela notificação da reclamatória trabalhista, haja vista o empregador ter por obrigação legal todo o histórico funcional do empregado, presumindo o conhecimento de que estava prestes a se aposentar.

Todavia, há divergências entre os Tribunais Regionais que interpretam diversamente o conceito de direito absolutamente indisponível estabelecido no

Tema 1.046, a cada caso concreto que lhe é demandado, para conferir validade ou não à norma coletiva que restringe ou delimita pormenorizadamente o direito concedido, mesmo que este afaste direitos trabalhistas ou que confira obrigações a serem observadas pelos trabalhadores.

Assim, o objeto da controversa concerne na subjetividade da ressalva disposta no tema 1.046 do STF que enuncia “desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis” aplicada aos casos em que as normas coletivas delimitam regras, que não cumpridas, ocasionam na perda da garantia de emprego pela estabilidade provisória pré-aposentadoria.

Diante do exposto, será estudado o conceito de direito absolutamente indisponível proposto pelo STF e o emprego desse conceito pelos Tribunais Regionais a fim de conferir (in)validade às normas coletivas que impõe ao trabalhador, para concessão da garantia de emprego, a obrigatoriedade de comunicação prévia ao empregador sobre a brevidade da aposentadoria voluntária.

3 REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A (in)validade da norma coletiva foi objeto de discussão em face da obrigatoriedade da comunicação ao empregador da aquisição do direito à estabilidade pré-aposentadoria, com a aplicação ou não do tema 1.046 do STF.

Há interpretações divergentes acerca da expressão “absolutamente indisponíveis” preceituado no texto da tese, cuja elasticidade do conceito confere contradições nos julgados proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho e, inclusive entre as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

No presente, serão expostos diferentes posicionamentos jurisprudenciais que são conflitantes ou consonantes com o julgado do Recurso Ordinário nº 0020924-82.2017.5.04.0007 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região¹⁰⁷.

O ministro Vice-Presidente do TST determinou a remessa do processo supracitado para que a Turma realizasse juízo de retratação acerca da observância da tese, tendo em vista que restou incontroverso nos autos a ausência de comunicação ao empregador da aquisição do direito à aposentadoria, requisito formal previsto em norma coletiva para o gozo da estabilidade.

107 “JUÍZO DE RETRATAÇÃO. GARANTIA DE EMPREGO. APOSENTADORIA. NORMA COLETIVA. Hipótese em que a Turma entende pela desnecessidade de juízo de retratação, em relação a matéria da garantia de emprego no período pré-aposentadoria estipulada em norma coletiva”.

Todavia, acordaram os desembargadores pela desnecessidade de juízo de retratação referente ao Tema 1.046, julgado pelo STF em 02/06/2022. A 8ª Turma¹⁰⁸ disse não desconhecer a questão, e vinculou a decisão ao caso fático atinente ao histórico funcional do trabalhador, no qual comprovou nos autos o tempo para aquisição à aposentadoria.

Assim, a Turma deliberou por manter inalterada a decisão anterior de conceder a garantia de emprego no período pré-aposentadoria estipulada em norma coletiva, mesmo não tendo sido preenchido o requisito formal estipulada na cláusula normativa.

Para os magistrados, o direito à aposentadoria é constitucional, haja vista estar previsto no art. 7º, XXIV da CF/88, e atinge a ordem pública e previdenciária, pois inafastáveis da vontade das partes, e, portanto, enquadram-se no conceito de direito absolutamente indisponível, ressalva dada na tese para afastar a limitação de direitos trabalhistas no âmbito negocial dos sindicatos.

O TRT da 7ª Região, em sede de Recurso Ordinário nº 0000965-35.2022.5.07.0018¹⁰⁹ também enfrentou a matéria. Apesar da cláusula da

108 “O direito à aposentadoria é constitucional e indisponível na medida que afeta direta, como é o caso, ou indiretamente a ordem pública e a previdência social. Por isso, a Tese 1046 ressalva que normas coletivas devem respeitar esses direitos indisponíveis, mormente o direito à aposentadoria estabelecida no Art. 7º, XXIV, da Constituição da República. Nesse sentido, manifesto que as normas de ordem pública são absolutamente indisponíveis do âmbito negocial dos sindicatos. Certo que os sindicatos podem, e devem, estipular normas coletivas que visem à melhoria da condição social do trabalhador, como é o caso de estipular a estabilidade pré-aposentadoria como garantia de efetivação do direito indisponível à aposentadoria. Por isso, entende-se *“que o requisito formal da comunicação ao empregador pode ser suprido pela própria notificação para responder a ação ora proposta. Aliás, de tendo o empregador, por obrigação legal, todo o histórico funcional do empregado, é de se presumir que o conhecimento de que o autor estava às vésperas da aposentadoria”*”.

109 “RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA (violação dos artigos 7º, XXIV, da Constituição Federal e 122 e 129 do Código Civil e divergência jurisprudencial). Tratando-se de recurso interposto em face de decisão regional que se mostra em possível contrariedade à jurisprudência desta Corte, revela-se presente a transcendência política da causa (art. 896-A, § 1º, inciso II, da CLT) a justificar o prosseguimento do exame do apelo. Quanto à questão de fundo, examinando a controvérsia acerca da estabilidade pré-aposentadoria prevista em norma coletiva, a jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que a prévia e formal comunicação, pelo empregado, da proximidade de sua aposentadoria para aquisição da estabilidade pré-aposentadoria de norma coletiva ao empregador é prescindível, em razão do amplo acesso que ele tem ao histórico profissional e previdenciário de seus empregados. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido”. (TST - RR: 10000308720195020384, Relator: Renato De Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 15/06/2022, 7ª Turma, Data de Publicação: 24/06/2022). I – “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Deixa-se de analisar a preliminar em epígrafe, ante o permissivo do art. 282, § 2º, do CPC/2015. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. NORMA COLETIVA.

convenção coletiva não dispor sobre a exigência de comunicação prévia ao empregador para aquisição da garantia de emprego e a reclamada ter aduzido ser indevida a estabilidade em razão do não preenchimento deste requisito, a 3ª Turma reconheceu o direito a garantia de emprego e fundamentou de acordo com as jurisprudências do TST.

Apesar de não ter enfrentado a tese do STF, a fundamentação jurídica teve relação principiológica e fática, ao qual atribuiu abuso do poder diretivo do empregador, considerando o fácil acesso da empresa aos dados funcionais dos seus empregados, não podendo criar óbice à estabilidade prevista em norma coletiva.

Quanto ao enfrentamento da matéria pelo TST, a 1ª turma, sem sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, Ag-AIRR 1000147-40.2021.5.02.0083¹¹⁰, em 03/05/2023, deliberou por não prover o apelo da reclamada e reconhecer o direito à estabilidade pré-aposentadoria.

Para a Turma, a formalidade da comunicação prévia ao empregador não tem relevância uma vez que a empresa tem acesso aos assentamentos profissionais dos empregados, bem como, estes não têm conhecimento da iminência da dispensa.

AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. Ante a possível violação ao art. 129 do CC, deve ser provido o agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. NORMA COLETIVA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. O Tribunal Regional manteve a sentença que indeferiu o pedido de estabilidade pré-aposentadoria sob o fundamento de que não foi comprovada a comunicação prevista na CCT. No entanto, **a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a falta de comunicação prévia ao empregador quanto ao preenchimento das condições não obsta a aquisição a estabilidade pré-aposentadoria**". Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RRAg: 7202020155100007, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 06/04/2022, 2ª Turma, Data de Publicação: 08/04/2022).

110 "AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/17. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. NORMA COLETIVA. INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIA CO-MUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA ATUAL, ITERATIVA E NOTÓRIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. 1. No caso, é admitido pelo réu que a autora trabalhou em favor por 30 anos e 21 dias e estava a aproximadamente 6 meses para adquirir o direito à aposentadoria integral, observada a contagem por tempo de contribuição, período de transição e pedágio de 50%, mas não cumpriu o requisito previsto no § 1º da cláusula 27 da CCT, pois não comunicou à reclamada sobre o interesse e condições para aquisição do direito à aposentadoria. 2. Quanto ao tema, prevalece nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o direito à estabilidade pré-aposentadoria se perfaz com o cumprimento dos requisitos objetivamente previstos na norma coletiva, sendo despicinda a formalidade alusiva à prévia comunicação da intenção ao empregador, notadamente porque a empresa detém amplo acesso às informações funcionais dos trabalhadores, e estes, por certo, desconhecem a iminência da dispensa sem justa causa. (...)".

Ainda complementa ao afirmar que a fundamentação não tem condão para invalidar a norma coletiva (fazendo referência ao Tema 1.046 do STF), mas tão somente para considerar que o empregador, dotado de boa-fé, obtendo acesso as informações como tempo de serviço dos seus empregados, não poderá exigir a comunicação prévia a fim de elidir o direito à estabilidade pré-aposentadoria.

Para o ministro relator, Amaury Rodrigues Pinto Junior (Ag-AIRR: 10001474020215020083), quando configurada a dispensa obstativa, sem justa causa, tem o objetivo de obstar a aquisição do direito assegurado convencionalmente, assim não atribuindo pertinência a regra normativa que exige a comunicação prévia para aquisição do direito à garantia de emprego.

Mais uma vez, a decisão foi pautada no contexto fático-probatório e no princípio da boa-fé, norteador de qualquer relação contratual.

Nesse mesmo entendimento, a 2ª Turma do TST, em Recurso de Revista com Agravo nº 0001301-81.2017.5.12.0048¹¹¹, reconheceu o direito à garantia provisória de emprego prevista em norma coletiva, mesmo sem ter havido comunicação prévia ao empregador.

Mesmo sem preencher todos os requisitos objetivos da cláusula convencional, a 2ª Turma, declarou que ausente a comunicação do reclamante sobre a proximidade da sua aposentadoria não lhe retira o direito à garantia provisória de emprego, pois as relações contratuais devem pautar pelo princípio da boa-fé objetiva, dever de conduta proba das partes.

A 3ª Turma do TST, no Acórdão sob a relatoria do ministro Maurício Godinho Delgado, Processo nº 10010025320175020020¹¹², também decidiu

111 “RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA - CONDIÇÕES - COMUNICAÇÃO PELO EMPREGADO. 1. Incontroverso nos autos que a norma coletiva impede a rescisão do contrato de trabalho quando faltarem menos de dois anos para a aposentadoria do empregado. A mesma cláusula coletiva fixa que, para a aquisição do direito, o empregado deve comunicar, por escrito, ao empregador, o início do prazo da aquisição da estabilidade provisória. 2. Ocorre que essa condição imposta em norma coletiva - comunicação prévia, com prazo e por escrito - conflita com o benefício da estabilidade provisória pré-aposentadoria e tem o intuito apenas de mitigar a aquisição do direito. 3. O princípio da boa-fé objetiva impõe um dever de conduta e obriga as partes a se comportarem com recíproca cooperação, para que sejam preservados os interesses comuns (econômicos e sociais) existentes no contrato. É a ética da igualdade e da solidariedade. 4. Por óbvio, o empregador tem pleno acesso aos assentamentos funcionais dos seus empregados e tem, ou deveria ter, conhecimento da proximidade da aposentadoria do autor. Assim, a ausência de comunicação do reclamante sobre a proximidade da sua aposentadoria não retira o direito à estabilidade provisória concedido em norma coletiva. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (...)”

112 A) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. PREVISTA EM NORMA COLETIVA. DISPENSA OBSTATIVA DO EXERCÍCIO DE UM DIREITO.

por conceder a estabilidade provisória pré-aposentadoria ao empregado que não procedeu a comunicação à empresa tempestivamente, ou seja, dentro do prazo fixado na norma coletiva.

Novamente, se verifica a aplicação do direito conforme o contexto fático-probatório e não pela interpretação restritiva da norma. Entendeu-se que não interpretar, a exigência de comprovação do tempo de serviço, como condição absoluta a aquisição da estabilidade.

Outrossim, uma nova tese foi aplicada, da dispensa obstativa, ou seja, demissão com propósito de impedir a obtenção de um direito adquirido ou prestes a adquirir.

Todavia, a jurisprudência não está pacificada. As Turmas 4ª e 5ª do TST quanto o TRT da 15ª Região têm entendimentos diversos sobre a matéria.

(...) A jurisprudência desta Corte manifesta entendimento de que a exigência de comprovação do tempo de serviço não pode ser interpretada como condição absoluta para aquisição do direito à estabilidade pré-aposentadoria prevista em norma coletiva. Com efeito, constatado que o trabalhador estava próximo a se aposentar, não é razoável retirá-lo da proteção conferida pela norma coletiva sob a simples justificativa de que não cumpriu prazo para apresentar a documentação necessária à comprovação do direito, seja porque desvirtua a finalidade da própria norma, de resguardo ao emprego do trabalhador que se aproxima da aposentadoria, seja porque imputa ao trabalhador o ônus por eventual atraso na entrega de documentos em posse de terceiros, em especial de órgão públicos. A propósito, a tese da dispensa obstativa - despedida feita com o objetivo de impedir a aquisição de um relevante direito - é claramente acolhida pela jurisprudência desta Corte Superior, configurando-se como abuso de direito do empregador (art. 129 do CCB). No caso dos autos, ficou incontroverso que a situação contratual e previdenciária do Reclamante satisfazia o pressuposto temporal necessário à aquisição da estabilidade pré-aposentadoria, prevista na norma convencional. Contudo, a Corte de origem reputou lícita a dispensa sem justo motivo do Obreiro, em vias de se aposentar, considerando que ele não cumpriu o requisito da comunicação prévia ao Empregador. A par do quadro fático descrito no acórdão regional, forçoso reconhecer que a ruptura contratual impediu ilicitamente o Autor de adquirir o direito à estabilidade pré-aposentadoria prevista no instrumento normativo autônomo, devendo ser reformado o acórdão regional. Recurso de revista conhecido e provido.

Para a 4ª Turma do TST¹¹³, será necessário o estrito cumprimento de todos os requisitos da norma coletiva, sob pena de declarar a sua invalidez e assim contrariar a tese fixada no Tema 1046.

Ora, ao fracionar ou mitigar a aplicação da norma coletiva que estabelece o direito a estabilidade pré-aposentadoria estará por invalidá-la, ou seja, a norma coletiva não pode ser interpretada em partes e sim na sua integralidade, respeitar todas as condições impostas, assim entendeu o ministro relator Alexandre Luiza Ramos. Outro ponto diz respeito refutar a consolidação de entendimento jurisprudencial pelo Tribunal Superior quanto ao elástico do prazo estipulado na norma, em que, caso não cumprido, incorrerá na dispensa obstativa.

Reforça que o empregador não tem amplo acesso ao assentamento previdenciário do empregado por ser sigiloso, contrariando os argumentos trazidos nos julgados das demais Turmas.

No mais, em razão do direito à estabilidade pré-aposentadoria existir apenas por negociação coletiva, ou seja, não há lei infraconstitucional que a institua, a cláusula que preveja a comunicação prévia não poder ser

113 “RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.467/2017. I. NORMA COLETIVA. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. DISPENSA OBSTATIVA NÃO CONFIGURADA. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO. I. Hipótese em que se discute se o empregado que, durante a vigência da contratualidade, comunicar o empregador acerca do atendimento das condições para a estabilidade pré-aposentadoria fora do tempo estabelecido pela norma coletiva, faz jus à garantia provisória de emprego instituída mediante norma coletiva. II. O art. 7º, XXVI, da Constituição Federal confere validade aos acordos e convenções coletivas de trabalho, prestigiando esse importante mecanismo de autocomposição de conflitos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou tese no Tema 1046 da repercussão geral, validando a negociação coletiva ainda que limite ou afaste direitos legalmente previstos em lei: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”. III. Ora, se o STF reconheceu a constitucionalidade da negociação coletiva para limitar ou afastar direitos legalmente previstos, como muito mais razão deve-se reconhecer a constitucionalidade da negociação coletiva quando há ampliação do rol de direitos previstos em lei, ainda que mediante condições comprovadas para tanto. É o caso dos autos, pois a estabilidade no emprego para o empregado próximo à aposentadoria não existe na lei, mas foi instituída pela negociação coletiva. Assim, não se trata de limitar ou afastar direito previsto em lei, pois a condição fixada pela negociação coletiva elevou o patamar protetivo de direitos do trabalhador, ou seja, criou direito acima do padrão da lei. IV. No caso, a norma coletiva que instituiu a estabilidade pré-aposentadoria estabeleceu, entre outros requisitos, que o empregado deveria comunicar a empresa, num prazo de 30 (trinta) dias, após o encaminhamento do pedido de benefício junto ao INSS, não sendo possível o efeito retroativo de tal comunicado. Desse modo, é forçoso reconhecer que o Reclamante não faz jus à garantia provisória de emprego em análise, porquanto não preenchidos os requisitos previstos na norma coletiva para implementação do referido direito(...). (TST - RR:10007440820195020009, Relator: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 18/04/2023, 4ª Turma, Data de Publicação: 28/04/2023)

considerada limitadora da garantia de emprego já que a norma elevou a proteção dos direitos do trabalhador.

Conferindo validade à norma coletiva que previu a comunicação prévia, a 5ª Turma do TST¹¹⁴ reformulou sua jurisprudência em decorrência do Tema 1.046 do STF para enquadrar novo entendimento acerca do conceito de direito indisponível, a seguir:

Depreende-se acima que a referida Turma não considera a estabilidade pré-aposentadoria como direito indisponível, em consequência, a matéria não se enquadra na ressalva disposta na tese firmada pelo STF, ou seja, a norma coletiva está autorizada a firmar cláusulas restritivas da garantia provisória.

No mesmo entendimento da 4ª Turma, a não aplicação integral e literal da cláusula normativa afronta a tese vinculante do STF. No que concerne ao TRT da 15ª Região, no Recurso Ordinário 0010990-60.2022.5.15.0091, publicado em 17/08/23, resolveu por acolher integralmente a norma coletiva que obriga a comprovação prévia pelo empregado a aposentação, que caso não observado, não se configurará como dispensa obstativa, logo, prejudicará na indenização correspondente.

O aludido Tribunal firmou o mesmo entendimento da 4ª e 5ª Turmas do TST, que após a vigência do Tema 1046 passaram a

114“RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. EXIGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR PREVISTA EM NORMA COLETIVA. TESE VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIXADA NO TEMA Nº 1.046 DE REPERCUSSÃO GERAL. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. (...) A jurisprudência desta Corte orientava-se no sentido de que, preenchidos os demais requisitos constantes da norma coletiva, deveria ser reconhecida a estabilidade pré-aposentadoria do empregado, ainda que este tenha inobservado a disposição, também prevista em instrumento normativo, de comunicação formal ao empregador quanto ao fato de se encontrar em "período de pré-aposentadoria". Ocorre que o e. STF, no recente julgamento do Tema 1046 da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese jurídica: "São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis". De acordo com a referida tese, é válida norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista, desde que não assegurados constitucionalmente, ou seja, as cláusulas normativas não podem ferir um patamar civilizatório mínimo. Desse modo, não se tratando a estabilidade pré-aposentadoria de direito indisponível há de ser privilegiada a autonomia das partes, conforme previsto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Na hipótese, a Corte Regional consigna que a norma coletiva, ao dispor sobre a estabilidade pré-aposentadoria, estabeleceu a necessidade de o trabalhador comprovar o fato de se encontrar a um máximo de 12 (doze) meses da aquisição do direito, em seus prazos mínimos. O Tribunal Regional, ao não aplicar a literalidade do item a da Cláusula 38ª da CCT da categoria, concluindo que "a ausência de comunicação da aquisição do direito a estabilidade, não impossibilita seu reconhecimento", decidiu de forma contrária à tese vinculante do Supremo Tribunal Federal firmada no Tema nº 1.046 da Tabela de Repercussão Geral, (...)" (TST - RRAg: 10012401920185020382, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 24/05/2023, 5ª Turma, Data de Publicação: 26/05/2023)

reconhecer as cláusulas normativas em sua integralidade quando se exige a comprovação prévia do reclamante.

Deste modo, podemos perceber a carência de pacificação da jurisprudência, entre as turmas dos Tribunais Regionais e Superiores, no qual permeia a insegurança jurídica. São diversos os fundamentos jurídicos fixados pelas cortes superiores, o que reforça a fragilidade e subjetividade da tese postulada pelo STF.

4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

O âmago da controvérsia está na interpretação diversa dada ao fim da redação da tese fixada pelo STF, que deu origem ao Tema 1046, de repercussão geral, ao dispor a ressalva “desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”, atribuindo validade às normas coletivas que pactuam sobre direitos trabalhistas, mesmo que restritivas de direitos, com exceção aos direitos assegurados constitucionalmente.

O julgamento do ARE nº 1121633, ensejador do tema 1046, decorreu de um cenário no qual questionava-se a violação ao princípio da prevalência da negociação coletiva prevista no art. 7º, XXXVI, tal como pela insegurança quanto a validade dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

O julgamento da ARE 1121633 (STF, 2023), objetivou o conceito de direito absolutamente indisponível, deve ser compreendido como direito que resguarde o patamar mínimo civilizatório composto “(i) pelas normas constitucionais, (ii) pelas normas de tratados e convenções internacionais incorporadas ao Direito Brasileiro e (iii) pelas normas que, mesmo infraconstitucionais, asseguram garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores”.

A Suprema Corte reconheceu não ser tarefa fácil delimitar o que seria patamar civilizatório mínimo a fim de afastar a negociabilidade coletiva. Diante disso, para conferir maior segurança jurídica, a lei 13.467/2017 delimitou as hipóteses em que o acordo ou convenção coletiva de trabalho tem prevalência sobre a lei ou que não possa ser discutida pela via negocial coletiva (arts. 611-A e 611-B da CLT).

Ademais, caso haja norma trabalhista plenamente assegurada na Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais

ratificados, haverá vedação a negociação coletiva em suprimir ou restringir tais direitos, salvo se expressamente autorizado pela lei ou constituição. Assim, concluiu o STF.

Para o ministro do TST, Alexandre Luiz Ramos (RAMOS, 2022) entende como direito absolutamente indisponível aqueles previstos em normas constitucionais, resguardado o patamar civilizatório mínimo ao trabalhador, onde de forma direta ou indireta, não autoriza a flexibilização via negociação coletiva

Ampliou o conceito de direito absolutamente indisponível proposto pelo STF, ao classificar como “(1) nas normas constitucionais fechadas e/ou proibitivas, (2) nas normas internacionais incorporadas ao direito brasileiro, desde que autoexecutáveis e (3) nas normas infraconstitucionais que expressamente afastam a negociação coletiva”.

Classificou as normas constitucionais como fechadas ou proibitivas, abertas e programáticas. As fechadas ou proibitivas são aquelas que expressamente proíbem ou não autorizam redutibilidade de direitos trabalhistas. As normas constitucionais abertas são as que expressamente autorizam a transação de direitos trabalhistas pela via negocial. Já as normas programáticas necessitam de regulamentação por leis infraconstitucionais. Para o ministro, apenas as normas fechadas ou proibitivas, as programáticas, se expressas a vedação, serão capazes de afastar a flexibilização do direito pela negociação coletiva.

Tal como, os princípios constitucionais abertos, isoladamente, não podem invocar a invalidade de uma norma coletiva, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, do não retrocesso social, etc.

Portanto, patamar civilizatório mínimo, no seu entendimento, são somente as normas constitucionais fechadas ou proibitivas, as jurisprudências do STF submetidas ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade, as normas internacionais do trabalho, desde que autoexecutáveis, ou seja, de eficácia plena, não necessite de regulamentação para que sua aplicabilidade, e as normas infraconstitucionais que de forma expressa proíba ou restrinja a negociação coletiva.

Paralelamente, (PEREIRA, FREITAS, 2023) argumentam que os direitos indisponíveis não se esgotam nas normas constitucionais, infraconstitucionais ou internacionais positivados. Deverá ser

considerada outras fontes aplicáveis à sociedade e que merecem ser consideradas como absolutas, a exemplo dos princípios de direitos humanos como limite na via negocial coletiva.

À vista disso, elenca dois princípios internacionais dos direitos humanos que devem ser considerados no rol dos limites da indisponibilidade absoluta pela negociação coletiva, o princípio da boa-fé internacional e pro persona, bem como as normas internacionais predominantemente sociais, normas bioéticas e sustentabilidade humana.

Para a ministra Rosa Weber (SOUZA, NASCIMENTO, 2022) a norma constitucional prevista no caput do art. 7º da CF/88 ao dispor sobre o rol dos direitos dos trabalhadores, não se limita ao rol elencado na norma, já que o legislador expressou o interesse na ampliação de direitos, podendo ser qualquer outro que vise a melhoria da sua condição social. A luz disso, o legislador buscou elevar o patamar protetivo do trabalhador e o poder restringir o direito negocial coletivo.

Ainda, a essência do direito do trabalho é a proteção ao trabalhador, não sendo possível excluir a aplicação dos princípios norteadores do direito do trabalho no âmbito coletivo. Portanto, fundamental observar os princípios da norma mais favorável e do não retrocesso no direito coletivo, afinal são exemplos de princípios basilares do fundamento do Estado Brasileiro que protege o valor social do trabalho e livre iniciativa.

No julgamento que fixou o tema 1.046 do STF, o ministro Gilmar Mendes limitou a disponibilidade de direitos trabalhistas em normas coletivas às normas que respeitem o patamar mínimo civilizatório.

Deste modo, (CALCINI, CAMARA, 2023), o patamar civilizatório mínimo concerne em diretrizes e regras que incidem sobre uma determinada categoria profissional que não podem ser renunciados. Se a norma coletiva incorre em retrocesso normativo, seu ato será considerado ilegítimo haja vista a indisponibilidade para renunciar direitos.

Conforme exposto, observamos correntes doutrinárias divergentes, no qual uma associa a indisponibilidade absoluta de direitos trabalhistas pela negociação coletiva apenas a determinadas normas, conquanto positivadas, sendo elas constitucionais ou não, mas que sejam plenamente expressas quanto a proibição da matéria pela via negocial coletiva e outras que incluem

outras fontes do direito, a exemplo, dos princípios aplicáveis no direito do trabalho e dos direitos humanos, para limitar os acordos ou convenções coletivas que visam lesar o trabalhador.

5 NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

A norma jurídica de repercussão geral que regulamenta a matéria objeto da controversa é a tese firmada pelo STF, tema 1046, cuja publicação decorreu em 28/04/2023, proveniente do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1121633 / GO – Goiás.

Concernente à estabilidade provisória pré-aposentadoria, na atualidade, não há legislação pátria que estabeleça tal direito, deixando a encargos dos sindicatos conjuntamente com os empregadores regulamentarem a matéria. Em decorrência disso, serão os acordos ou convenções coletivas para irão prever a garantia de emprego e determinar quais os critérios delimitadores.

Isto posto, para resolução da controvérsia, não há legislação aplicável ao caso concreto, mas o emprego de entendimentos doutrinários acerca do conceito de direito absolutamente indisponível e do direito protetivo à aposentadoria do trabalhador.

Ao caso em questão, discute-se dois pontos centrais: a hermenêutica aplicada pelos Tribunais Regionais do Trabalho sobre a tese disposta no tema 1.046 do STF, no qual vincula os demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, no sentido de proferir suas decisões nos ditames do que foi assentado pela Suprema Corte e a (in)validade na norma coletiva que limita o direito do obreiro a garantia de emprego.

A interpretação do caso concreto paradigma envolve, portanto, a proposição normativa garantida pelo poder judiciário e a cláusula normativa tratada na convenção coletiva de trabalho¹¹⁵.

115 TEMA 1046: São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

“CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA - GARANTIA DE EMPREGO -APOSENTADORIA: Todo trabalhador em administração escolar com três anos ou mais de contrato, que estiver, no máximo, a 03 (três) anos da aposentadoria por tempo de contribuição, proporcional ou integral, ou ainda por idade, gozará de estabilidade no emprego até a data da aquisição do direito à aposentadoria, desde que informe e comprove, por escrito, ao estabelecimento de ensino a aquisição do seu direito à estabilidade, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar do momento em que adquirir este direito.

Esses dois dispositivos são o cerne da discussão. Até que ponto se dará constitucionalidade a norma coletiva que pactua limitação ou afastamento do direito à garantia de emprego por pré-aposentadoria prevista no próprio acordo ou convenção coletiva? Pode-se dizer que condicionar a garantia de emprego à obrigação imposta ao trabalhador na comunicação ao empregador, da brevidade da aposentação é constitucional ou respeita o direito absolutamente indisponível? Tais questionamentos foram relevantes para a fundamentação jurídica do julgado ora discutido.

Ora, indubitável que o tema 1.046 do STF reforça a prevalência do negociado sobre o legislado, novidade trazida pela Lei 13.467/2017 que inseriu o art. 611-A na CLT com a seguinte redação “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei (...)”, haja vista que confere constitucionalidade às normas coletivas de trabalho que limitam ou restringem direitos trabalhistas.

O art. 611-A da CLT, por meio do rol exemplificativo, prevê hipóteses de alcance das negociações entre os sindicatos (convenções coletivas) e entre estes e as empresas (acordos coletivos). E, diversamente a essa permissão, o art. 611-B estabelece um rol de matérias que não podem ser negociadas na esfera privada.

Nesse contexto, a legislação atribuiu a intervenção mínima do Estado em detrimento da autonomia da vontade coletiva, cujo princípio está positivado no 3º do artigo 8º da CLT, no onde o poder judiciário deverá, ao analisar os acordos ou convenções coletivas de trabalho, somente quanto aos elementos essenciais do negócio jurídico, previsto no art. 104 do Código Civil.

Além do mais, a autonomia privada coletiva está prevista no texto constitucional no art. 7º, XXVI, no qual garante o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Em contrapartida às normas citadas acima, é forçoso destacar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim entendido como um dos fundamentos do Estado democrático de direito e primordial à manutenção de uma sociedade livre e justa, cujo direito norteia a garantia de um mínimo civilizatório ao trabalhador.

Parágrafo Primeiro: O trabalhador que não requerer a sua aposentadoria no prazo de noventa (90) dias, a contar do momento em que adquirir o respectivo direito, perderá a garantia instituída nesta cláusula.

Parágrafo Segundo: O trabalhador poderá exercer a prerrogativa que lhe assegura esta cláusula uma única vez (...).”

Frente a esse cenário, o STF decidiu por flexibilizar as normas trabalhistas e ratificar a autonomia privada coletiva atribuindo a única ressalva no que tange a reputar como ilícitas as cláusulas coletivas que restrinjam ou limitem direitos absolutamente indisponíveis.

Logo, a CLT dispõe sobre quais matérias são negociáveis pela via coletiva em seus artigos 611-A e 611-B, a Constituição Federal, no art. 7º, garante um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores que deverão ser assegurados pela sociedade, tal como o reconhecimento das normas coletivas de trabalho, e não podemos deixar de mencionar os princípios que regem o direito do trabalho que são do “não retrocesso social”, “in dubio pro operário” e da “dignidade da pessoa humana”, sendo este último, traz conceito amplo, aplicável em qualquer norma jurídica.

6 - ANÁLISE CRÍTICA

O Tema 1046 do STF trata da constitucionalidade de acordos e convenções coletivas que pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas e vem alcançando relevância contexto jurídico atual. Algumas considerações devem ser tracejadas.

A ressalva na tese "desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis" introduz uma contradição considerável. Apesar do julgado percussor da tese ter definido que direitos absolutamente indisponíveis são aqueles que não podem ferir um patamar mínimo civilizatório, há amplitude e a falta de definição desse princípio, deixando espaço para decisões subjetivas por parte dos tribunais.

Outro aspecto relevante é a necessidade de um debate mais aprofundado sobre o que constitui um direito absolutamente indisponível. Abrangeria apenas os direitos constitucionais positivados ou podemos conceituar de modo geral como direitos fundamentais implícitos e explícitos do trabalhador?

O direito absolutamente indisponível não pode ser conceituado apenas como “normas constitucionais fechadas e/ou proibitivas, normas internacionais incorporadas ao direito brasileiro, desde que autoexecutáveis ou normas infraconstitucionais que expressamente afastam a negociação coletiva” (RAMOS, 2022). Abrange também os direitos fundamentais que não podem ser transacionados, renunciados ou

negociados, portanto, irrenunciáveis, intransigíveis e inalienáveis, vinculando aos valores e princípios fundamentais.

Ademais, é oportuno questionar se a tese do STF oferece uma proteção adequada aos direitos dos trabalhadores ou se confere, ilimitadamente, autonomia sindical para afastar tais direitos. A livre negociação sindical pode gerar preocupações quanto à precarização das condições laborais, especialmente se a interpretação dessa tese não for rigorosa na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Embora a estabilidade pré-aposentadoria não esteja prevista na Constituição Federal ou em leis infraconstitucionais, sendo contida apenas nas negociações coletivas, não pode ser vista como direito inteiramente transacionável. Isto porque, o caput do art. 7º da CF/88 prevê que os direitos trabalhistas são todos aqueles que visam a melhoria da condição social do trabalhador. Assim, todas as normas que protegem o trabalhador devem ser observadas como garantidoras do mínimo existencial.

Além do mais, a aposentadoria é direito constitucional disposto no art. 7º, XXIV, da CF/88, benefício de caráter alimentar que provém viabilizar a subsistência própria e familiar, sendo indispensável a dignidade do trabalhador, portanto, direito amplamente indisponível para transação na via negocial coletiva.

A comunicação ao empregador do preenchimento dos requisitos da cláusula normativa visa obstar a aquisição do direito, pois a exemplo da demissão sem justa causa, incumbe ônus ao empregado quanto da iminência da dispensa, o que não pode ser admitido.

Diante disso, o acórdão proferido pelo TRT-4, em juízo de retratação, foi acertadamente pontual em garantir constitucionalidade ao direito de aposentação, expressamente previsto na norma constitucional, inadmitida uma possível limitação ou restrição à sua aquisição pela ingerência coletiva, não sendo contrário à tese vinculante do Supremo Tribunal Federal firmada no Tema nº 1.046 da Tabela de Repercussão Geral.

A tese, embora seja uma tentativa de equilibrar a autonomia coletiva e os direitos fundamentais, precisa ser melhor definida e aplicada para assegurar uma justiça efetiva. O STF poderia se beneficiar de uma análise mais profunda e específica sobre o alcance e a natureza desses direitos, proporcionando maior clareza e consistência em suas decisões relacionadas ao Tema 1046.

7 - CONCLUSÃO

Há lacunas e ambiguidades no tratamento jurídico dado as condições limitadoras impostas na norma coletiva de trabalho quanto a concessão da estabilidade pré-aposentadoria intensificada a partir da fixação da Tese 1.046 do STF, que gerou divergência entre os Tribunais Regionais e entre as turmas do Tribunal Superior do Trabalho na interpretação do conceito de direito absolutamente indisponível, o que gerou incertezas e dificuldade na aplicação consistente da legislação.

Anteriormente a tese, os Tribunais Regionais, majoritariamente, haviam firmado entendimento pela presunção de conhecimento por parte do empregador da proximidade da aposentadoria, fundamentando na obrigação legal deste de manter o histórico funcional do empregado. Diante disso, garantiam o direito a estabilidade provisória mesmo que não atendido o requisito formal de comunicação ao empregador.

Agora, após fixada a tese, os tribunais tem decidido de forma diversa sobre a mesma matéria, uns consideram que o Tema 1.046 não pode ser aplicado à norma coletiva que impõe a obrigatoriedade de comunicação prévia da proximidade da aposentadoria por considerar constitucional o direito a aposentação, tal como, considerar impeditiva a obtenção do direito iminente de ser adquirido (dispensa obstativa), bem como, o empregador obtendo o histórico funcional do empregado pode ter conhecimento sobre sua situação previdenciária, portanto, não subsiste a comunicação antecipada.

Diversamente a este posicionamento, têm-se a fundamentação de que a não aplicação da literalidade da norma coletiva contraria a tese fixada pelo STF, tendo em vista que conferiu validade a norma coletiva que limita direitos trabalhistas, tal como, não consideram a estabilidade pré-aposentadoria como direito indisponível, devendo prevalecer a autonomia das partes, (rt. 7º, XXXVI, CF/88), também, por não existir lei que preveja a estabilidade no emprego para o empregado próximo de se aposentar, a norma coletiva não está a limitar direito, pois elevou o patamar protetivo do trabalhador, dentre outros.

Indubitável que falta uma abordagem mais clara sobre como as normas coletivas podem ou não restringir direitos trabalhistas. A decisão parece reconhecer a validade dessas normas, desde que respeitem os direitos

absolutamente indisponíveis, mas não oferece critérios objetivos para determinar essa compatibilidade.

Por fim, o estudo mais aprofundado pela comunidade jurídica sobre o conceito de direito absolutamente indisponível é essencial para esclarecer a base teórica desse princípio e como ele deve ser aplicado nos casos concretos. A ausência de clareza e objetividade nesse ponto pode resultar em decisões incongruentes e prejudicar a segurança jurídica.

Referências

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 0020924-82.2017.5.04.0007. Relator: Luiz Alberto de Vargas. 06/10/2023. Disponível em: https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/FX8XLF_MftXsQ906mD7hvw?. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (7. Região). Recurso Ordinário nº 0000965-35.2022.5.07.0018. Relator: Fernanda Maria Uchoa de Albuquerque. 14/09/2023. Disponível em: <https://pje.trt7.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000965-35.2022.5.07.0018/2#bfeb2ed>. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1000147-40.2021.5.02.0083. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. 03/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/d90bc50b876cb6b7165d2937fada9154>. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista em Agravo nº 0001301-81.2017.5.12.0048. Relator: Margareth Rodrigues Costa. 13/09/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#d90bc50b876cb6b7165d2937fada9154>. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 10010025320175020020. Relator: Mauricio Godinho Delgado. 24/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/d9d49caec344cebe41fcd75e86ce8511>. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 10007440820195020009. Relator: Alexandre Luiz Ramos. 18/04/2023. Disponível em:

<https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/eec62df6b156ef9fa451c383d4c8732a>. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista em Agravo nº 10012401920185020382. Relator: Breno Medeiros. 24/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/779f3b192125339aff41a8037c2feacc>. Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário nº 0010990-60.2022.5.15.0091. Relator: Rafael Marques de Setta. 17/08/2023. Disponível em: [https://jurisprudencia.trt15.jus.br/documento/90505998/0H,J7\\$%3BG4H%3B%3D?highlight=0010990-60.2022.5.15.0091](https://jurisprudencia.trt15.jus.br/documento/90505998/0H,J7$%3BG4H%3B%3D?highlight=0010990-60.2022.5.15.0091). Acesso: 08 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário em Agravo nº 0000967-13.2014.5.18.0201. Relator: Gilmar Mendes. 02/06/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso: 08 jan. 2024.

CALCINI, Ricardo. CAMARA, Amanda Paoreli. Reflexões sobre o direito coletivo do trabalho: entre a autonomia coletiva e a precarização das relações de trabalho. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 27, n. 1, 2023

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. FREIRAS, Flavio da Silveira Borges de. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. Negociação coletiva e legislação trabalhista: análise crítica da decisão no tema 1046 da repercussão geral do supremo tribunal federal. e-ISSN: 2525-9903 | Encontro Virtual | v. 9 | n. 1 | p. 30 – 49 | Jan/Jul. 2023.

RAMOS, Alexandre Luiz. Consultor Jurídico. O conceito de direito absolutamente indisponível contido no Tema 1.046. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-30/alexandre-luiz-ramos-direito-absolutamente-indisponivel/>. Acesso: 08 jan. 2024.

SOUZA, Arthur Kevin de. NASCIMENTO, Carlos Francisco do. O negociado sobre o legislado: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Research, Society and Deve-lopment, v. 11, n. 13, e261111335363, 2022.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
ARE	Recurso Extraordinário em Agravo
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
ROT	Recurso Ordinário Trabalhista
Ag-AIRR	Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho

RETROSPECTIVA E PERSPECTIVAS EMERGENTES DA INFLUÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO CAMINHAR CIVILIZATÓRIO E NA DIGNIDADE HUMANA¹¹⁶

RETROSPECTIVE AND EMERGING PERSPECTIVES OF THE INFLUENCE OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION ON THE CIVILIZATION PATH AND HUMAN DIGNITY

Christiana D'arc Damasceno Oliveira¹¹⁷

116 Esta versão inédita, com atualizações, corresponde a capítulo publicado, originalmente, na seguinte obra: MANNRICH, Nelson *et al.* (Org.). *Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho*: proteções social, econômica, política e jurídica das relações de trabalho em tempos de crise. Curitiba: Instituto Memória, 2022.

117 Doutora em Direito - Universidade Católica de Santa Fe. Master em Teoria Crítica dos Direitos Humanos - Universidade Pablo de Olavide, Sevilla (Espanha). Possui Formação em Normas Internacionais do Trabalho - International Training Centre da OIT (ITCILO, Turim, Itália). Acadêmica Titular da Cadeira 34 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Membro Titular do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Docente em Formação Inicial e Continuada para Juizes do Trabalho em Escolas Judiciais. Juíza Titular da Vara do Trabalho de Plácido de Castro, Estado do Acre, Brasil. Homenageada Nacional pelo prestigioso Prêmio Innovare, Instituto Innovare, na categoria Juiz, no ano 2020 (17ª edição), a mais importante premiação jurídica nacional brasileira, pela autoria da iniciativa “JUDICIÁRIO HUMANIZADO E SEM FRONTEIRAS”, que é reconhecida como a origem do acesso permanente para atendimento instantâneo telepresencial aos cidadãos pela Justiça e do ajuizamento de ações trabalhistas via transmissão de sons e imagens em tempo real, a partir de fevereiro de 2019, em modelo inovador, complementar e multiportas de Acesso à Justiça, mais de um ano antes da eclosão da pandemia. Em 2023, foi destinatária de reconhecimento no Museu do Supremo Tribunal Federal (STF) como integrante da história do Judiciário Brasileiro na Exposição “Magistratura Cidadã: Da normativa constitucional à efetivação dos direitos sociais”, recebendo a iniciativa de sua autoria destaque pelo pioneirismo e pelo caráter “revolucionário, simples e desburocratizado que supera distâncias geográficas e maximiza o acesso da população à Justiça”. Em 2024, a iniciativa “BABY JUD, ESPAÇO KIDS E JARDINS ECOSSUSTENTÁVEIS”, de sua autoria e servidores da Vara do Trabalho de Plácido de Castro/AC, implementada desde 2018, foi incluída no Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário, eixo temático “JUSTIÇA E CIDADANIA”, com fundamento em aprovação do Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Juíza convidada e entrevistada do Documentário “JUSTIÇA HUMANA”, produzido pela TV Justiça, lançado em agosto/2024, que reúne 4 magistrados (as) do Brasil que são reconhecidos por “ações que têm ajudado a mudar a forma como as pessoas veem o Judiciário e a aplicar o verdadeiro conceito de Justiça”. Exerceu o cargo de Auditora-Fiscal do Trabalho. Foi Membro da Comissão Examinadora do 1º Concurso Nacional para Ingresso na Magistratura do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT). Foi Gestora Nacional Norte da Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista, Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). Integra os Conselhos e Comissões de reconhecidas publicações nacionais e internacionais: Membro da Comissão Editorial da Revista Trabalhista da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA); Membro da Comissão de Avaliadores Externos, junto à Revista Internacional de la Protección Social da Universidade de Sevilla (Espanha); Parecerista da Revista Latinoamericana de Derecho Social, editada pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM (México); entre outros. Autora de livros, artigos científicos e capítulos de livros em publicações jurídicas especializadas, no Brasil e no exterior. Conferencista em eventos jurídicos nacionais, internacionais e em congressos mundiais. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/5786431397824968>. Orcid ID: 0000-0001-8614-4424. E-mail: christianadarc@gmail.com.

Resumo

O estudo examina aspectos centrais quanto à estrutura e ao percurso histórico da Organização Internacional do Trabalho (OIT), lançando luzes acerca da interação do organismo com os elementos do universo laboral na atualidade e os desafios atinentes ao porvir da correlata atuação, de modo sempre congruente com o prestígio à dignidade humana.

Palavras-chave: OIT; papel; itinerário histórico; perspectivas; dignidade humana.

Abstract

The study examines central aspects of the structure and historical course of the International Labor Organization (ILO), shedding light on the interaction of the organism with the elements of the labor universe at the present time and the challenges that are related to the future of the corresponding performance, in a way always consistent with the prestige of human dignity.

Keywords: ILO; role; historical itinerary; perspectives; human dignity.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos cognominados líquidos, a provocação de Sêneca ganha vívido frescor: “*Não temos exatamente uma vida curta, mas desperdiçamos grande parte dela*”.¹¹⁸

O poeta e filósofo espanhol (criado em Roma), século 4 a.C a 65 d.C, aborda, em “*Sobre a brevidade da vida*”, entre outros temas, a relação entre tempo de existência x tempo vivido.

Sob a perspectiva do ser humano individualmente considerado, enaltece que o bem na existência não depende, necessariamente, “do comprimento da vida, mas do uso que fazemos dela; também, que é possível, ou mais comum, que um homem que tenha existido muito tempo tenha vivido muito pouco.”¹¹⁹

118 SÊNECA. *Sobre a brevidade da vida*. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017, p. 19.

119 *Ibidem*, p. 18.

No cerne, indagações portentosas que, em exercício imaginativo - e com certa licença poética -, podem servir de bússola para reflexão igualmente no que toca à trajetória de instituições.

Em contexto analítico, nesse passo, que gradientes despontam quanto à envergadura da Organização Internacional do Trabalho seja em seu percurso já delineado seja ante as desafiadoras circunstâncias e os velozes fenômenos na contemporaneidade do cotidiano laboral, em perspectiva planetarizada?

O papel da entidade tem diminuído ao longo dos tempos ou seria correto dizer que, em panorama de crise – ou percepção de crise –, têm-se avolumado o significado e o contributo da centenária entidade nesse tempo que nos cabe viver? Há *gaps* antepostos, a pitadas de *vanilla*, na tônica desse debate?

São algumas das inquietudes que permeiam as breves linhas que se delineiam a seguir, com propostas contributivas e sem pretensão de exaustividade.

2. UM VOO DE PÁSSARO ACERCA DA MUSCULATURA DE ESTRUTURAÇÃO

Com sede em Genebra, Suíça, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) conta atualmente com 187 Estados-membros e caracteriza-se como um dos conseqüências exitosos exemplificativos da política do século XX.

O organismo foi criado por meio do Tratado de Versalhes, ao final da Primeira Guerra Mundial, em 1919, sendo então editada a Constituição da OIT. Inicialmente, tratava-se de um órgão autônomo da Sociedade das Nações, desse modo tendo permanecido até 1946, ocasião em que se tornou organismo especializado da ONU.

À época de sua criação, a OIT tinha como intento primário o fomento da universalização e consolidação de um patamar mínimo de bem-estar aos trabalhadores como condição sobretudo da possibilidade de ocorrência de um comércio mundial justo e leal entre os países, elidindo-se, por conseguinte, nociva competição econômica internacional oriunda do barateamento dos custos produtivos. O enfoque prioritário, portanto, era o afastamento da concorrência desleal e da prática do *dumping* no âmbito internacional.¹²⁰

120 CORRÊA, Lélío Bentes. A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005, p. 338.

Em 10.5.1944, foi adotada no âmbito da OIT a Declaração referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, também chamada de Declaração de Filadélfia, que se trata de anexo da Constituição da OIT, havendo alteração significativa dos objetivos e propósitos da Organização em tela, com realce mais incidente a partir de então na preocupação com a justiça social e com direitos humanos e direitos fundamentais no trabalho sob o aspecto de sua função civilizatória para o trabalhador.

Uma das estratégias adotadas pela OIT para concretização de seu mister são as normas internacionais do trabalho.

Cabe lembrar que a OIT tem composição tripartite, integrada por representantes dos trabalhadores, das entidades de empregadores e dos Governos, possuindo em sua estrutura 3 (três) órgãos principais: a Assembleia Geral ou Conferência Internacional do Trabalho; o Conselho de Administração; e a Repartição Internacional do Trabalho (RIT) (também denominada Oficina, Secretaria ou *Bureau* Internacional do Trabalho).

Além disso, a Organização Internacional do Trabalho apresenta importantes mecanismos de supervisão e controle de aplicação dos correlatos instrumentos normativos, dentre os quais a *Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, a *Comissão de Aplicação das Normas da Conferência Internacional do Trabalho* e o *Comitê de Liberdade Sindical*.

Preveem os arts. 19 a 22 da Constituição da OIT, a necessidade de encaminhamento periódico pelos Estados-membros de relatórios acerca das providências adotadas em seu âmbito para conferir efetividade às *convenções ratificadas* da OIT. Ocasionalmente, quando for solicitado pelo Conselho de Administração, também deverão os Estados-membros encaminhar relatórios no que diz respeito às medidas adotadas quanto às *recomendações e convenções não ratificadas*. A análise dos relatórios é realizada pela Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT. O controle aí é permanente, tratando-se de procedimento regular ou ordinário de supervisão da aplicação das normativas internacionais.

A Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações é composta por 20 (vinte) especialistas, que atuam de modo independente e desatrelado de qualquer Estado-membro, a fim de velar pela inexistência de pressões e influências, a quem compete, atuando na respectiva

área, examinar os relatórios periódicos encaminhados pelos Estados em observância ao dever inserido nas convenções que tenham ratificado, ou nas recomendações e convenções não ratificadas acerca das quais determinar tal medida o Conselho de Administração da OIT. A análise é técnica. Veja-se que a composição da Comissão em foco *não* é tripartite (representantes dos Governos, dos trabalhadores e dos empregadores). A Comissão de Peritos está vinculada ao *Bureau* ou Repartição Internacional do Trabalho.

Anualmente, a Comissão de Peritos apresenta um *relatório*, em que são registrados dados quanto aos avanços e retrocessos dos Estados no que tange à implementação dos patamares internacionais, com *recomendações* para aplicação efetiva. Tal Comissão possui poderes para *requerer informações adicionais* no que diz respeito a “aspectos não satisfatórios dos relatórios apresentados, bem como para proceder ao acompanhamento do efetivo atendimento às suas recomendações”. Referidos relatórios também são significativos por indicarem a interpretação escorreta da abrangência das determinações constantes nas convenções.¹²¹

À Comissão de Peritos também pode incumbir, em certos casos, a supervisão da efetiva observância pelos Países envolvidos das recomendações efetuadas nos relatórios do Comitê de Liberdade Sindical acerca de violações aos direitos humanos relacionadas a esse tema.

Também constitui um dos mecanismos ordinários de supervisão da OIT, a Comissão de Aplicação de Normas da Conferência Internacional do Trabalho, a qual tem composição tripartite (representantes de trabalhadores, empregadores e Governos) e está ligada ao Conselho de Administração da OIT.

Reúne-se, a cada ano, na época da Assembleia da OIT, a fim de analisar o relatório anual da Comissão de Peritos e estabelecer as assertivas centrais para debate, podendo levar questões pertinentes inclusive para o conhecimento da Assembleia Geral em plenário, que poderá fixar advertências.

Para *Lelio Bentes Corrêa*, “o chamamento a prestar esclarecimentos perante a Comissão constitui, por si só, constrangimento que maior parte dos Estados-membros da OIT busca, a todo custo, evitar”.¹²²

121 CORRÊA, Lélío Bentes. A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coord.). *Os novos horizontes do Direito do Trabalho*: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005, p. 346.

122 *Idem*.

Além disso, os arts. 24, 26 a 31 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho albergam a possibilidade de procedimentos especiais (reclamações e queixas) perante o Conselho de Administração da OIT, para fins de supervisão das normativas internacionais de tal Organização que tenham sido ratificadas pelos Estados-membros, exceto aquelas pertinentes à liberdade sindical e à negociação coletiva, que são objeto da atuação do Comitê de Liberdade Sindical.

Nesse aspecto, prevê-se a figura da *reclamação*, passível de ser utilizada por organização sindical nacional (de trabalhadores ou de empregadores), por escrito, no sentido de denunciar a inobservância ou cumprimento insatisfatório pelo Estado-parte de uma convenção ratificada; assim também o instituto da *queixa*, por escrito, no caso também de inobservância ou cumprimento insatisfatório de uma convenção ratificada, instrumento para cujo uso tem legitimidade um Estado-membro contra outro, e ainda o Conselho de Administração da OIT, seja de ofício, seja a pedido de um delegado da Assembleia Geral, representante dos trabalhadores ou dos empregadores.

Além disso, nos termos do art. 30 da Constituição da OIT, um Estado-membro poderá apresentar *queixa* contra outro Estado-parte por ter este descumprido o dever de levar ao conhecimento da respectiva autoridade nacional competente, no prazo de 1 (um) ano, até 18 meses, do encerramento de cada sessão anual da Assembleia, as convenções e recomendações adotadas pela Organização naquele ato, para fins de deliberação acerca da adoção do instrumento no plano interno e de ações legislativas ou de outra natureza, conforme dever imposto no art. 19, itens 5, 6 e 7, da Constituição da OIT.

Em último caso, poderá o Conselho de Administração submeter a questão à Corte Internacional de Justiça, ONU, na hipótese de não serem aceitas pelos Estados as recomendações contidas em seu relatório final quanto às queixas e reclamações apreciadas.

Como se infere, os indivíduos não poderão apresentar diretamente, por direito próprio, queixa ou reclamação perante a OIT.

Pouco tem sido utilizada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, perante o Conselho de Administração, quanto às normativas internacionais do trabalho ratificadas pelos Estados-membros, a figura da *reclamação* por organização sindical nacional, ou mesmo da *queixa* decorrente de pedido de delegado de Estado-parte ao Conselho de Administração, embora

sejam mecanismos eficazes para alavancar a adoção de postura ativa do Estado descumpridor de dada convenção, em virtude das repercussões internacionais vexatórias em seu desfavor pelo uso de tais instrumentos.

Também na esfera dos *procedimentos especiais*, e tão-somente no que diz respeito às violações que envolvem os direitos humanos objeto de convenções relativas à *liberdade sindical* e à *negociação coletiva*, tem atuação destacada o Comitê de Liberdade Sindical (CLS), que possui 9 (nove) membros, em composição tripartite (3 representantes dos Governos, 3 dos trabalhadores e 3 dos empregadores). Os membros do CLS são nomeados pelo Conselho de Administração da OIT, órgão ao qual o Comitê é vinculado. Suas reuniões ocorrem 3 (três) vezes ao ano, oportunidade em que são analisadas as *reclamações* e *queixas* apresentadas. A legitimidade para apresentação junto ao Comitê das figuras da reclamação e da queixa, é similar àquela ocorrente nos procedimentos especiais que transcorrem perante o Conselho de Administração. Não poderão integrar o exame de reclamações e queixas, os integrantes do Comitê de mesma nacionalidade do Estado-membro examinado.

Diferentemente do que ocorre com os procedimentos especiais em relação às demais convenções perante o Conselho de Administração, a competência do Comitê de Liberdade Sindical para exame de ofensas ocorre mesmo em relação aos Estados que não hajam ratificados as convenções que têm pertinência com as atribuições do Comitê e que tenham sido alegadamente violadas.

3. OIT: TRAÇADO CONTRIBUTIVO HISTÓRICO EM MULTIFACETADAS FRENTES

Atua a OIT tanto no *plano normativo*, no sentido de criar normas protetivas (formulação de normas internacionais do trabalho) e ampliar o respectivo alcance, como no *plano de prestação de cooperação técnica em várias áreas aos Estados-partes, aos trabalhadores e empregadores*, por meio de estudos e programas que procuram aliar desenvolvimento social ao econômico (a exemplo da erradicação do trabalho infantil e na luta contra o trabalho escravo, em que tem se destacado em razão também das parcerias realizadas), bem como na promoção do desenvolvimento e da interação das organizações independentes de empregadores e trabalhadores, além da

difusão de dados e estudos relativos aos problemas que envolvem o trabalho, no sentido da promoção do diálogo social.¹²³

Da OIT emanam normativas internacionais (recomendações, resoluções, convenções, protocolos e declarações) que se revestem de importância crucial, dadas as possibilidades que ocasionam para a proteção do trabalhador e resguardo da dignidade da pessoa humana, em especial no sentido de propiciar a disseminação de benefício a todos (justiça social) em um contexto de economia global.

De modo mais hodierno, o enfoque primordial da OIT tem sido o trabalho decente para todos, que tem como pilar o respeito aos direitos fundamentais no trabalho, figurando como mecanismo para obter uma globalização justa e hábil a propiciar inclusão social.

Nesse sentido, paradigmática a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), por meio da qual foram explicitadas como convenções fundamentais aquelas que tratam dos temas seguintes, cujos valores os Estados-membros reconhecem que tem a obrigação de ativar-se no sentido de alcançar, por serem imanentes ao pertencimento à OIT, ainda que não tenham podido ratificar a integralidade de tais convenções:

- . Liberdade sindical (Convenção n. 87, de 1948) e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (Convenção n. 98, de 1949);
- . Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenções ns. 29, de 1930, e 105, de 1957);
- . Efetiva abolição do trabalho infantil (Convenções ns. 138, de 1973, e 182, de 1999); e
- . Eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções ns. 100, de 1951, e 111, de 1958).

Ademais, em junho de 2022, a OIT adotou resolução para incorporar o Princípio de um ambiente de trabalho seguro e saudável aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da Organização Internacional do

123 Disponível em: <<http://www.oitbrasil.orgb.br/inst/fund/mandato/index.php>> Acesso em: 7 out. 2008.

Trabalho (OIT), ampliando o referido elenco por meio de duas novas Convenções fundamentais:

- . Meio ambiente de trabalho seguro e saudável (Convenção n. 155, de 1981, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores; e Convenção n. 187, de 2006, sobre o Quadro Promocional para a Segurança e Saúde Ocupacional).

Arion Sayão Romita assevera que o conceito de trabalho decente formulado pela OIT se embasa no reconhecimento de que o “trabalho é fonte de dignidade pessoal, estabilidade familiar, paz na comunidade, de democracias que produzem para as pessoas e crescimento econômico que aumenta as possibilidades de trabalho produtivo e o desenvolvimento das empresas”.¹²⁴

Informa Lelio Bentes Corrêa, que, em virtude do esforço da OIT de caráter promocional iniciado com a aprovação da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), houve significativo incremento do número de países que aderiram às Convenções ditas fundamentais (à exceção da Convenção n. 87), o que tem gerado o fortalecimento do marco legislativo respectivo.¹²⁵

Além das 10 (dez) *Convenções fundamentais* acima citadas, a OIT também fixou 4 (quatro) Convenções prioritárias, que classificou como albergando temas de especial importância, quais sejam: Convenção n. 81, de 1947, sobre Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio; Convenção n. 122, de 1964, sobre Política de Emprego; Convenção n. 129, de 1969, sobre Inspeção do Trabalho na Agricultura; e Convenção n. 144, de 1976, acerca de Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho. Apenas a Convenção n. 129 não foi ainda ratificada pelo Brasil.

Vale também mencionar que a OIT apresenta 4 (quatro) objetivos estratégicos para implemento do programa de trabalho decente, quais sejam:

- ✓ promoção dos princípios fundamentais e direitos no trabalho, com base em um sistema de supervisão e de aplicação de normas;

124 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 230-231.

125 CORRÊA, Lélío Bentes, *op. cit.*, p. 345.

- ✓ promoção de melhores oportunidades de emprego/renda para mulheres e homens em condições de livre escolha, de não discriminação e de dignidade;
- ✓ aumento da abrangência e eficácia da proteção social; e
- ✓ fortalecimento do tripartismo e do diálogo social.

No ano de 2008, os Estados-membros e representantes dos trabalhadores e empregadores presentes na 97ª Conferência Internacional do Trabalho, aprovaram, por consenso, a “Declaração sobre a justiça social para uma globalização equitativa” e sua respectiva resolução, que se destinam a fortalecer a capacidade da Organização de promover a Agenda de Trabalho Decente, realçando a justiça social, inclusive por meio da promoção das normas internacionais do trabalho em todo o mundo, mediante estratégia global e integrada, além de fornecer uma resposta efetiva aos crescentes desafios da globalização, sendo de sinalar terem sido reforçados em tais instrumentos os 4 (quatro) objetivos estratégicos da OIT já existentes.

Em 2019, adotou-se a paradigmática “Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho”.

É a política internacional que motiva os países a participarem da Organização Internacional do Trabalho, disponibilizando cada um dos Estados-membros sua contribuição para a formação dos instrumentos normativos da organização, sendo de destacar que as classes representadas participam da produção de tais normas.

Apesar disso, impende notar que a análise da legislação e da prática de extensa parcela dos Países-membros não tem revelado, em expressiva medida, a efetividade dos norteamentos contidos nas normativas internacionais correlatas, realidade que está em descompasso com o art. 19, n. 5, “d”, da Constituição da OIT, no sentido de que, e. g., ratificada uma convenção, o Estado tomará as medidas necessárias para efetivar suas disposições. O quadrante está igualmente em dissonância com a premissa de que os Estados devem agir com boa-fé, especialmente quando tratam de direitos humanos e se comprometem a cumpri-los.

De rigor, ainda não se conseguiu concretizar parcela considerável do referido conteúdo humanista laboral, ressaindo óbices e *gaps* majorados em crescente, de modo progressivo, dadas as alterações acarretadas pela era da globalização econômica e da fragmentação do processo produtivo, com a

descentralização de empresas, atuação de grandes conglomerados transnacionais em países periféricos com vistas à diminuição de custos, *dumping* social, etc., tudo agravado pelas recorrentes crises econômica, política e financeira, assim também pela crise climática e pela crise sanitária afeta à pandemia mundial da COVID-19, além dos impactos da *Gig economy* e da denominada Revolução 5.0.

Não bastasse, a satelização do trabalho viabilizou maior facilidade para que as empresas se direcionassem à busca de países nos quais a fragilização dos direitos dos trabalhadores é mais acentuada, pelo que a universalização das normas da OIT resulta dificultada em panorama em que as relações laborais estão em crise e que detém como lógica a própria ausência de uniformidade de adoção de direitos dos obreiros.

É incontestável a liberdade de que gozam as empresas transnacionais (ETN) para efetuar investimentos e municiar-se de práticas laborais que estimulam a pobreza e a insegurança, organizações essas que não se deparam com significativos entraves a tal atuação deletéria, que não meras diretrizes voluntárias.¹²⁶

A respeito do assunto, em sua campanha internacional pelo comércio com justiça, pontuou a *Oxfam International*: “As ETN têm uma influência importante sobre as condições laborais nos países em desenvolvimento; em parte como empregadores diretos, mas sobretudo mediante suas atividades de subcontratação. Ainda que a maioria das ETN tenha adotado códigos de conduta sobre práticas laborais, seus resultados têm sido muito limitados. Com sua ênfase na voluntariedade, estes códigos não têm feito frente à deterioração dos direitos dos trabalhadores ou não têm evitado a aparição de desigualdades extremas por razões de gênero. (...) O débil controle dos códigos empresariais é um problema sério, mas nem as melhores práticas de auditoria resolveriam as tensões de fundo. Em muitas das principais economias exportadoras, os governos têm desmantelado a proteção laboral para atrair o IED¹²⁷, amiúde realizado pelas ETN. Este informe apresenta casos em que as empresas do Norte, muitas delas com códigos de condutas exemplares, têm como provedores subcontratados que violam os direitos

126 OXFAM INTERNATIONAL. *Cambiar las reglas: comercio, globalización y lucha contra la pobreza*. 2002, p. 4 e 13. Disponível em: <<http://www.comercioconjusticia.com/index.php?file=28032002085432.htm&cat=3&subcat=2&select=1>> Acesso em: 01 out. 2008.

127 IED – investimento estrangeiro direto.

laborais mais elementares de forma sistemática. E mais, as condições de mercado criadas pelas ETN - incluindo fortes pressões sobre os provedores quanto aos preços e estritos prazos de entrega - tornam difícil que se possa elevar os standards laborais. (tradução nossa)»¹²⁸

Dada a incidência do quadro de realidade supra e tendo já sido realçados alguns dos múltiplos e consistentes esforços históricos aportados pela Organização Internacional do Trabalho no trajeto civilizacional da humanidade, aspectos há com potencial de relevância ainda maior no momento coevo envolvendo o papel do já consagrado organismo internacional, conforme se abordará adiante.

4. A INTER-RELAÇÃO ENTRE O LOCUS NODAL DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO E VETORES COMPLEMENTARES DE PUJANÇA DA DIGNIDADE HUMANA NO UNIVERSO LABORAL

Tangenciando aspectos críticos de civilização – muitos majorados pela pandemia mundial da COVID-19 –, assim também se manifestando quanto a medidas orgânicas de enfrentamento, explicita a intelectual canadense Naomi Klein: *“Quando somos testados pela crise, ou recuamos e desmoronamos, ou crescemos, e encontramos forças e compaixão que não sabíamos que éramos capazes de ter. (...) Não podemos perder a coragem; temos de lutar mais do que nunca pelos cuidados de saúde universais, pelos cuidados infantis universais, pela licença por doença remunerada, tudo está intimamente relacionado. (...) Podemos pensar que estaremos seguros se tivermos um bom atendimento médico, mas se a pessoa que faz nossa comida, ou entrega nossa comida, ou empacota nossas caixas não tem atendimento médico e não pode se dar ao luxo de ser examinada, e muito menos ficar em casa porque não tem licença por doença paga, não estaremos seguros. Se não cuidarmos uns dos outros, nenhum de nós estará seguro. Estamos presos.”* (tradução nossa)¹²⁹

128 OXFAM INTERNATIONAL. *Cambiar las reglas: comercio, globalización y lucha contra la pobreza*. 2002. Disponível em: <<http://www.comercioconjusticia.com/index.php?file=28032002085432.htm&cat=3&subcat=2&select=1>> Acesso em: 01 out. 2008, p. 13.

129 KLEIN, Naomi. *El desastre perfecto: Naomi Klein y el coronavirus como doctrina del shock*. Lavaca. Disponível em: <https://www.lavaca.org/notas/el-desastre-perfecto-naomi-klein-y-el-coronavirus-como-doctrina-del-shock/> Acesso em: 28 mar. 2020.

E agrega Naomi Klein que “devido à nossa profunda crise ecológica, devido às alterações climáticas, é a habitabilidade do planeta que está a ser sacrificada. É por isso que devemos pensar que tipo de resposta vamos exigir, e esta deve basear-se nos princípios de uma economia verdadeiramente regenerativa, baseada no cuidado e na reparação. (...) Deveríamos ver uma oportunidade na rejeição desse futuro, na forma como saímos desta crise. Fala-se continuamente do retorno à normalidade. O normal é mortal. A ‘normalidade’ é uma imensa crise. Precisamos catalisar uma transformação maciça para uma economia baseada na proteção da vida.” (tradução nossa)”¹³⁰

Essas reflexões, como se nota, guardam pontos de visceral contato com a sempre paradigmática diretriz inserida no Anexo da Constituição da OIT (Declaração de Filadélfia de 1944), cuja pertinência persiste nos dias de hoje, no sentido de que a política de seus Membros deve ser inspirada, dentre outros, pelos princípios de que “o trabalho não é uma mercadoria” (I, alínea “a”) e “a penúria, seja onde for, constitui, um perigo para a prosperidade geral” (I, alínea “c”).

No tocante, com efeito, veja-se que a ausência de implementação das normas internacionais, em especial as do trabalho, tem um custo.

Conforme Jean-Claude Javillier, “o custo é a pobreza, a exclusão, a guerra, a corrupção, todos os males que nos causam tantos desafios no mundo e hoje. Desafios não de hoje, de sempre, possivelmente da condição humana”.¹³¹

Indica o jurista também que a ratificação é a vontade de atuar, sendo a externalização internacional de uma vontade do Estado, o que supõe, por conseguinte, que ele terá um papel ativo, implementando a vida das normas, incorporando-as na concretude das relações que se estabelecem em seu território.¹³²

O sucesso da citada providência relaciona-se diretamente com a acentuação da difusão das normas internacionais do trabalho tanto para os

130 KLEIN, Naomi. *Se habla de la vuelta a la normalidad, pero la normalidad era la crisis*. LaVaca. Disponível em: <https://www.lavaca.org/notas/naomi-klein-se-habla-de-la-vuelta-a-la-normalidad-pero-la-normalidad-era-la-crisis/> Acesso em: 4 abr. 2020.

131 JAVILLIER Jean-Claude. As normas internacionais do trabalho: desafios, pertinência e aplicação do direito internacional no direito interno. In: *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 137.

132 *Ibidem*, p. 142.

atuantes na seara do Direito (por meio da capacitação, efetivo conhecimento e compreensão da relevância das normas) como para a população em geral, inclusive no meio escolar, com o fito de torná-las, além de sua existência formal, verificáveis no dia a dia das pessoas.

Em tal aspecto, o Sistema de Justiça Trabalhista revela-se como instrumento imprescindível para fazer atuar, no plano da realidade fática, os princípios e direitos assegurados nas convenções e recomendações da OIT, entre outras normativas, sendo relevante que tanto os juízes como os demais atuantes na esfera jurídica tenham familiaridade com o conteúdo das normas, ultrapassando o estágio da mera leitura, utilizando-as com frequência como reforço do instrumental jurídico para resolução dos litígios, declarando inclusive a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que lhes sejam contrárias, inclusive com amparo na farta produção dos mecanismos de supervisão e controle das normas internacionais do trabalho.

Afinal, como pondera *Jean-Claude Javillier*, de que vale o acesso à Justiça se no espaço em que se opera o Direito as normas não são conhecidas?

O instrumental do jurista também foi objeto de reflexões de *Oscar Ermida Uriarte*, para quem “nós, os operadores jurídicos, isto é, aqueles que trabalham com normas - advogados, juízes, procuradores, fiscais, etc. -, deveríamos nos acostumar a trabalhar com todas as normas disponíveis, porque temos uma tendência a trabalhar somente com leis, com decretos, com portarias e atuar de conformidade com o preceito de que a Constituição é uma bela declaração e as normas internacionais também, quando não é assim. Elas são normas jurídicas, formam parte do instrumental do jurista, e o bom jurista tem de saber trabalhar com todas as ferramentas, não só com algumas delas”.¹³³

Nesse eito, deveras relevante a edificação de um *pacto global* firmado entre os 187 estados-membros, com compromisso de ação de modo a que, em panorama calendarizado e com prazo breve, seja efetivada ampla e abrangente formação acerca das normativas internacionais do trabalho em prol dos milhares de profissionais atuantes no universo laboral globalmente, quiçá com respaldo na *expertise* do Centro Internacional de Formação da OIT (ITCILO) - se assim reputado pertinente - , a partir de convênios/termos

133 URIARTE, Oscar Ermida. A aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. In: *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 282.

de cooperação técnica com as múltiplas Escolas Nacionais de Formação da Magistratura Trabalhista, Auditoria Fiscal, Advocacia Laboral, Ministério Público do Trabalho, Entidades dotadas de ampla representatividade sindical (ou órgãos equivalentes de cada país), de modo a capilarizar o conhecimento e o impacto concreto das referidas normativas, potencializando, em termos concretos, a vivacidade, a presença e a transformação concreta de relações de trabalho decentes em todo o globo.

A aplicação do direito interno pode ser potencializada não apenas pelas normas *internacionais* da OIT, assim também por outros instrumentos normativos *internacionais* (a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos da ONU, entre outros), manancial rico e inspirador de possibilidades para otimização das relações de trabalho e efetividade das atuações na seara jurídica.

Por oportuno, registre-se que as normas internacionais do trabalho não se destinam somente a trabalhadores típicos, assalariados e subordinados, devendo ser dirigidas às figuras ocasionadas pela nova organização do trabalho em virtude da globalização¹³⁴, sempre com vistas a tornar factível um patamar digno nas relações laborais estabelecidas.

Outrossim, de modo a revitalizar e maximizar os espaços de atuação e a intensa envergadura histórica já afetos à OIT, mister a transformação das sanções morais estabelecidas a partir desse organismo, na seara internacional, em sanções dotadas de caráter econômico e fiscal, no que diz respeito aos países que vilipendiem os parâmetros contidos nas normativas com caráter vinculante, a denotar um papel efetivo de penalidade de modo proporcional à gravidade da posição adotada pelo país.

A propósito, importante mencionar o escólio do Ministro do TST *João Oreste Dalazen*, em trecho extraído do Relatório da 88ª Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra, no ano 2000, ao frisar que “(...) a OIT somente ganhará maior expressão internacional à medida que os padrões mínimos de proteção ao trabalho que aprovar estiverem atrelados em pactos de comércio global. Idealmente, é indispensável que a OIT e a Organização Mundial do Comércio (OMC) deem-se as mãos de modo a que

134 JAVILLIER Jean-Claude. As normas internacionais do trabalho: desafios, pertinência e aplicação do direito internacional no direito interno. In: *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 140.

*no comércio internacional haja exigência efetiva das normas mínimas universais de proteção do trabalho”.*¹³⁵

Além disso, Arion Sayão Romita, citando entendimento de Efrén Córdova, assinala que há a necessidade da instituição de uma regulação global, com aplicabilidade ao funcionamento do comércio sem fronteiras, sendo que somente seriam permitidas as transferências de empresas ou estabelecimentos de um país para outro em momento posterior à observância de exigências específicas.¹³⁶

Defende o jurista, portanto, a adoção de medidas hábeis à erradicação do *dumping* social, que, além de gerar concorrência desleal, serve como canal para a agressão a direitos dotados de fundamentalidade nas relações de trabalho.

Relembre-se que, não raro, nas economias periféricas, diretamente ou por meio de suas parceiras, atuam as empresas transnacionais (ETN) na cadeia produtiva apenas voltada para a exportação dominada pela montagem e pela reexportação com base em componentes adrede importados, com escassa transferência de tecnologia aos Países em que se instalam, o que repercute em desemprego crescente, evasão de impostos, níveis elevados de repatriação de benefícios, efeitos sobre os ingressos no mercado de trabalho e condições laborais de exploração nos países que são receptores de tais empresas.¹³⁷

Na seara, como contraponto, a imperatividade do fortalecimento da aplicação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (POs), 2011, da ONU.

Como aporte de robustez, igualmente, a “Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social”, adotada pela OIT em 1977 e revisada, mais recentemente, em março de 2017.

Referidos instrumentos congregam diretrizes bastante produtoras não apenas para o setor privado acerca da matéria, como também direcionadas aos Governos, a fim de estimular o diálogo social e o bom comportamento corporativo.

135 DALAZEN, João Oreste. Relatório de participação na 88ª reunião da conferência internacional do trabalho: Genebra, 2000. In: *Revista do TST*. Brasília, v. 66, n. 3, p. 243, jul./set. 2000.

136 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 228-229.

137 *Ibidem*, p. 12.

Veja-se que, em cenário de economia globalizada, todos os partícipes que interagem e se beneficiam das cadeias produtivas globais (CPG) (inclusive como proprietários de empresas, fornecedores de crédito e de empréstimos e compradores de bens e serviços) têm o dever e a responsabilidade de tratar dos efeitos e atuar para que sejam solvidos os déficits de trabalho decente verificados no itinerário respectivo, de modo cotidiano, abrangidos os elos mais baixos das cadeias e os segmentos terceirizados.

Dessa forma, são asseguradas cadeias produtivas econômica e socialmente responsáveis, de modo a propiciar condições de trabalho decente a todas e todos e Justiça Social, de modo congruente inclusive com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da Agenda 2030 da ONU, por meio de ações coordenadas de segmentos privados e públicos.

Em plano adicional, afirma *Arion Sayão Romita* que “*se, atualmente, os crimes contra a humanidade são objeto de julgamento perante um Tribunal Internacional, não seria injurídico submeter a julgamento perante uma corte internacional uma empresa ou mesmo um Estado que violasse os direitos fundamentais no trabalho*”.¹³⁸

E arremata realçando a importância de sanções comerciais em tal sistemática, indagando: “*Quais seriam essas sanções? Seriam aquelas já conhecidas no direito internacional. A OMC pode impor sanções comerciais ao país considerado infrator dos tratados internacionais. Tal possibilidade não está prevista na Constituição da OIT, mas deveria estar. As sanções de embargo são perfeitamente aceitáveis. Afirma Efrén Córdova, com acerto, que “os efeitos sociais da globalização da economia só encontram compensação satisfatória em uma correspondente internacionalização da resposta social”. É necessário superar a assimetria atualmente registrada, pois, enquanto a economia e o comércio se globalizam, as instituições trabalhistas se conservam em níveis nacionais ou regionais*”.¹³⁹

Nesse mesmo sentido, ganham destaque as figuras das cláusulas sociais e dos selos sociais.

138 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 229.

139 *Idem*.

A cláusula social consiste em mecanismo inserido nos tratados comerciais internacionais fixando a necessidade da comprovação da observância pelos interessados de padrões trabalhistas mínimos a fim de que a negociação se efetue, possibilitando a atuação de dado país no comércio internacional, havendo aí atuação conjunta também da Organização Mundial do Comércio (OMC). As críticas efetuadas à figura centram-se basicamente no manto protecionista e reserva de mercado que, na verdade, objetivariam tais cláusulas sociais propiciar aos produtos dos países desenvolvidos, munidos de alta tecnologia e *know how*, em detrimento dos produtos daqueles países considerados ainda em desenvolvimento, aos quais não raro as empresas transnacionais transferem, direta ou indiretamente, somente precarização de condições de trabalho.

Já os selos sociais possibilitam a inserção no produto de um indicativo da respectiva procedência no sentido de evidenciar e dar conhecimento aos consumidores de que sua elaboração se deu em compasso com o estatutário protetivo trabalhista nacional e internacional. Configuram mecanismo adicional de acesso à informação pela cidadania. A medida revela-se estratégica e alinhada com a visão do empreendedor contemporâneo, ultrapassando o aspecto da responsabilidade social corporativa e de um marco de conduta empresarial adequada às normas, responsável e preventiva (*compliance*).

Também se correlaciona à matéria ao fortalecimento do sistema de *due diligence* (ou devida diligência) por parte dos empreendimentos, inclusive quanto ao gerenciamento de riscos e tomada de decisão, assim como de transparência na conduta empresarial, quanto à prevenção de consequências gravosas em suas operações, no meio ambiente do trabalho e no que atine aos direitos humanos em virtude da exploração de populações vulneráveis na respectiva cadeia produtiva.

Um outro ponto importante é a necessidade de que as convenções da OIT objeto de ratificação passem a estar sujeitas à sistemática de denúncia mais rigorosa que aquela atualmente existente, em que fosse compulsória a apresentação de justificativa relevante para a perfectibilização da medida, com análise sob a ótica da proteção aos direitos humanos e direitos fundamentais.

No que diz respeito às convenções da OIT ratificadas pelos Estados-membros, por exemplo, a respectiva denúncia pode ocorrer no curso do prazo de 1 (um) ano imediatamente subsequente ao fim do período de 10 (dez) anos

da vigência da convenção no âmbito internacional (ou seja, no decorrer do décimo primeiro ano após a vigência internacional da convenção), caso em que, em não sendo utilizada essa prerrogativa, será tacitamente renovada, ficando o Estado-parte obrigado à observância da norma pelo prazo de mais dez anos, com a abertura após de nova possibilidade de denúncia nos moldes em tela, e assim sucessivamente. A denúncia deverá ser encaminhada ao Diretor Geral do *Bureau*, para o respectivo registro, só operando efeitos 12 meses após a concretização desse ato perante a RIT.

Outrossim, assume relevância a *Coalização Global para a Justiça Social*, liderada pela OIT, iniciativa que já conta com a participação de mais de 250 instituições, além de mais de 60 Estados-membros da OIT, com foco na concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e dos direitos do trabalho como direitos humanos.

A robusta iniciativa propaga como um dos objetivos “aumentar a cooperação multilateral e desempenhará um papel crucial na aceleração do progresso rumo à Agenda 2030, aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e à Agenda de Trabalho Decente”¹⁴⁰.

Entre 3 a 14 de junho de 2024, transcorreu a 112ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT, no Palácio das Nações (prédio da sede da Organização das Nações Unidas - ONU) e na sede da OIT, em Genebra.

Na sessão de abertura da Conferência Internacional do Trabalho, o Diretor-geral da OIT *Gilbert F. Houngbo* frisou que “a quarta revolução industrial, que promete impulsionar a economia, deve vir aliada a mecanismos de justiça social”, sob a consequência de as inúmeras crises inviabilizarem avanços recentes no cenário laboral¹⁴¹.

Na ocasião, foi lançado o Relatório *Towards a renewed social contract (Rumo a um contrato social renovado)*, cujo foco está em fomentar o debate acerca de “tornar a justiça social a base da paz duradoura, de uma prosperidade partilhada, da igualdade de oportunidades e de uma transição justa.”¹⁴²

140 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Governo do Brasil e CNI unem-se à Coalização Global pela Justiça Social*. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/governo-do-brasil-e-cni-unem-se-coalizacao-global-pela-justica-social> Acesso em: 27 de jan. 2024. Mais informações sobre a iniciativa no site: <https://social-justice-coalition.ilo.org/>. Acesso em: 29 de jun. 2024.

141 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Diretor-geral da OIT alerta que múltiplas crises podem comprometer os avanços recentes no mundo do trabalho*. <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/diretor-geral-da-oit-alerta-que-multiplas-criSES-podem-comprometer-os> Acesso em: 8 de jun. 2024.

142 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Report Towards a renewed social contract*. Disponível em: <https://www.ilo.org/media/545771/download> Acesso em: 8 de jun. 2024.

Na 112ª Conferência da OIT, foram discutidos temas de expressão (Riscos biológicos; “Os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”; “O Trabalho Decente e a Economia do Cuidado”).

Como aspecto adicional, no que toca às pujantes intercorrências do mundo do trabalho na contemporaneidade, também seria profícua a alteração no modo de organização da OIT, a fim de, na correlata estrutura tradicional (hoje, tripartite), proceder-se à inserção, além de representantes dos trabalhadores, empregadores e dos governos, igualmente de representantes dos não formalmente assalariados.

Além disso, considerando os novos desafios e fenômenos quanto a relações laborais com impactos concomitantes em plúrimos países, indispensável o fortalecimento e o enaltecimento do diálogo social transnacional, com a construção de respostas maximizadas, a exemplo de convenções internacionais tratando do tema, a par da edificação de procedimentos de mediação internacional com cunho transnacional, panorama em que a OIT poderia incorporar importante e nova liderança.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso histórico, sob plúrimos gradientes, a OIT tem-se caracterizado como um bem-sucedido paradigma institucional, a revelar centenária existência aliada a uma concreta e valiosa trajetória de aporte de benfazejas soluções. Em compasso, portanto, com as reflexões lançadas por Sêneca e que inauguraram esse breve texto.

Em cenário dinâmico e contemporâneo, com interrogantes e intercorrências que desafiam pujante enfrentamento, novos e complementares papéis antepõem-se a essa referência exitosa. A Organização Internacional do Trabalho, de certo, está preparada para avaliar a pertinência da incorporação dessas revitalizadas nuances, robustecendo, ainda mais, o exponencial contributo que é lhe característico em beneplácito de horizontes sempre maximizantes da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORRÊA, Lélío Bentes. A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo

(coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005.

DALAZEN, João Oreste. Relatório de participação na 88ª reunião da conferência internacional do trabalho: Genebra, 2000. In: *Revista do TST*. Brasília, v. 66, n. 3, p. 243, jul./set. 2000.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Report Towards a renewed social contract*. Disponível em: <https://www.ilo.org/media/545771/download> Acesso em: 8 de jun. 2024.

JAVILLIER Jean-Claude. As normas internacionais do trabalho: desafios, pertinência e aplicação do direito internacional no direito interno. In: *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2004.

KLEIN, Naomi. *El desastre perfecto*: Naomi Klein y el coronavirus como doctrina del shock. Lavaca. Disponível em: <https://www.lavaca.org/notas/el-desastre-perfecto-naomi-klein-y-el-coronavirus-como-doctrina-del-shock/> Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. *Se habla de la vuelta a la normalidad, pero la normalidad era la crisis*. LaVaca. Disponível em: <https://www.lavaca.org/notas/naomi-klein-se-habla-de-la-vuelta-a-la-normalidad-pero-la-normalidad-era-la-crisis/> Acesso em: 4 abr. 2020.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. *(O) Direito do Trabalho Contemporâneo*: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Diretor-geral da OIT alerta que múltiplas crises podem comprometer os avanços recentes no mundo do trabalho*. <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/diretor-geral-da-oit-alerta-que-multiplas-crisis-podem-comprometer-os> Acesso em: 8 de jun. 2024.

_____. *Governo do Brasil e CNI unem-se à Coalização Global pela Justiça Social*. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/governo-do-brasil-e-cni-unem-se-coalizacao-global-pela-justica-social> Acesso em: 27 de jan. 2024.

OXFAM INTERNATIONAL. *Cambiar las reglas: comercio, globalización y lucha contra la pobreza*. 2002. Disponível em: <http://www.comercioconjusticia.com/index.php?file=28032002085432.htm&cat=3&subcat=2&select=1> Acesso em: 01 out. 2008.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SÊNECA. *Sobre a brevidade da vida*. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2017.

URIARTE, Oscar Ermida. A aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. In: *Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais*.

A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS E SEUS REFLEXOS PARA O EMPREGADO

THE FIVE-YEAR PRESCRIPTION OF THE FGTS AND ITS REFLEXES FOR THE EMPLOYEE

*Cícero da Silva Gomes¹⁴³
Weslley Cosme dos Santos Félix da Silva¹⁴⁴
Prof^a. Dra. Lissanya Basílio dos Santos¹⁴⁵*

143 Graduando em Direito pela Faculdade Delmiro Gouveia;

144 Graduando em Direito pela Faculdade Delmiro Gouveia;

145 Professora da Faculdade Delmiro Gouveia, Advogada, Vice-presidente da comissão de Direitos Sociais da OAB/AL.

Resumo: O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), se trata de uma reserva financeira depositada mensalmente pelos empregadores e destinada aos trabalhadores para que seja sacado frente a algumas necessidades específicas legislativamente dispostas. Apesar de se tratar de um depósito mensalmente obrigatório correspondente a 8% da remuneração, é comum que os empregadores não o realizem. Nestes casos, no passado, a Lei disponibilizava ao trabalhador o prazo de trinta anos para realizar a reclamação trabalhista, acerca dos depósitos que não foram efetuados. Todavia, com o decorrer do tempo, a Lei sofreu mudança nesta aplicação da prescrição trintenária e tivera seu prazo diminuído para a prescrição quinquenal, isto é, prazo de apenas cinco anos para reclamar que seu direito foi violado. O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar a prescrição quinquenal do FGTS, buscando compreender como essa limitação temporal afeta os direitos do empregado, considerando tanto a legislação vigente quanto suas implicações práticas. Por meio deste, foi possível vislumbrar como o novo entendimento acerca do prazo prescricional disposto pelo STF é nada menos que um retrocesso e uma ferramenta que contribui para a violação dos direitos dos trabalhadores e como acarreta variadas implicações práticas e impactos negativos na vida destes.

Palavras-chave: empregador, FGTS, prescrição, trabalhador.

Abstract: The Service Time Guarantee Fund (FGTS) is a financial reserve deposited monthly by employers and allocated to workers to be withdrawn in response to some specific legislatively established needs. Despite this being a mandatory monthly deposit corresponding to 8% of salary, it is common for employers not to make it. In these cases, in the past, the Law provided the worker with a period of thirty years to file a labor claim regarding deposits that were not made. However, over time, the Law changed in this application of the 30-year prescription and its period was reduced to the 5-year prescription, that is, a period of just five years to complain that your right was violated. This Course Completion Work aims to analyze the five-year prescription of the FGTS, seeking to understand how this temporal limitation affects employee rights, considering both current legislation and its practical implications. Through this, it was possible to glimpse how the new understanding regarding the statute of limitations established by the STF is nothing less than a setback and a tool that contributes to the

violation of workers' rights and how it entails varied practical implications and negative impacts on their lives.

Keywords: employer, FGTS, prescription, worker.

Sumário: Introdução; 1. A legislação brasileira pertinente à prescrição quinquenal do FGTS; 2. Dos impactos econômicos para o empregado advindos da limitação temporal pela busca de seus direitos; 3. Os reflexos sociais da prescrição quinquenal do FGTS no contexto do mercado de trabalho brasileiro; 4. Conclusão; 5. Referências.

Introdução

Dentre uma das mais importantes garantias trabalhistas dispostas aos empregados brasileiros, tem-se o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o qual se trata de uma reserva financeira destinada a estes quando se encontram em situações de desemprego, doenças, em seu período de sua aposentadoria, questões de moradia e outras situações previstas em lei. O FGTS diz respeito a um recolhimento pecuniário mensal, ou seja, um simples depósito mensal que é efetuado pelo empregador em uma conta que é vinculada ao contrato de trabalho do empregado.

O valor correspondente ao FGTS corresponde a 8% do salário bruto do empregado, sendo este montante, acumulado e podendo ser utilizado em tais situações específicas. Tendo este o caráter de uma poupança forçada, a qual pode ser essencial em momentos de necessidade. Vale ressaltar que estes valores depositados são corrigidos mensalmente, de acordo com as taxas que são fixadas pelo governo.

O FGTS é nada menos que um direito assegurado ao empregado, o qual é adquirido por meio de seu vínculo trabalhista estabelecido junto a uma empresa, com contrato de trabalho devidamente celebrado. Como visto, seu objetivo é de protecionismo ao empregado, nos casos em que for rescindida a relação contratual empregatícia sem justa causa, onde o empregado terá o direito a sacar este valor que se encontra acumulado, bem como receberá o valor da multa de 40% com base no saldo da sua conta vinculada ao FGTS.

Este foi criado pela Lei 5.107 de 1966 e regulamentado pelo Decreto nº. 59.820, de 20 de dezembro de 1966, sendo antes, de caráter alternativo,

onde o trabalhador tinha a opção de ter sua estabilidade decenária ou optar pelos depósitos do FGTS. Foi somente com a Constituição de 1988 que o FGTS se tornou obrigatório e findou o regime da estabilidade decenária, tendo este, sofrido algumas alterações de natureza legislativa e interpretativa pelas análises dos tribunais, como advindo do Supremo Tribunal Federal.

Vale dispor que atualmente, o prazo prescricional do FGTS é limitado a uma prescrição quinquenal, ou seja, o empregado só pode cobrar as pendências do FGTS na Justiça do Trabalho referente aos últimos cinco anos. Disposição esta que se encontra presente na Súmula nº 362, item II, do TST. Assim, o trabalhador tem o prazo de cinco anos para reivindicar judicialmente os depósitos que não foram realizados pelo empregador em sua conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Assim, vislumbra-se que no âmbito brasileiro, o cenário jurídico trabalhista é caracterizado por um amplo dinamismo e frequentes alterações legislativas e jurisprudenciais. Neste, surgem então constantes mudanças e alterações que ensejam em transformações das questões consideradas como básicas no âmbito trabalhista e acarretam reflexos para os empregados.

Acerca destas alterações, tem-se a questão apontada, da prescrição quinquenal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), a qual se destaca como um ponto de grande relevância, tendo em vista exigir e demandar uma análise profunda e avaliação detalhada acerca de seus efeitos e impactos na vida dos trabalhadores.

Assim, acredita-se que a prescrição quinquenal do FGTS pode resultar em limitações significativas para o empregado, restringindo o acesso a direitos fundamentais e impactando sua estabilidade financeira. Desse modo, frente a prescrição quinquenal do FGTS, indaga-se acerca das implicações e dos reais reflexos para o trabalhador, levando em consideração os aspectos legais, econômicos e sociais?

O presente trabalho tem como Objetivo Geral analisar a prescrição quinquenal do FGTS, buscando compreender como essa limitação temporal afeta os direitos do empregado, considerando tanto a legislação vigente quanto suas implicações práticas. Ao passo que tem como Objetivos Específicos investigar acerca da legislação brasileira pertinente à prescrição quinquenal do FGTS; versar quanto aos impactos econômicos para o empregado decorrentes da limitação temporal imposta à busca por seus direitos; mensurar os reflexos

sociais da prescrição quinquenal do FGTS no contexto do mercado de trabalho brasileiro; bem como apontar medidas para mitigar possíveis desvantagens enfrentadas pelos trabalhadores diante dessa normativa.

1. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE À PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS

O Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS) se trata de um recolhimento pecuniário mensal e um direito trabalhista que tem caráter indenizatório, a fim de beneficiar os empregados ao ser findado seu contrato de trabalho pelo empregador sem justa causa. Este diz respeito a um depósito bancário feito pelo empregador, correspondente a porcentagem de 8% da remuneração recebida pelo trabalhador, ou seja, ele não é descontado do salário do trabalhador.

De acordo com Souza (2015), o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é uma espécie de poupança em nome do empregado formada a partir de depósitos feitos por seu empregador, mensalmente, em uma conta vinculada.

Nas palavras do relator do feito, o Ministro. Gilmar Mendes, o FGTS consiste em “um ‘pecúlio permanente’, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei n. 8.036/1995)” (PAMPLONA FILHO; SOUZA, 2020, p. 216).

Os trabalhadores deverão ser mensalmente comunicados sobre os extratos dos depósitos vinculados a conta do FGTS, os quais serão remetidos pela Caixa Econômica Federal (SOUZA, 2021, p. 33).

Quanto a seu exato funcionamento, sucede da seguinte maneira, o empregador tem até o vigésimo dia de cada mês para depositar na conta do FGTS o valor correspondente a 8% de sua remuneração, como disposto no art. 15 da Lei nº 14.438, de 2022. Este montante a ficar reservado na conta se destina a ser uma “poupança” destinada ao trabalhador.

Sousa (2021) afirma ainda que esta alíquota diverge, a depender do empregado, por exemplo: nos casos de empregados urbanos e rurais, a alíquota é de 8%, para jovem aprendiz, percentual de 2% e para os empregados domésticos a alíquota é de 8% mais 3,2% multa compensatória, observando o recolhimento rescisório que é antecipado.

Os valores que foram reservados do salário do empregador podem ser sacados para serem utilizados frente a algumas necessidades, como situações de aposentadoria, enfermidades, situações relacionadas a moradia e em outras legislativamente previstas. Ressalta-se, que tais situações a serem sacadas são de acordo com a legislação prevista.

Leite (2023) aponta acerca de possibilidades decorrentes no vínculo empregatício que podem ensejar no direito ao recebimento do FGTS: demissão sem justa causa, demissão com justa causa, morte do trabalhador e culpa recíproca.

Analisando acerca destas situações de maneira específica, a Lei 8.036/90 dispõe em seu art. 20 que a conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;

I-A - extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

- a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;
- b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;
- c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII – pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições:

- a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;
- b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos fora do regime do FGTS;

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção.

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal;

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

XVIII - quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social.

XIX - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de imóveis da União inscritos em regime de ocupação ou aforamento, a que se referem o art. 4º da Lei nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, e o art. 16-A da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, respectivamente, observadas as seguintes condições:

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de três anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) ou ainda por intermédio de parcelamento efetuado pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), mediante a contratação da Caixa Econômica Federal como agente financeiro dos contratos de parcelamento;

c) sejam observadas as demais regras e condições estabelecidas para uso do FGTS.

XX - anualmente, no mês de aniversário do trabalhador, por meio da aplicação dos valores constantes do Anexo desta Lei, observado o disposto no art. 20-D desta Lei.

XXI - a qualquer tempo, quando seu saldo for inferior a R\$ 80,00 (oitenta reais) e não houver ocorrido depósitos ou saques por, no mínimo, 1 (um) ano, exceto na hipótese prevista no inciso I do § 5º do art. 13 desta Lei;

XXII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for, nos termos do regulamento, pessoa com doença rara, consideradas doenças raras aquelas assim reconhecidas pelo Ministério da Saúde, que apresentará, em seu sítio na internet, a relação atualizada dessas doenças (BRASIL, 1990).

Entende-se então, que o direito ao FGTS é adquirido pelo empregado no exato momento em que firma um vínculo trabalhista com o local de sua contratação, sendo então obrigatório a todos os trabalhadores. Os trabalhadores abarcados por esse direito são empregados que são contratados pelo regime CLT, empregados avulsos,

empregados rurais e temporários, de modo que autônomos, servidores públicos civis e militares, não são abarcados por este direito.

Segundo Delgado (2019), o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.

Quanto aos trabalhadores em si, Leite (2023) dispõe que na lei 8.036, de 11.05.1990 (Lei do FGTS), seu art. 15, considera como empregador a pessoa física ou jurídica que “figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independente da responsabilidade solidária ou subsidiária a que eventualmente venha a obrigar-se” (§ 1º) e como trabalhador “toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador, ou tomador de mão de obra” (§ 2º).

Pamplona Filho e Souza (2020) elenca que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as demandas atinentes ao FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, na parte atinente à complementação e levantamento daquelas verbas quando decorrentes do dissídio entre empregado e empregador.

Historicamente falando, vale dispor que o FGTS fora desenvolvido pela Lei 5.107 de 1966, tendo sido inicialmente disposto como um sistema alternativo, e não obrigatório, onde ficava a critério do trabalhador escolher sua estabilidade decenária ou pelos depósitos do FGTS, devendo tal escolha ser disposta de maneira escrita no contrato de trabalho. Bem como, ainda nesta Lei, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seu antigo Enunciado 95, assumiu a tese de que o FGTS seria uma contribuição previdenciária, fixando o prazo de trinta anos, até então válido para a cobrança das contribuições previdenciárias.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi estabelecido em nosso ordenamento jurídico com a proposta de ser uma poupança em benefício dos trabalhadores. Foi assim sua criação pela Lei n. 5.107, de 13.9.1966, pondo fim à estabilidade decenal, consagrada na CLT (FRANCO FILHO; MAUÉS, 2020, p. 02).

Leite (2023) confirma o supracitado ao dispor que o FGTS, instituído pela Lei 5.107/66 como regime opcional para os trabalhadores (na prática a “opção” era condição imposta pelo empregador para admitir o empregado), passou a ser, por força do art. 7º, III, da Constituição Federal, regime obrigatório para todos os empregados urbanos e rurais, bem como para os trabalhadores avulsos.

O FGTS só se tornou obrigatório com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual findou com o regime da estabilidade decenária, elencando que:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

III - fundo de garantia do tempo de serviço (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Constituição de 1988, o FGTS deixa de ser uma opção e passa a ser um direito (SOUZA, 2015, p. 87), de modo que, conforme afirma Leite (2023), foi a partir do referido dispositivo que este direito passou a ser o regime único de todos os trabalhadores (art. 7º, III).

Vale dispor que frente a promulgação da referida Constituição, fora disposta ainda a Lei 8.036 de 1990, a qual se destinou a reger especificamente os direitos trabalhistas, e também passou por várias modificações, como revogações de artigos que foram substituídos pela redação de outras novas leis. Bem como, novas decisões advindas dos Tribunais Superiores.

Há que se falar que existem casos em que o empregador, por qualquer que seja o motivo que o leve a tal conduta, não efetua o depósito do valor do FGTS de seu funcionário. Assim, a fim de assegurar a devida efetividade deste direito trabalhista, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de prazos para que estes trabalhadores que tiveram seu direito violado, possam reivindicar estes depósitos que não realizados pelos empregadores.

Nestes casos, aponta-se acerca da prescrição quinquenal do FGTS, a qual diz respeito ao prazo de cinco anos que o trabalhador tem para poder reclamar judicialmente quanto aos depósitos que não foram efetuados pelo empregador com quem tivera seu vínculo trabalhista. Prazo este que se encontra respaldado no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (BRASIL, 1988).

O FGTS em si passou por várias mudanças, de modo que, como visto, antes era facultativo e atualmente é obrigatório a todos os trabalhadores. Além desta mudança em sua natureza, houve ainda alterações legislativas que modificou acerca de questões relacionados a prazos.

Acerca das referidas modificações que esta lei sofreu, aponta-se ainda para a mudança na aplicação da prescrição trintenária (trinta anos), a qual tivera seu prazo diminuído e substituído por uma nova forma de prescrição, a quinquenal (cinco anos). A Súmula 362 do TST trazia a seguinte redação corroborando com o disposto no art. 23, §5º da Lei 8.036/90:

SÚMULA Nº: 362. FGTS. PRESCRIÇÃO. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

Tendo a sido a redação da referida Súmula, alterada acerca da disposição do novo prazo para recorrer nos casos de reclamação do não-recolhimento dos valores do FGTS:

SÚMULA N. 362 FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplicase o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Tal alteração sucedeu através de uma decisão proferida pelo STF, em 13 de novembro de 2014, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário do Agravo 709.212, o qual alterou sua jurisprudência, de modo a reduzir o prazo prescricional de trinta anos para cinco anos, acerca da cobrança de valores do FGTS que não foram depositados. Declarando então como inconstitucional as normas que trazem este antigo prazo de trinta anos.

Assim, como afirmam Franco Filho e Maués (2020), o antigo enunciado da referida Súmula foi então modificado, passando a consagrar duas situações distintas. Conforme dispõem os autores, a prescrição dependerá de a ciência da lesão ao interessado ter ocorrido após 13.11.2014 ou anteriormente a essa data, que foi quando o STF julgou o ARE 709.212-DF (Rel.: Min.Gilmar Mendes), afastando a aplicação da prescrição trintenária, com efeitos exnunc, mandando aplicar a prescrição quinquenal a todas as questões referentes ao FGTS, entendendo que o prazo prescricional do artigo 23 da Lei n. 8.036/1990 e do artigo 55 do Decreto n 99.684/1990 não é razoável, porque violador do inciso XXIX do art. 7º da Constituição.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mudou de maneira radical esse entendimento. A prescrição dos FGTS passou dos históricos 30 (trinta) anos, para 05 (cinco) anos. A prescrição trintenária dos depósitos fundiários foi por muito tempo respeitada, não só pela legislação, como também pela jurisprudência (SILVA, 2017, p. 472).

De modo que o julgamento do referido recurso extraordinário com agravo (ARE) 709.212, com reconhecimento da repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade das normas que previam prazo prescricional de 30 anos para ações relativas a valores não depositados no FGTS, entendendo que este encontra-se expressamente definido na Constituição da República (artigo 7º, inciso III) como direito dos trabalhadores urbanos e rurais e, portanto, deve se sujeitar à prescrição trabalhista, de cinco anos, isto é, uma prescrição quinquenal.

O artigo 11 da CLT que trata de prazo prescricional trabalhista sofreu alteração ao longo dos anos, sendo a última com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) (SOUSA, 2021, p. 47).

Em suma, anteriormente, esta prescrição para reclamar acerca dos depósitos do FGTS que não foram feitos, era trintenária, isto é, o trabalhador tinha até 30 anos para ajuizar ação judicial para reclamar sobre estes não realizados. Todavia, frente a tais modificações que sucederam com o decorrer do tempo, este entendimento fora alterado, tendo sido o prazo prescricional reduzido para muito menos que a metade, sendo este de cinco anos.

Delgado (2016) explica que a prescrição se trata de um instituto que, em nome da segurança nas relações sociais, torna inexigíveis parcelas não reivindicadas ao longo de certo prazo legalmente estabelecido, dispondo de um prazo máximo fixado, de maneira a não eternizar situações indefinidas no âmbito social.

Ainda, segundo Farias e Rosenvald (2015), a prescrição é um fenômeno produzido pelo decurso do tempo, que tem como efeito a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas. Bem como, de acordo com Silva (2017), se trata da perda da pretensão, que é o poder de exigir, pelas vias judiciais, a prestação descumprida pelo devedor.

Assim, esta mudança demasiadamente significativa no prazo para o trabalhador recorrer acerca de seus direitos, sucedeu visando uma maior segurança jurídica e previsibilidade às relações trabalhistas. Todavia, esta alteração do prazo acarreta desvantagens aos trabalhadores, sobretudo os que são mais vulneráveis e menos informados, que muitas vezes não estão cientes de seus direitos nem tampouco dos prazos que têm para reivindicá-los.

Vale dispor que tal conduta de não depositar o valor do FGTS, advinda do empregador demonstra não apenas um desrespeito às normas trabalhistas, mas também violação aos direitos dos trabalhadores. Sendo este um acontecimento comum no cotidiano social.

Dessarte, entende-se que o FGTS se trata de um direito obrigatório e imprescindível a todos os trabalhadores, o qual fica encarregado de ser depositado pelo empregador com quem este firmou o vínculo contratual. Todavia, as alterações mais recentes que diminuíram drasticamente o prazo prescricional para reclamar nos casos de não pagamento deste recolhimento pecuniário mensal, acarretou na

limitação dos direitos dos trabalhadores, os quais, devem estar atentos se os pagamentos foram devidamente realizados, tendo em vista que têm bem menos tempo para reivindicar, em caso de seu não pagamento.

2. DOS IMPACTOS ECONÔMICOS PARA O EMPREGADO ADVINDOS DA LIMITAÇÃO TEMPORAL PELA BUSCA DE SEUS DIREITOS

Como visto, frente a redução do prazo prescricional para reclamar acerca da falta de pagamentos do FGTS, foram ocasionados impactos econômicos e algumas influências a vida dos trabalhadores. O empregado é nada menos que a única pessoa que sofre as consequências de uma conduta que não realizou e sequer teve culpa.

Como afirma Souza (2015), esta alteração, claramente, traz um prejuízo patrimonial ao trabalhador, que passa a poder pleitear o FGTS somente de forma semelhante ao prazo prescricional de suas verbas trabalhistas, no caso 5 anos.

O prazo antigo era um período de tempo considerado como ideal, de modo que, como afirma Silva (2017), acredita-se que a permanência da prescrição trintenária tinha como base a ideia de proteção ao trabalhar na constância da relação de emprego.

Proteção esta que era disposta ao trabalhador que fora perdida e acarretou consequências, de modo que pode ser vislumbrado que este é penalizado duas vezes. Primeiro, por seu empregador não cumprir com suas obrigações de realizar o depósito mensal do valor correspondente; e segundo, em razão da modificação legislativa que reduziu seu prazo de reclamação.

Acredita-se que a redução do prazo implica um retrocesso nos direitos sociais, ao passo que reduz a possibilidade da discussão dos valores eventualmente não depositados, em patente prejuízo aos empregados, além de propiciar atos ilegais por parte das empresas (SOUSA, 2021, p. 55).

Sob determinados pontos de vista, cinco anos aparenta ser um bom tempo. Porém, ter a ciência de que o valor de seu FGTS não está sendo pago, saber como lidar frente a esta situação, ter tempo para ir em busca de meios de a solucionar, ter o problema devidamente solucionado, junto às demais obrigações do dia a dia, cinco anos nem sempre é suficiente para resolver tal situação que sequer fora ocasionada pelo trabalhador.

Assim, se por algum motivo, o empregado levar mais que cinco anos para reclamar da ausência de pagamentos de seu FGTS, este simplesmente não estará mais protegido legislativamente para tal, pois após esse prazo, perde seu direito de ajuizar ação judicial. Ou seja, se trata de um ato em que se o trabalhador não se atentar ao pagamento do FGTS, é penalizado por condutas de mera irresponsabilidade ou negligência do empregador com quem tivera vínculo contratual trabalhista, e em seguida, é novamente penalizado pela esfera judicial, por ter seus direitos violados, tendo em vista a diminuição do prazo para reclamar.

É muito comum que alguns empregados, sobretudo os de menor grau de escolaridade, de menor renda e que não têm conhecimento ou acesso a meios informativos para saber sobre seus direitos e suas atualizações, percam este prazo para reclamar de depósitos não efetuados por parte dos empregadores. Assim, acarreta uma dupla vulnerabilidade a estes trabalhadores, pois além de não saberem acerca destas informações, perdem seus a oportunidade de reivindicar o que lhes é devido. Assim, se trata da preclusão temporal, a qual é a perda da faculdade ou do direito processual de praticar um ato e se concretiza pela não observação dos prazos.

Dessarte, é plenamente comum que com esta abrupta redução do prazo de prescrição, enseje na perda de direitos dos trabalhadores de receberem o valor do FGTS, seja em razão de não terem conhecimento acerca deste prazo, bem como até mesmo por não terem mais prazo para recorrer. Assim, um valor que estava sendo esperado e idealizado a ser recebido frente a determinadas situações, simplesmente não é repassado ao trabalhador, pois o empregador não cumpriu com sua obrigação de depósito mensal.

Conforme afirma Silva (2017), o próprio STF entendeu, de maneira correta, que a mudança implicava grandes impactos sociais, de modo que decidiu por modular a aplicação deste novo entendimento. De modo que esta modulação consiste em atribuir à decisão efeitos prospectivos, assim, para aqueles cujo termo inicial da prescrição viesse a ocorrer após a data do julgamento, aplicar-se-ia, desde logo, o prazo de cinco anos; e para os casos em que o prazo prescricional já estivesse em curso, aplicar-se-ia o que primeiro ocorresse: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Foi estipulado, como forma de manter a segurança jurídica, que os efeitos seriam “ex nunc”, ou seja, valeriam apenas para as ações apresentadas após o novo regramento (SOUZA, 2015, p. 103).

A redução deste prazo acarreta decorrências que vão muito além da violação dos direitos dos trabalhadores de reivindicar acerca dos depósitos não realizados, tendo em vista que afeta e ocasiona impactos diretamente na vida destes. Estas consequências podem suceder na estabilidade financeira e no bem-estar econômico dos trabalhadores.

Como afirma Sousa (2021), diante dos princípios do não retrocesso social e da norma mais favorável ao trabalhador, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, por ter natureza jurídica, social e trabalhista, não poderia ter seu prazo prescricional reduzido. Ainda de acordo com o autor, fica claro que a esta decisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a redução do prazo prescricional do FGTS, viola completamente o princípio da proteção ao trabalhador, o qual traduz a ideia de que a norma a ser aplicada, independentemente de sua posição hierárquica, será sempre aquela que for mais benéfica ao trabalhador, em termos práticos, vale dizer que prevalecerá sempre, seja ela decorrente da constituição federal ou de lei.

Desse modo, é fato que a limitação temporal e redução do prazo pra reclamar acarreta impactos econômicos para o empregado, pois caso este vivencie alguma das situações especificadas no art. 20 da Lei 8.036/90, quando este poderia sacar o valor do FGTS, não terá o devido valor como deveria. Os valores que deveriam estar à disposição do trabalhador frente a uma situação de necessidade simplesmente não existirão, pois o empregador responsável por depositar o valor não cumpriu com sua obrigação, e o trabalhador, por algum motivo como não saber do prazo para reclamar, não o fez, sendo este o único penalizado.

Vale ressaltar que existem situações em que este prazo de cinco anos prescreve no decorrer do período do vínculo trabalhista, o que torna difícil que o trabalhador reclame com empregador acerca da falta dos depósitos, o que facilmente ensejará em sua demissão. Muitas vezes o próprio empregado deixa de reclamar sobre seus direitos em razão do medo de perder seu emprego.

Correia (2015) afirma que o ingresso da reclamação trabalhista enquanto ainda atuando na empresa representa um pedido de dispensa automático e/ou perseguições no trabalho.

Por fim, vale dispor que, o que se tratava então de uma reserva financeira obrigatória destinada a ser um amparo financeiro em casos de necessidade como desemprego, aposentadoria, doenças graves ou outras situações especificadas em lei, e que era esperada pelo empregado, acaba muitas vezes sendo uma surpresa inesperada e negativa. A qual limita, viola e priva os trabalhadores de obterem um importante recurso financeiro que seria seu por direito, destinado a ser uma fonte de segurança financeira em momentos de grande necessidade, e até mesmo, pode levar o empregador ao demitir quando indagado acerca da falta dos depósitos.

3. OS REFLEXOS SOCIAIS DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FGTS NO CONTEXTO DO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

Como visto, a alteração do prazo prescricional, ocasionou diversos impactos na vida dos trabalhadores. Estas consequências sucederam não apenas no âmbito jurídico ou na vida dos empregados, mas também em diversos aspectos sociais relacionados ao mercado de trabalho brasileiro de modo geral.

Neste âmbito do mercado de trabalho, foram então diversos os reflexos sociais que puderam ser vislumbrados em razão desta alteração normativa, as quais incidem das mais diversas maneiras. A princípio, aponta-se para o fato de que gerou um certo receio e preocupação por parte dos trabalhadores acerca da segurança de seus direitos, de modo a que desenvolveu uma constante necessidade de vigilância contínua advinda destes, acerca dos valores depositados em suas contas.

Esta alteração desenvolveu então uma preocupação e desconfiança com o sistema de proteção social, visto que este que deveria dispor de uma atuação protecionista a estes, foi o próprio que permitiu condutas lesivas a seus direitos trabalhistas. Frente a este receio, é plenamente comum que muitos trabalhadores se sintam desestimulados e não queiram formalizar sua relação empregatícia, tendo em vista a insegurança de que o empregador agirá da maneira devida e que realmente terão a proteção devida para recorrer sobre seus direitos, o que de fato, já é algo plenamente comum no Brasil, onde muitos trabalhadores atuam de maneira informal.

O atraso destes depósitos do FGTS também prejudica o interesse público, sendo que, grande parte das contribuições são destinadas a programas sociais, tais como habitação e saneamento básico (CORREIA, 2015, p. 18).

Há que se falar ainda que esta redução de prazo abriu ainda uma nova brecha para atuações de má-fé por parte dos empregadores. Isto é, é comum que estes, por saberem que os trabalhadores têm pouco tempo para reclamar judicialmente dos depósitos não realizados, bem como, tendo em vista a baixa fiscalização quanto a estes depósitos, se aproveitem então destas e se sintam menos pressionados para cumprir rigorosamente com suas obrigações.

Assim, os empregadores passaram então a ter mais oportunidades para não cumprir com sua obrigação de depósito mensal do FGTS, burlando os direitos trabalhistas e consequentemente impactando negativamente na vida dos empregados. O que leva a muitos destes agirem de tal forma intencionalmente, por saberem que nem todo trabalhador terá ciência de sua conduta negligente, bem como nem todos se atentam ao curto prazo de reclamação judicial.

Em suma, esta redução do prazo prescricional resultou em uma nova perspectiva acerca da justiça social e sua forma de proteção aos trabalhadores. Por meio desta é possível perceber que os direitos trabalhistas nem sempre são assegurados e que de fato, podem ser facilmente violados, seja através de condutas intencionais dos empregadores, bem como pelo pouco tempo que a justiça dispõe para que os detentores dos direitos, reclamem da ausência dos depósitos.

Segundo Sousa (2021), há empregadores que não pagam os direitos trabalhistas corretamente, de modo que os empregados que não tiveram o FGTS recolhido e depositado serão prejudicados, e caso labore mais de cinco anos na mesma empresa, sem reclamar, só terão direito a receber apenas cinco anos.

De fato, como afirma Correia (2015) a redução do novo prazo prescricional acabou por beneficiar a classe mais favorecida no contrato de trabalho, qual seja o empregador, tendo em vista que este deveria ter depositado os valores relativos ao FGTS na conta vinculada do trabalhador na época própria.

Dessarte, tem-se então a plena absolvição do empregador, o qual não passa por nenhuma perda ou responsabilização pelo dano ocasionado ao trabalhador. Ao passo que recai sobre o empregado, sofrer as consequências e

prejuízos financeiros por não ter seus depósitos devidamente efetuados e por ter um curto pra recorrer acerca destes, ou seja, a parte mais frágil é penalizada por uma conduta que não foi culpa sua, deixando-o inseguro quanto à proteção social que lhe era devida e receoso em novas atuações no mercado de trabalho.

Tal perspectiva impacta negativamente a confiança na proteção social e na justiça à sociedade, bem como desenvolve em muitos trabalhadores a ideia de atuarem no mercado de trabalho de maneira informal, isto é, sem a devida regulamentação, para que não percam alguns benefícios que têm. Assim, muitos trabalhadores não se interessam em assinar sua carteira de trabalho e atuar da maneira devida, pois além de saberem que vão perder alguns benefícios sociais e auxílios de programas de assistência, acreditam que no final podem ficar desamparados em razão de empregadores que não contribuem devidamente com o pagamento do FGTS, ou seja, têm uma plena desconfiança na instituição que mantém vínculo contratual.

Assim, vislumbra-se então que a alteração do prazo prescricional, ocasionou diversos impactos não apenas na vida dos trabalhadores, mas também ensejou disposições no mercado de trabalho em si. Podendo tal decisão do Supremo, ser considerada como um retrocesso à própria sociedade.

4. CONCLUSÃO

Por fim, com base nos levantamentos bibliográficos supracitados foi possível compreender acerca da referida temática e suas vertentes, onde analisou-se acerca da prescrição quinquenal do FGTS. Tendo sido os objetivos inicialmente almejados, devidamente atingidos.

Dessarte, por meio da presente pesquisa foi possível compreender acerca de como a nova limitação temporal afeta os direitos do empregado, levando em consideração a atual legislação vigente e suas implicações práticas, e como acarreta impactos econômicos para o empregado, mensurando os reflexos sociais da prescrição quinquenal do FGTS no contexto do mercado de trabalho brasileiro.

Com base nas referidas análises foi possível compreender acerca de como o FGTS é um direito imprescindível e necessário aos trabalhadores, como sendo uma espécie de reserva de emergência que pode ser sacada frente a ocorrência de casos legislativamente previstos. Este, que é um valor a ser depositado mensalmente pelo empregador até o vigésimo dia de cada mês, em conta vinculada do trabalhador, deve ser correspondente a 8% da remuneração.

As normas referentes ao FGTS evoluíram com o decorrer do tempo, a fim de se adequarem às mudanças e novas necessidades da sociedade. Todavia, nem todas estas mudanças sucederam de maneira a ensejar resultados positivos.

Acerca destas, é possível apontar quanto a nova decisão advinda dos Tribunais Superiores, a mudança no prazo para que o trabalhador possa reclamar acerca dos depósitos não efetuados pelo empregador. Esta que se tratava de uma prescrição trintenária para tal reclamação, tivera seu prazo diminuído e substituído por uma nova forma de prescrição, a quinquenal.

Assim, diminuiu então de trinta anos para apenas cinco, ou seja, uma redução de muito além da metade deste prazo. Alteração que ensejou em diversos impactos negativos e prejuízos para os trabalhadores.

Respondendo quanto ao problema de pesquisa inicialmente indagado, levando em consideração os aspectos legais, econômicos e sociais, é possível então vislumbrar inúmeras implicações e reflexos danosos ao trabalhador, tendo em vista que este se trata de um prazo demasiadamente curto para ter ciência, recorrer e ter sua situação devidamente resolvida. O que leva na maioria das vezes a perda e violação dos direitos dos trabalhadores, sem que estes tenham dado causa para tal.

E consequentemente, perder o direito ao recebimento dos valores do FGTS é muito mais que uma violação dos direitos dos trabalhadores, mas também, acarreta impactos diretos e negativos na vida destes. Afetando em sua estabilidade financeira, bem-estar econômico e os desamparando sobretudo nos momentos de necessidade em que deviam ser assistenciados, tendo em vista ser este o objetivo desta reserva financeira.

Tendo em vista tais disposições, percebe-se que o novo entendimento acerca do prazo prescricional disposto pelo STF é nada menos que um retrocesso, pois prejudicou demais o empregado, visto que o faz perder o direito de reclamar acerca do não recolhimento dos depósitos do FGTS vencidos há mais de cinco anos. Apesar de cinco anos ser um período de tempo até mesmo demorado, nem sempre é suficiente para que o trabalhador tenha ciência da falta de depósitos que vêm sucedendo em sua conta.

Por fim, o empregado que não estiver com recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em dia, em razão das condutas de seu empregador poderá ingressar com uma reclamação trabalhista apenas dentro do prazo de cinco anos. Havendo a perda deste prazo, perderá o trabalhador

o direito ao recebimento do valor correspondente ao FGTS, ainda que se encontre em uma das situações de necessidade previstas em lei.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.**

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

FARIAS, Cristiano. Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAUÉS, Perlla Barbosa Pereira. **Liberção do saque de valores do FGTS e os impactos dessa medida na vida do trabalhador brasileiro.** 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 15. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MASCARO, Sônia Nascimento. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho.** 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho** / Rodolfo Pamplona Filho, Tercio Roberto Peixoto Souza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno. Auditoria do trabalho: reflexos do prazo prescricional quinquenal do fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS). **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, 2017, vol. 9, n. 17, Jul.-Dez. p. 451-479.

SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. **Processo Civil.** 7ed. rev. ampl. atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

SOUZA, Paula Abílio. **A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Prescrição Quinquenal do FGTS.** Santa Rita: 2021.

SOUZA, Ivogleuma Silva. **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e suas Peculiaridades no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2015

ESTRATÉGIAS POSSÍVEIS PARA UMA ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA PROPOSITIVA NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS FRENTE AO ATUAL PADRÃO DECISÓRIO DO STF

POSSIBLE STRATEGIES FOR A PROACTIVE LEGAL PRACTICE IN THE FIELD OF LABOR HUMAN RIGHTS, IN LIGHT OF THE SUPREME FEDERAL COURT'S CURRENT DECISION-MAKING PATTERN

Gabriela Neves Delgado¹⁴⁶
Ana Luísa Gonçalves Rocha¹⁴⁷

146 Professora Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UnB. Advogada. Pesquisadora Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social: diálogos sul e norte pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais e seu Colégio Latino Americano de Estudos Mundiais (FLACSO). Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

147 Mestra em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Advogada.

Resumo: Este artigo indica possíveis estratégias para uma atuação advocatícia propositiva no campo dos direitos humanos trabalhistas e do constitucionalismo humanista e social, frente ao atual padrão decisório do Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista, com destaque para o robustecimento da argumentação na área do direito internacional do trabalho; a exigência de efetivação da Recomendação 198 da OIT; o conhecimento dos precedentes com a realização do *distinguishing*; além da defesa da competência da Justiça do Trabalho, à luz da EC 45/2004.

Palavras-chave: Direitos humanos trabalhistas; Supremo Tribunal Federal; Atuação advocatícia.

Abstract: This article indicates possible strategies for a propositional legal practice in the field of labor human rights and social constitutionalism, in light of the Supreme Federal Court's current decision-making pattern in labor matters. The text emphasizes, as strategies: strengthening arguments within the scope of international labor law; demanding the implementation of ILO's Recommendation 198; understanding precedents and applying distinguishing; and defending the jurisdiction of the Labor Courts, in light of the Constitutional Amendment 45/2004.

Keywords: *Labor human rights; Supreme Federal Court; Legal Practice.*

1. INTRODUÇÃO

Há décadas, o Brasil experimenta um período de refluxo nas garantias e proteções trabalhistas. Esse cenário flexibilizatório tem afetado intensamente o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, nos seus aspectos jurídicos e institucionais.

Este artigo se concentra em identificar algumas alternativas jurídicas para a construção de um sistema jurídico de proteção ao trabalho humano direcionado pelos direitos humanos trabalhistas e pelo constitucionalismo humanista e social.

A intenção, aqui alavancada, é a de pontuar possíveis estratégias para atuação da advocacia trabalhista perante os Tribunais Superiores, e especificamente perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da análise de amostra de pesquisa do atual padrão decisório da Corte Constitucional em matéria trabalhista.

2. DIAGNÓSTICO DO ATUAL PADRÃO DECISÓRIO DO STF EM MATÉRIA TRABALHISTA

Uma das análises necessárias para a melhor compreensão do papel da advocacia trabalhista na atualidade recai sobre a atuação do STF em face de temas trabalhistas.

A análise diagnóstica aqui apresentada parte de pesquisa jurisprudencial prévia quanto ao papel do STF no cumprimento da Agenda 2030 da ONU, mais especificamente no tocante ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8 (ODS 8), relacionado ao “trabalho decente e crescimento econômico”. Na amostra, foram considerados os processos indexados pelo próprio Tribunal ao ODS 8, no painel de dados “STF e Agenda ONU 2030”¹⁴⁸, até a data de 01.02.2023 (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Do total de processos indexados ao ODS n. 8, foram filtrados aqueles classificados como Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade ou Recurso Extraordinário, envolvendo diretamente temas de Direito Material ou Processual do Trabalho, com julgamento finalizado. Assim, no total, foram analisados 31 processos (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

O conjunto da amostra proporcionou três grandes constatações sobre o padrão decisório do STF, considerado o período demarcado, no que tange à pauta trabalhista (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Em primeiro lugar, observou-se que, em causas nas quais foram evidentemente ameaçados os direitos fundamentais elencados na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1998¹⁴⁹ – com exceção para o direito à negociação coletiva –, o STF privilegiou o caráter tuitivo do Direito do Trabalho (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

148 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em 19.09.2024.

149 A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998, destaca o compromisso dos Estados signatários de respeitar e promover os direitos fundamentais objeto das convenções nela indicadas, independentemente de ratificação. São eles: a liberdade sindical e o direito à negociação coletiva (Convenções n. 87 e 98), a erradicação do trabalho infantil (Convenções n. 138 e 182), a eliminação do trabalho forçado (Convenções n. 29 e 105), a não discriminação no trabalho (Convenções n. 100 e 111) e, conforme recente decisão da 110ª Conferência Internacional do Trabalho, a segurança e a saúde no trabalho (Convenções n. 155 e 187). Cf. DELGADO, Gabriela Neves; ROCHA, Ana Luísa Gonçalves; PARANHOS, Ana Carolina. O papel do Supremo Tribunal Federal no cumprimento da Agenda 2030 da ONU à luz do objetivo do Trabalho Decente. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 6, 4 jul. 2023.

No que se refere à eliminação do trabalho forçado e do trabalho infantil, destacam-se os julgamentos da *ADPF n. 509* (j. 16.09.2020, Rel. Min. Marco Aurélio Mello) e da *ADI n. 2.096* (j. 13.10.2020, Rel. Min. Celso de Mello), nos quais o Supremo declarou a constitucionalidade, respectivamente, da “lista suja” do trabalho escravo e da elevação da idade mínima para a admissão no trabalho. Em relação à não discriminação, cita-se a *ADI n. 5.938* (j. 25.09.2019, Rel. Min. Alexandre de Moares), em que declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 13.467/2017 que condicionavam o afastamento de gestantes e lactantes de trabalhos em ambientes insalubres em graus mínimo e médio à apresentação de atestado médico.

Essa última ADI também integra um grupo de processos nos quais o STF decidiu com base na proteção à saúde e ao meio ambiente de trabalho, como é o caso do *RE n. 828.040* (Red. Min. Gilmar Mendes, j. 12.03.2020, tema 932) – em que se assentou a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva aos danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco –, e do referendo da medida cautelar na *ADI n. 6.327* (j. 03.04.2020, Rel. Min. Edson Fachin), que tratou do termo inicial para a licença maternidade em hipóteses de internação prolongada.

Em segundo lugar, constatou-se que o mesmo posicionamento não foi adotado pelo STF em relação aos temas afetos ao Direito Coletivo do Trabalho. Nesses casos, o Supremo tendeu a adotar postura comedida em relação à aplicação protetiva dos direitos trabalhistas (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Embora tenha destacado a necessidade de intervenção dos sindicatos nos processos de demissão em massa, a tese fixada no *RE n. 999.435* (j. 08.06.2022, Red. Min. Luís Roberto Barroso, tem 638) dispensa expressamente a necessidade de celebração de acordo ou convenção coletiva. Em prejuízo mais evidente, tem-se, na *ADI n. 6.363* (j. 17.04.2020, Red. Min. Alexandre de Moraes), a dispensa da participação dos entes sindicais na formulação dos acordos de redução de salário e jornada e de suspensão contratual no âmbito do programa emergencial da Covid-19.

Ainda nessa linha, no julgamento do *ARE n. 1.121.633* (rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.06.2022, tema 1.046), observou-se o alargamento da autonomia coletiva em detrimento da preservação de direitos trabalhistas, com a fixação da tese de repercussão geral de que “são constitucionais os acordos e as convenções

coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

É importante registrar, de toda forma, que houve um importante julgamento no STF, superveniente à pesquisa jurisprudencial ora indicada, em que foi declarada “constitucional a instituição, por acordo ou convenção coletivos, de contribuições assistenciais a serem impostas a todos os empregados da categoria, ainda que não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição” (*ARE 1018459*, Rel. Min Gilmar Mendes, tema 935). Nesse caso, parece haver um recuo do Tribunal em favor do financiamento da atuação coletiva.

Em terceiro lugar, a pesquisa identificou que, nas ações referentes a direitos patrimoniais trabalhistas, com grande repercussão econômica, o STF foi conservador, pois tendeu a sobrepor o valor da livre iniciativa ao valor social do trabalho, priorizando a análise econômica do direito (DELGADO, ROCHA, PARANHOS, 2023).

Nessa toada, o Tribunal avalizou formas atípicas de contratação trabalhista, num cenário predominantemente flexibilizatório. Foi o que se verificou nos casos emblemáticos do *RE n. 958.252* (j. 30.08.2018, Rel. Min. Luiz Fux, tem 725), da *ADI n. 5685* (j. 16.06.2020, rel. Min. Gilmar Mendes) e do *ARE n. 791.932* (j. 11.10.2018, rel. Min. Alexandre de Moraes), nos quais se afirmou a licitude da terceirização, seja na atividade-meio, seja na atividade-fim.

Também vale citar o julgamento da *ADI n. 5.625* (j. 28.10.2021, Red. Min. Nunes Marques), em que se declarou a constitucionalidade da Lei do Salão-Parceiro, a qual afasta, a priori, a configuração de vínculo empregatício entre proprietários de salões de beleza e trabalhadores contratados sob regime de “parceria”.

3. A PARTIR DESSE DIAGNÓSTICO, QUESTIONA-SE: QUAIS SERIAM AS POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS A SEREM ADOTADAS PELA ADVOCACIA TRABALHISTA PARA ATUAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES, E ESPECIFICAMENTE NO STF?

A partir da análise jurisprudencial indicada, e para que seja possível reforçar o sistema jurídico de garantias e proteções trabalhistas, é que se

pretende, neste momento, retomar quatro possíveis encaminhamentos para atuação da advocacia trabalhista perante os Tribunais Superiores, mais especificamente no STF, na linha dos direitos humanos trabalhistas e do constitucionalismo humanista e social.

Tais encaminhamentos, por certo, também são válidos para a atuação nas instâncias ordinárias, tendo-se optado, no entanto, por focalizar as reflexões sobre a prática advocatícia perante o STF, considerado o recorte da pesquisa jurisprudencial anteriormente apresentado.

É o que se segue.

3.1. ROBUSTECIMENTO DA ARGUMENTAÇÃO NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS E DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

Em primeiro lugar, considera-se fundamental que a advocacia trabalhista ancore os pedidos, perante o STF, em normas de direitos humanos trabalhistas e de direito internacional do trabalho, de modo a ampliar a possibilidade do controle de convencionalidade.

Sabe-se que a Constituição Federal acolhe um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 75-79), ao prever, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e as garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É com base nessa disposição que se defende que os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do rito de aprovação, são materialmente constitucionais (MAZZUOLI, 2019, p. 502-515). Do ponto de vista formal, no entanto, o art. 5º, § 3º, equipara às emendas constitucionais somente os tratados de direitos humanos aprovados mediante rito especial, sendo que aqueles que forem incorporados sob rito ordinário têm status supralegal, conforme entendimento do STF sedimentado no julgamento do *RE 466.343* (j. 03.12.2008, Rel. min. Cezar Peluso, Tema 60).

De toda forma, é certo que o ordenamento jurídico brasileiro comporta um controle duplo de proteção de direitos humanos, cujos tratados internacionais têm status, no mínimo, supralegal. Há o parâmetro da Constituição, que serve de base para o controle de constitucionalidade, e o parâmetro dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o país é

signatário (MAZZUOLI, 2019, p. 502-515). Isso significa que os atos normativos do país devem ser examinados não só à luz das disposições constitucionais, mas também à luz das normas internacionais.

Silvio Beltramelli Neto (2018, p. 285) observa que o controle de convencionalidade é consectário da obrigação de os Estados adequarem suas legislações internas aos compromissos assumidos na esfera internacional. O autor aponta, no campo dos Direitos Humanos, o importante papel da Corte Interamericana na realização do controle concentrado de convencionalidade, destacando, no entanto, a necessidade de que:

[...] administradores, legisladores e juízes, nas respectivas searas nacionais e dentro de suas competências (material e territorial), já pratiquem esse juízo de convencionalidade, na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos integra o ordenamento jurídico interno (no caso do Brasil, por força sobretudo do art. 5º, § 2º do art. 5º da CF), bem assim porque todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de respeitar, proteger e promover os direitos humanos de acordo com padrões adotados pelos tratados, pelas normas costumeiras e pela jurisprudência internacionais (BELTRAMELLI NETO, 2018, p. 285).

Assim, no que se refere especificamente ao Poder Judiciário brasileiro, objeto de maior interesse desta pesquisa, vale trazer a lição de André de Carvalho Ramos, segundo o qual o controle de convencionalidade consiste:

[...] na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se deve deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado (RAMOS, 2023, p. 9).

De acordo com Valerio Mazuolli (2019, p. 494), cumpre ao Judiciário dar aplicabilidade aos tratados internacionais no âmbito interno e às leis que os regulamentam, bem como afastar a incidência das normas internas a eles contrárias. Esse papel deve ser exercido tendo-se em primeiro plano a noção de que infringir o dever de respeito às normas

internacionais pode implicar a responsabilização internacional do Estado. Ou seja, cabe ao Judiciário zelar, também na esfera dos compromissos internacionais, pelo *pacta sunt servanda*, o que pode ser feito, entre outros instrumentos por meio do controle de convencionalidade.

Assim, para o autor, incumbe ao juiz conhecer e se familiarizar com as normas internacionais e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando-as, inclusive, de ofício. O autor também defende o exame de compatibilidade da norma interna em relação à internacional como pressuposto, devendo ocorrer de maneira prévia à apreciação do mérito da causa (MAZZUOLI, 2018, p. 36 e 37).

Vale citar, nessa linha, a Recomendação n. 123 do Conselho Nacional de Justiça, de 2022, a qual recomenda aos órgãos do Poder Judiciário:

a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas¹⁵⁰.

Delaíde Miranda Arantes (2022) afirma que é dando efetividade a essa Recomendação, por meio da incorporação das normas internacionais do trabalho – especialmente as da OIT e inclusive por meio do controle de convencionalidade – e da aplicação da norma mais benéfica à promoção dos direitos fundamentais, que o Judiciário contribuirá para a concretização do trabalho decente no Brasil.

Em direção aproximada, compreende-se que a advocacia também deve ampliar a fundamentação dos seus pedidos, desde a base do processo, com base no regramento internacional, suscitando a obrigação do cumprimento dos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Ou seja, ainda que o controle de convencionalidade possa ser promovido, de ofício, pelo Juiz ou Tribunal, é importante que a advocacia suscite expressamente a necessidade de se compatibilizar a interpretação da legislação interna aos tratados internacionais de direitos humanos.

150 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123, de 11 de janeiro de 2022**. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em 19.09.2024.

Portanto, uma atuação proativa da advocacia nesse sentido é essencial para promover uma cultura de respeito às normas internacionais, as quais também dão respaldo à proteção dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais trabalhistas. Nesse sentido, é preciso lembrar, por exemplo, que normas relativas ao pagamento de salários e à limitação de jornada também estão ancoradas em normas de direitos humanos.

Como identificado na amostra da pesquisa jurisprudencial, o STF, em regra, caminha melhor nas pautas diretamente relacionadas à proteção dos direitos humanos trabalhistas, notadamente aqueles previstos na Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Ocorre que a efetivação desses princípios e direitos fundamentais demanda a inserção do trabalhador em relações formalmente reconhecidas e protegidas. Os contratos de natureza civil – cuja expansão, em substituição ao contrato de trabalho, tem tido a anuência do STF – não garantem, regra geral, a efetivação de um patamar mínimo de direitos trabalhistas, o que limita a proteção preconizada pelo próprio Tribunal nos casos de direitos humanos trabalhistas. Por isso a importância do controle de convencionalidade.

Enfim, o controle de convencionalidade é mais um instrumento para o alcance de uma atuação mais propositiva no campo do Direito do Trabalho, além do controle de constitucionalidade, é claro.

3.2. EXIGÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO 198 DA OIT: A APLICAÇÃO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA COMO ESPAÇO PARA A PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO.

Em segundo lugar, para uma atuação judicial propositiva no campo dos direitos humanos trabalhistas e do direito internacional do trabalho, sobretudo neste contexto de profusão de contratos de natureza civil a encobrirem vínculos empregatícios, cabe à advocacia trabalhista resgatar e reforçar o princípio da primazia da realidade sobre a forma na argumentação jurídica, exigindo o cumprimento, além das disposições constitucionais e legais, da Recomendação 198 da OIT.

Conforme a Recomendação 198, a determinação da existência de uma relação de emprego “deverá ser guiada principalmente pelos fatos relativos à execução do trabalho e à remuneração do trabalhador, ainda

que a relação seja caracterizada de forma diversa em qualquer arranjo acordado entre as partes” (tradução livre)¹⁵¹.

Ou seja, a Recomendação 198 preconiza a aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma no que se refere à determinação da existência de relação de emprego. Também propõe o estabelecimento de presunção legal de existência de relação de emprego em havendo um ou mais indicadores de sua presença¹⁵².

Assim, o documento prevê que os Estados membros formulem e implementem políticas nacionais de proteção à relação de emprego, que incluam, entre outras, medidas destinadas a: orientar empregadores e trabalhadores quanto à determinação, de forma eficaz, da existência da relação de emprego e à distinção entre empregados e trabalhadores autônomos; combater relações de emprego disfarçadas, como, por exemplo, as que se valem de outras formas contratuais para dissimular ou ocultar o estatuto jurídico do trabalho e zelar pelo cumprimento e pela aplicação efetiva da legislação do trabalho.

Em referência à Recomendação 198, Rodrigo Carelli (2013, p. 239) reforça a importância da utilização dos fatos como guia para a aferição da existência da relação de emprego, sobretudo diante dos novos arranjos e formas de contratação de trabalhadores e de organização de produção de bens e serviços.

É importante destacar que, em abril deste ano, o Parlamento Europeu aprovou Diretiva para a regulamentação do trabalho em plataformas digitais, na linha da Recomendação 198 da OIT¹⁵³. A Diretiva determina que os países da União Europeia estabeleçam mecanismo de presunção legal de vínculo empregatício, que somente pode ser elidida mediante prova em contrário. Assim, cabe à plataforma demonstrar a inexistência da relação de emprego, se houver demanda nesse sentido.

Segundo a relatora, a Diretiva “corrigirá o falso trabalho por conta própria, evitará a concorrência desleal e protegerá o verdadeiro

151 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação n. 198** – Relativa à Relação de Trabalho, 2006. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em 18.09.2024.

152 A Recomendação também reconhece que há trabalhadores que são particularmente afetados pela incerteza quanto à existência da relação de emprego – mulheres, jovens, idosos, informais, migrantes e pessoas com deficiência –, estipulando que os Estados membros tenham “especial cuidado” para garantir a sua proteção.

153 Ainda está pendente a adoção da diretiva pelo Conselho da União Europeia.

trabalho por conta própria”¹⁵⁴. Além disso, a Diretiva prevê regras para proteção de dados pessoais dos trabalhadores e para transparência e *accountability* dos algoritmos.

Murillo van der Laan (2024) observa que a proposta da Diretiva, elaborada a partir de consulta a entidades patronais e sindicais, passou por amplo período de maturação e negociação no âmbito das instituições da UE. Para o pesquisador, a Diretiva representa uma experiência paradigmática para a regulamentação do trabalho em plataformas digitais, tanto em razão da construção da presunção do vínculo empregatício – que deve ser estipulada internamente pela legislação de cada país –, quanto em virtude das disposições relativas à gestão algorítmica do trabalho, com mecanismos de transparência, avaliação, consulta, fiscalização e proteção de dados aplicáveis inclusive ao trabalho autônomo.

Vê-se que tanto a Recomendação 198 quanto a Diretiva da UE partem expressamente da constatação de que a presunção relativa da relação de emprego é necessária em face das disparidades de poder existentes entre os sujeitos contratantes – sendo que, no caso dos trabalhadores em plataformas digitais, essa vulnerabilidade é ainda mais intensa.

Nada obstante, o Brasil caminha exatamente no sentido contrário. No caso do trabalho em plataformas digitais, observa-se, na prática, a preterição do princípio da primazia da realidade sobre a forma e da regra do art. 9º da CLT, que prevê a nulidade de atos destinados a fraudar os preceitos celetistas.

Importante ainda registrar que o STF se debruçou sobre o tema ao reconhecer a *repercussão geral* do RE 1.446.336 (j. 02.03.2024), nos seguintes termos: “A controvérsia acerca do reconhecimento de vínculo empregatício entre motorista de aplicativo de prestação de serviços de transporte e a empresa criadora e administradora de plataforma digital tem repercussão geral”.

Embora o mérito da questão ainda não tenha sido apreciado de forma vinculante, identifica-se tendência do STF a cassar decisões oriundas da Justiça do Trabalho em que reconhecida a existência de vínculo empregatício do trabalhador uberizado, por meio de

154 Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20240419IPR20584/parlamento-adota-diretiva-sobre-condicoes-de-trabalho-nas-plataformas-digitais>. Acesso em 19.09.2024.

pronunciamentos monocráticos ou turmários em sede de Reclamação Constitucional, sem a observância do princípio da primazia da realidade sobre a forma (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Essas decisões do STF têm sido fundamentadas nos precedentes da *ADPF 324* e do *Tema 725* de Repercussão Geral, relativos à terceirização, além da *ADC 48*, que tratou da constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, a qual estipula a natureza comercial do contrato de transporte autônomo de cargas para motoristas profissionais, afastando a configuração do vínculo trabalhista (ANAMATRA, NTADT, 2024).

O que se observa, portanto, é que o STF – a fim de afastar a configuração do vínculo empregatício identificada nas instâncias inferiores – tem optado por adotar, nas decisões em sede de Reclamação, precedentes que tratam de matérias diversas às relações de trabalho em plataformas digitais, o que é um equívoco.

3.3. CONHECIMENTO DOS PRECEDENTES E REALIZAÇÃO DO DISTINGUISHING

Outra possível estratégia para atuação da advocacia trabalhista perante o STF, na linha dos direitos humanos trabalhistas, diz respeito ao conhecimento dos precedentes (e de seus limites) e à realização do *distinguishing*.

Considera-se de suma importância conhecer detalhada e aprofundadamente a *ratio decidendi* dos precedentes, de forma a compreender sua extensão e exigir respeito aos seus limites.

Cesar Zucatti Pritsch (2020, p. 112) conceitua a *ratio decidendi* como “a parte essencial ou necessária de uma decisão, da qual depende sua conclusão”. Segundo ele, a *ratio decidendi* constitui o elemento central do sistema de precedentes vinculantes, definindo os padrões decisórios que serão necessariamente reproduzidos no futuro, em situações fáticas idênticas ou analógicas.

Em sentido comum, Augusto César Leite de Carvalho (2021, p. 762) destaca que a essência do precedente reside na *ratio decidendi*, cabendo ao julgador aplicá-lo “se os fatos e fundamentos jurídicos da causa coincidirem com os que foram levados em consideração na formação da tese jurídica, comportando a subsunção daqueles nesta”.

Nessa linha, tem-se que a vinculação à *ratio decidendi* promoveria o equilíbrio entre a estabilidade da jurisprudência e a independência funcional do julgador, evitando que um caso futuro “seja regido por entendimentos excessivamente abrangentes ou abstratos, inapropriados para seus fatos concretos” (PRITSCH, 2020, p. 113).

É preciso, portanto, defender a aderência estrita aos precedentes, impedindo o seu extravasamento. Ou seja, o advogado trabalhista deve necessariamente atuar quando houver interpretação extensiva de precedente do STF.

Nos termos do art. 489, V, do Código de Processo Civil, não se considera devidamente fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Nesse contexto, a figura do *distinguishing* surge como ferramenta central para a advocacia. A técnica do *distinguishing*, ou simplesmente distinção, deve ser utilizada com o propósito de descolamento em relação ao precedente ou caso-líder quando houver “elementos diferenciados no caso sob julgamento (ou diferenças sensíveis na *ratio decidendi*)” (CARVALHO, 2021, p. 769).

Assim, estando-se diante de fatos diversos àqueles compreendidos pela *ratio decidendi*, há dois caminhos possíveis, conforme ensina Pritsch. Se esses fatos “forem suficientemente similares, em aspectos relevantes para a relação jurídica debatida, a ponto de justificar o mesmo tratamento”, aplica-se o precedente. Por outro lado, “se os fatos necessários do precedente e do caso atual forem distintos a ponto de recomendar solução diversa daquela do precedente”, deve haver o *distinguishing*, não incidindo o precedente (PRITSCH, 2020, p. 153).

Portanto, a advocacia deve demonstrar, de forma clara e precisa, a distinção das circunstâncias materiais e/ou jurídicas do caso concreto em relação à tese jurídica, a fim de afastar a aplicação do precedente, se for o caso.

Por exemplo, no que tange aos profissionais liberais pejotizados – além dos já citados trabalhadores em plataformas digitais –, há diversas decisões do STF, em sede de Reclamação Constitucional, que suspenderam o reconhecimento do vínculo empregatício e determinaram a realização de novo julgamento pela Justiça do Trabalho em atenção ao precedente da terceirização (ADPF 324 e Tema 725 de repercussão geral), o que é um equívoco (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Importa, desse modo, demonstrar ao julgador a diferenciação entre terceirização, enquanto mecanismo de intermediação de mão de obra avalizado pelo STF, e a pejetização, enquanto prática destinada a fraudar a legislação celetista por meio da contratação de trabalhador subordinado como sócio de pessoa jurídica.

Também os precedentes do salão-parceiro e do transporte autônomo de cargas (bem como as legislações declaradas constitucionais) não afastam peremptoriamente a possibilidade de configuração do vínculo de emprego. Têm-se presunções relativas, que devem ser afastadas uma vez identificados, nas situações concretas, os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia.

3.4. DEFESA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, À LUZ DA EC 45/2004

Ainda considerando a profusão de Reclamações Constitucionais contra decisões em que configurado o vínculo empregatício, identifica-se, como desafio emergente, a defesa da competência da Justiça do Trabalho pela advocacia trabalhista e demais intérpretes do Direito do Trabalho.

Pesquisa jurisprudencial realizada pelo Núcleo de Extensão e Pesquisa “O Trabalho Além do Direito do Trabalho” (NTADT), da Faculdade de Direito da USP, em parceria com ANAMATRA, traz importantes apontamentos nesse sentido (2024).

Foram analisadas quantitativa e qualitativamente 1.039 decisões em Reclamação Constitucional, proferidas pelo STF entre 01.07.2023 e 16.02.2024, cujo objeto foi o reconhecimento de vínculo de emprego pela Justiça do Trabalho (ANAMATRA, NTADT, 2024).

As decisões compreenderam diversos tipos de atividades profissionais e de trabalhadores, com destaque para os transportadores autônomos de carga, os trabalhadores por demanda em plataformas digitais de transporte de pessoas e entrega de mercadorias, os advogados associados, os representantes comerciais, os trabalhadores parceiros em salões de beleza, os trabalhadores terceirizados e os profissionais liberais pejetizados (ANAMATRA, NTADT, 2024).

O estudo concluiu que as decisões do STF em Reclamação Constitucional têm contribuído para uma maior fragilização da Justiça do Trabalho, uma vez que colocada em xeque a sua competência material (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Nota-se que, em 65% dos casos analisados, o STF devolveu os autos à origem para novo julgamento em observância aos precedentes da Corte ou apreciou ele próprio o mérito da ação, reduzindo a capacidade da Justiça do Trabalho para analisar fatos e provas e atender ao princípio da primazia da realidade sobre a forma (ANAMATRA, NTADT, 2024).

Mais grave ainda, em 21% dos casos, o STF afastou a competência da Justiça do Trabalho, em casos de discussão de vínculo de emprego, determinando a remessa dos autos para a Justiça Comum, sob o argumento de que os contratos seriam de natureza civil (ANAMATRA, NTADT, 2024).

No entanto, no real do trabalho, sabe-se que, não raras as vezes, há fraude à relação de emprego e desconsideração do princípio da realidade sobre a forma, como já apontado. Nessa linha, é necessário reforçar que cabe à própria Justiça do Trabalho, à luz dos fatos e das provas pertinentes ao caso concreto, avaliar, em atenção ao art. 9º da CLT, a existência de fraude na contratação civil, de modo a aferir a configuração de uma relação de trabalho ou mesmo de emprego.

À luz dessas constatações, não se pode perder de vista o parâmetro da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, responsável por estender a competência da Justiça do Trabalho ao julgamento das ações decorrentes das relações de trabalho em geral, para além das relações de emprego.

A EC n. 45/2004, que neste ano completa 20 anos de promulgação, representa um marco na história da Justiça do Trabalho, reforçando a sua missão institucional de promover justiça social e condições de dignidade nas relações de trabalho (DELGADO, COUTINHO, DI ASSIS, 2021, p. 588-595).

Portanto, sob a égide da referida Emenda Constitucional, a Justiça do Trabalho não se limita a dirimir os conflitos decorrentes das relações de emprego – as quais são apenas uma das espécies do gênero relação de trabalho. O simples fato de haver, no concreto da vida, uma relação de trabalho, independente da formulação contratual, é suficiente para atrair a competência juístral. Entender de modo diverso significa negar vigência ao art. 114, I e VI, da Constituição Federal, o que não se pode admitir.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio de resistência à flexibilização do Direito do Trabalho e ao enfraquecimento da Justiça do Trabalho está posto.

Nesse cenário, torna-se imprescindível à advocacia trabalhista reivindicar a prática dos direitos humanos trabalhistas e do constitucionalismo humanista e social nas ações judiciais, com criterioso rigor técnico e científico.

Enfim, é certo que, no momento em que as grandes batalhas são travadas no plano argumentativo, nada é mais importante do que o conhecimento.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Delaíde Miranda. **Trabalho Decente**: uma análise na perspectiva dos direitos humanos trabalhistas a partir do padrão decisório do Tribunal Superior do Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2022.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123, de 11 de janeiro de 2022**. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em 19.09.2024.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A terceirização no século XXI. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 232-244, out./dez. 2013.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Sistema de precedentes: aplicação direta, aplicação analógica e afastamento por distinção. **5 anos do CPC e sua integração ao processo do trabalho**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 751-769.

DELGADO, Gabriela Neves; COUTINHO, Raianne Liberal; DI ASSIS, Carolina. A Competência da Justiça do Trabalho nas Relações de Trabalho Digitais Uberizadas: apontamentos sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 164.554-MG. **Revista LTr. Legislação do Trabalho**, v. 5, p. 588-595, 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; ROCHA, Ana Luísa Gonçalves; PARANHOS, Ana Carolina. O papel do Supremo Tribunal Federal no cumprimento da Agenda 2030 da ONU à luz do objetivo do Trabalho Decente. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 6, 4 jul. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ANAMATRA; NTADT. **Nota Técnica nº 1, de 25.04.2024**, relativa ao convênio NTADT – ANAMATRA. Referência: Análise dos recentes julgados do STF acerca da competência da Justiça do Trabalho no Brasil: período de 01.jul.2023 a 16.fev.2024. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2024/2%C2%BA_Relat%C3%B3rio_NTADT_Anamatra_-_2024.pdf. Acesso em 19.09.2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação n. 198** – Relativa à Relação de Trabalho, 2006. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em 18.09.2024.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Como identificar a *ratio decidendi* e aplicar ou distinguir um precedente. **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 111-154.

RAMOS, André de Carvalho. Controle de convencionalidade: origem, conceito e desdobramentos. **Escola Superior do Ministério Público da União**, 2023. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula5controledconvencionalidadeorigemconceitoed.pdf>. Acesso em 19.09.2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

VAN DER LAAN, Murillo Augusto de Souza. A proposta de diretiva para a União Europeia é a lei de regulamentação do trabalho de plataforma mais completa que a gente tem até o momento. [Entrevista concedida a] Cátia Guimarães. **Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio**, Fiocruz, 27 mai. 2024. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-proposta-de-diretiva-para-a-uniao-europeia-e-a-lei-de-regulamentacao-do>. Acesso em 18.09.2024.

FRAUDE À EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA: A prova da má-fé do terceiro adquirente por meio da inscrição do alienante no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas.

Gustavo Martins Baini¹⁵⁵

155 Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Assessor da Secretaria-Geral da Presidência do TRT4. Professor em cursos de pós-graduação e de extensão em Escolas Judiciais) – e-mail: gustavo.baini@trt4.jus.br

Resumo: O presente estudo volta-se à identificação dos fundamentos legais e jurisprudenciais para caracterizar a fraude à execução e distribuir os *onus probandum* correspondentes, a fim de revelar a possibilidade de utilização do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas como importante ferramenta na tutela jurisdicional efetiva prestada pelos juízes do trabalho.

Palavras-chave: Fraude à execução. Ônus da prova. Publicidade. Boa-fé objetiva. Banco Nacional de Devedores Trabalhista.

Abstract: *The present study aims to identify the legal and jurisprudential grounds for characterizing fraud in execution and allocating the corresponding burdens of proof. It also seeks to highlight the potential use of the National Register of Labor Debtors as an important tool in ensuring the effective judicial protection provided by labor judges.*

Keywords: *Fraud in execution; burden of proof; publicity; objective good faith; National Register of Labor Debtors.*

Introdução

A fraude à execução de crédito trabalhista é um instituto que visa tornar efetiva a jurisdição pleiteada pelo trabalhador.

Não obstante, as posições adotadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, notadamente quanto à necessidade de prova da má-fé do terceiro adquirente e, especialmente, quanto à imputação do ônus dessa prova ao credor exequente, têm tornado esse instituto insuficientemente aparelhado para alcançar seu objetivo.

O presente estudo volta-se à identificação dos fundamentos legais e jurisprudenciais para caracterizar a fraude à execução e distribuir os *onus probandum* correspondentes, a fim de revelar a possibilidade de utilização do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas como importante ferramenta na tutela jurisdicional efetiva prestada pelos juízes do trabalho.

1. Fundamento constitucional da fraude à execução

O Estado de Direito (art. 1º da CRFB) opõe-se ao Estado de Arbítrio. Enquanto neste prevalece a força, naquele prevalecem as leis. Ao estabelecer direitos, as leis definem limites ao arbítrio (e à força). Trata-se, portanto, da garantia da igualdade entre as pessoas (art. 5º, *caput*, CRFB) e

da possibilidade do exercício da liberdade (art. 5º, II, CRFB) dentro dos limites juridicamente estabelecidos.

A execução de um título judicial ou extrajudicial representa a materialização do direito patrimonial reconhecido pelo Estado. Representa, portanto, a manifestação de que o Estado de Direito prevalece e que o Poder Judiciário é capaz de torná-lo real no mundo, garantindo uma tutela adequada e efetiva aos direitos (art. 5º, XXXV, CRFB). Enquanto o fim do processo cognitivo é a fixação da regra jurídica aplicável ao caso concreto, o fim da atividade executiva é a satisfação do vencedor.¹⁵⁶ Assim, a falha na realização de um título executivo representa, em última instância, a incapacidade do Estado-Juiz de assegurar o Direito.

Com efeito, para combater o arbítrio dos homens contra a lei, o Código de Processo Civil prevê, no seu art. 792,¹⁵⁷ a figura da fraude à execução: a alienação ou oneração maliciosa do patrimônio do devedor, frustrando a efetividade de um processo judicial, é ineficaz perante o credor.

2. Fraude à execução e fraude contra credores

Figura distinta da fraude à execução é a fraude contra credores. Embora extrapole o objeto deste estudo, algumas distinções serão úteis para compreender o panorama do conceito aqui estudado.

A fraude contra credores é figura de direito material, representando defeito de negócio jurídico (capítulo IV do Código Civil) capaz de ensejar a invalidade do negócio malicioso (nulidade relativa, isto é, no interesse exclusivo do credor), tudo conforme arts. 158 a 165 do Código Civil.

De outro lado, a fraude à execução é figura de direito *processual*, revestindo-se de *interesse público* na efetividade da tutela judicial e na garantia da autoridade do Poder Judiciário —¹⁵⁸ tanto que representa, também, tipo penal (art. 179 do CP) e ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 77, IV,

156 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 139. Mauro Schiavi deriva desse princípio, da função social do contrato e da função social da propriedade, o princípio da *função social do processo do trabalho*. “Ao contrário do juiz de outras épocas, o juiz da atualidade está comprometido com a efetividade dos atos processuais, bem com a realidade e justiça da decisão. A sociedade não tem tolerado decisões injustas, fora da realidade ou que não tenham resultados práticos.” SCHIAVI, Mauro. *Do direito processual do trabalho*. 19. ed, Salvador: JusPodivm, 2023, p. 143.

157 Além daquela prevista no art. 792 do CPC, o ordenamento contempla outras figuras específicas de fraude à execução (v. g. arts. 856, § 3º, CPC, 828, § 4º, CPC, 4º, § 1º, da Lei n. 8.009/90, art. 37-B da Lei n. 9.514/97 e 185 do CTN), com qualidades próprias. Interessam ao presente estudo as figuras previstas no art. 792, IV, do CPC e no art. 185 do CTN.

§§ 1º a 5º, CPC).¹⁵⁹ Não obstante a possibilidade de, preenchidos requisitos próprios, a alienação fraudulenta ser viciada enquanto negócio jurídico (art. 167, § 1º, I e II, CC), reputando-se anulada a avença (plano de validade), o reconhecimento da fraude à execução limita-se à declaração de ineficácia do negócio (plano da eficácia) perante o credor prejudicado (art. 792, § 1º, CPC).

Portanto, embora o reconhecimento de fraude à execução venha ao encontro dos interesses do exequente, o bem tutelado na hipótese é administração processual da justiça. Ou melhor: a efetividade da tutela judicial dos direitos, dado o caráter substitutivo da atividade estatal na execução¹⁶⁰ – isto é, a substituição da atividade do devedor de cumprir sua obrigação voluntariamente pela do juiz, de impô-la coercitivamente.¹⁶¹

3. Lealdade e boa-fé no processo executivo e na responsabilidade patrimonial

De acordo com o art. 792, IV e § 1º, do CPC, quando o réu aliena ou onera um bem enquanto corre contra si uma ação capaz de reduzi-lo à insolvência, age em fraude à execução, reputando-se ineficaz o ato em relação ao exequente.

Trata-se de verdadeira restrição à propriedade imposta pelo princípio da responsabilidade patrimonial: se o proprietário é réu em ação patrimonial, então todos os seus bens, presentes e futuros, respondem pelo cumprimento de suas obrigações (art. 789 do CPC). Corolário da superação do princípio da responsabilidade *pessoal* – importante marco civilizatório alcançado na história do Direito –, a dívida não ultrapassa os bens do devedor.

Ora, se o devedor não responde pessoalmente por suas dívidas, mas somente patrimonialmente, a ele está aberta a possibilidade de descumprir uma obrigação patrimonial pelo desvio fraudulento do seu próprio patrimônio.

158 MENDONÇA LIMA, Alcides. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense: 1974. pp. 494-495. Para Cândido Dinamarco, a fraude à execução representa “ato de rebeldia à autoridade estatal exercida pelo juiz no processo.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 3. ed. São paulo: Malheiros, 1993, p. 186, apud SCHIAVI, Mauro. Do direito processual do trabalho. 19. ed, Salvador: JusPodivm, 2023, p. 1.311.

159 Em função dessa característica, Manoel Antônio Teixeira Filho chegou a reconhecer a possibilidade de, no processo do trabalho, a fraude a execução ser declarada de ofício pelo juiz. Cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao CPC – sob a perspectiva do processo do trabalho*. 3. Ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 976.

160 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 187.

161 ASSIS, Araken de. Manual da execução. 20. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 139.

De fato, a fraude à execução visa “proteger o credor contra as artimanhas do devedor para não se esquivar de solver a obrigação coativamente”¹⁶²

O princípio da responsabilidade patrimonial pressupõe, portanto, a boa-fé do devedor, o qual deverá manter disponíveis à satisfação da dívida os bens que possuía ao tempo da sua assunção suficientes para seu adimplemento. Mais do que isso, o princípio da responsabilidade patrimonial pressupõe a boa-fé de todos os sujeitos que interagem no mercado de bens jurídicos de caráter patrimonial, pois retirar um bem do patrimônio de outrem – quer se esteja ou não de boa-fé – pode vir a prejudicar o crédito de um terceiro. Ao adquirir-se um bem de valor significativo, impõe-se o cuidado de não esvaziar a satisfatibilidade do crédito de um terceiro. Com efeito, todo negócio jurídico deve ser celebrado com observância da boa-fé (art. 422 do Código Civil).

O instituto da fraude à execução visa impor, de alguma maneira, essa boa-fé. Fá-lo, entretanto, encarando um difícil dilema: punir a má-fé do devedor alienante do bem que deveria ser usado para satisfazer a dívida judicialmente cobrada, ou preservar a boa-fé de um terceiro adquirente que, alheio a essa dívida, tem interesse em tal bem? Ou, colocado de outra maneira, o instituto da fraude à execução impõe ao juiz o dilema de decidir entre dois sujeitos que, potencialmente, têm concomitantes razões: o credor prejudicado e o terceiro adquirente.¹⁶³

A resolução desse dilema passa pela definição do bem jurídico de maior peso: a má-fé do devedor alienante ou a boa-fé do terceiro adquirente.¹⁶⁴ Se a alienação for ineficaz independentemente de o terceiro adquirente ter agido de boa-fé, então o Direito estará impondo com maior rigor boa-fé ao devedor alienante, mas, na exata medida, desprestigiando a do terceiro adquirente. Por outro lado, se a alienação somente for ineficaz quando o terceiro adquirente estiver de má-fé (isto é, quando estiver em conluio com o devedor alienante – o chamado *consilium fraudis*), pois

162 MENDONÇA LIMA, Alcides. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense: 1974, p. 558

163 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Fraude de execução na jurisprudência e no novo Código de Processo Civil: perspectiva sobre o uso de novas tecnologias. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 2 / 2017, pp. 334-358.

164 CLAUS, Ben-Hur Silveira; BEBBER, Júlio César. A aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal no processo do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. Ano VI, n. 8, jan./2017, pp. 68-9.

adquirira um bem que sabia responder pela dívida do alienante, frustrando o credor, então a má-fé do devedor alienante não é suficientemente grave para justificar uma intervenção jurídica na relação.

O equilíbrio a ser buscado é delicado: impor a responsabilidade pela má-fé do devedor alienante ou preservar a confiança e a boa-fé do terceiro adquirente? Proteger o direito do credor ou o do terceiro adquirente? Restringir a circulação dos bens, criando um espectro de desconfiança social, ou restringir a efetividade da execução, estabelecendo-lhe limites em prol da boa-fé de terceiros?¹⁶⁵

A maneira encontrada para equilibrar a balança e equacionar esse conflito, por meio de verdadeira ponderação constitucional entre dois direitos fundamentais em rota de colisão, foi exigir a prova da má-fé do terceiro adquirente. Ou seja, protege-se a boa-fé do terceiro adquirente, tanto quanto o legítimo interesse do credor original. E, logo, a única maneira para tornar ineficaz a alienação feita no curso de processo capaz de levar o devedor à insolvência é comprovando que o terceiro adquirente tinha conhecimento da cobrança da dívida e, ainda assim, assumiu o risco da ineficácia do negócio, isto é, de ficar sem o bem que adquiriu.

Por aí saíram tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Tribunal Superior do Trabalho no caso da dívida não-tributária.

4. Requisitos da fraude à execução de crédito não-tributário (quer comum, quer trabalhista): Súmula 375 do STJ e sua aplicação pelo TST.

Nada obstante o texto do art. 792, IV, do CPC não estabeleça a má-fé do terceiro adquirente como requisito para caracterização da fraude à execução, o Superior Tribunal de Justiça consolidou há muito a sua exigência. Com precedentes que vão desde 1991, a Corte Especial do STJ pacificou a controvérsia em 2009, assentando em sua Súmula n. 375:

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

165 Manoel Antônio Teixeira Filho coloca a controvérsia como um equilíbrio entre o direito de propriedade e o dever de responsabilidade patrimonial (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao CPC – sob a perspectiva do processo do trabalho*. 3. Ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 972)

A primeira hipótese (a de alienação após o registro da penhora) não será objeto de aprofundamento neste estudo, havendo, é certo, alguma controvérsia a respeito da possível atecnia quanto à sua classificação.¹⁶⁶

Quanto à segunda hipótese, compreende-se do texto enunciado que a fraude à execução não prescinde da demonstração de que o terceiro adquirente estava de má-fé – isto é a intenção (dolo) de frustrar o interesse econômico do credor (*consilium fraudis*) ou a indiferença decorrente da falta de cuidados objetivos (culpa) para evitar esse resultado.

A bom rigor, tanto quanto a sua boa-fé, a má-fé do terceiro adquirente deve ser objetiva. Pouco importa, para fins jurídicos, qual é o estado subjetivo interior do terceiro adquirente – se efetivamente tinha, ou não, intenção de prejudicar o credor ou proteger o devedor. O que importa é a exteriorização do seu estado interior: as atitudes que revelam a preocupação em proteger o credor exequente e a lisura do negócio que está prestes a celebrar. Isso significa que a prova a ser produzida não é da intenção do terceiro adquirente, mas de como ele se comportou relativamente ao necessário cuidado com a saúde financeira do alienante para satisfazer suas dívidas. É preciso perquirir, em síntese, se o terceiro adquirente “tomou as cautelas necessárias, obtendo as certidões pertinentes, relativamente ao bem e ao vendedor,”¹⁶⁷ havendo, mesmo, um “dever social (...) de se verificar a situação

166 Há quem sustente que a penhora de um bem faz surgir ao exequente um direito de seqüela sobre esse bem. Desse modo, a sua alienação não faz desaparecer o direito do exequente de satisfazer seu crédito por meio da sua excussão. A diferença entre a alienação de um bem penhorado e a alienação em fraude à execução seria que, no primeiro caso, o estado de insolvência do devedor seria dispensável para persecução do bem penhorado. Cf. ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XII (Artigos 771 ao 796). 2. ed., MARINONI, L. G. (diretor), ARENHART, S., MITIDIERO (coords). São Paulo: RT, 2018, pp. 190-2. No mesmo sentido: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao CPC – sob a perspectiva do processo do trabalho*. 3. Ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 976. E também: BARROS, Luis Carlos. Da natureza jurídica do registro da penhora de bem imóvel, mencionado no art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil, e da desnecessidade do mesmo para a concretização da penhora e tipificação da fraude à execução. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*: São Paulo. São Paulo, v.3, n.2, jul./dez 2002, p. 100. Para Araken de Assis, as hipóteses dos incisos I, II e III do art. 792 do CPC dispensam mesmo a insolvência do devedor alienante, “pois o bem fica vinculado, pelo registro, aos atos de expropriação relativamente ao exequente (...).” E mais adiante, prossegue o processualista gaúcho: “Um dos efeitos da penhora consiste em tornar ineficazes os atos de disposição. (...) [Contudo,] Em nosso sistema jurídico haverá ineficácia relativa, ou seja, fraude contra execução, porque, alienando o bem penhorado, sequestrado ou arrestado, o obrigado reduziu-se à insolvência após a citação [art. 792, IV, CPC], jamais porque o bem é objeto de constrição judicial.” ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 379 e 386-7.

167 ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XII (Artigos 771 ao 796). 2. ed., MARINONI, L. G. (diretor), ARENHART, S., MITIDIERO (coords). São Paulo: RT, 2018, p. 193. Destacou-se do texto principal desta Nota Técnica a continuação da afirmação do saudoso Min. Teori Zavascki, pois destoa da jurisprudência consolidada, valendo apenas o registro da posição do autor:

patrimonial daquele que irá transferir ou gravar um bem, examinando, se for o caso de bem imóvel, o seu histórico cartorário, procedendo, mais ainda, em relação ao atual e anteriores proprietários, a um crivo generalizado junto ao foro cível, por meio da coleta de negativas forenses.”¹⁶⁸

Portanto, havendo registro da penhora, presume-se a má-fé do adquirente. Na sua ausência, é necessário provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência de processo capaz de levar o alienante à insolvência.

É o que se extrai, inclusive, dos precedentes que embasaram a Súmula n. 375 do STJ.¹⁶⁹

O entendimento sumulado foi reafirmado pela Corte Especial do STJ, desta vez com efeitos vinculantes, por meio do Tema Repetitivo n. 243 (REsp 956.943/PR, DJe 01/12/2014), cujas teses jurídicas expandiram as controvérsias pacificadas.¹⁷⁰

Destarte, a fraude à execução de crédito não-tributário depende da prova da má-fé do terceiro adquirente¹⁷¹ – o que, tecnicamente, não equivale

“Incumbe ao terceiro adquirente, portanto, o ônus da prova de que desconhecia a situação patrimonial do vendedor de potencial insolvente”.

168 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude à execução*. p. 8, *apud* ZAVASCKI, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil, v. XII (Artigos 771 ao 796). 2. ed., MARINONI, L. G. (diretor), ARENHART, S., MITIDIERO (coords). São Paulo: RT, 2018, p. 191.

169 Vale lembrar que os enunciados de súmula devem corresponder aos precedentes que lhe deram origem, consoante dispõe o art. 926, § 2º, do CPC, pelo que tais precedentes devem servir como chave de compreensão do sentido da súmula. No caso mais antigo, citado apenas para exemplificar, o saudoso Ministro Athos Gusmão Carneiro afirmou que “comprovadamente o adquirente agiu de boa-fé, adquirindo bem que figurava no registro imobiliário como livre e desimpedido, não podendo imaginar que em outra comarca, em outro Estado, corria ação contra anterior proprietário do bem.” O Relator sublinhou, no caso, que “os embargantes de terceiro são adquirentes em ‘segunda mão’, pois o apartamento foi inicialmente vendido pelos diretores da ETESAa Walter Mendes de Lacerda, em 8.7.1983, com registro em 18.8.1983, e este o revendeu aos ora agravados. Consoante a Lei n. 6.015, de 31.12.1973, em vigor a partir de 1º.1.1976, é o registro da penhora que “faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior” (art. 240). No caso, a penhora foi efetuada após a venda do imóvel.” (AgRg no Ag 4.602-PR, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, 4º T, 04.03.1991 – DJ 1º.04.1991).

170 “1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC. 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ). 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de torna-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC. 1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após averbação referida no dispositivo.”

171 As duas Turmas de Direito Privado do STJ aplicam firmemente esse entendimento. Por amostragem: AgInt no AREsp n. 991.652/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 2/8/2024. AgInt no AREsp n. 2.323.288/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024.

à prova do *consilium fraudis* entre este e o devedor alienante, bastando que o exequente comprove a ciência do terceiro adquirente de que o alienante era réu em uma ação que poderia levá-lo à insolvência.¹⁷² No caso de haver registro da penhora sobre o bem alienado, a má-fé se presume (conforme a primeira parte da Súmula n. 375 do STJ).

Esse entendimento há muito também vem sendo amplamente sustentado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. Contrariando entendimento doutrinário,¹⁷³ a sua atual, iterativa e notória jurisprudência tem considerado aplicável ao processo do trabalho o disposto na Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se integralmente com aquele Tribunal Superior e exigindo-se a prova da má-fé do terceiro adquirente para caracterização da fraude à execução.¹⁷⁴

Esse posicionamento jurisprudencial é severamente criticado pela doutrina trabalhista. Por privilegiar o interesse do terceiro adquirente, acaba

172 CLAUS, Ben-Hur Silveira; BEBBER, Júlio César. A aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal no processo do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. Ano VI, n. 8, jan./2017, p. 68.

173 Sobre todos, TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao CPC* – sob a perspectiva do processo do trabalho. 3. Ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 973, para quem a Súmula n. 375 do STJ seria inaplicável ao processo do trabalho. Segundo seu entendimento, a lei teria optado por onerar o terceiro adquirente de boa-fé em detrimento do credor (ainda que este também esteja de boa-fé). Segundo o autor, a solução para o terceiro adquirente seria, ele próprio, assumir o papel outrora ocupado pelo credor originário, ficando ele, adquirente do bem alienado em fraude à execução, com um crédito regressivo perante o devedor-alienante (*Ob. cit.*, p. 974).

174 Nesse sentido, decisões de todas as Turmas e das duas Subseções Especializadas em Dissídios Individuais do TST: E-ED-RR-154900-19.2004.5.15.0046, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 26.05.2017; RO-5045-86.2012.5.02.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 05/06/2020; RR-169100-57.1998.5.02.0481, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 28/06/2024; RR-1342-58.2015.5.02.0028, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 19/06/2020; RR-184-97.2018.5.09.0567, 2ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 12/08/2022; AIRR-78400-91.2001.5.02.0202, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 02/07/2024; RR-71-34.2016.5.02.0010, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 08/05/2020; Ag-AIRR-1235-64.2018.5.06.0006, 3ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 06/06/2024; RR-12786-58.2016.5.03.0050, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 08/11/2019; AIRR-0011342-95.2022.5.15.0130, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 21/06/2024; RR-130900-35.1997.5.02.0442, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 21/09/2018; RRAg-1444-79.2011.5.02.0009, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 28/06/2024; RR-11676-72.2017.5.03.0055, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 09/08/2019; RR-100128-57.2018.5.01.0062, 6ª Turma, Relator Desembargador Convocado Jose Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, DEJT 10/03/2023; RR-1001344-40.2019.5.02.0070, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 29/04/2022; RR-100250-40.2021.5.01.0038, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 26/04/2024; AIRR-11944-53.2017.5.15.0133, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 02/07/2021; Ag-AIRR-288700-10.1999.5.02.0070, 8ª Turma, Relator Desembargador Convocado Carlos Eduardo Gomes Pugliesi, DEJT 05/06/2024.

por desprestigiar o credor trabalhista – via de regra, o trabalhador, geralmente hipossuficiente do ponto de vista econômico e cujo crédito é alimentar. Ao fazê-lo, com frequência suscita o desfazimento ardiloso de patrimônio pelo devedor, o qual acaba acobertado pelo sistema rígido adotado pela jurisprudência por causa do pesadíssimo ônus que imputa ao credor trabalhista, a saber, a prova da má-fé do terceiro adquirente.

Aqui vale uma observação que parece tem sido ignorada pela jurisprudência para definir a distribuição desse ônus de provar. Se o que interessa ao Direito não é o estado subjetivo de boa-fé do terceiro adquirente, mas a sua manifestação externa, seu comportamento, então essa boa-fé se demonstra por meio de atitudes adotadas pelo sujeito para evitar o prejuízo ao credor trabalhista. A demonstração da boa-fé do terceiro adquirente, portanto, equivale à demonstração das atitudes que revelam essa preocupação.

Segundo o art. 792, IV, ora estudado, a fraude à execução se caracteriza pela alienação ou oneração de um bem enquanto corre contra o alienante um processo judicial capaz de levá-lo à insolvência. Neste caso, então, o cuidado que o terceiro adquirente deve ter é buscar saber se o alienante responde a algum processo judicial capaz de levá-lo à insolvência. Esse cuidado se materializa pela obtenção de certidões negativas da distribuição do foro do local de domicílio do alienante e do local do bem.

Cuidados extras podem, ainda, ser adotados: a obtenção de certidões negativas do vendedor junto a cartórios de protestos de títulos, certidões negativas de tributos federais, estaduais e municipais em nome do alienante, cadastros de inadimplentes, serviços de proteção ao crédito, inexistência de gravames na matrícula do bem a ser alienado, caso se trate de um bem sujeito a registro (como automóveis, imóveis, embarcações, aeronaves...).

A boa-fé do terceiro adquirente, portanto, prova-se, basicamente, pela demonstração da obtenção de certidões que registram a idoneidade econômico-financeira do alienante. Ora, se o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente incumbir ao credor exequente, como preconiza a jurisprudência, então imputa-se a ele o ônus de provar fatos negativos. Isto é, o credor exequente teria que provar que o terceiro adquirente não obteve tais certidões. Essa prova é materialmente impossível. Não obstante, a jurisprudência é firme no sentido de que o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente é do credor exequente,

ensejando, pois, uma enorme quantidade de casos em que as fraudes se perpetuam, dando ocasião à justificada revolta doutrinária.

Uma das alternativas propostas pela doutrina trabalhista, a fim de aliviar esse ônus excessivo, é a aplicação do regime fiscal de fraude à execução, previsto no art. 185 do CTN.

5. Doutrina e jurisprudência na aplicação do regime especial de fraude à execução de crédito tributário ao regime trabalhista.

Diante da diferença legal em relação à figura da fraude à execução prevista no diploma processual civil geral, o Superior Tribunal de Justiça há muito distinguiu a hipótese prevista na sua Súmula n. 375 e no seu Tema Repetitivo n. 243 e consolidou-se no sentido de que, no caso do crédito tributário, não é necessária a demonstração da má-fé do terceiro adquirente, ainda que haja transferências sucessivas do bem, presumindo-se absolutamente a fraude (isto é, sem possibilidade de o terceiro demonstrar sua boa-fé) quando a alienação que levou o devedor à insolvência ocorrer após a inscrição do crédito em dívida ativa.¹⁷⁵

O entendimento acabou cristalizado em precedente qualificado do STJ.¹⁷⁶

175 Esse já era, de há muito, o entendimento doutrinário mais autorizado. Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 970; MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed., v. III, São Paulo: Atlas, 2009, p. 649; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 496, *apud* CLAUS, Ben-Hur Silveira; BEBBER, Júlio César. A aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal no processo do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. Ano VI, n. 8, jan./2017, p. 69-70.

176 Vale ressaltar que a redação atual do art. 185 do CTN foi dada pela Lei Complementar n. 118/2005. Anteriormente, a presunção de fraude à execução fiscal se dava quando a alienação ou oneração ocorria após o ajuizamento do executivo fiscal. Isso ocasionou algumas discussões relativas a questões de direito intertemporal, as quais acabaram resolvidas pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp n. 1.141.990/PR (publicado em 19/11/2010, trânsito em julgado em 28/02/2019), Tema Repetitivo n. 290: “Se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude.” As anotações NUGEPNAC do STJ, indicadas no portal de precedentes qualificados daquele Tribunal, são sobremodo elucidativas: “1. A simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo por quantia inscrita em dívida ativa pelo sujeito passivo, sem reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo diante da boa-fé do terceiro adquirente e ainda que não haja registro de penhora do bem alienado. 2. A alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução.” Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=290&cod_tema_final=290, acesso em 06/08/2024. Da ementa do julgado se lê que a justificativa para a diferença no tratamento seria o princípio da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*) e a supremacia do interesse público, do qual se reveste o crédito fiscal. A propósito, vale transcrever esclarecedor trecho da ementa desse julgado, o qual aprofunda e amplia a resolução das controvérsias sobre o tema, e bem recolhe o entendimento consagrado

A jurisprudência do STF e do STJ, nesse ponto, alinham-se.¹⁷⁷

A doutrina trabalhista, de um modo geral, sustenta a aplicabilidade do regime especial de fraude à execução de crédito tributário ao crédito trabalhista.¹⁷⁸ O argumento fundamental é a opção histórica do sistema jurídico brasileiro de conferir privilégio ao crédito trabalhista em relação ao tributário e a necessidade de compatibilizar os arts. 29 da Lei n. 6.830/80 e 186 do CTN com o regime da fraude à execução de crédito trabalhista.

entre as Turmas do STJ: “(...) 9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.” (REsp n. 1.141.990/PR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe de 19/11/2010.)

177 ADI 5886, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 30-03-2021 PUBLIC 05-04-2021. As Turmas com competência para Direito Público do STJ têm sido implacáveis na aplicação desse entendimento: AgInt no REsp n. 1.977.697/SP, relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024; AgInt nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.740.250/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 13/6/2024; AgInt no REsp 2.075.094/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023; AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.716.895/PR, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 18/12/2023; AgInt no REsp n. 1.725.242/RS, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023; AgInt no REsp n. 1.945.777/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 15/3/2022.

178 CLAUS, Ben-Hur Silveira; BEBBER, Júlio César. A aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal no processo do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. Ano VI, n. 8, jan./2017, p. 70-3. Também, dos mesmos autores: CLAUS, Ben-Hur Silveira; BEBBER, Júlio César. Execução efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal – a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN. In: ALVARENGA, Rúbica Zanotelli de (org.). *Direitos humanos dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2016. Para Manoel Antônio Teixeira Filho, a Súmula 375 do STJ não serve ao processo do trabalho; é “roupa feita para outro corpo”. CLAUS, Ben-Hur Silveira. A fraude à execução no processo civil. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 40, n. 474, jun./2023, pp. 38-50. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Comentários ao CPC – sob a perspectiva do processo do trabalho. 3. Ed., São Paulo: LTr, 2019, p. 974. Também em TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A súmula n. 375 do STJ e a fraude à execução – a visão crítica do processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coordenador). *Execução trabalhista: uma homenagem ao professor Wagner Giglio*. São Paulo: LTr, 2015. p. 263-272. Reconhecendo o contrário a prevalência, no TST, do entendimento consagrado na Súmula n. 375 do STJ, ainda que com críticas, cf. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Fraude de execução no Código de Processo Civil - CPC de 2015: reflexos no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 62, n. 94, jul./dez. 2016, pp. 210-1. Mauro Schiavi fá-lo indiretamente, ao sustentar que a boa-fé do terceiro adquirente é irrelevante para

Ora, se o crédito trabalhista prefere ao tributário, e se tal crédito é alimentar, então com mais razão do que a execução fiscal, a execução trabalhista deveria permitir o reconhecimento da fraude à execução de bens alienados a partir do ajuizamento da reclamatória. Se o crédito tributário é protegido contra fraudes com presunção da má-fé do terceiro adquirente, e o se o crédito trabalhista prefere ao tributário, então o crédito trabalhista também deveria ser protegido contra fraudes a com a mesma presunção que permeia o regime de fraude à execução previsto no art. 185 do CTN.

Entretanto, como visto, segundo a Alta Corte Trabalhista, o regime de fraude à execução de crédito tributário não se aplica ao crédito trabalhista, sendo imprescindível a prova da má-fé do terceiro adquirente, nos termos da Súmula n. 375 do STJ.¹⁷⁹

Nesse sentido, exemplificativamente, decisão da SbDII do TST, competente para uniformizar as divergências jurisprudenciais internas no âmbito daquele Tribunal:

EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO DECLARADA. EXECUÇÃO FISCAL DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 185 DO CTN. NECESSIDADE DA PROVA DA MÁ-FÉ. 1 - Ao tempo da prolação da sentença rescindenda já era pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o art.185 do CTN, que presume a ocorrência de fraude aliada a crédito tributário inscrito

caracterização da fraude à execução no processo do trabalho. Cf. SCHIAVI, Mauro. *Do direito processual do trabalho*. 19. ed, Salvador: JusPodivm, 2023, p. 1.315.

179 De acordo com a jurisprudência consolidada no TST, o regime de fraude à execução previsto no art. 185 do CTN somente é aplicável no processo do trabalho quando se tratar de execução fiscal de contribuições previdenciárias e fiscais, os quais ostentam natureza tributária. A execução de multas administrativas, aplicadas pela autoridade fiscal trabalhista, não detém essa prerrogativa, devido à natureza não-tributária do crédito. Nesse sentido: AIRR-10449-35.2018.5.03.0080, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 14/02/2020; AIRR-12218-29.2017.5.03.0043, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 14/06/2019; RR-10255-52.2017.5.15.0010, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 10/03/2023; AIRR - 1990-06.2011.5.03.0075 decisão monocrática do Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior (integrante da 1ª Turma), publicação: 22/05/2023; AIRR-10449-35.2018.5.03.0080, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 14/02/2020; AIRR-108900-22.2007.5.03.0035, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 18/10/2019; AIRR-1981-73.2012.5.19.0007, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 05/08/2016; AIRR-13700-69.2006.5.15.0073, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 04/12/2015; AIRR-168300-83.2009.5.03.0103, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 14/08/2015; AIRR-12218-29.2017.5.03.0043, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 14/06/2019; RR - 10509-54.2019.5.03.0021, decisão monocrática do Min. Sergio Pinto Martins (integrante da 8ª Turma), publicação em 25/09/2023.

*em dívida ativa, é inaplicável a hipótese como a execução fiscal em que proferida a sentença rescindenda, em que se busca o pagamento de dívidas de natureza não tributária, provenientes da cominação de multas por infração a normas trabalhistas. 2 - Esta Corte adotou, ainda, o entendimento da Súmula 375 do STJ, no sentido de que somente se reconhece a fraude à execução quando existe registro da penhora, na oportunidade da alienação do bem, ou quando comprovada a má-fé do terceiro adquirente. Contudo, conforme quadro fático delineado nos autos, a sentença rescindenda entendeu que estava caracterizada a fraude à execução porque, ao tempo da compra do imóvel pelos embargantes de terceiro, já tramitava execução fiscal contra o alienante, sendo mantida a constrição do imóvel independentemente de existir registro de penhora do mencionado bem ou da comprovação de má-fé dos terceiros adquirentes, o que acarreta violação manifesta do artigo 185 do CTN e 422 do Código Civil. Recurso ordinário conhecido e não provido" (RO-75-18.2017.5.11.0000, **Subseção II Especializada em Dissídios Individuais**, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 19/05/2023).*

Portanto, a despeito das fundadas críticas doutrinárias, a jurisprudência bastante firme do TST considera inaplicável ao crédito trabalhista o regime especial de fraude à execução de crédito tributário.

Há, no entanto, um entendimento jurisprudencial que começa a despontar no âmbito do TST que pode representar uma alternativa ao ônus probatório “diabólico” imposto ao credor trabalhista, a fim de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente.

6. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Efeitos do registro público sobre a publicidade da dívida e a presunção de má-fé. Averbação premonitória, protesto do título e inscrição no cadastro de inadimplentes. Boa-fé objetiva e dever pré-contratual de proteção da comunidade jurídica e do ambiente de negócios.

Como visto, tanto a doutrina como a jurisprudência dos Tribunais Superiores consideram que a boa-fé do terceiro adquirente é caracterizada pela adoção das medidas de diligência mínimas e necessárias para aferir a adimplência do alienante e demonstrar seu zelo para com o sistema de responsabilidade patrimonial e a lisura do negócio que pretende entabular, tais como a verificação, nos registros públicos, sobre a existência de dívidas e cobranças que possam levar o vendedor do bem à insolência.

Viu-se, também – neste ponto com compreensível divergência doutrinária – que STJ e TST atribuem ao credor-exequente o ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente, para fins de caracterização da fraude à execução, a despeito da dificuldade em produzir-se tal prova.

Entretanto, o § 2º do art. 792 do CPC assenta uma hipótese específica em que o ônus da prova não é do credor-exequente, mas do terceiro adquirente. Segundo o dispositivo legal, se o bem alienado em suposta fraude à execução *não for sujeito a registro*,¹⁸⁰ é do terceiro adquirente o ônus de provar a sua boa-fé, demonstrando, segundo a dicção legal, que “adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição de certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”.

Ora, então, se o bem é sujeito a registro, o ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente é do credor exequente. E o meio pelo qual se desincumbe desse ônus é averbar a existência da dívida no registro do bem. Vale dizer, a inscrição da dívida no registro do bem faz presumir que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência do processo capaz de levar o alienante à insolvência, o que termina por afastar a boa-fé na sua aquisição.

180 Araken de Assis, neste ponto, observa o óbvio, que o § 2º do art. 792 do CPC não se restringe à negociação de bens insuscetíveis de registro, pois se a aquisição de bem não sujeita a registro exige a cautela e a boa-fé objetiva do adquirente, quanto mais os bens registráveis, de valor econômico notavelmente mais significativo – tanto que sujeito a registro. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 392.

Essa premissa está no próprio fundamento da Súmula n. 375 do STJ, segundo a qual o registro da penhora faz presumir a má-fé do terceiro adquirente.¹⁸¹ Trata-se de consequência da publicidade do ato, como há muito tem sido sustentado.¹⁸²

Como se vê, o que faz presumir a má-fé do terceiro adquirente de bem sujeito a registro é a inscrição/averbação da existência da dívida na matrícula do bem. Esse registro torna pública a existência da dívida, daí decorrente a presunção de conhecimento da sua existência por parte do terceiro adquirente.

181 O desembargador do TJ/SP Luis Carlos Barros já assinalava, antes mesmo da Súmula n. 375 do STJ ser editada, que “a eficácia da penhora em relação a terceiros depende do seu registro”, a denotar o caráter publicizante do registro da penhora. Cf. BARROS, Luis Carlos. Da natureza jurídica do registro da penhora de bem imóvel, mencionado no art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil, e da desnecessidade do mesmo para a concretização da penhora e tipificação da fraude à execução. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*: São Paulo. São Paulo, v.3, n.2, jul./dez 2002, p. 99.

182 Também no STJ. Por exemplo: “(...) 6. O registro da penhora, não obstante ser do conhecimento da embargante, conforme afirmou nos autos, faz publicidade *erga omnes* da constrição, de modo que, a partir dele, são ineficazes, perante a execução, todas as posteriores alienações do imóvel, inclusive as sucessivas. Precedentes. (...)”. REsp n. 312.661/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe de 26/10/2011. Em outro julgado extremamente didático: “(...) 5. Esta Corte tem entendimento sedimentado no sentido de que a inscrição da penhora no registro do bem não constitui elemento integrativo do ato, mas sim requisito de eficácia perante terceiros. Precedentes. Por essa razão, o prévio registro da penhora do bem constrito gera presunção absoluta (juris et de jure) de conhecimento para terceiros e, portanto, de fraude à execução caso o bem seja alienado ou onerado após a averbação (art. 659, § 4º, do CPC/73; art. 844 do CPC/2015). Presunção essa que também é aplicável à hipótese na qual o credor providenciou a averbação, à margem do registro, da pendência de ação de execução (art. 615-A, § 3º, do CPC/73; art. 828, § 4º, do CPC/2015). 6. Por outro lado, se o bem se sujeitar a registro e a penhora ou a ação de execução não tiver sido averbada no respectivo registro, tal circunstância não obsta, prima facie, o reconhecimento da fraude à execução. Nesse caso, entretanto, caberá ao credor comprovar a má-fé do terceiro; vale dizer, de que o adquirente tinha conhecimento acerca da pendência do processo. Essa orientação é consolidada na jurisprudência deste Tribunal Superior e está cristalizada na Súmula 375 do STJ e no julgamento do Tema 243. 7. Desse modo, são pressupostos genéricos da fraude à execução: (i) processo judicial em curso em face do devedor/executado; (ii) registro, na matrícula do bem, da penhora ou outro ato de constrição judicial ou averbação premonitória ou, então, prova da má-fé do terceiro adquirente. 8. Em caso de alienações sucessivas, inicialmente, é notório que não se exige a pendência de processo em face do alienante do qual o atual proprietário adquiriu o imóvel. Tal exigência, em atenção aos ditames legais (art. 593 do CPC/73 e art. 792 do CPC/2015), deve ser observada exclusivamente em relação ao devedor que figura no polo passivo da ação de conhecimento ou de execução. É dizer, a litispendência é pressuposto a ser analisado exclusivamente com relação àquele que tem relação jurídica com o credor. 9. No que concerne ao requisito do registro da penhora ou da pendência de ação ou, então, da má-fé do adquirente, o reconhecimento da ineficácia da alienação originária, porque realizada em fraude à execução, não contamina, automaticamente, as alienações posteriores. Nessas situações, existindo registro da ação ou da penhora à margem da matrícula do bem imóvel alienado a terceiro, haverá presunção absoluta do conhecimento do adquirente sucessivo e, portanto, da ocorrência de fraude. Diversamente, se inexistente o registro do ato constitutivo ou da ação, incumbe ao exequente/embargado a prova da má-fé do adquirente sucessivo. 10. No particular, o imóvel não foi adquirido pelos recorridos (embargantes) diretamente dos executados, mas sim de terceiro que o comprou destes. Embora tenha sido reconhecida a fraude na primeira alienação, isto é, dos executados ao adquirente primitivo, o quadro fático delineado na origem revela que a credora não havia procedido à averbação, na matrícula do imóvel, da pendência de execução, tampouco se desincumbiu de comprovar a má-fé dos adquirentes posteriores; isto é, de que eles tinham conhecimento da existência de ação capaz de

O bem sujeito a registro público gravado com a existência da dívida jamais pode ser adquirido “de boa-fé” por um terceiro, ou mesmo um quarto ou um quinto adquirente sucessivo, pois “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior” (redação literal do art. 240 da Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.216/75 e Lei n. 6.015/73).¹⁸³

Isso é o que ocorre, também, na hipótese do art. 828 CPC – a chamada “averbação premonitória”.

Ainda no regime processual anterior, incluído o art. 615-A por meio da Lei n. 11.382/2006, foi prevista a possibilidade de o exequente “*obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.*”

Já naquela época a doutrina reconhecia que o efeito dessa averbação era tornar pública a dívida executada, gravando, desde logo, o bem, e antecipando o efeito da sua penhora, para fins de caracterização da fraude à execução.¹⁸⁴ O CPC de 2015 veio expressamente consagrar essa caracterização no § 4º do seu art. 828.¹⁸⁵

Portanto, averbada na matrícula do bem a existência do processo executivo em trâmite em face do seu proprietário, toda e qualquer alienação desse bem é feita com conhecimento do adquirente acerca da existência da dívida, tornando absoluta a presunção da sua “má-fé”.

Ora, o já mencionado regime de fraude à execução de crédito tributário também gera presunção absoluta de má-fé do terceiro adquirente.

reduzir o devedor à insolvência. Não há que se falar, assim, em ineficácia da alienação subsequente. 11. Recurso especial conhecido e desprovido.” REsp n. 1.863.999/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 9/8/2021.

183 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 390.

184 DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. vol. 5. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 323. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado* – artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 642. FIOREZE, Ricardo; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução efetiva: a aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. *Revista Eletrônica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, ano X, n. 171, ago./2014, p. 88.

185 “...não se pode negar a eficácia *erga omnes* da averbação. O adquirente não pode alegar ignorância posteriormente. (...) o art. 828, § 4º, presume a fraude dos negócios jurídicos dispositivos do executado após a averbação. O ato registral surte efeitos *erga omnes*, mas só o titular da averbação pode invocar a ineficácia do negócio. (...) O art. 828, § 4º, institui presunção absoluta (*jure et de jure*). Não admite prova em contrário do adquirente.” ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 378 e 385. Também no STJ: AgInt no AREsp n. 2.365.743/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.

Porém, sem a necessidade de inscrição da existência de processo em bem registrado em nome do devedor alienante. Na execução fiscal, a publicidade que gera a presunção de que o terceiro adquirente conhece a situação financeira do alienante não decorre da inscrição da dívida no registro do bem alienado, mas em outro registro público, a saber, o registro do crédito tributário na dívida ativa (art. 185 do CTN). A razão coerente com o sistema processual para tanto é a publicidade desse registro: o crédito tributário registrado na dívida ativa é amplamente público, pois dele se tem conhecimento por simples acesso ao banco de dados do Fisco disponível na *internet*.

Ora, isso significa que, a rigor, é a publicidade da dívida cobrada em juízo que gera a presunção da má-fé do terceiro adquirente.¹⁸⁶ Se o registro fosse restrito, não seria a partir dele, seguramente, que se presumiria a má-fé do terceiro adquirente. Portanto, a publicidade, e não o efeito do registro, gera a presunção de conhecimento.

Isso pode ser constatado em pelo menos duas outras hipóteses em que o registro público da dívida judicializada faz presumir o seu conhecimento *erga omnes*.¹⁸⁷

O art. 782, §§ 3º a 5º, do CPC, permite que o juiz, a pedido do exequente, promova a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tanto em dívidas decorrentes de títulos judiciais como extrajudiciais.

Por outro lado, o 517 do CPC autoriza o credor de um título executivo judicial definitivo a levar a protesto a decisão judicial transitada em julgado. Ora, de acordo com o art. 31 da Lei n. 9.492/97, uma dívida protestada pode ser acessada por qualquer interessado que requeira uma certidão, valendo lembrar que, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.935/94, o tabelião de protestos tem fé-pública.

186 Sobre o assunto vale a pena conferir as lições de PIMENTA, Murilo Hákime; CAVALCANTI, Daniele de Melo. Fraude à execução e sua publicidade perante o registro de imóveis. *Revista Pensamento Jurídico* – São Paulo – Vol. 14, Nº 1, jan./jul. 2020, pp. 7-9

187 Vale ressaltar que as hipóteses de registros públicos a seguir podem fazer presumir o conhecimento do terceiro adquirente acerca da existência da dívida capaz de levar o alienante à insolvência. Consente-se, contudo, que tal presunção, nestes casos, admite prova em contrário por parte do terceiro adquirente. Trata-se, pois, de presunção *relativa*. Nesse sentido: “Então, relativamente aos bens imóveis, há que existir a averbação e, uma vez feita, haverá presunção, *juris et de jure*, de fraude; do contrário, a presunção é relativa, cabendo ao exequente provar o conhecimento da litispendência pelo terceiro. Essa parece a interpretação mais consentânea com o instituto da fraude contra execução.” ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 384.

Embora essas hipóteses representem aquilo que a doutrina costuma denominar de *medidas executivas típicas de natureza coercitiva*, porque expressamente previstas em lei e prestam-se ao constrangimento do devedor ao pagamento da dívida, é certo que a finalidade dos bancos de dados referidos na lei processual não é essa,¹⁸⁸ mas tornar pública a existência da dívida, revelando a situação financeira (possivelmente inidônea) daquele que tenha seu “nome sujo”. A restrição ao crédito bancário, financeiro e a outros acessos, como a contratação com ente público (art. 69, § 3º, da Lei n. 14.133/2021), não é *ope legis*, mas mercadológica. Decorre da desconfiança do mercado, do Estado e da sociedade quanto à capacidade do devedor de honrar seus compromissos e de responder patrimonialmente por suas dívidas.

Portanto, o registro da existência de uma sentença judicial condenatória transitada em julgado e impaga pelo devedor no prazo legal, torna pública a dívida.

Ora, se cabe ao terceiro adquirente provar a sua boa-fé, “mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem” (art. 792, § 2º, do CPC),¹⁸⁹ então a inscrição da judicialização da dívida nos registros públicos acessíveis por meio de certidões, como no caso do protesto do título e do cadastro de inadimplentes (o chamado *serviço de proteção ao crédito* – SPC), há de fazer presumir a má-fé do adquirente.¹⁹⁰

Essas inovações do CPC de 2015 e o amplo acesso à informação que os bancos públicos de dados proporcionam revelam uma tendência legal de impor novos deveres decorrentes da boa-fé objetiva no campo do direito obrigacional,¹⁹¹ a partir da qual as relações obrigacionais deixam de ser vistas como mera manifestação da autonomia da vontade humana,

188 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 249.

189 Mauro Schiavi sustenta que as diligências do § 2º do art. 792 do CPC demonstram a boa-fé do terceiro adquirente e, portanto, podem afastar a fraude à execução. SCHIAVI, Mauro. Do direito processual do trabalho. 19. ed, Salvador: JusPodivm, 2023, pp. 1.318-20. Araken de Assis observa o óbvio, que o § 2º do art. 792 do CPC não se restringe à negociação de bens insuscetíveis de registro, pois se a aquisição de bem não sujeita a registro exige a cautela e a boa-fé objetiva do adquirente, quanto mais os bens registráveis, de valor econômico notavelmente mais significativo – tanto que sujeito a registro. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 392.

190 SOUZA, Marcelo Papaléo de. A execução trabalhista e o reconhecimento da fraude à execução. No prelo.

191 No campo do direito processual, especialmente na execução, o dever de lealdade do executado, estampado nos arts. 5º, 77 e 774 do CPC de 2015, já caracterizava desde antes a boa-fé objetiva. Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, pp. 496 e ss.

passando a qualificar-se como uma relação de cooperação.¹⁹² Deveres de proteção, cujo escopo é “a proteção contra danos causados em razão da relação obrigacional (...) [os quais podem] surgir também para pessoas que não são partes (ou ainda não são partes) num contrato.”¹⁹³

A informação disponível nos bancos que agrupam dados de devedores inadimplentes é marcada pelo interesse público, pois a lealdade das relações obrigacionais produz estabilidade dos negócios realizados, aumentando a confiança interpessoal e promovendo o bem-estar econômico e social.¹⁹⁴

Com efeito, dentre os desenvolvimentos da boa-fé objetiva detecta-se esse dever de proteção pré-contratual, não para com o outro contratante, mas para com toda a comunidade jurídica,¹⁹⁵ ¹⁹⁶ interessada que está na circulação dos bens jurídicos como um mecanismo de liberdade e de igualdade.¹⁹⁷

Segundo essa tendência, a inscrição da dívida judicializada em cadastros públicos gera um grau de acesso que impõe ao terceiro

192 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 150 e ss.

193 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 156.

194 Não é por outro motivo que o livre-docente pela USP, Augusto Tavares Rosa Marcacini, aproveitando o salto tecnológico da 4ª Revolução Industrial e o vastíssimo espectro de utilização dos inovadores mecanismos de computação de dados e informações, defende a criação de um “um cadastro nacional de processos pendentes como forma de diminuir as ocorrências de fraude de execução, ou de tornar mais claras, objetivas e uniformes as decisões sobre esses tipos de conflito.” MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Fraude de execução na jurisprudência no novo Código de Processo Civil: perspectivas sobre o uso de novas tecnologias. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 2 / 2017, pp. 334-358.

195 “Do terceiro de boa-fé espera-se que tome as providências usuais das pessoas honestas e cautelosas, ou seja, providencie a certidão do registro da distribuição no lugar da situação do imóvel.” ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed, São Paulo: RT, 2018, p. 392.

196 Ainda que tratando especificamente sobre o registro de imóveis, Lincoln Antonio Andrade de Moura afirma haver um dever imposto a todos os interessados na realização do negócio jurídico imobiliário de envolver-se nas atividades registrais. Cf. MOURA, Lincoln Antonio Andrade de. A busca pela segurança nas relações jurídicas imobiliárias e a fraude à execução – importância da publicidade conferida pelo registro de imóveis. *Revista de Processo*. v. 307, set./2020, pp. 128-9.

197 Muito oportuna é a exposição de motivos da Medida Provisória n. 656/2014, posteriormente convertida na Lei n. 13.097/2015, a qual modernizando o sistema de registros públicos, estabeleceu o princípio da concentração de dados nas matrículas dos imóveis. Ao justificar a urgência da MP, o Poder Executivo destacou a necessidade de aumentar a publicidade de informações para proporcionar maior segurança nas relações econômicas. Dez anos depois, a mensagem ainda é atual: “68. A urgência se extrai, em síntese, do disposto no parágrafo anterior, qual seja, a necessidade da adoção de uma alteração estrutural na metodologia de análise de crédito que em muito pode contribuir para mitigar a insegurança informacional hoje existente e que precisa ser tomada o quanto antes, de forma que se dissemine entre os agentes e que estes promovam os ajustes necessários a sua plena adoção. A urgência também se justifica pelo atual momento por que passa a economia brasileira, de menor entusiasmo quanto ao futuro e com carência na visualização de medidas estruturantes, que lhes antevejam melhorias que possam auxiliar na retomada do crescimento a taxas mais robustas.”

adquirente o ônus de consultar tal cadastro antes de adquirir um bem de monta, gerando presunção de que a concretização do negócio após tal inscrição publicizante gera presunção de má-fé.¹⁹⁸

Assim, aquele que pretende adquirir um bem deve ser diligente na verificação da situação obrigacional do alienante, perquirindo, dentre os bancos de dados públicos, sobre a existência de dívidas capazes de levá-lo à insolvência, pois “o terceiro que não contraiu débito mas adquiriu bens do devedor em fraude à execução tem responsabilidade patrimonial secundária.”¹⁹⁹

Afora os dispositivos já mencionados, o CPC evidencia essa tendência também nas hipóteses de fraude à execução previstas nos incisos I, II e III do seu art. 792, c/c art. 167, I, n. 21, da Lei n. 6.015/73. Tais hipóteses não estavam previstas dentre aquelas arroladas na legislação anterior. O instituto da fraude à execução prevista no antigo art. 593 do revogado CPC de 1973 não continha hipótese de presunção de má-fé em função de publicidade registral da dívida.

Essa tendência de considerar o amplo acesso aos dados públicos como um fator de geração de um dever anexo à obrigação, decorrente de um desdobramento moderno da boa-fé objetiva, manifestou-se, também, no caso da fraude à execução de crédito tributário. Antes da Lei Complementar n. 118/2005 (mesma época em que a minirreforma do CPC de 1973 incluiu a anotação premonitória, visando aumentar a efetividade do processo de execução), o art. 185 do CTN estabelecia o ajuizamento da execução fiscal como marco temporal a partir do qual a oneração ou alienação de bem poderia caracterizar fraude à execução do crédito tributário. A partir de 2005, confirmando a tendência apontada, a lei passou a considerar a inscrição do crédito na dívida ativa como marco a partir do qual a alienação do bem do devedor configuraria fraude à execução.

Passa-se, agora, a demonstrar uma aplicação dessa lógica na fraude à execução do crédito trabalhista que já vem sendo amplamente reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

198 Em sentido contrário, defendendo que, no caso de negócio envolvendo bem imóvel, o único dever do adquirente é certificar-se da inexistência de gravame averbado na matrícula do bem, cf. PIMENTA, Murilo Hákime; CAVALCANTI, Daniele de Melo. Fraude à execução e sua publicidade perante o registro de imóveis. *Revista Pensamento Jurídico* – São Paulo – Vol. 14, Nº 1, jan./jul. 2020 pp. 15-6.

199 FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1294.

7. Inscrição no BNDT como publicidade suficiente para presunção (relativa) da má-fé do terceiro adquirente na execução trabalhista

Conforme demonstrou-se acima, a despeito das fundadas críticas doutrinárias, o Tribunal Superior do Trabalho considera inaplicável ao crédito trabalhista o regime de fraude à execução de crédito tributário, seguindo o entendimento do STJ quanto à necessidade de prova da má-fé do terceiro adquirente.

A questão que aqui vai-se levantar não diz com a supremacia do interesse público (como fundamento para o privilégio do crédito fiscal) ou a natureza alimentar (como um fundamento para o privilégio do crédito trabalhista), mas, com a publicidade da inscrição do crédito trabalhista no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT, à semelhança da publicidade da inscrição do crédito tributário na dívida ativa e do quirografário nos cadastros de inadimplentes ou no cartório de protestos, geradores que são da presunção de que o adquirente conhecia a dívida do alienante e atribuindo-lhe o ônus de provar o contrário.

A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, foi instituída pela Lei n. 12.440/2011, a qual incluiu o art. 642-A à CLT e deu redação ao seu art. 27, IV, bem como incluiu o inciso V do art. 29 da Lei n. 8.666/93, a antiga Lei de Licitações. O objetivo inicial era criar um requisito para habilitação de concorrentes à contratação com o Poder Público.²⁰⁰ A sistemática é idêntica à certidão negativa fiscal, também exigida para habilitação em licitações: se houver débito trabalhista registrado, a certidão expedida é positiva; se a dívida estiver garantida ou se sua exigibilidade estiver suspensa por determinação judicial, é positiva com efeito de negativa; se não houver dívida trabalhista cadastrada no BNDT, é negativa.

A inscrição do devedor trabalhista inadimplente no BNDT dá-se somente depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo (art. 883-A da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017).

Para a expedição da Certidão, o Tribunal Superior do Trabalho organizou (Resolução Administrativa n. 1470/2011 do seu Órgão Especial) o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT, com as informações de

200 Na Lei de Licitações atual, a 14.133/2021, a regularidade perante a Justiça do Trabalho permanece sendo exigência para habilitação aos certames, estando prevista no art. 62, III, c/c 68, V, no art. 91, § 4º

todos os Tribunais Regionais do Trabalho do País, em que constam pessoas físicas e jurídicas devedores em processo com execução definitiva. A partir da Resolução CSJT n. 304/2021, a competência para a coordenação das atividades pertinentes à CNDT foi atribuída à Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, tendo sido editado, então, o Ato CGJT n. 01/2022, incorporando as alterações legais e modernizando o fluxo de registros no BNDT.

A CNDT é “expedida gratuita e eletronicamente” e serve “para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho” (art. 642-A da CLT), exatamente como a certidão fiscal relativamente a créditos tributários inscritos na dívida ativa.

Muito embora o propósito original da sistemática fosse constranger o devedor ao pagamento (medida executiva típica de natureza coercitiva), impedindo-o de habilitar-se para participar de licitações, é certo que o BNDT representa um banco de dados de amplíssimo acesso ao público, dando vasto conhecimento a quem quer que tenha interesse em procurar saber sobre a existência de dívida trabalhista impaga. É nesse sentido que o art. 21 do Ato CGJT n. 01/2022 define a natureza do BNDT como “fonte primária de informações de devedores inadimplentes na Justiça do Trabalho”.

Tanto é assim que o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos tabeliães de notas que cientifiquem as partes envolvidas da possibilidade de obtenção prévia da CNDT, quando estiver em questão a alienação, oneração ou partilha de bens imóveis (art. 1º da Recomendação CNJ n. 3/2012).

Portanto, o próprio CNJ reconhece o caráter público do BNDT e o seu potencial para evitar a transmissão de bens de um devedor trabalhista, sendo absolutamente sustentável que tal transmissão deve ser precedida por consulta às certidões disponíveis pelo adquirente, em nome do dever pré-contratual decorrente da boa-fé objetiva acima demonstrado.

Assim, na medida em que o ônus de provar a boa-fé do adquirente corresponde à adoção das “cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem” (art. 792, § 2º, do CPC), então a obtenção da CDNT deve ser cautela sempre exigível do terceiro adquirente, sob pena de presumir-se a sua má-fé, de modo a caracterizar a fraude à execução.

A propósito, é exatamente esse o sentido da Orientação Jurisprudencial n. 66 da Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região:

FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BEM DO EXECUTADO EM FRAUDE À EXECUÇÃO. Para efeitos do artigo 790, inciso III, do CPC/2015, considera-se de má-fé o adquirente de bem alienado pelo executado inscrito, ao tempo da alienação, no Cadastro Nacional de Devedores Trabalhistas.

Sem abandonar sua jurisprudência consolidada, no sentido de que a fraude à execução trabalhista não prescinde da demonstração da má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375 do STJ), o Tribunal Superior do Trabalho tem inúmeras decisões reconhecendo que a negligência do terceiro na obtenção da CNDT pode caracterizar suficientemente a sua má-fé, dando ensejo ao reconhecimento da ineficácia do negócio em favor do credor trabalhista em razão da fraude à execução.

Nesse sentido, por amostragem:

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. PREJUDICADO O EXAME DOS CRITÉRIOS DE TRANSCENDÊNCIA. FASE DE EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. TRANSFERÊNCIA PROMOVIDA APÓS O DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O ALIENANTE E APÓS SUA PRÉVIA INSCRIÇÃO NO BNDT (BANCO NACIONAL DE DEVEDORES TRABALHISTAS). AUSÊNCIA DE BOA FÉ CONSTATADA. FRAUDE À EXECUÇÃO CARACTERIZADA. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. In casu , extrai-se do acórdão regional "ser incontroverso nos autos que o executado ANTONIO C S B TIRADO foi incluído no polo passivo da reclamação trabalhista n. 0275200-03.2009.5.15.0024 [após instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica], na data de 04.09.2014, e incluído no sistema BNDT (Banco Nacional de Devedores Trabalhistas), na data de 12.05.2015, tendo a alienação do imóvel ocorrido na data de 17.06.2015" . Nesse contexto, o TRT, soberano na interpretação de fatos e

provas, noticiou ser "impossível, no caso, reconhecer a boa-fé dos adquirentes - embargantes - uma vez que não diligenciaram com a cautela devida, sobretudo porque não demonstraram nos autos a certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT), tendo em vista que, se tivessem diligenciado neste sentido, encontrariam a informação de que o promitente vendedor, à época, **já era considerado insolvente por esta Especializada, ensejando o conhecimento de possível fraude à execução, em razão de sua inscrição no BNDT ter ocorrido cerca de 1 mês e cinco dias antes da confecção do contrato de venda e compra**". Assim, **tendo o Regional, expressamente, afastado a boa-fé do adquirente diante do contexto factual indicativo de que o alienante já havia sido incluído no sistema BNDT em 12/05/2015 e a alienação do imóvel ocorreu em 17/06/2015 de modo que, à época da alienação do bem, havia como os ora agravantes saberem da existência de demanda diante do vendedor executado, por meio de um simples pedido de certidão, configurando-se fraude à execução**, qualquer conclusão em sentido diverso demandaria nítido reexame de fatos e provas, o que atrai a incidência do óbice da Súmula 126 do TST e prejudica a aferição da transcendência. Precedentes do TST em casos semelhantes. Incólume, pois, o artigo 5º, XXII, da Constituição Federal. (...) (Ag-AIRR-10030-87.2017.5.15.0024, **6ª Turma**, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 24/05/2024).

Na mesma linha, há diversas outras decisões das Turmas do TST.²⁰¹

Com efeito, a jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista vem se consolidando no sentido de reconhecer que a alienação ou oneração de patrimônio após a inscrição do alienante no Banco Nacional de Devedores

201 Ag-AIRR-194-84.2021.5.09.3365, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 22/09/2023; Ag-RR - 1000549-51.2020.5.02.0441, Relator Ministro: Ives Gandra da Silva Martins Filho, Data de Julgamento: 02/08/2022, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2022 – ED-Ag-RR-1000549-51.2020.5.02.0441, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 14/04/2023; Ag-AIRR-1001195-65.2021.5.02.0202, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 18/08/2023; RR-100128-57.2018.5.01.0062, 6ª Turma, Relator Desembargador Convocado Jose Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, DEJT 10/03/2023.

Trabalhistas faz presumir a má-fé do adquirente, admitindo-se, nessa hipótese, a ineficácia do negócio diante do credor trabalhista pela caracterização da fraude à execução.

Conclusões

(i) A fraude à execução de crédito trabalhista depende da prova da má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375 do STJ), como vigorosamente consolidado pelo TST.

(ii) A má-fé do terceiro adquirente corresponde à falta de diligência na averiguação da situação econômico-financeira do alienante, nomeadamente sobre a existência de processo judicial capaz de levá-lo à insolvência (art. 792, IV, do CPC).

(iii) A diligência em questão é materializada nas “cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem” (art. 792, § 2º, do CPC).

(iv) Não obstante afigure-se “diabólica”, por dizer respeito à prova de fatos negativos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores imputam ao credor exequente o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente.

(v) Ante os novos deveres pré-contratuais de proteção social impostos pela boa-fé objetiva, deduzidos das tecnologias sufragadas à organização e publicidade dos dados e informações de interesse público, bem como dos novos regimes de fraude à execução previstos no CPC e no CTN, a boa-fé do terceiro adquirente consiste na obtenção de certidões oferecidas em bancos públicos amplamente acessíveis que cadastram devedores e inadimplentes.

(vi) O Banco Nacional de Devedores Trabalhistas é a “fonte primária de informações de devedores inadimplentes na Justiça do Trabalho” (art. 21 do Ato CGJT n. 01/2022). Seu acesso é público, gratuito, instantâneo e eletrônico.

(vii) Presume-se de má-fé o terceiro que adquirir um bem de um alienante devedor de crédito trabalhista inscrito no BNDT ao tempo da aquisição, cabendo-lhe comprovar o contrário.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. São Paulo: RT, 2018.

BARROS, Luis Carlos. Da natureza jurídica do registro da penhora de bem imóvel, mencionado no art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil, e da desnecessidade do mesmo para a concretização da penhora e tipificação da fraude à execução. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*: São Paulo. São Paulo, v.3, n.2, jul./dez 2002.

CLAUS, Ben-Hur Silveira; BEBBER, Júlio César. A aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal no processo do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. Ano VI, n. 8, jan./2017.

_____; _____. Execução efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal – a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). *Direitos humanos dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2016.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: Execução. vol. 5. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIREDO, Ricardo; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução efetiva: a aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. *Revista Eletrônica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, ano X, n. 171, ago./2014.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Fraude de execução na jurisprudência e no novo Código de Processo Civil: perspectiva sobre o uso de novas tecnologias. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 2 / 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado* – artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense: 1974.

MOURA, Lincoln Antonio Andrade de. A busca pela segurança nas relações jurídicas imobiliárias e a fraude à execução – importância da publicidade conferida pelo registro de imóveis. *Revista de Processo*. v. 307, set./2020.

PIMENTA, Murilo Hákime; CAVALCANTI, Daniele de Melo. Fraude à execução e sua publicidade perante o registro de imóveis. *Revista Pensamento Jurídico* – São Paulo – Vol. 14, Nº 1, jan./jul. 2020.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Fraude de execução no Código de Processo Civil - CPC de 2015: reflexos no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 62, n. 94, jul./dez. 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Do direito processual do trabalho*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A execução trabalhista e o reconhecimento da fraude à execução*. No prelo.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A súmula n. 375 do STJ e a fraude à execução – a visão crítica do processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coordenador). *Execução trabalhista: uma homenagem ao professor Wagner Giglio*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Comentários ao CPC – sob a perspectiva do processo do trabalho*. 3. Ed., São Paulo: LTr, 2019.

ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XII (Artigos 771 ao 796). 2. ed., MARINONI, L. G. (diretor), ARENHART, S., MITIDIERO (coords). São Paulo: RT, 2018.

JURISPRUDÊNCIA REFERIDA (em ordem cronológica)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI 5886, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 30-03-2021 PUBLIC 05-04-2021

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no Ag 4.602-PR, Relator Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, julgado em 04.03.1991, DJ 1º.04.1991.

SÚMULA N. 375: “*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*” (CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2009, DJe 30/03/2009)

REsp n. 1.141.990/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe de 19/11/2010 (Tema Repetitivo n. 290).

REsp n. 312.661/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe de 26/10/2011.

REsp n. 956.943/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20/8/2014, DJe de 1/12/2014 (Tema Repetitivo n. 243).

REsp n. 1.863.999/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 9/8/2021.

AgInt no REsp n. 1.945.777/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 15/3/2022.

AgInt no REsp n. 1.725.242/RS, Relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023.

AgInt no REsp 2.075.094/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.

AgInt no AREsp n. 2.365.743/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.

AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.716.895/PR, Relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 18/12/2023.

AgInt no AREsp n. 2.323.288/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024.

AgInt no REsp n. 1.977.697/SP, Relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024.

AgInt nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.740.250/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 13/6/2024.

AgInt no AREsp n. 991.652/RS, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 2/8/2024.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

AIRR-168300-83.2009.5.03.0103, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 14/08/2015.

AIRR-13700-69.2006.5.15.0073, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 04/12/2015.

AIRR-1981-73.2012.5.19.0007, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 05/08/2016.

E-ED-RR-154900-19.2004.5.15.0046, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 26.05.2017.

RR-130900-35.1997.5.02.0442, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 21/09/2018.

AIRR-12218-29.2017.5.03.0043, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 14/06/2019.

RR-11676-72.2017.5.03.0055, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 09/08/2019.

AIRR-108900-22.2007.5.03.0035, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 18/10/2019.

RR-12786-58.2016.5.03.0050, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 08/11/2019.

AIRR-10449-35.2018.5.03.0080, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 14/02/2020.

RR-71-34.2016.5.02.0010, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 08/05/2020.

RO-5045-86.2012.5.02.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 05/06/2020.

RR-1342-58.2015.5.02.0028, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 19/06/2020.

AIRR-11944-53.2017.5.15.0133, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 02/07/2021.

RR-1001344-40.2019.5.02.0070, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 29/04/2022.

Ag-RR - 1000549-51.2020.5.02.0441, Relator Ministro: Ives Gandra da Silva Martins Filho, 4ª Turma, DEJT 05/08/2022.

RR-184-97.2018.5.09.0567, 2ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 12/08/2022.

RR-100128-57.2018.5.01.0062, 6ª Turma, Relator Desembargador Convocado Jose Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, DEJT 10/03/2023.

RR-10255-52.2017.5.15.0010, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 10/03/2023.

RR-100128-57.2018.5.01.0062, 6ª Turma, Relator Desembargador Convocado Jose Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, DEJT 10/03/2023.

ED-Ag-RR-1000549-51.2020.5.02.0441, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 14/04/2023.

RO-75-18.2017.5.11.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 19/05/2023.

AIRR - 1990-06.2011.5.03.0075, decisão monocrática do Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior (integrante da 1ª Turma), publicação: 22/05/2023.

Ag-AIRR-1001195-65.2021.5.02.0202, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 18/08/2023.

Ag-AIRR-194-84.2021.5.09.3365, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 22/09/2023.

RR - 10509-54.2019.5.03.0021, decisão monocrática do Min. Sergio Pinto Martins (integrante da 8ª Turma), publicação em 25/09/2023.

RR-100250-40.2021.5.01.0038, 7ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 26/04/2024.

Ag-AIRR-10030-87.2017.5.15.0024, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 24/05/2024.

Ag-AIRR-288700-10.1999.5.02.0070, 8ª Turma, Relator Desembargador Convocado Carlos Eduardo Gomes Pugliesi, DEJT 05/06/2024.

Ag-AIRR-1235-64.2018.5.06.0006, 3ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 06/06/2024.

AIRR-0011342-95.2022.5.15.0130, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 21/06/2024.

RR-169100-57.1998.5.02.0481, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 28/06/2024.

RRAg-1444-79.2011.5.02.0009, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 28/06/2024.

AIRR-78400-91.2001.5.02.0202, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 02/07/2024.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 66 DA SEÇÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO: “*FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BEM DO EXECUTADO EM FRAUDE À EXECUÇÃO. Para efeitos do artigo 790, inciso III, do CPC/2015, considera-se de má-fé o adquirente de bem alienado pelo executado inscrito, ao tempo da alienação, no Cadastro Nacional de Devedores Trabalhistas.*” (Resolução TRT4 n. 07/2015, disponibilizada no DEJT dias 24, 25 e 28.9.2015, considerada publicada nos dias 25, 28 e 29.9.2015. Alterada pela Resolução TRT4 n. 01/2016, disponibilizada no DEJT dos dias 15, 18 e 19.07.2016 e considerada publicada nos dias 18, 19 e 20.07.2016).

BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE ALGUNS ASPECTOS DO DIREITO DE GREVE NO BRASIL E EM PORTUGAL

**A BRIEF COMPARATIVE STUDY ON SOME ASPECTS OF
THE RIGHT TO STRIKE IN BRAZIL AND PORTUGAL**

Igor Cardoso Garcia²⁰²

202 Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (GPTC-USP). Juiz do Trabalho Substituto (TRT da 2ª Região). Contato eletrônico: icardosogarcia@gmail.com.

Resumo: Este artigo tem por finalidade realizar estudo comparado de alguns aspectos do direito de greve no Brasil e em Portugal, em especial com relação à disposição legal, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Aborda-se o contexto do surgimento das atuais disposições constitucionais e legais sobre o direito de greve e o objetivo almejado pela classe trabalhadora com tais previsões. Na sequência, trata das limitações ao direito de greve realizadas pela doutrina e pela jurisprudência majoritária de Brasil e de Portugal em detrimento do disposto nas respectivas Constituições Federais, bem como aponta posições doutrinárias e jurisprudenciais que, à margem dessas restrições, compreendem o escopo desse importante direito e defendem-no em toda sua potencialidade. Aponta a classificação do direito de greve como um direito fundamental e, nesse contexto, a necessidade de sua efetiva proteção, de maneira *objetiva*, a gerar um dever estatal de proteção e promoção e de maneira uma *subjativa*, a gerar a sindicabilidade perante os poderes públicos e particulares, exigíveis perante o Poder Judiciário.

Palavram Chave: Direito de greve. Comparação. Brasil. Portugal.

Abstract: This article aims to carry out a comparative study of some aspects of the right to strike in Brazil and Portugal, especially in relation to the legal, doctrinal and jurisprudential provisions on the topic. The context of the emergence of current constitutional and legal provisions on the right to strike and the objective sought by the working class with such predictions is discussed. Next, it deals with the limitations on the right to strike made by the doctrine and majority jurisprudence of Brazil and Portugal to the detriment of the provisions of the respective Federal Constitutions, as well as pointing out doctrinal and jurisprudential positions that, apart from these restrictions, understand the scope of this important right and defend it to its full potential. It points out the classification of the right to strike as a fundamental right and, in this context, the need for its effective protection, in an objective way, to generate a state duty of protection and promotion and in a subjective way, to generate a request before public authorities and private individuals, required by the Judiciary.

Keywords: Right to strike. Comparison. Brazil. Portugal.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por finalidade realizar estudo comparado de alguns aspectos do direito de greve no Brasil e em Portugal, em especial entre a doutrina e a jurisprudência sobre o tema.

De início, pretende-se analisar o atual texto constitucional português sobre a greve, passando pela conceituação doutrinária e jurisprudência sobre o tema. Na sequência, realiza-se o mesmo procedimento quanto ao direito brasileiro. Por fim, em conclusão, procura-se indicar deficiências e propor medidas para a efetivação do direito de greve nos cenários dos dois países.

Trata-se de tema que bem representa o Direito do Trabalho, porquanto em constante crítica e evolução, enquadrando-se à perfeição na definição de Alain Supiot acerca deste ramo do Direito:

Este direito abriga, com efeito, uma máquina ‘regulatória’ que permite transformar as relações de força em relações de direito. Por um lado, ao permitir a representação e a acção colectivas dos trabalhadores, reconhece um verdadeiro direito de contestação ao direito; mas, por outro, canaliza essas forças colectivas e põe-nas ao serviço da evolução permanente do direito (SUIPIOT, 2016).

A análise limita-se aos períodos democráticos nos dois países, ou seja, a partir das vigentes Constituições, de 1976 em Portugal e de 1988 no Brasil.

2. O DIREITO DE GREVE EM PORTUGAL

Após a derrubada do regime fascista (segundo expressão constante no preâmbulo da Constituição da República Portuguesa e também em obra específica sobre o tema²⁰³), com a publicação do Decreto-Lei n.º 392/74, a greve deixou de ser um delito e passou a ser um direito dos trabalhadores²⁰⁴ em Portugal, ainda que este instrumento normativo tenha regulado-a de maneira detalhada, o que, na prática, acabou por limitar seu âmbito de

203 AUGUSTO, Claudio de Farias. *A Revolução Portuguesa*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

204 A observação acerca da greve passar a constituir um direito antes mesmo da entrada em vigor da CRP de 1976 é dos Professores Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 9ª Edição, Coimbra, 2019, p. 1224 e António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 19ª Edição, Coimbra, 2019, p. 1044.

exercício²⁰⁵. O direito de greve passou a ter guarida constitucional a partir da CRP de 1976, que, em seu artigo 57.º, adotou a seguinte previsão:

Artigo 57.º

Direito à greve e proibição do lock-out

1. É garantido o direito à greve.
2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.
3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis.
4. É proibido o lock-out.

O constituinte português, certamente influenciado pelas ideias progressistas que afloravam junto à Revolução dos Cravos e pela classe trabalhadora local, inseriu esse importante dispositivo no Título II na Constituição da República Portuguesa, destinado aos direitos, liberdades e garantias, medida de vanguarda e garantidora de meios para construção de uma sociedade mais justa e solidária. Trata-se de um direito fundamental²⁰⁶, com toda a potencialidade daí decorrente²⁰⁷.

205 Conforme explica António Monteiro Fernandes: “Entre Abril de 1974 e a CRP. A atitude do Direito português perante a greve revelou, a partir de 1974, uma decisiva inflexão. O DL 392/74, de 28 de Agosto, reconheceu-a como um direito dos trabalhadores, embora regulando detalhadamente o seu exercício, quer no aspecto processual, quer no respeitante à natureza e amplitude dos objectivos (interesses) prosseguidos. Assim, o conceito de *greve ilícita* recobria, de igual modo, a paralisação de um sector-chave, a greve com ocupação dos locais de trabalho ou iniciada sem aviso prévio, por um lado, e a greve de solidariedade ou com propósitos políticos, por outro. Dentro da mesma perspectiva, o exercício da greve foi integrado na lógica do processo de negociação colectiva, requerendo por isso a lei que houvesse tratativas prévias entre as partes e que fosse observada certa tramitação (incluindo um pré-aviso) no desencadeamento da greve”. *Direito do Trabalho*, 19ª Edição, Coimbra, 2019, p. 1044.

206 Adota-se a clássica definição de que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados em determinada Constituição. Por sua vez, os direitos humanos podem ser definidos como: “*conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional.*” (PÉRES LUNÖ, 2005).

207 Os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, pois são (i) direitos objetivos: geram um dever estatal de proteção e promoção, além de vincularem os poderes públicos; e são (ii) direitos subjetivos: titularizados individualmente, sindicáveis perante os poderes públicos e particulares e exigíveis perante o poder judicial, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 142-151.

Reconheceu, ademais, a importância de se garantir meios para que os trabalhadores lutem por melhores condições de vida e de trabalho e, ao mesmo tempo, admitiu sua disparidade em relação aos empregadores; por isso, enquanto garantiu o direito de greve, proibiu o *lock-out*.

Assim, o texto constitucional previu, em benefício dos trabalhadores e, como consequência, da própria sociedade, duas linhas importantes de direitos e liberdades, quais sejam, (i) a efetiva garantia do direito de greve e (ii) a garantia de que os trabalhadores possam definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar essa esfera. Essas importantes linhas incluem algumas garantias em favor dos trabalhadores, abaixo analisadas.

A Constituição da República Portuguesa não definiu o conceito de greve, tampouco o Código do Trabalho o fez, mas pode-se usar a conceituação de Pedro Martinez, porque direta e abrangente: “abstenção concertada da prestação de trabalho a efetuar por uma pluralidade de trabalhadores com vista à obtenção de fins comuns” (ROMANO MARTINEZ, 2019).

2.1. EFETIVA GARANTIA DO DIREITO DE GREVE

O artigo 57.º da CRP *garante*²⁰⁸ aos trabalhadores o direito de greve. Trata-se de direito individual embora seu exercício seja coletivo²⁰⁹. Para que esse direito fundamental tenha efetividade, deve-se assegurar aos trabalhadores condições mínimas para que possam exercê-lo, quais sejam:

(i) os trabalhadores não podem ser proibidos ou impedidos de fazer greve; a lei, os empregadores, terceiros ou o Estado não podem impedir ou proibir o exercício do direito de greve. Tentativas de inviabilizar ou aniquilar o exercício desse direito fundamental podem configurar

208 Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “A Constituição não se limita a reconhecer o direito à greve: é enfática também em *garanti-lo* (<<é garantido o direito à greve>>). Efectivamente, não basta dar aos trabalhadores a liberdade de decidirem uma greve e de a efectuarem, bem como o direito de não verem afectada a sua relação de trabalho. Importa também que os trabalhadores estejam a salvo de condutas da entidade empregadora ou de terceiros que aniquilem a greve ou os seus efeitos. Uma dessas garantias é, desde logo, a proibição do *lock-out* (nº 4); outras compete à lei estabelecê-las, v.g., proibindo a substituição dos trabalhadores em greve por pessoal estranho à empresa, reconhecendo e garantindo a acção dos piquetes de greve (Cód. Trab. arts. 594º a 596º), interditando as cláusulas contratuais <<antigreve>>, penalizando as retaliações ou discriminações por motivo de greve (cfr. Cód. Trab., art. 603º), etc.”. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4ª Edição revista, Coimbra, 2007, p. 753-754. (grifou-se)

209 “Por outro lado, trata-se de um direito individual de cada trabalhador, sindicalizado ou não, embora colectivamente condicionado quanto ao seu exercício” (MONTEIRO FERNANDES, 2020).

contraordenação muito grave, sujeita à multa, nos termos do arts. 540.^{o210} e 543.^{o211} do Código do Trabalho. Além do que, realizar greve não configura ilícito contratual, de maneira que os contratos de trabalho são mantidos íntegros durante a duração desta. Na hipótese da greve ser considerada ilícita, pode-se configurar falta contratual.

(ii) os trabalhadores não podem sofrer represálias ou discriminação em razão de fazer greve: os empregadores, terceiros ou o Estado não podem punir trabalhadores por fazer greve. Medida desse jaez pode configurar conduta antissindical e sujeitar o infrator à multa, nos termos do arts. 540.^o e 543.^o do Código do Trabalho.

(iii) a lei não pode limitar essa garantia, tampouco o Estado ou os empregadores: são válidas apenas limitações contidas na própria Constituição, em observância ao art. 18.^o, 2.²¹², as quais devem possuir a devida justificação, como no caso dos militares²¹³, previsão comum em diversos países, inclusive no Brasil. Ademais, a garantia em destaque pertence aos trabalhadores, não aos sindicatos²¹⁴ ou a profissionais autônomos²¹⁵, ocupantes de carreiras de Estado etc.

210 “Artigo 540.^o Proibição de coacção, prejuízo ou discriminação de trabalhador

1 - É nulo o acto que implique coacção, prejuízo ou discriminação de trabalhador por motivo de adesão ou não a greve.

2 - Constitui contra-ordenação muito grave o acto do empregador que implique coacção do trabalhador no sentido de não aderir a greve, ou que o prejudique ou discrimine por aderir ou não a greve.”

211 “Artigo 543.^o Responsabilidade penal em matéria de greve

A violação do disposto no n.º 1 ou 2 do artigo 535.^o ou no n.º 1 do artigo 540.^o é punida com pena de multa até 120 dias.”

212 “Artigo 18.^o Força jurídica. (...)

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (...)”

213 “Artigo 270.^o Restrições ao exercício de direitos. A lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.”

214 “Em princípio, quem declara a greve são os sindicatos, mas quem faz a greve são os trabalhadores; há que distinguir a declaração de greve do exercício da greve” (MARTINEZ, 2019).

215 “A greve pressupõe, assim, a existência de uma relação jurídica de subordinação com o empregador” (MARTINEZ, 2019). Nesse sentido também António Monteiro Fernandes, para quem: “A titularidade do direito de greve é privativa dos trabalhadores juridicamente subordinados, categoria que deve ser tomada em sentido lato: ela abrange, com efeito, os trabalhadores da função pública, independentemente do facto de estarem em regime de contrato ou de nomeação”, *A lei e as greves: comentários a dezasseis artigos do código do trabalho*, 19ª Edição, Coimbra, Reimpressão 2020, p. 31.

(iv) aplicabilidade imediata: esse direito fundamental e as garantias dele decorrentes não dependem de lei concretizadora²¹⁶, em atenção ao disposto no art. 18.º, 1., da CRP²¹⁷. Incumbe à lei apenas a árdua tarefa de regular²¹⁸ certos aspectos do exercício do direito de greve sem que se retire qualquer efeito da norma constitucional. Aqui vê-se um campo de bastante tensão, porquanto a disciplina desse direito pode recair numa sua ilícita limitação. Deve o legislador, portanto, agir com bastante cautela ao regular a medida em comento, em observância ao disposto no art. 18.º, 2. e 3., da CRP²¹⁹ e à teoria de maximização dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, especificamente no que se refere à efetiva garantia do direito de greve, ensinam os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira em seus comentários à Constituição da República Portuguesa:

I. A caracterização constitucional do direito à greve como um dos <<direitos, liberdades e garantias>> significa, entre outras coisas: (a) um direito subjectivo negativo, não podendo os trabalhadores ser proibidos ou impedidos de fazer greve, nem podendo ser compelidos a pôr termo a uma greve em curso (salvo de ilícita); (b) eficácia externa imediata, em relação a entidades

216 “Do facto de a greve revestir a natureza dum direito fundamental dos trabalhadores, podem retirar-se algumas ilações importantes. Desde logo, e porque os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis às entidades públicas e privadas, não pressupondo a interpositio legislatoris, a greve impõe-se imediatamente na dupla vertente acabada de assinalar, mesmo que inexistissem normas regulamentadoras. É o número 1 do artigo 18.º da Constituição que o diz. Estamos perante o chamado *Drittwirkung der Grundrechte*”. MOREIRA, António José. *A Greve: questão eterna do Direito do Trabalho. Greve e abuso do direito*. Minerva: Revista de Estudos Laborais. Ano IX - I da 4.ª Série - N.º 1 (2019), p. 48.

217 “Artigo 18.º Força jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. (...)”

218 “Não obstante o direito de greve ser incontestável, há que ponderar certos limites na sua atuação, apesar do disposto no art. 57.º, n.º 2, da CRP. Importa, por um lado, disciplinar a greve – que tem de ser exercida de boa fé (art. 522.º do CT) – e, por outro, determinar quais são as greves lícitas. Há, de facto, uma proibição constitucional de limitar o âmbito da greve, mas o direito não pode admitir situações ilícitas sob o «manto» da greve”. MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 9ª Edição, Coimbra, 2019, p. 1225.

219 “Artigo 18.º Força jurídica. (...)”

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

privadas (art. 18º-1), não constituindo o exercício do direito de greve qualquer violação do contrato de trabalho, nem podendo as mesmas entidades neutralizar ou aniquilar praticamente esse direito; (c) eficácia imediata, no sentido de directa aplicabilidade, não podendo o exercício deste direito depender da existência de qualquer lei concretizadora. Como meio de <<acção directa>> dos trabalhadores constitucionalmente reconhecido, a greve traduz-se num incumprimento lícito da obrigação de prestação de trabalho, com os prejuízos inerentes para as entidades empregadoras (interrupção da produção, risco de incumprimento de encomendas). Porém, a greve constitui também um sacrifício para os trabalhadores, que perdem o direito à remuneração pelo trabalho não prestado durante a greve, sem nenhuma garantia no sucesso da mesma. É óbvio que este sacrifício da perda de salário deverá existir também nas greves dos trabalhadores da Administração pública (GOMES CANOTILHO, MOREIRA, 2007)

Em atenção ao disposto no art. 57.º da CRP, o art. 530.º do Código do Trabalho previu o seguinte:

Artigo 530.º

Direito à greve

1 - A greve constitui, nos termos da Constituição, um direito dos trabalhadores.

2 - Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve.

3 - O direito à greve é irrenunciável.

António Monteiro Fernandes, ao comentar o artigo 530º, n.º 1, do Código do Trabalho, afirma que:

1.1. O sentido do n.º 1. Só na aparência pode considerar-se redundante e inútil o enunciado do n.º 1 deste artigo. A referência introdutória aos termos da Constituição – solicitando a atenção do intérprete para o art. 57º da lei fundamental – é, antes do mais, expressiva de

submissão do legislador ordinário face à estreita demarcação do seu espaço pelo legislador constitucional. A relação entre um comando que se quer mais ou meno intemporal e indiferente às flutuações políticas, e um normativo naturalmente exposto a essas incertezas, resolve-se entre nós desta maneira: a norma constitucional não se limita a confiar à lei ordinária – como fizeram outros legisladores constitucionais – a tarefa de definir os contornos e as modalidades de exercício da greve (MONTEIRO FERNANDES, 2020).

A previsão, à primeira vista, parece ser despidianda; todavia, é de grande importância, pois reforça a importância do contido na Constituição da República e, ao mesmo tempo, demonstra que o legislador está atento ao quanto previsto e ciente de sua obrigação, que é a de densificar normas constitucionais, contribuindo com sua eficácia e aplicabilidade (MIRANDA, 2005). Além do que, configura-se observância do disposto no art. 18.º da CRP, que dispõe sobre a aplicabilidade direta e vinculatividade dos poderes públicos aos direitos fundamentais.

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa aparenta adotar como pressuposto o disposto no artigo em referência, tendo a greve como um direito fundamental garantido aos trabalhadores, ainda que existam decisões com interpretações menos favoráveis ao instituto em análise. Veja-se, por exemplo, o quanto decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra:

SUMÁRIO

I – O direito à greve é irrenunciável, tem assento constitucional, e é decidido pelas associações sindicais, estando vedado às entidades empregadoras, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que à data do seu anúncio não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, e também não podem, desde aquela data, admitir novos trabalhadores .

II – Tendo a arguida contratado os serviços de uma empresa de transportes para efectuar, como efectuou, todo o serviço que lhe estava cometido fazer em dia de greve, afrontou a determinação do artº 6º da Lei da Greve, pelo que se justifica a aplicação de uma

coima. (Tribunal da Relação de Coimbra, 20.04.2006, ECLI:PT:TRC:2006:4122.05.06, Relator: Fernandes Silva) (grifou-se)

Em conclusão deste tópico, pode-se verificar que, da análise da doutrina e jurisprudência citadas, a previsão contida no art. 57.º da CRP é respeitada, garantindo-se aos trabalhadores o direito fundamental de greve. Trata-se de importante pilar que, reforçado pelo Código do Trabalho, doutrina e jurisprudência portuguesas, garante aos trabalhadores a necessária segurança para, quando entenderem necessário, exercerem este importante direito. Pouco ou nada adianta atos normativos preverem o direito de greve se isso não for efetivamente observado, daí a importância do papel da doutrina e da jurisprudência.

2.2. COMPETÊNCIA DOS TRABALHADORES PARA DEFINIR OS INTERESSES A DEFENDER POR MEIO DA GREVE

O artigo 57.º da CRP garante aos trabalhadores a competência para definir os interesses a defender por meio da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. Para que esse direito fundamental tenha efetividade, deve-se assegurar o seguinte:

(i) liberdade de definição dos motivos da greve: os trabalhadores possuem autonomia para decidir quais interesses serão defendidos por meio da greve. Trata-se de ponto que provoca polémica, porquanto a amplitude do texto constitucional parece garantir que os motivos sejam não só trabalhistas, mas também políticos e económicos. A doutrina e a jurisprudência costumam limitar o âmbito de interesses aos profissionais, mas, dentro destes, tentando-se garantir um necessário espaço para que se respeite a previsão constitucional.

O Professor Pedro Romano Martinez, por exemplo, utiliza como critério a possibilidade de atendimento das reivindicações por parte do empregador, ou seja, seriam interesses legítimos a embasar a greve os que pudessem ser atendidos pelo empregador, pois é em face dele que o movimento paredista age (MARTINEZ, 2019). Por sua vez, a posição de António Monteiro Fernandes parece de maior amplitude e mais condizente

com a CRP, porque defende que os interesses a serem defendidos por meio da greve não são limitados aos socioprofissionais²²⁰.

Acredita-se que a segunda posição é a que melhor atende ao comando constitucional, porquanto não limitadora deste; ao revés, promotora da sua maior densificação.

Em sentido que se pode chamar de ampliativo decidiu a Secção Social do Tribunal de Relação de Évora, com o seguinte sumário:

I – Face ao texto constitucional (seja na redacção de 1976 seja na que resultou das suas sucessivas revisões) deixou de ser exigível que o exercício do direito à greve esteja vinculado à defesa e promoção dos interesses colectivos profissionais dos trabalhadores.

II – O texto constitucional não permite que a lei ordinária limite o âmbito da greve e defere aos trabalhadores a definição do âmbito de interesses a defender através dela.

III – O exercício legítimo ou lícito do direito à greve não depende de através dela os trabalhadores pretenderem atingir objectivos que estejam na disponibilidade da entidade patronal ou que esta esteja em condições de satisfazer.

IV – O recurso à greve é também lícito quando estejam em causa interesses sócios profissionais dos trabalhadores de carácter mais geral, mormente quando está eminente a emissão de legislação que possa afectar a condição social e económica dos trabalhadores, podendo estes recorrer à greve como forma de pressionar o poder quanto à produção legislativa desde que o objectivo a prosseguir não seja constitucionalmente impróprio e caiba no

220 “Não pode, a nosso ver, retirar-se o direito de greve do contexto que lhe é próprio, na CRP: o dos *direitos fundamentais* de conteúdo *económico*, fundados em interesses que não se esgotam na estreita qualificação socioprofissional. «O direito de greve, se é certo que não pode compreender abstenções de trabalho proclamadas com fins meramente políticos, é exercido legitimamente quando, embora sem conexão estrita com reivindicações contratuais, é posto em prática em função do interesse dos trabalhadores na realização daquele vasto complexo de bens que encontram reconhecimento e tutela na disciplina constitucional das relações económicas».”. MONTEIRO FERNANDES, António. *Direito do Trabalho*, 19ª Edição, Coimbra, 2019, p. 1049-1050.

complexo de interesses que tem reconhecimento e tutela na disciplina constitucional das relações económicas e laborais.

V – Tendo a greve sido dirigida contra a aprovação do Código do Trabalho, à luta pela melhoria do poder de compra dos salários, por uma política fiscal justa, à defesa do sistema público, universal e solidário da segurança social, à defesa e reforço do serviço nacional de saúde bem como ao sistema de ensino público, apesar de tratar-se de objectivos que não estão na disponibilidade da entidade patronal satisfazer, não pode tal greve considerar-se ilícita ou ilegítima e daí que também não fosse lícito à entidade patronal proceder à substituição dos trabalhadores grevistas.

VI – O artº 6º da Lei da Greve assim interpretado e aplicado não viola o princípio constitucional da livre iniciativa económica privada, mesmo na modalidade da livre organização empresarial.

Nota: Do presente acórdão foi interposto recurso para o Tribunal Constitucional que, por acórdão de 18/01/2005, o confirmou quanto à questão da constitucionalidade. (Tribunal da Relação de Évora, 22.06.2004, ECLI:PT:TRE:2004:1115.04.2.E9, Relator: André Proença)

(ii) impossibilidade da lei limitar os interesses a defender por meio da greve: a lei não pode limitar o contido na Constituição da República, seja diretamente, por meio de norma que reduza seu alcance; seja indiretamente, por meio de norma que crie embaraços ou dificulte sua eficácia, ainda que sob pretexto de regulá-la, fora dos estreitos limites traçados pelo item 3 do art. 57.º da CRP. Pode parecer despiciendo que uma norma constitucional que trata de direito fundamental preveja expressamente que a lei não pode limitar o seu âmbito de atuação, todavia, considerando que o tema é extremamente politizado e pouco aceito pelas classes dominantes, acredita-se ter sido bastante prudente o constituinte português.

Sobre o item em análise, ensinam os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira em seus comentários à Constituição da República Portuguesa:

VII. Os trabalhadores são livres na determinação dos motivos, na definição da mensagem e na seleção dos fins da greve, não podendo a lei limitar o âmbito dos interesses defendidos – **liberdade de definição dos motivos da greve** (nº 2). Uma tão enfática norma não pode deixar margem para dúvidas acerca da ilegitimação da restrição do direito de greve no âmbito das relações de trabalho propriamente ditas, sendo um caso raro de proibição expressa de restrições a direitos fundamentais.

Não surpreende, aliás, tal solução constitucional. Sendo os trabalhadores constitucionalmente interessados não apenas em obter as melhores condições de trabalho (e não só perante a entidade empregadora, mas também perante o Estado: cfr. arts. 58º-2 e 59º); mas, igualmente, no campo da organização e gestão da economia (cfr. arts. 54º, 56º, 80º/g, etc.) e, ainda, num vasto conjunto de domínios que consubstanciam a democracia participativa (cfr. art. 63º-2, etc), compreende-se então que não apenas os interesses estritos ligados às relações de trabalho possam ser fundamento de recurso à greve.

O *programa normativo-constitucional da greve* é materialmente mais extenso: em primeiro lugar, a greve não se situa apenas dentro dos meios de luta na contratação colectiva e daí a correcta autonomização constitucional do direito de greve em relação à contratação colectiva (rejeição do «modelo» de greve contratual) (por exemplo, uma greve contra um despedimento colectivo); depois, o direito de greve não é dirigido apenas à obtenção de vantagens que estejam na disponibilidade de entidades empregadoras (ex.: interesses profissionais), podendo estender-se a domínios em que se recortam interesses completamente distintos, não tendo qualquer fundamento um modelo exclusivamente «laboral» de greve (por exemplo, uma greve de solidariedade para com outros trabalhadores,

ou contra um projecto de lei de segurança social); finalmente, o princípio da *auto-regulamentação de interesses* e da *liberdade* de luta dos trabalhadores «abre» ao cidadão-trabalhador a possibilidade de intervir na dinâmica social, defendendo os seus interesses perante os outros grupos e o Estado, independentemente da caracterização material destes interesses como «contratuais» ou «laborais» (por exemplo, uma greve para protestar contra a privatização de uma empresa). Para que uma greve seja legítima quanto aos seus motivos e objectivos, basta que eles tenham a ver, ainda que indirectamente, com os direitos e interesses dos trabalhadores e que não sejam constitucionalmente ilícitos.

Desnecessário é acentuar que o estatuto constitucional das greves é o mesmo, independentemente dos seus motivos e objectivos, sendo totalmente descabida qualquer tentativa de fazer discriminações com base neles (v.g., conforme tenham ou não objectivos profissionais), para efeito de agenciar regimes diversos, empresa para que falta fundamento constitucional bastante (GOMES CANOTILHO, MOREIRA, 2007).

Por outro lado, a doutrina mais familiarizada com o Direito do Trabalho, de maneira até surpreendente, trilha caminho um pouco distinto, de certa forma redutor da potencialidade do art. 57.º da CRP, conforme posição de António Monteiro Fernandes:

O art. 57º/2 CRP tem sido considerado obstáculo insuperável a qualquer tentativa de ilegitimação da greve em função dos *motivos*: ele veda mesmo a ingerência da legislação ordinária na delimitação do «âmbito de interesses» susceptível de fundar a licitude da paralisação colectiva de trabalho.

É certo que, tomada literalmente, a expressão da CRP (retomada na lei ordinária: art. 530º/2CT) comporta uma leitura bastante menos radical acerca da relevância dos motivos da greve. O «âmbito» dos interesses é coisa diferente da «natureza» deles: diz respeito à maior ou

menor *generalidade*, às dimensões *categorial e geográfica* da pretensão deduzida, não à *qualidade intrínseca* desta. Os trabalhadores que participam no concerto grevista podem livremente definir aquela amplitude, mesmo para além dos limites da sua esfera de interesses próprios. Daí, nomeadamente, a licitude da *greve de solidariedade* e a admissibilidade de *qualquer âmbito geográfico* para a abstenção colectiva de trabalho. Mas os trabalhadores não podem, em contrapartida, fazer greve (ou melhor, não o farão sob a cobertura do correspondente directo) por motivos de qualquer natureza (MONTEIRO FERNANDES, 2019).

Com posição ainda mais redutora Pedro Romano Martinez, para quem a greve deve possuir relação direta com pleito socioprofissional:

Na medida em que a greve funciona como meio de pressão para atingir certos fins, se as pretensões não podem ser satisfeitas pelo empregador, não se pode qualificar a situação como de verdadeira greve. **Os fins comuns que se reivindicam devem estar na disponibilidade de satisfação por parte do empregador. Até porque é a entidade patronal quem suporta o risco inerente à greve, designadamente devendo pagar o salário aos trabalhadores não grevistas e as indemnizações por incumprimento de obrigações para com terceiros.** Só será justo que o empregador suporte tal risco se tiver a possibilidade de satisfazer as pretensões dos trabalhadores (MARTINEZ, 2019). (grifou-se)

Constata-se, enfim, que o legislador constituinte desejou, após nebuloso período na história portuguesa, garantir e proteger o efetivo exercício do direito de greve. Além disso, garantiu aos trabalhadores a competência para definir o âmbito de interesses a defender através desta, e ressaltou que a lei não pode isso limitar, ou seja, os trabalhadores que devem decidir os motivos pelos quais desejam fazer greve, de maneira que qualquer restrição a isso não terá amparo constitucional.

A previsão constitui grande avanço em comparação com diversos países ao redor do mundo, porquanto garantidora do direito de greve como meio democrático de pressão, a fim de que os trabalhadores possam exercer sua participação na dinâmica social com o escopo de obterem melhores condições de trabalho e de vida, medidas propiciadoras do fortalecimento da dignidade humana.

3. O DIREITO DE GREVE NO BRASIL

O Brasil viveu sob ditadura civil-militar de 1964 a 1985 e, durante o processo que colocou fim a este sangrento regime, a classe trabalhadora foi protagonista²²¹²²²: fez diversas e imensas greves²²³, lutou, teve membros presos, torturados e mortos²²⁴ e, ao final, de certa maneira, alcançou seu objetivo imediato²²⁵, que era a derrubada desse regime e a

221 SANTANA, Marco Aurélio. *Ditadura militar e resistência operária: O movimento sindical brasileiro do golpe à transição democrática*. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2008v7n13p279/8605>>

222 “A conclusão a que se chega é que as greves ocorridas no ABC paulista em pleno regime de exceção, na década de 1970, e depois espalhadas por diversas categorias e regiões do País, não tiveram apenas papel reivindicatório trabalhista, porquanto buscavam os trabalhadores, além disso, enfrentar e romper com o regime de ditadura militar e criar ambiente político propício para a redemocratização do País e o implemento de alguma liberdade sindical, que veio com a Constituição de 1988 nos arts. 8º e incisos e art. 9º, embora parcial. É oportuno lembrar que essa greve motivou a condenação criminal de líderes do movimento operário da época pela 2ª Auditoria Militar (Processo n. 9/80), com base na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 6.620/78, art. 36, inc. II), o que demonstra que a greve era vista não como um simples movimento social, mas, como delito.

Com a Constituição Federal de 1988, que teve motivação na parte trabalhista-sindical nas greves acima referidas, um novo modelo de relações de trabalho foi implementado no Brasil, estabelecendo-se (art. 8º, inc. I) que ‘a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical’. MELO, Raimundo Simão de. *Alguns aspectos sobre a greve no Brasil*. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Vol. 2, n. 1, 2016, p. 99-100.

223 Dentre as quais, destacam-se as greves dos metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema de 1978, 1979 e 1980, desafiando empregadores e o regime vigente. Essa última greve contou com cerca de 300 mil trabalhadores e durou 41 dias, estendeu-se por 16 cidades no interior do Estado de São Paulo e acarretou a intervenção no Sindicato dos Metalúrgicos, com dezesseis líderes sindicais presos, inclusive o presidente do sindicato, Luis Inácio Lula da Silva, que posteriormente se tornou Presidente do Brasil (de 2003 a 2010).

224 Segundo levantamento da Comissão Nacional da Verdade há um total de 434 pessoas mortas e desaparecidas, número certamente inferior ao real, considerada a extensão territorial do país e a total falta de controle dos atos praticados pelos militares até a presente data. Estima-se em ao menos 50 mil pessoas presas durante os primeiros meses da ditadura, sendo que 20 mil passaram por sessões de tortura.

225 Como ensina José Paulo Netto: “no processo de derrocada da ditadura e sua substituição por um regime democrático – processo que se iniciou nos anos setenta e atravessou a década de oitenta -, a mobilização política de amplos setores populares alcançou tal magnitude que não foi possível evitar que se criassem as bases jurídico-institucionais para reverter boa parte daqueles traços de extrema exploração e dominação. A Constituição de 1988 consagrou este profundo avanço social, resultado das lutas conduzidas, por duas décadas, pelos setores democráticos: sem ferir a ordem burguesa (no interior da qual

redemocratização do país, com nova constituinte. Assim, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal que consagrou diversos direitos em prol dos trabalhadores e, dentre eles, o direito de greve, nos termos do artigo 9º, que tem a seguinte previsão:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

O constituinte brasileiro, influenciado pelas forças progressistas que lutaram pelo fim da ditadura, notadamente por parte da classe trabalhadora, inseriu os direitos sociais (Capítulo II), dentre os quais os direitos trabalhistas e o direito de greve²²⁶, no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais²²⁷, importante espaço dentro da Constituição

é impensável eliminar a exploração dos trabalhadores e a reprodução da miséria), ela assentou os fundamentos a partir dos quais a dinâmica capitalista poderia ser direcionada de modo a reduzir, a níveis toleráveis, o que os próprios segmentos das classes dominantes então denominavam ‘dívida social’. (...) Neste sentido, o essencial da Constituição de 1988 apontava para a construção – pela primeira vez assim posta na história brasileira – de uma espécie de Estado de bem-estar-social: não é por acaso que, no texto constitucional, de forma inédita em nossa lei máxima, consagram-se explicitamente, como tais e para além dos direitos civis e políticos, os direitos sociais (coroamento, como se sabe, da cidadania moderna). Com isto, colocava-se o arcabouço jurídico-político para implantar, na sociedade brasileira, uma política social compatível com as exigências de justiça social, equidade e universalidade.

Curiosamente, esta conquista social – insistia-se: só é possível pela amplitude da mobilização de setores populares na agonia do regime ditatorial e na transição à democracia política – realizava-se no mesmo momento em que, no plano internacional, múltiplos processos concorriam para colocar em questão o Estado de bem-estar-social (processos que incluem, dentre outros componentes, a reestruturação do capitalismo mundial e a crise do chamado socialismo real). Assim, ao tempo em que, no Brasil, criavam-se mecanismos político-democráticos de regulação dinâmica capitalista, no espaço mundial tais mecanismos perdiam vigência e tendiam a ser substituídos, com a legitimação oferecida pela ideologia neoliberal, pela desregulamentação, pela flexibilização e pela privatização – elementos inerentes à mundialização (globalização) operada sob o comando do grande capital. As possibilidades de levar à prática o essencial da Constituição de 1988, com esta evidente assincronia, tornavam-se mais problemáticas” (NETTO, 1999).

226 “O resultado, de todo modo, foi a construção de uma Constituição que avançou bastante em valores sociais, mesmo que em alguns aspectos pudesse ter avançado um pouco mais. A valorização social do trabalho é inegável. O texto constitucional é sintomático neste sentido, sobretudo no tratamento do instituto que foi mais decisivo para a retomada democrática: a greve”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Greve*. <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/greve.pdf>

227 Nas Constituições brasileiras de 1946 e 1967 o direito de greve figurava no título dedicado à Ordem Econômica e Social. Como afirma Estêvão Mallet: “A mudança não é meramente topológica. Tem

brasileira, reconhecendo a importância de se garantir meios para que os trabalhadores lutem por melhores condições de vida e de trabalho, com o escopo de se promover a dignidade destes.

Analisa-se, também aqui, de maneira destacada, os principais pontos contidos nessa previsão e o seu tratamento pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

O texto constitucional prevê, em benefício dos trabalhadores, assim como ocorre na Constituição portuguesa, que a serviu de inspiração neste ponto, duas linhas importantes de direitos, quais sejam, (i) a garantia do direito de greve e (ii) a garantia de definir a oportunidade e os interesses a defender através da greve. Essas linhas incluem algumas garantias em favor dos trabalhadores, as quais serão analisadas de maneira pormenorizada.

A Constituição Federal brasileira não definiu o conceito de greve, o que acabou por ser realizado pelo art. 2º da Lei 7.783/89 (conhecida como Lei de Greve), como a “*suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador*”²²⁸. Parte da doutrina assevera que essa definição reduz a dimensão contida no art. 9º da CF, pois restringe sua aplicabilidade²²⁹, entretanto, parece que a restrição mais se dá em razão da interpretação doutrinária e jurisprudencial ao instituto do que em razão da definição legal. Trata-se, também no Brasil, de direito individual com exercício coletivo, segundo doutrina majoritária²³⁰.

implicações importantes, decorrentes do regime próprio de tais direitos constitucionais, de que se extraem alguns desdobramentos” (MALLET, 2014).

228 Mauricio Godinho Delgado adota a seguinte definição de greve: “paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos”. (DELGADO, 2017). Na visão de Washington da Trindade, greve é o “direito de causar prejuízo”, expressão vinculada à paralisação da produção, conforme citação de RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A Greve Como Legítimo Direito de Prejudicar, in FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Curso de Direito Coletivo do Trabalho — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998. p. 502-509.

229 Como anota José Baboin: “Percebe-se que esta lei, mesmo restringindo a dimensão da greve dada pela Constituição, ainda assim assegura um conceito amplo do que é, juridicamente, greve. É importante salientar que, em momento algum, o direito de greve foi limitado quanto aos seus interesses reivindicatórios; pelo contrário, consta na Constituição e é reiterado na Lei 7.783/89 que compete aos trabalhadores decidirem ‘sobre os interesses que devam por meio dele defender’. Este ponto, denominado *causa final* da greve, é o motivo central da discussão doutrinária no que concerne à legitimidade da greve política, dividindo a doutrina entre as teorias ampliativa e restritiva, que serão oportunamente desenvolvidas” (BABOIN, 2013).

230 Por todos, veja-se os ensinamentos de Homero Batista Mateus da Silva: “a melhor forma de se engerar a greve é defini-la como um direito individual, mas que apenas se exerce coletivamente. Sem que o grupo de trabalhadores tenha deliberado deflagrar o movimento grevista, a paralisação

3.1. GARANTIA DO DIREITO DE GREVE

Para que o direito fundamental de greve tenha efetividade, deve-se assegurar aos trabalhadores condições mínimas para que possam exercê-lo e, segundo a doutrina brasileira, são esses:

(i) os trabalhadores não podem ser proibidos ou impedidos de fazer greve: a lei, os empregadores, terceiros ou o Estado não podem impedir ou proibir o exercício do direito de greve. Tentativas de inviabilizar ou aniquilar o exercício desse direito fundamental podem configurar ato antissindical, sujeito à reparação civil, além de ofensa ao § 1º e § 2º do art. 6º da Lei 7.783/89²³¹. Além do que, realizar greve não configura ilícito contratual, de maneira que os contratos de trabalho são mantidos (suspensos) durante a duração desta. Normalmente, quando a greve não é considerada abusiva, os salários dos dias de paralisação não são descontados, havendo pagamento normal ou compensação com mais horas de trabalho noutros dias; todavia, quando a greve é declarada abusiva, costuma-se haver desconto dos dias de paralisação. Trata-se de costume que conta com construção doutrinária, jurisprudencial e legal brasileira, porquanto de certa forma estimulada pelo art. 7º da Lei 7.783/89²³².

Deve-se ressaltar, entretanto, que no Brasil não há garantia de emprego, de maneira que as consequências de uma greve abusiva são distintas em comparação com Portugal. Além disso, não há na Consolidação das Leis do Trabalho (equivalente ao Código do Trabalho português) ou na

dos trabalhos por parte de um único operário ou por um pequeno grupo de empregados não receberá o tratamento de greve. Logo, a suspensão deve ser coletiva.” (MATEUS DA SILVA, 2011). Com posição diversa, Estêvão Mallet, para quem: “A greve é manifestação essencialmente coletiva. Em doutrina costuma-se dizer, com muita frequência aliás, ser a greve um direito de natureza individual, de exercício coletivo. A proposição não é correta e deve ser evitada. Em rigor, a greve apresenta, do ponto de vista ontológico, tanto uma faceta ou dimensão individual como uma coletiva, o que lhe confere estrutura complexa.” (MALLET, 2014). Também com posição diversa, Jorge Luiz Souto Maior, para quem esta constituiria direito coletivo, porquanto considera que a deliberação coletiva obrigaria a adesão individual à greve (SOUTO MAIOR, 2012).

231 “Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos: (...)

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento. (...)”

232 “Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.”

chamada Lei de Greve (7.783/89) previsão expressa de multa e de tipo penal em razão da prática de condutas antissindicaís²³³.

(ii) os trabalhadores não podem sofrer represálias em razão de fazer greve: os empregadores, terceiros ou o Estado não podem punir trabalhadores por fazerem greve²³⁴. O Supremo Tribunal Federal já em 1963 editou Súmula estabelecendo que: “a simples adesão à greve não constitui falta grave”. E o parágrafo único do art. 7º da Lei 7.783/89 dispõe que: “É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14”. Medida desse jaez pode configurar *conduta antissindical* e sujeitar o infrator à reparação civil, que costuma ser pleiteada em processo individual, quando o próprio trabalhador pretende retornar ao emprego ou anular alguma punição sofrida em razão da greve, cumulando o pedido de reparação por danos morais em razão da conduta ilícita²³⁵; ou em processo coletivo, quando o sindicato ou o Ministério Público do Trabalho ingressam com ação civil pleiteando a reparação de danos decorrentes da conduta antissindical²³⁶.

233 O artigo 15 da Lei de Greve apenas dispõe que: “a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.”

234 “Outro exemplo claro e pungente de norma fundamental que vincula os particulares, e não apenas o Estado, diz respeito ao direito de greve. Ao declarar ‘assegurado o direito de greve’ e ao atribuir aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, o legislador constitucional incorporou no ordenamento jurídico interno a mais clássica das formas residuais de autotutela e admitiu a irradiação de seus efeitos não apenas em face dos particulares singularmente considerados (empregadores, para quem se atribuiu deveres de contenção), mas também em face de toda a comunidade, haja vista a admissão do seu exercício, ainda que limitado pelo legislador infraconstitucional, em relação aos até então imunes serviços ou atividades essenciais” (MARTINEZ, 2015).

235 Nesse sentido decisão do Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte ementa: “RECURSO DE REVISTA. DEFLAÇÃO DE GREVE PELA CATEGORIA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DO RECLAMANTE SEM JUSTA CAUSA, NO CURSO DA GREVE. TRABALHADOR QUE NÃO ADERIU AO MOVIMENTO PARELISTA. ART. 7º DA LEI 7.783/89. INDENIZAÇÃO. O instituto da greve, ao ser incorporado pela ordem jurídica como um direito, acaba por encontrar nela suas próprias potencialidades e limitações e, entre as potencialidades, está a proteção de dispensa dos trabalhadores, conforme art. 7º, parágrafo único, da Lei 7.783/89. Nessa medida, também o art. 6º da Lei 7.783/89 desautoriza a adoção de condutas antissindicaís. Assim, em regra, não será possível ao empregador rescindir os contratos de trabalho no decurso de greve, ainda que não se trate de trabalhador grevista. No caso dos autos, verifica-se que o Reclamante foi dispensado sem justa causa em 07/12/2011, depois de deflagrada greve na categoria em 06/12/2011. **Tem-se, com isso, que o ato de dispensa sem justa causa do empregado configura conduta antissindical da empresa. Nessa circunstância, compreende-se razoável fixar indenização como forma de compensação pelo ato ilícito praticado pela empregadora, além de ostentar recomendável diretriz pedagógica.** Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.” (RR - 114800-83.2012.5.17.0014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/04/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017). (grifou-se)

236 MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicaís*. São Paulo: Saraiva, 2013.

(iii) a lei não pode limitar essa garantia, tampouco o Estado ou os empregadores: são válidas apenas limitações contidas na própria Constituição; além do que, “a lei regulamentadora não pode inviabilizar o exercício do direito, com exigências desproporcionais, ou comprometer seu núcleo essencial, com restrições desproporcionais” (MALLET, 2014). Dessa maneira, a análise e aplicação da Lei 7.783/89 deve ser bastante cautelosa, com vistas a não restringir o direito fundamental consagrado no art. 9º da Constituição Federal.

Ocorre, entretanto, que citada lei incluiu diversas atividades na categoria de essenciais que não se enquadram na definição de “necessidades inadiáveis da comunidade” (conforme texto do § 1º do art. 9º da CF) e tampouco na definição do Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho²³⁷, tais como compensação bancária, atividades portuárias, transporte coletivo, entre outros. Pode-se afirmar, assim, que há inconstitucionalidade de parte do texto da chamada Lei de Greve, notadamente em certas atividades inseridas como essenciais. A CF também veda aos militares a realização de greve, conforme inciso IV do § 3º do art. 142²³⁸.

(iv) aplicabilidade imediata: esse direito fundamental e as garantias dele decorrentes não dependem de lei concretizadora, em atenção ao disposto no art. 5º, § 1º, da CF²³⁹. Assim como ocorre em Portugal, incumbe à lei apenas a árdua tarefa de regular certos aspectos do exercício do direito de greve sem que retire qualquer efeito da norma constitucional, ao revés, deve-se garantir sua potencialização.

237 Em 1983 o Comitê de Liberdade Sindical reviu a definição de atividades essenciais, que passou a ser a seguinte: “São serviços essenciais aqueles cuja interrupção poderia pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população”. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_231057.pdf

238 “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...)”

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(...) IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (...)”

239 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Sobre o tema, especificamente no que se refere à amplitude da garantia constitucional e da vedação de sua limitação, ensina José Afonso da Silva:

A ‘greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado’. Inicia-se com base num procedimento jurídico: acordo dos trabalhadores em assembleia sindical; por isso é que se diz tratar-se de ‘*abstenção coletiva concertada*’. Ela, assim, se desencadeia e se desenvolve sob a égide do poder de representação do sindicato, pois é um instrumento dos trabalhadores coletivamente organizados para a realização de melhores condições de trabalho para toda a categoria profissional envolvida. Daí, também, a ideia de que a greve atua através de um *procedimento* que tem por escopo a formação de um futuro contrato coletivo de trabalho. Vê-se, pois, que ela não é um simples direito fundamental dos trabalhadores, mas um direito fundamental de natureza instrumental e desse modo se insere no conceito de *garantia constitucional*, porque funciona como meio posto pela Constituição à disposição dos trabalhadores, não como um bem auferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses.

A Constituição assegura o *direito de greve*, por si própria (art. 9º). Não o subordinou a eventual previsão em lei. E certo que isso não impede que lei defina os procedimentos de seu exercício, como exigência de assembleia sindical que a declare, de *quorum* para decidi-la e para definir abusos e respectivas penas. Mas a lei não pode restringir o direito mesmo, nem quanto à oportunidade de exercê-lo nem sobre os interesses que, por meio dele, devam ser defendidos. Tais decisões competem aos trabalhadores, e só a eles (art. 9º). **Diz-se que a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir não deverá ir no sentido de sua limitação, mas de sua proteção e garantia.** Quer dizer, os trabalhadores podem decretar *greves reivindicativas*, objetivando a melhoria das

condições de trabalho, ou *greves de solidariedade*, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou *greves políticas*, com o fim: de conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou *greves de protestos*. Também não há mais limitações quanto à natureza da atividade ou serviços, como no sistema revogado, que vedava greve nas atividades ou serviços essenciais. A esse propósito, só cabe à lei definir quais serviços e atividades sejam essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º). O que se espera, como sempre aconteceu, é que os próprios trabalhadores promovam o atendimento dessas necessidades inadiáveis da comunidade, até para não tê-la contra si. Contudo, o constituinte ainda não teve a coragem de admitir o amplo direito de greve aos *servidores públicos*, pois, em relação a estes, submeteu o exercício desse direito aos termos e limites definidos em lei específica (art. 37, VII) (SILVA, 2014). (grifou-se)

Um esclarecimento quanto ao ponto final do trecho acima citado se faz necessário, pois em 25.10.2007, por meio de decisão em Mandado de Injunção (ação que visa sanar a omissão legislativa inconstitucional, prevista no art. 5º, LXXI, da CF e regulada pela Lei 13.300/2016), o Supremo Tribunal Federal decidiu que se aplica aos servidores públicos a Lei 7.783/89 (Lei de Greve, relativa aos empregados “comuns”), naquilo que for compatível com as particularidades destes vínculos, até que o legislador edite lei específica que trate da greve destes.

A jurisprudência brasileira adota como pressuposto o disposto no art. 9º da CF, em especial quando a decisão é oriunda do Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta corte em matéria trabalhista no Brasil, do que se tem como exemplo:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. NÃO ABUSIVIDADE DO MOVIMENTO PARELISTA. DIREITO FUNDAMENTAL COLETIVO INSCRITO NO ART. 9º DA CF. ARTS. 3º E 4º DA LEI 7.783/89. A Constituição reconhece a greve como um direito fundamental de

caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas. Não se considera abusivo o movimento paredista se observados os requisitos estabelecidos pela ordem jurídica para sua validade: tentativa de negociação; aprovação da respectiva assembleia de trabalhadores; aviso prévio à parte adversa. Embora se reconheça que o direito de greve se submete às condições estabelecidas pelos arts. 3º e 4º da Lei 7.783/1989, em casos concretos - revestidos de peculiaridades que demonstrem o justo exercício, pelos trabalhadores, da prerrogativa de pressionaram a classe patronal para obtenção de melhores condições de trabalho -, não se pode interpretar a Lei com rigor exagerado, compreendendo um preceito legal de forma isolada, sem integrá-lo ao sistema jurídico. **A regulamentação do instituto da greve não pode traduzir um estreitamento ao direito de deflagração do movimento, sobretudo porque a Constituição Federal - que implementou o mais relevante avanço democrático no Direito Coletivo brasileiro -, em seu art. 9º, caput, conferiu larga amplitude a esse direito: É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.** Dessa forma, a aprovação por assembleia não pode - em situações especiais em que a greve foi realizada com razoabilidade, aprovação e adesão dos obreiros - exprimir uma formalidade intransponível a cercear o legítimo exercício do direito de greve. Dessa forma, a despeito da inexistência de prova escrita de assembleia-geral regular, se os elementos dos autos permitem a convicção de ter havido aprovação da greve pela parcela de empregados envolvidos, considera-se superado o requisito formal estabelecido pelo art. 4º da Lei 7.783/89. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE . NÃO ABUSIVIDADE DO MOVIMENTO PAREDISTA. PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS. REGRA GERAL. ART. 7º, LEI 7.783/89. A jurisprudência da SDC entende que, exceto

nas hipóteses de greve em função de não cumprimento de cláusulas contratuais relevantes e regras legais pela empresa (não pagamento ou atrasos reiterados de salários, más condições ambientais e risco à higidez dos obreiros, etc.), em que se pode falar na aplicação da regra contida na exceção do contrato não cumprido, deve ser observada a regra geral de tratar a duração do movimento paredista como suspensão do contrato de trabalho (art. 7º, Lei 7.783/89). Isso significa que os dias parados não são pagos, não se computando para fins contratuais o mesmo período. Recurso ordinário parcialmente provido. (RODC-2017400-02.2009.5.02.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 30/03/2012) (grifo nosso)

Em conclusão deste tópico, pode-se verificar que, da análise da doutrina e jurisprudência citadas, a previsão contida no art. 9º da CF é respeitada, garantindo-se aos trabalhadores o direito fundamental de greve no Brasil.

3.2. COMPETÊNCIA AOS TRABALHADORES PARA DEFINIR A OPORTUNIDADE E OS INTERESSES A DEFENDER POR MEIO DA GREVE

O artigo 9º da CF garante aos trabalhadores liberdade para definir a oportunidade e os interesses a defender por meio da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito: os trabalhadores possuem autonomia para decidir quais interesses serão defendidos por meio da greve²⁴⁰. Trata-se de ponto que provoca bastante polêmica, porquanto a amplitude do texto constitucional parece garantir que os motivos sejam não só trabalhistas, mas também

240 “A Constituição brasileira de 1988, em contraponto a todas as constituições anteriores do País, conferiu, efetivamente, amplitude ao direito de greve. É que determinou competir aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercer o direito, assim como decidir a respeito dos interesses que devam por meio dele defender (caput do art. 9º, CF/88). Oportunidade de exercício da greve e interesses a serem nela defendidos, ambos sob decisão dos respectivos trabalhadores, diz a Constituição” (DELGADO, 2017).

políticos e econômicos. Grande parte da doutrina²⁴¹ e da jurisprudência²⁴² brasileiras costumam limitar o âmbito de interesses aos profissionais, mas, acredita-se, isso não se conforma ao previsto na Constituição Federal.

Estevão Mallet defende a natureza não absoluta do direito de greve e argumenta que se seu fundamento é ilícito, “a greve se torna inaceitável” (MALLET, 2014), e que:

Logo à partida, é evidente não se justificar a greve cujo propósito seja subverter a ordem jurídica ou atentar contra as instituições, o que já se chamou de ‘greve revolucionária’. Não aproveita tese contrária invocação da literalidade do art. 9, *caput*, da Constituição, com a ampla e larga atribuição aos trabalhadores da definição dos interesses que por meio da greve pretendam defender (MALLET, 2014).

241 Por todos, veja-se o que defende Cássio Mesquita de Barros: “A locução ‘interesses’, não acompanhada da qualificação desses interesses, é ambígua. Pode - se pensar, com razão, que tais interesses são os que podem ter o cidadão comum, enquanto membro da comunidade social. Mas esses interesses não podem ser outros senão os do trabalhador enquanto sujeito de um contrato de trabalho, membro do pessoal de uma empresa. Há de se distinguir entre trabalhador enquanto cidadão e cidadão enquanto trabalhador. Interpretação contrária poderia chegar até à afirmação de que a greve defende interesses de todo tipo, sejam trabalhistas, sejam políticos. Se recorrermos à interpretação sistemática, o apoio à conclusão que circunscreve a greve à defesa de interesses profissionais apresenta-se mais consistente” (BARROS, 1997).

242 Conforme recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte ementa: “A) DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. RECURSO ORDINÁRIO DA COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM. 1. GREVE GERAL CONTRA AS REFORMAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. ABUSIVIDADE, SEGUNDO A MAIORIA DOS MEMBROS DESTA SEÇÃO. **O atual entendimento desta Seção Especializada é de que a greve deflagrada como forma de protesto contra as Reformas Trabalhista e Previdenciária tem conotação política, porquanto dirigida contra o Poder Público e com objetivos direcionados à proteção de interesses que não podem ser atendidos pelo empregador. Por essa razão, a maioria dos membros desta SDC considera que a greve, nessa situação, deve ser declarada abusiva.** Assim, por disciplina judiciária, declara-se abusiva a greve deflagrada pelos Sindicatos Suscitados no dia 28/4/2017. Ressalva de entendimento do Relator, o qual entende que a Constituição não considera inválidos os movimentos paretistas que defendam interesses que não sejam estritamente contratuais, desde que ostentem também dimensão e impacto profissionais e contratuais importantes - o que seria o caso dos autos, já que as reformas trabalhista e previdenciária, cerne da deflagração da greve, são eventos com alto potencial de repercussão nas condições de trabalho, pois podem promover modificações prejudiciais para os trabalhadores no contexto do contrato de trabalho. Nessa linha de raciocínio, não haveria abusividade no movimento paretista ora analisado, sob o ponto de vista material, ou seja, dos interesses defendidos. Recurso ordinário provido, no aspecto. (...)” (RO-1001268-03.2017.5.02.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 06/03/2020) (grifo nosso)

Na sequência, Mallet defende a legalidade das greves contendo reivindicação de natureza profissional²⁴³, greves de solidariedade²⁴⁴ e greves políticas, desde que relacionadas a aspectos econômico-profissionais²⁴⁵. Por fim, realiza importante defesa da amplitude do direito de greve, não o vinculando a exigências que possam ser atendidas pelo empregador, nos seguintes termos:

Não importa o fato de o empregador, principal atingido pela greve, não dispor dos meios para satisfazer a reivindicação, aspecto aventado por alguma doutrina para negar esteja a greve política compreendida no direito de greve. As consequências do movimento coletivo nunca ficam confinadas aos sujeitos da relação de emprego. Atingem também terceiros, de modo que podem levar a mudanças realizadas fora do contrato de trabalho ou da relação de trabalho. No setor público, a greve de funcionários do Poder Executivo, para aumento de vencimentos, também investe contra quem não pode satisfazer a pretensão, dependente de pronunciamento de competência do Poder Legislativo, ainda que não de sua iniciativa. Nem por isso deixa-se de admitir a greve, cuja deflagração não supõe necessariamente a possibilidade de celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho (MALLET, 2014).

Também favorável à amplitude do direito de greve Mauricio Godinho Delgado:

O Texto Constitucional de 1988 firma, sem dúvida, extensão bastante larga para o direito de greve no

243 “O fundamento mais óbvio para a greve relaciona-se com a reivindicação de direitos de natureza profissional. Tanto pode ser o caso de reivindicação de cumprimento de obrigação já existente, como de criação de novas condições de trabalho, mais favoráveis, naturalmente” (MALLET, 2014).

244 “Quando a greve extravasa o âmbito estrita e imediatamente profissional dos interessados, sem incorrer, todavia, na ilicitude do fim, põe-se o problema de avaliar sua legitimidade. A chamada greve de solidariedade típica, também de natureza profissional, deve ser admitida, tal como sublinhado pelo Comité de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho” (MALLET, 2014).

245 “As greves políticas reclamam distinção. Se têm natureza política, mas guardam conexão com aspectos econômico-profissionais, tal como se dá quando contestam a política trabalhista do Governo, retratam exercício legítimo do direito (...)” e “Já a paralisação exclusivamente política, sem ligação com a realidade profissional dos empregados, como a que é voltada a obter o rompimento de relações diplomáticas com país considerado não democrático ou a que pretende modificar o critério para cálculo de pedágios em rodovias, desvia o direito previsto no art. 9 da Constituição de sua finalidade. Não há greve, no sentido jurídico do termo, mas protesto de outra ordem”. (MALLET, 2014).

segmento privado. Diz a Constituição que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercer o direito e sobre os interesses que devam por meio dele defender (art. 9º, caput). Trata-se, sem dúvida, da mais ampla potencialidade reconhecida ao instituto em sua vivência no País.

No que diz respeito aos interesses contemplados, é claro que a grande maioria das greves dirige-se a temas contratuais, reivindicações trabalhistas, sendo esse o conduto essencial de desenvolvimento do instituto ao longo da história do capitalismo.

Entretanto, sob o ponto de vista constitucional, as greves não necessitam circunscrever-se a interesses estritamente contratuais trabalhistas (embora tal restrição seja recomendável, do ponto de vista político-prático, em vista do risco da banalização do instituto — aspecto a ser avaliado pelos trabalhadores).

Isso significa que, a teor do comando constitucional, não são, em princípio, inválidos movimentos paredistas que defendam interesses que não sejam rigorosamente contratuais - como as greves de solidariedade e as chamadas políticas. A validade desses movimentos será inquestionável, em especial se a solidariedade ou a motivação política vincularem-se a fatores de significativa repercussão na vida e trabalho dos grevistas.

Já se mencionou, neste capítulo (item III.1.D), a grande resistência que, regra geral, tratadistas e distintas ordens jurídicas têm com respeito a greves não estritamente econômico-profissionais. Porém, nas democracias, havendo significativa aproximação de interesses, apta a gerar instrumental solidariedade, ou havendo significativa aproximação de problemas, apta a gerar instrumental insurgência paredista, o exercício da greve não se qualifica como abuso do direito. Esta é a linha matriz apontada pelo art. 9º da Constituição da República do Brasil. (DELGADO, 2017).

Como se vê, parte da doutrina defende a amplitude do direito de greve, ainda que isso não seja acompanhado pela posição majoritária dos Tribunais brasileiros, tampouco pelo Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta corte na seara laboral, conforme emblemático acórdão citado em nota anterior.

No Brasil igualmente o locaute é proibido, não pela Constituição Federal, mas pela Lei de Greve (Lei 7.783/89, art. 17²⁴⁶). Acerca do tema defende Godinho Delgado:

Não há contradição na ordem jurídica ao acatar o instrumento de autotutela coletiva dos trabalhadores (a greve), negando validade a esse instrumento de autotutela coletiva dos empresários (o locaute). Conforme já exposto, há uma magnitude de instrumentos de pressão coletiva naturalmente já detidos pelos empregadores, muito além do locaute, em face da natureza coletiva dos seres empresariais. Em contraponto a isso, a greve é um dos poucos — e, sem dúvida, o principal — mecanismos de pressão e convencimento possuídos pelos obreiros, coletivamente considerados, em seu eventual enfrentamento à força empresarial, no contexto da negociação coletiva trabalhista. Por tais razões, destituir os trabalhadores das potencialidades do instrumento paredista é tornar falacioso o princípio juscoletivo da equivalência entre os contratantes coletivos, ao passo que ofertar ao empregador o mecanismo do locaute será criar distanciamento de poder incomparável na ordem sociodemocrática contemporânea.

(...)

De fato, o locaute conspira contra o exercício dos direitos sociais, contra as noções de segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, eleitas como valores supremos da sociedade brasileira. Conspira contra a intenção normativa de se fazer fraterna essa

246“Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout). Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.”

sociedade, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias (Preâmbulo da Constituição — excertos). A ideia de segurança, a propósito, já enfatizada no Preâmbulo, é retomada, logo a seguir, como direito inviolável, pela mesma Constituição (art. 5º, caput).

O locaute, enquanto poder máximo do empregador, conspira contra a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, ungidos pela Constituição como alguns dos fundamentos da República do Brasil (art. 1º, III e IV). Enquanto poder incontestável, conspira também contra os objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, promover o bem de todos, sem discriminações (art. 3º, I, II, III e IV, CF/88).

Em sua dimensão de poder empresarial máximo, o locaute entra em choque ainda com certos fundamentos da ordem econômica do país, em especial a valorização do trabalho humano (art. 170, CF/88), o qual é também primado da ordem social (art. 193, CF/88). A par disso, agride a finalidade das ordens econômica e social, que é assegurar a todos existência digna e bem-estar, conforme ditames da justiça social (caput do art. 170, combinado com art. 193, Constituição).

Tudo isso inviabiliza a prática lícita do locaute na ordem jurídica brasileira (DELGADO, 2017).

Constata-se que o legislador constituinte desejou, após trágico período na história brasileira, garantir e proteger o efetivo exercício de direito que tem a potencialidade de obter melhoria nas condições sociais da classe trabalhadora e de toda a sociedade, pois possibilitador de aumento de salários e consequente redução de desigualdades, medida de grande preocupação no Brasil, porquanto um dos países com maior concentração de renda (segundo relatório da ONU²⁴⁷) e dos mais desiguais do mundo

247 <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-tem-segunda-maior-concentracao-de-renda-do-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>

(segundo dados Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento²⁴⁸), o que acarreta aumento da criminalidade e evidente piora na qualidade de vida geral. Assim, garantiu aos trabalhadores o direito de greve e a competência para “decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

4. CONCLUSÕES

Brasil e Portugal, antes de suas vigentes Constituições, viveram períodos tristes nas suas respectivas histórias nacionais, pois sob regimes autoritários, naturalmente repressores de movimentos sociais e, por consequência, da greve, que é a mais forte e efetiva forma de pressão da classe trabalhadora.

Entretanto, também de maneira similar, os trabalhadores assumiram postura de destaque na luta pela derrubada desses regimes, a uma porque são maioria na sociedade; a duas porque possuem força quando atuam em conjunto; a três porque têm pouco a perder em comparação com as classes dominantes; a quatro porque costumam ser a classe que mais sofre nos regimes autoritários.

Assim, derrubados tais regimes, foram promulgadas Constituições nesses países, as quais refletiram o anseio dos trabalhadores em ter à disposição meios de luta para melhoria de sua condição de vida e evolução da própria sociedade. Assegurou-se, portanto, o direito de greve com previsões bastante amplas, além de um cuidado especial ao inseri-lo no campo dos direitos fundamentais, com toda a potencialidade daí decorrente.

Os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão; uma *objetiva*, a gerar um dever estatal de proteção e promoção; uma *subjetiva*, a gerar a sindicabilidade perante os poderes públicos e particulares, exigíveis perante o Poder Judiciário. Nesse contexto, tendo-se o direito de greve como tal espécie de direitos, este deve ser protegido e promovido pelo Estado e devidamente respeitado pelos particulares e entes públicos, sendo possível, caso necessário, exigir sua preservação perante os Tribunais.

248 <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/12/09/brasil-e-o-7-mais-desigual-do-mundo-melhor-apanas-do-que-africanos.htm>

Além disso, as normas constitucionais, em especial as que contém direitos fundamentais, devem ser densificadas, com a finalidade de promover sua eficácia e aplicabilidade, o que acaba por potencializar seus efeitos perante a coletividade.

O direito de greve, direito fundamental que é, tem de ser densificado e a interpretação constitucional dessa previsão deve ocorrer no sentido de maximizar seus efeitos, a fim de que dele se extraia toda sua potencialidade. Não se deve, por meio de interpretação restritiva, reduzir sua efetividade, pois suas limitações têm de ser apenas as previstas no próprio contexto constitucional. É certo que nenhum direito é absoluto, todavia, as restrições aos direitos fundamentais devem ser as menores possíveis, limitando-se mesmo às reduções previstas na própria Constituição.

Nesse contexto, pode-se concluir que, quanto à primeira linha de proteção ao direito de greve (efetiva garantia do direito de greve e seus desdobramentos), doutrina e jurisprudência brasileiras e portuguesas aplicam-na com efetividade e respeito às respectivas Constituições. Entretanto, quanto à segunda linha de proteção (competência dos trabalhadores para definir os interesses a defender por meio da greve), doutrina e jurisprudência apresentam, muitas vezes, interpretação restritiva, a qual não se conforma à previsão constitucional, porque retira parte da potência das respectivas normas. Percebe-se que a chamada greve política é a que sofre maior restrição nos dois países, tanto por parte da doutrina quanto por parte da jurisprudência.

Neste aspecto, concorda-se com Gomes Canotilho e Vital Moreira quanto à amplitude do direito de greve (GOMES CANOTILHO, MOREIRA, 2007), os quais adotam interpretação que parece a mais adequada, porquanto propiciadora de densificação da norma constitucional que, como afirmam, serve a intensificar medidas de participação democrática, o que não se pode restringir à democracia representativa por meio de eleições periódicas (a chamada “democracia indireta”).

Medidas como a greve, numa interpretação ampla do art. 57.º da Constituição da República Portuguesa e do art. 9º da Constituição Federal brasileira, servem como forma de participação do trabalhador na “dinâmica social”; como um meio democrático para defender seus interesses, pressionando seu empregador, mas também os Poderes Executivo e Legislativo. É possível que se trate do meio de participação política mais efetivo à disposição dos trabalhadores.

Dessa maneira, vedar as greves políticas equivale a reduzir a possibilidade de intensificação da participação democrática da maioria da população, composta que é por pessoas que vivem do próprio trabalho. Isso enfraquece a democracia e não contribui para a construção de cidadãos com maior capacidade de participação nas decisões relativas ao Estado.

Em conclusão, pode-se afirmar que o pleno respeito ao direito de greve constitui medida necessária para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF) e da República Portuguesa (art. 1º da CRP).

5. BIBLIOGRAFIA

AUGUSTO, Claudio de Farias. *A Revolução Portuguesa*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. *O Tratamento Jurisprudencial da Greve Política no Brasil*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

BARROS, Cássio Mesquita de. *Responsabilidade civil do sindicato na greve*. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, n. 98, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição, São Paulo, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Edição (revista e ampliada), São Paulo: LTr, 2017.

GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4ª Edição revista, Coimbra, 2007.

MALLET, Estevão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve*. São Paulo, LTr: 2014.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *As condutas antissindicais como violações à progressividade social*. Revista Magister de Direito do Trabalho Nº 64 – Jan-Fev/2015.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*. 9ª Edição, Coimbra, 2019.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

MONTEIRO FERNANDES, António. *A lei e as greves: comentários a dezasseis artigos do código do trabalho*. 19ª Edição, Coimbra, Reimpressão 2020.

_____. *Direito do Trabalho*. 19ª Edição, Coimbra, 2019.

MOREIRA, António José. A Greve: questão eterna do *Direito do Trabalho*. *Greve e abuso do direito*. Minerva: Revista de Estudos Laborais. Ano IX - I da 4.ª Série - N.º 1 (2019).

NETTO, José Paulo. “FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras”, in LESBAUPIN, Ivo (Org.). *O desmonte da nação: balanço do governo FHC*. Petrópolis: Vozes, 1999.

PÉRES LUNÕ, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2005.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A Greve Como Legítimo Direito de Prejudicar, in FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de Direito Coletivo do Trabalho — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

SANTANA, Marco Aurélio. *Ditadura militar e resistência operária: O movimento sindical brasileiro do golpe à transição democrática*. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2008v7n13p279/8605>>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: direito coletivo do trabalho*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 37ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Greve*. Ltr Suplemento Trabalhista, n. 124, 12, São Paulo: LTr, 2012.

SUPIOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho*, 1ª Edição “Quadrigé”, Fundação Calouste Gulbenkian, trad: António Monteiro Fernandes, Lisboa, 2016.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELA NÃO PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL PELO EMPREGADO

THE EMPLOYER'S CIVIL LIABILITY FOR THE EMPLOYEE'S NON-PERCEPTION OF THE SPECIAL RETIREMENT BENEFIT

Luis Henrique de Menezes Acioly²⁴⁹

249 Pós-Graduando em Direito Digital (Especialização) junto ao Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) e Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) da UERJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa - UniRuy. Coordenador de Pesquisa do Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade – GETIS / CNPq. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0485009486625100>. Contato: acioly10@gmail.com.

Resumo: A previdência social, enquanto direito fundamental, exige a cooperação de diversos atores sociais para sua efetivação, especialmente na proteção da dignidade do trabalho através do benefício da Aposentadoria Especial. Este benefício retira o trabalhador do mercado de trabalho antecipadamente para compensar a perda da capacidade laborativa. A emissão dos documentos comprobatórios da nocividade pelo empregador é essencial, e sua omissão pode causar danos ao empregado. O presente artigo examina os efeitos jurídicos desses danos e a responsabilidade civil do empregador. Revisa as doutrinas e regulamentações sobre a Aposentadoria Especial e os deveres do empregador na comprovação da especialidade da atividade. Também analisa os elementos da responsabilidade civil para definir seus parâmetros. Conclui-se que a responsabilidade civil do empregador pela não percepção ou percepção tardia da Aposentadoria Especial deve ser regida pelo regime subjetivo de imputação, e que a responsabilidade civil organiza os riscos sociais, distribuindo deveres e coordenando comportamentos.

Palavra-chave: Aposentadoria Especial; Direito Previdenciário; Trabalho Digno; Responsabilidade Civil; Pressupostos de Imputação.

Abstract: Social security, as a fundamental social right, requires the cooperation of various social actors for its realization, particularly in protecting the dignity of labor through the Special Retirement benefit. This benefit removes workers from the labor market early to compensate for the loss of labor capacity. The issuance of documents proving harmful conditions by the employer is essential, and its omission can cause damage to the employee. This article examines the legal effects of such damages and the employer's civil liability. It reviews doctrines and regulations on Special Retirement and the employer's duties in proving the specialty of the activity. Additionally, it analyzes the elements of civil liability to define its parameters. The conclusion is that the employer's civil liability for the non-receipt or delayed receipt of Special Retirement should be governed by the subjective imputation regime. Moreover, civil liability organizes social risks by distributing duties and coordinating behaviors.

Keywords: Special Retirement; Social Security Law; Decent Work; Civil liability; Imputation Assumptions.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Fundamental à Previdência Social assume o papel de tutela da dignidade da pessoa humana em face aos diversos riscos que soem ocorrer no seio da vida humana em comunidade. Assim, a concretização desse direito pressupõe uma atuação conjunta entre os diversos agentes que são por ele afetados, seja na condição de beneficiário, seja na condição de ente estatal ou, ainda, na qualidade de empregador. Não se olvida que este último é, por diversas vezes, responsável por ensejar riscos ao leque protetivo da previdência.

Nesse panorama, a Previdência Social dispõe de benefícios aptos à proteção da dignidade do trabalho, dentre os quais se destaca a Aposentadoria Especial, cujo desiderato é a tutela do trabalhador exposto a agentes nocivos à sua saúde e à sua integridade física, em decorrência do tempo. A proteção, nesse caso, se materializa em normas específicas que deferem ao trabalhador nessa condição o direito a uma aposentadoria precoce, dispondo de menor período contributivo.

Contudo, diante de um sistema que tem a isonomia como primado principiológico, o seu deferimento é restrito aos trabalhadores que efetivamente trabalhem em ambientes expostos a agentes considerados nocivos pela legislação. Destarte, a comprovação da especialidade da atividade pressupõe uma posição ativa do empregador, de forma tal que lhe é imposto um feixe de deveres, cujo descumprimento pode gerar sanções administrativas e penais.

Não se pode olvidar que as relações entre empregado e empregador, além de serem balizadas pelas searas administrativas, previdenciária, trabalhista e penal, são regimentadas também pelo ordenamento jurídico civil, uma vez que se o são também entes privados²⁵⁰, em regra. Diante dessa premissa, é imperioso investigar quais os efeitos jurídicos decorrentes dos danos causados ao empregado no tocante à percepção desse benefício previdenciário, notadamente quanto ao instituto da responsabilidade civil. Ainda, objetiva-se investigar a noção doutrinária sobre o conceito e características do benefício de Aposentadoria Especial, bem como entender o desiderato do complexo de deveres imposto ao

250 Conforme aduzido no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), empregado é em todo caso uma pessoa física. Segundo inteligência do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho empregador é a pessoa física ou jurídica que dirige a prestação pessoal serviço.

empregador por determinação legal e regulamentar e, ainda, descortinar a visão doutrinária sobre os pressupostos da responsabilidade civil e os parâmetros para o seu preenchimento nessa situação.

Optou-se por uma abordagem qualitativa, elegendo por metodologia a revisão bibliográfica e fontes documentais, materializada por meio de uma pesquisa bibliográfica – de cunho descritivo e natureza qualitativa –, cuja coleta de dados se deu por livros, dissertações e artigos, repositados em bases de dados eletrônicas – Scientific Electronic Library Online (SciELO) e Google Acadêmico –, tendo como descritores: “aposentadoria especial”; “Previdência Social Brasileira”; “responsabilidade civil”; “perfil profissiográfico previdenciário”; e “responsabilidade do empregado”.

O presente artigo se subdivide em três capítulos e a conclusão. O primeiro capítulo diz respeito ao panorama legislativo e interpretação doutrinária sobre o benefício de Aposentadoria Especial. O segundo capítulo dispõe sobre o papel do empregador na percepção desse benefício diante desse feixe de deveres que lhe são impostos. O terceiro capítulo verifica a existência de pressupostos constitutivos da obrigação de indenizar concernentes ao instituto da responsabilidade civil. Ao cabo, são tecidas as considerações finais.

2. O BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA ESPECIAL, SUA INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E PANORAMA LEGISLATIVO

A Previdência Social, integrante do sistema de Seguridade Social, deriva da concepção de Estado de Bem-Estar Social, bem como é elevada ao posto de Direito Fundamental do trabalhador segundo a ordem constitucional vigente²⁵¹. Através da Previdência Social, busca o Estado a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em face aos diversos riscos inerentes à vida humana em sociedade²⁵².

A caracterização da Seguridade Social²⁵³ como Direito Fundamental demonstra a feição do Estado Contemporâneo quanto à inclusão, no rol de

251 Conforme estabelece o art. 6º da Constituição Federal de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo do autor).

252 ABREU, Dimitri Brandi de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado Brasileiro na economia**. 2016. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

direitos fundamentais, dos chamados Direitos Sociais, com escopo de proteção frente às vicissitudes que ocasionem mitigação ou a própria perda de condições de subsistência, garantindo a dignidade da pessoa humana²⁵⁴. A essa feita, o Estado brasileiro dispõe do Regime Geral de Previdência Social como supletivo e de maior abrangência ao seu povo²⁵⁵.

Conforme aduz Cunha Júnior²⁵⁶, a Previdência Social “manifesta-se como um direito fundamental social que assegura aos seus beneficiários, mediante pagamento de determinada contribuição, os meios indispensáveis de manutenção (...), através de certos benefícios”. O autor também enumera os riscos sociais que o sistema de Previdência Social busca resguardar:

(I) cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (II) proteção à maternidade, especialmente à gestante; (III) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (IV) salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (V) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes²⁵⁷.

A noção de previdência como um direito fundamental que assume a feição de proteção ao cidadão de determinados riscos sociais também é compartilhada por outros autores. Por sua vez, Amado²⁵⁸ assevera a necessidade do Estado promover a proteção do seu povo contra eventos previsíveis, ou não, aptos a causar miséria e entropia social, relacionando a obrigação em providenciar recursos para manutenção do mínimo existencial, que consubstancia a própria dignidade da pessoa humana em um sistema de

253 A seguridade social, enquanto direito fundamental de dimensão social, é formado pelo conjunto de ações voltadas à saúde, assistência social e previdência social, nos termos do art. 194 da Constituição Federal de 1988.

254 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

255 O sistema público brasileiro de Previdência Social se descortina em dois regimes de cobertura: o Regime Geral da Previdência Social - RGPS e o Regime Próprio da Previdência Social - RPPS. O RGPS nesse contexto se manifesta como de maior abrangência, na medida em que a relação de seus segurados é inteiramente mais elástica do que os segurados do RPPS. Ademais, todos aqueles que exerçam atividade econômica e que não estejam vinculados a um regime próprio de previdência, estarão, obrigatoriamente, abrangidos e vinculados ao RGPS (MAGALHÃES, 2018).

256 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1214.

257 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1214.

258 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

proteção social. Em suma, “a Seguridade Social compreende a ideia do bem-estar (*Welfare State*) atingido em sua plenitude, com a garantia de pleno emprego e a proteção ao trabalhador contra todos os riscos e eventos de sua vida profissional”²⁵⁹. Semelhantemente, Abreu²⁶⁰ explicita a correlação da previdência com o modelo de *welfare state* a partir do estabelecimento pelo ordenamento jurídico de regras de concessão, valores do benefício e os destinatários que se coadunem com a efetividade do ditame protetivo.

A proteção ao trabalhador e seus dependentes dos riscos que soem ocorrer no seio da sociedade perpassa pela noção de Dignidade do Trabalho, atenuando-se os reveses inerentes ao labor em condições prejudiciais à saúde e integridade física²⁶¹. No leque protetivo do sistema de Previdência Social, a proteção ao trabalhador no tocante ao trabalho em condições prejudiciais à saúde e à integridade física se dá através do benefício da Aposentadoria Especial²⁶², fundamentada no texto do Inciso II do § 1º do art. 201 da Constituição Federal de 1988:

Art. 201. É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (...) II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação²⁶³.

259 LAZZARI, João Batista. A manutenção da aposentadoria especial no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Social*. v. 1, n. 1, p. 8-31, jan./abr. 2018, p. 10.

260 ABREU, Dimitri Brandi de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado Brasileiro na economia**. 2016. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

261 PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. Benefício previdenciário e indenização fundada na responsabilidade civil do empregador: cumulação ou complementação?. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, n. 1, p. 10-28, 2016.

262 No âmbito do Direito do Trabalho, a proteção ao trabalho prejudicial à saúde e integridade física se dá por meio do instituto da Insalubridade, positivado no art. 189 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há, nesse caso, identidade com o instituto da Aposentadoria Especial, pois a caracterização desta possui um regramento específico àquela, conforme a legislação especial, bem como suas consequências jurídicas são diversas (cf. OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de. **A aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social no Brasil: o meio ambiente do trabalho e a teoria da consequência à causa**. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas). Centro Universitário UDF. Brasília, 2020).

263 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

A redação do dispositivo constitucional, dada pela Emenda Constitucional n. 103 de 2019, traz clareza ao aduzir a excepcionalidade da proteção ao trabalho em condições especiais, resultante da aplicação do princípio da seletividade da previdência social. A essa feita, rememora-se que o princípio da seletividade obriga o legislador a realizar uma seleção dos riscos sociais que serão agasalhados no leque da Previdência Social, em respeito ao mínimo constitucional positivado no art. 201 da Carta Magna, cuja extensão da escolha recai ao universo de segurado e dependentes, conforme maior ou menor necessidade social da prestação previdenciária, consoante interesse público²⁶⁴. Conceitua Lazzari o benefício de Aposentadoria Especial como:

Espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas²⁶⁵.

Dessa forma, o direito ao aludido benefício é adquirido, quando atendidas as condições específicas que objetivam a compensação do trabalho em condições de efetivo prejuízo à saúde ou integridade física do segurado em função do tempo. A construção dos requisitos específicos a esse benefício ratifica a sua própria essência, uma vez que se busca, mediante parâmetros técnicos e em nome do equilíbrio financeiro e atuarial²⁶⁶, delimitar o conceito de atividade prejudicial à saúde e integridade física do trabalhador para fins de descanso precoce²⁶⁷.

264 OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de. **A aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social no Brasil: o meio ambiente do trabalho e a teoria da consequência à causa**. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas). Centro Universitário UDF. Brasília, 2020; AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

265 LAZZARI, João Batista. A manutenção da aposentadoria especial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Social**. v. 1, n. 1, p. 8-31, jan./abr. 2018, p. 11.

266 ABREU, Dimitri Brandi de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado Brasileiro na economia**. 2016. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016; OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de. **A aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social no Brasil: o meio ambiente do trabalho e a teoria da consequência à causa**. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas). Centro Universitário UDF. Brasília, 2020.

267 Segundo as normas dos artigos 15, 16, 17 e 18 da Emenda Constitucional n. 103 de 2019, a Aposentadoria por Tempo de Contribuição exige, entre outros requisitos, 30 anos de contribuição se

Logo, a aposentação precoce é alcançada com o exercício de atividades especiais por 15, 20 ou 25 anos, nos termos do art. 57 da Lei 8.213 de 1991²⁶⁸⁻²⁶⁹. Sobre a variação do tempo de atividade especial, explica Amado que:

A esmagadora maioria das atividades especiais prevê a aposentadoria com 25 anos de contribuição. Apenas tem previsão de 20 anos o tempo especial de mineração subterrânea cujas atividades sejam exercidas afastadas das frentes de produção (item 4.0.1), assim como a exposição aos asbestos ou amianto (item 1.0.2), enquanto os trabalhos em atividade permanentes no subsolo de minerações subterrâneas em frentes de produção farão com que os segurados se aposentem com apenas 15 anos de contribuição, em razão da enorme lesividade à saúde (item 4.0.2)²⁷⁰⁻²⁷¹.

A exigência de período contributivo reduzido para aposentação representa o resultado de estudos técnicos que definem os prazos de 15, 20 ou 25 anos como tempo limite em que o corpo humano suporta, com riscos reduzidos os contatos com os agentes nocivos designados na norma regulamentar²⁷². Após ultrapassado esses prazos, a permanência do contato com o agente nocivo gera não mais uma hipótese de risco, mas uma presunção de prejuízo à saúde laboral²⁷³.

mulher e 35 anos de contribuição sendo homem o segurado.

268 BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

269 Além do tempo de atividade especial, a Emenda Constitucional n. 103 de 2019 (BRASIL, 2019) trouxe à baila o requisito etário, na forma de seu art. 19, § 1º, de sorte que as atividades que exigem tempo especial mínimo de 15 anos exigem também a idade mínima de 55 anos, as atividades que ensejam aposentadoria especial com tempo de 20 anos requerem idade mínima de 58 anos, e as atividades especiais que pelo decurso de 25 anos ensejam a aposentação especial também exigem 60 anos de idade mínima do segurado.

270 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 784.

271 Os “itens” a que o autor se refere são os listados no Anexo IV do Decreto 3.048 de 1999 (Regulamento da Previdência Social), que exara as atividades e agentes considerados especiais para fins do benefício em comento.

272 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020; BATISTA JÚNIOR, Elísio Nascimento; SILVA, Carlos Rafael. Aposentadoria Especial e reforma da Emenda Constitucional nº 103/2019: análise da constitucionalidade em face do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. v. 7, n. 1, p. 78-94, jan./jul. 2021.

A caracterização da nocividade do agente agressor à saúde, para fins da Aposentadoria Especial, pode se dar de forma meramente qualitativa, em que a exposição ocupacional ao agente nocivo é suficiente para sua configuração como tal, ou quantitativa, em que se exige que a exposição se dê em nível superior aos limites de tolerância, determinados pela norma de regência²⁷⁴.

A exigência da habitualidade e permanência da exposição ao agente nocivo, que pode ser de origem biológica, química ou física²⁷⁵, embora não esteja positivada no art. 57 da Lei 8.213 de 1991²⁷⁶ e no art. 201, §1º da Constituição Federal, decorre do texto normativo do art. 64 do Decreto n. 3.048 de 1999²⁷⁷⁻²⁷⁸, conforme delegação do art. 58 da Lei 8.213 de 1991:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo²⁷⁹.

273 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020; BATISTA JÚNIOR, Elisio Nascimento; SILVA, Carlos Rafael. Aposentadoria Especial e reforma da Emenda Constitucional nº 103/2019: análise da constitucionalidade em face do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. v. 7, n. 1, p. 78-94, jan./jul. 2021.

274 OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de. **A aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social no Brasil: o meio ambiente do trabalho e a teoria da consequência à causa**. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas). Centro Universitário UDF. Brasília, 2020.

275 A relação de agentes nocivos e atividades prejudiciais à saúde para fins de Aposentadoria Especial consta no Anexo IV do Decreto n. 3.048 de 1999 – Regulamento da Previdência Social.

276 BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

277 *In verbis*: “A aposentadoria especial, uma vez cumprido o período de carência exigido, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este último somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que comprove o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes, de **forma permanente, não ocasional nem intermitente**, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, quinze, vinte ou vinte e cinco anos, e que cumprir os seguintes requisitos” (grifos do autor).

278 A noção de permanência da exposição é extraída do texto normativo do art. 65 do Decreto n. 3.048 de 1999: “Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço”.

279 BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

É assente na jurisprudência que o trabalho é regido pela lei vigente ao tempo da prestação do serviço. Logo, convivem regimes de configuração da especialidade: o enquadramento por categoria profissional, em que, conforme a atividade desenvolvida pelo segurado, a lei presumia a sua sujeição a condições prejudiciais à saúde; e o enquadramento por agente nocivo, em que, independentemente da atividade, a exposição a algum dos agentes listados na norma de regência ensejava a caracterização²⁸⁰.

A diversidade de regime se impõe devido à aplicação do princípio do *tempus regit actum*, que garante ao segurado a manutenção do seu direito, uma vez adquirido conforme a legislação vigente²⁸¹ à época do labor até então considerado especial. Após o advento da Lei 9.032 de 1995, que alterou a Lei 8.213 de 1991, fez-se imperiosa a demonstração da efetiva exposição a agentes nocivos, de forma habitual e permanente para caracterização da especialidade da atividade²⁸².

Trata-se, portanto, de benefício excepcional, direcionado ao trabalhador que, pelo decurso do tempo em exposição efetiva a agentes nocivos prejudiciais à sua saúde ou integridade física, adquire o direito de regras específicas para sua aposentadoria²⁸³. A excepcionalidade desse benefício foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 664.335-SC, que assim fixou:

8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do

280 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020; LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

281 Explica-se: Até o advento da Lei 9.032 de 28 de abril 1995 era possível o enquadramento por categoria profissional, com base nos Decretos n. 53.831 de 1964 e 83.080 de 1979, que regulamentavam a Lei 3.897 de 1960 – Lei Orgânica da Previdência Social, revogada pela Lei 8.213 de 1991 (AMADO, 2021).

282 INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual de Aposentadoria Especial**. Brasília, 2017.

283 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente nocivo e o trabalhador.

9. A interpretação do instituto da aposentadoria especial mais consentânea com o texto constitucional é aquela que conduz a uma proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”²⁸⁴.

Ainda, é elucidativa a ementa do aludido Acórdão na seguinte explicação²⁸⁵:

4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e *a fortiori* possuem um desgaste naturalmente maior, porque não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo²⁸⁶.

Assim, a proteção do trabalho digno, no âmbito da previdência social, perpassa por uma conceituação da Aposentadoria Especial coerente com o ordenamento jurídico previdenciário, bem como por uma interpretação em consonância com os ditames regulamentares a fim de se guardar a isonomia entre os segurados, somente privilegiando-se, com regras diferenciadas de aposentação, os trabalhadores em efetiva exposição a agentes nocivos à saúde.

284 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 664.335-SC**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Antônio Fagundes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>. Acesso em: 03 jan. 2024.

285 O voto condutor do Ministro relator afastou as teses de que o benefício da Aposentadoria Especial buscava cobrir o risco potencial de dano, mas que sua *ratio essendi* é cobrir o risco presumido que o trabalhador corre em determinadas condições estabelecidas pela norma de regência, atentando-se, assim para a proteção social do trabalhador em condições efetivamente prejudiciais à saúde.

286 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 664.335-SC**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Antônio Fagundes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>. Acesso em: 03 jan. 2024.

3. O PAPEL DO EMPREGADOR NA COMPROVAÇÃO DA ESPECIALIDADE DA ATIVIDADE E O FEIXE DE DEVERES QUE LHE É IMPOSTO

Conforme já esposado, a especialidade da atividade pode ser reconhecida, a depender do período em que o trabalho for prestado, por enquadramento por categoria profissional ou por exposição a agentes nocivos. Essa última restou exclusiva com a promulgação da Lei 9.032 de 1995, deferindo ao empregador papel singular na comprovação da especialidade da atividade.

Nesse sentido, conforme § 1º do art. 58 da Lei 8.213 de 1991 (BRASIL, 1991), a prova do desempenho da atividade especial é feita exclusivamente por formulário emitido pela empresa ou seu preposto com base em Laudo Técnico de Registros Ambientais do Trabalho (LTCAT), cuja exigência legal se deu a partir da Lei 9.528 de 1997 (BRASIL, 1997a).

Exceto para o agente nocivo ruído, que já dispunha de norma regulamentar que exigia a apresentação de laudo técnico de condições ambientais, os demais agentes passaram ter a comprovação de sua exposição obrigatoriamente ligada ao preenchimento de formulário específico com o advento do Decreto 2.172 de 1997, para o tempo especial a partir de 06 de março de 1997²⁸⁷. Destarte, o Decreto 2.172 de 1997²⁸⁸ teve o condão de concretizar a norma do art. 58 da Lei de Benefícios da Previdência Social, de sorte que o termo inicial para a obrigatoriedade da confecção de formulário específico com base em Laudo Técnico é 06 de março de 1997, tendo o advento da Lei 9.528 de 1997²⁸⁹⁻²⁹⁰ o papel de positivar no texto legal essa exigência. À luz do citado §1º do art. 58 da Lei 8.213 de 1991²⁹¹, o Laudo Técnico deve ser

287 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

288 BRASIL. **Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997**. Aprova o Regulamento da Previdência Social: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2172.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

289 BRASIL. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19528.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

290 A Lei 9.528, promulgada em 10 de dezembro de 1997, é resultante da conversão da Medida Provisória n. 1.596-14, editada em 10 de novembro de 1997 pelo Poder Executivo Federal.

291 BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho²⁹², sendo exclusivamente estes profissionais habilitados para tanto.

Ainda, segundo o parágrafo único do art. 276 da Instrução Normativa do INSS n. 128 de 2022²⁹³, o LTCAT deve ser assinado por engenheiro de segurança do trabalho com o respectivo número de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), ou por médico com especialidade em medicina do trabalho, sendo que, em qualquer caso, deve constar o respectivo registro profissional.

Assim, a expedição de Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), dever objetivo do empregador, deve ser feita em atenção a essa norma, apresentando os elementos básicos constitutivos, sendo este documento confeccionado por engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho contratado pelo empregador para essa finalidade.

Outrossim, a Lei 9.528 de 1997²⁹⁴ também alterou a Lei de Benefícios da Previdência Social para constar um §4º no art. 58 desse diploma normativo, com a seguinte redação: “A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento”. Nesse ponto, Castro e Lazzari explicam:

Considera-se Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) o documento histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes²⁹⁵.

292 Reverbera essa exigência o §3º do art. 68 do Decreto n. 3.048 de 1999: “A comprovação da efetiva exposição do segurado a agentes prejudiciais à saúde será feita por meio de documento, em meio físico ou eletrônico, emitido pela empresa ou por seu preposto com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”.

293 O caput desse artigo, da referida Instrução Normativa, tem o condão de enumerar os elementos informativos básicos constitutivos, a serem verificados pela autarquia previdenciária quando de sua apresentação.

294 BRASIL. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19528.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

Nada obstante, sintetiza o art. 68, § 9º, do Regulamento da Previdência Social que: “considera-se perfil profissiográfico previdenciário o documento que contenha o histórico laboral do trabalhador, elaborado de acordo com o modelo instituído pelo INSS”²⁹⁶. O Perfil Profissiográfico Previdenciário tem o escopo de propiciar ao INSS informações pormenorizadas sobre o ambiente operacional e as condições de trabalho, controle do exercício laboral, troca de informações sobre as doenças ocupacionais, supervisão da aplicação das normas legais regulamentadoras da saúde, medicina e segurança do trabalho.

Por conseguinte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) deve ser fundamentado no Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho, documento com a precípua finalidade de propiciar detalhadamente as informações sobre o labor prestado pelo empregado para fins de aposentação especial²⁹⁷. Segundo regulamenta a Instrução Normativa do INSS n. 128 de 2022²⁹⁸, em seu art. 274, não se exige a apresentação cumulativa do LTCAT quando apresentado PPP. Situação diversa ocorre quando da apresentação de antigos formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais emitidos até 31 de dezembro de 2003, caso em que será obrigatória a apresentação cumulativa do Laudo Técnico que embasou o preenchimento do formulário.

A jurisprudência ratifica a exigência de responsável técnico legalmente habilitado para a completude do período laboral do segurado, conforme fixado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais por ocasião do julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nos autos do processo n. 0500940-26.2017.4.05.8312, afetado como Representativo de Controvérsia, que consubstanciou o Tema 208, fixando-se a tese que:

295 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1035.

296 BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

297 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

298 BRASIL. **Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022**. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Presidência da República, 2022.

1. Para a validade do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) como prova do tempo trabalhado em condições especiais nos períodos em que há exigência de preenchimento do formulário com base em Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), é necessária a indicação do responsável técnico pelos registros ambientais para a totalidade dos períodos informados, sendo dispensada a informação sobre monitoração biológica. 2. A ausência total ou parcial da indicação no PPP pode ser suprida pela apresentação de LTCAT ou por elementos técnicos equivalentes, cujas informações podem ser estendidas para período anterior ou posterior à sua elaboração, desde que acompanhados da declaração do empregador ou comprovada por outro meio a inexistência de alteração no ambiente de trabalho ou em sua organização ao longo do tempo²⁹⁹.

Segundo entendimento da Turma Nacional de Uniformização, materializado no voto do Juiz Federal Relator, “a informação sobre o responsável técnico está atrelada à existência de laudo técnico ou documento substitutivo, sendo indispensável no preenchimento do formulário PPP”, ao passo que a ausência de informação sobre responsável técnico pelos registros ambientais para determinado tempo poderá ser suprida pela empresa “mediante informação apropriada e legítima de que não houve alteração do ambiente laboral, o que valida o laudo não contemporâneo e, portanto, dispensa aquele lapso de contar com o responsável técnico na época não contratado”³⁰⁰. O empregador deve instruir o PPP e LTCAT com informações fidedignas e idôneas sobre as condições laborais, uma vez que estas

299 BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Embargos de Declaração em Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0500940-26.2017.4.05.8312/PE**. Turma Nacional de Uniformização. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Josinaldo de Araújo Bezerra. Relator: Juiz Federal Atanair Nasser Ribeiro Lopes. 21 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05009402620174058312TEMA208embargos.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2024.

300 As alterações no ambiente de trabalho podem ser, segundo o parágrafo único do art 279 da Instrução Normativa n.128 de 2022: “I - mudança de leiaute; II - substituição de máquinas ou de equipamentos; III - adoção ou alteração de tecnologia de proteção coletiva; e IV - alcance dos níveis de ação estabelecidos na legislação trabalhista, se aplicável”.

serão utilizadas na verificação dos requisitos inerentes à Aposentadoria Especial³⁰¹. Dessa forma, explicita Amado:

Com propriedade, as avaliações ambientais deverão considerar a classificação dos agentes nocivos e os limites de tolerância estabelecidos pela legislação trabalhista, bem como a metodologia e os procedimentos de avaliação estabelecidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO e os limites de tolerância estabelecidos pela NR-15, do MTE³⁰².

Sem embargo da profunda discussão que se faz em torno da eficácia do equipamento de proteção individual (EPI) para fins de neutralização dos efeitos do agente nocivo e consequente descaracterização da especialidade da atividade³⁰³, o §2º do art. 58 da Lei 8.213 de 1991 estabelece a obrigatoriedade de constar informação relativa à sua utilização no ambiente de trabalho no Laudo Técnico e, consequentemente, no PPP.

A responsabilidade do empregador na emissão e veracidade do LTCAT e do PPP é consubstanciada mediante a possibilidade de sanção pelo não atendimento desse comando normativo³⁰⁴. Conforme estabelece o § 3º do art. 58 da Lei de Benefícios da Previdência Social, o não atendimento à obrigatoriedade de manutenção do LTCAT enseja a sanção prevista no art.

301 Em específico à exposição a agentes biológicos, a profissiografia assume papel singular, pois, dado o caráter qualitativo da exposição a tais agentes agressivos, devem ser levadas em conta as atividades exercidas pelo segurado para verificar o seu caráter indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço, independente de tempo mínimo de exposição durante a jornada, conforme assentado no Tema 211 da Turma Nacional de Uniformização (BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0501219-30.2017.4.05.8500/SE**. Turma Nacional de Uniformização. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Euler Romildo Calazans De Oliveira. Relator: Juiz Federal Bianor Arruda Bezerra Neto. 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05012193020174058500.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2024).

302 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 834.

303 Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 664.334-SC que “se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial”, bem como a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais fixou a tese que “o Equipamento de Proteção Individual (EPI) apenas obsta a concessão do reconhecimento do trabalho em condições especiais quando for realmente capaz de neutralizar o agente nocivo”, no Tema 213.

304 DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

133³⁰⁵ da mesma lei. De sorte semelhante, o §8º do art. 68 do Regulamento da Previdência Social estabelece a obrigatoriedade de a empresa elaborar e manter atualizado o Perfil Profissiográfico Previdenciário “sob pena de sujeição às sanções previstas na alínea “h” do inciso I do caput do art. 283”³⁰⁶.

A sanção administrativa por descumprimento dessa norma não obsta que o empregado solicite a retificação de informações que estejam em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, nos termos do §10 do art. 68 do Regulamento da Previdência Social. Conforme aduzido na norma legal, o fornecimento do PPP ao empregado deve ser feito por ocasião da rescisão do contrato de trabalho. Destarte, regimenta o art. 284, §5º, da Instrução Normativa do INSS n. 128 de 2022 que o PPP deve ser fornecido em diversas outras situações. Nesse sentido, explica Amado:

Deverá ser impresso por ocasião da rescisão do contrato de trabalho ou da desfiliação da cooperativa, sindicato ou órgão gestor de mão de obra, em duas vias, com fornecimento de uma das vias para o trabalhador, mediante recibo. Da mesma forma, deverá ser impresso sempre que solicitado pelo trabalhador, para fins de requerimento de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais; para fins de análise de benefícios e serviços previdenciários e quando solicitado pelo INSS e para simples conferência por parte do trabalhador, pelo menos uma vez ao ano, quando da avaliação global anual do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA³⁰⁷.

A responsabilidade do empregador no trabalho em condições prejudiciais à saúde e integridade física do empregado também se traduz no

305 *In verbis*: “A infração a qualquer dispositivo desta Lei, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, à multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros).

306 Dispõe o art. 283 do Decreto 3.048 de 1999: “Por infração a qualquer dispositivo das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e 10.666, de 8 de maio de 2003, para a qual não haja penalidade expressamente cominada neste Regulamento, fica o responsável sujeito a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), conforme a gravidade da infração, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 290 a 292, e de acordo com os seguintes valores: II - a partir de R\$ 6.361,73 (seis mil trezentos e sessenta e um reais e setenta e três centavos) nas seguintes infrações”.

307 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 834.

Fator Acidentário de Prevenção, que, nos termos do art. 22, II, da Lei 8.212 de 1991, constitui financiamento para a Aposentadoria Especial, calculado com base no grau de risco inerente à atividade³⁰⁸, cuja alíquota incidirá sobre a folha salarial da empresa. Atende-se, assim, ao princípio da Precedência da Fonte de Custeio no tocante ao benefício da Aposentadoria Especial³⁰⁹.

As alíquotas referentes ao Fator Acidentário Previdenciário podem ser reduzidas em 50%, nos termos do art. 10 da Lei 10.666 de 2003³¹⁰, caso o empregador forneça equipamento de proteção individual eficaz à neutralização dos riscos e proporcione um ambiente de trabalho saudável, ou aumentadas em até 100%, diante da desídia do empregador³¹¹.

Dessa forma, o empregador que fornece informação inverídica sobre o uso de EPI eficaz, para fins de alcançar o benefício da redução do FAP, além das sanções administrativas³¹² e penais³¹³ cabíveis, pode, ao descaracterizar a especialidade da atividade do empregado, retardar ou impedir a percepção de benefício voltado à sua proteção³¹⁴.

Nota-se, na espécie, que há um complexo sistema de deveres do empregador na comprovação da atividade especial, coerente com a excepcionalidade do benefício de Aposentadoria Especial, de forma

308 Segundo esse dispositivo, essa alíquota será de: “a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave”.

309 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

310 BRASIL. **Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003**. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências.: Congresso Nacional, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.666.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

311 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

312 Cumpre ao Estado o papel de fiscalização do ambiente de trabalho no tocante ao fornecimento de EPI eficaz para essa finalidade, conforme art. 11 da Lei 10.666 de 2003.

313 Nos termos do §3º do art. 281 da Instrução Normativa do INSS n. 128 de 2022, “a prestação de informações falsas no PPP constitui crime de falsidade ideológica, nos termos do art. 299 do Código Penal, bem como crime de falsificação de documento público, nos termos do art. 297 do Código Penal”.

314 PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. Benefício previdenciário e indenização fundada na responsabilidade civil do empregador: cumulação ou complementação?. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, n. 1, p. 10-28, 2016; DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

que, o não atendimento das normas direcionadas ao empregador lhe ensejam a responsabilização administrativa, e, ou penal, cabível.

4. PARÂMETROS PARA VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA OMISSÃO OU ATUAÇÃO DEFEITUOSA DO EMPREGADOR

Firmada a premissa da imprescindibilidade da atuação do empregador na comprovação da especialidade da atividade, é mister investigar de que forma a sua responsabilidade no benefício de aposentadoria especial pode alcançar a esfera cível, para além da responsabilidade administrativa e penal. A omissão do empregador ou sua atuação defeituosa, isto é, sem atender às exigências legais e regimentais na produção dos formulários, podem acarretar danos ao empregado no tocante à percepção desse benefício previdenciário.

Situações danosas podem ocorrer quando o empregador descumpre a obrigação de produzir o Perfil Profissiográfico Previdenciário e, por conseguinte, de fornecer ao empregado quando da rescisão do contrato de trabalho ou quando este solicitar para fins de requerimento da aposentadoria, ou ainda, quando o empregador embora o tenha fornecido, não o confeccionou com base em Laudo Técnico de Registros Ambientais do Trabalho produzido de forma correta, seguindo-se os ditames regulamentares impostos pelo ordenamento previdenciário³¹⁵.

Em tais hipóteses, o empregado tem o seu direito à percepção do benefício impedido ou retardado, pois terá de alçar mão de uma ação trabalhista, a fim de condenar o empregador à expedição ou retificação do formulário, ou contar com outros institutos processuais e previdenciários para ver reconhecida a especialidade do seu labor, em substituição à comprovação via formulário específico³¹⁶.

Assim, tem-se a configuração de um dano apto a ensejar a sua reparação. O ordenamento jurídico brasileiro não conceitua o dano para fins de responsabilidade civil, fazendo opção por um sistema aberto, concretizado

315 DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

316 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

casuisticamente, abolindo-se o dogma da completude da norma³¹⁷. Nesse sentido, Farias *et al.* enumeram parâmetros para a delimitação do conceito de dano:

Para que o dano venha a ser sancionado pelo ordenamento jurídico, vale dizer, para que a legislação autorize aquele que sofreu a exigir do responsável uma indenização, indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica. É preciso que a vítima demonstre que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja ela o titular³¹⁸.

Destarte, sintetizam os autores que o dano pode ser conceituado como “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”³¹⁹. No que tange aos danos patrimoniais, Cavalieri Filho³²⁰ assevera que o dano patrimonial, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Como assinala o autor, o dano patrimonial se consubstancia não somente na perda imediata do patrimônio presente da vítima, mas também no impedimento de seu crescimento, o que materializa a figura dos lucros cessantes³²¹. Nota-se, portanto, uma lesão patrimonial quando, em decorrência da atuação defeituosa ou omissão do empregador, o empregado não alcança, ou alcança extemporaneamente o benefício assinalado³²².

São exemplos de situações danosas ao segurado quando (1) há um retardo na Entrada do Requerimento da Aposentadoria Especial³²³, por parte do empregado, por consequência do maneio de demanda trabalhista a fim de

317 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

318 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 271.

319 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 273.

320 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

321 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

322 DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

expedir ou retificar o PPP; (2) quando o requerimento do empregado junto ao Instituto Nacional do Seguro Social é indeferido com fundamento em erro na formulação do PPP ou na sua ausência; ou ainda, (3) quando tendo ajuizado demanda de impugnação ao Processo Administrativo Previdenciário que o indeferiu, teve a especialidade reconhecida por intermédio de prova pericial por similaridade³²⁴ – em situações que extinta a pessoa jurídica que lhe empregou –, ou por obtenção de Laudo Técnico de Registros Ambientais por ordem judicial, casos em que a jurisprudência tem apontado para a alteração da Data de Início do Benefício³²⁵ para a citação do INSS.

Nos casos em que há um retardo na aposentação do empregado, o dano é indubitavelmente de feição patrimonial, uma vez que a alteração na Data de Início do Benefício consubstancia uma perda pecuniária decorrente do lapso temporal em que o benefício deveria se iniciar e o termo que realmente iniciou. Com a ocorrência de lesão a esse direito tutelado pelo ordenamento jurídico, de forma tão complexa e concisa, diante de ato ou omissão do empregador, este assume a obrigação de reparação³²⁶ perante a vítima³²⁷.

323 Pode-se compreender, analogicamente, que há dano quando o requerimento não ter por objeto a concessão de Aposentadoria Especial, mas Aposentadoria por Tempo de Contribuição com conversão de período especial em comum, conforme autorizava do art. 70 do Dec. 3.048 de 1999, revogado pelo Dec. 10.410 de 2020, uma vez que a conversão restou vedada para períodos posteriores à entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 103 de 2019, consoante §2º do seu art. 25.

324 Segundo Amado, o entendimento administrativo do INSS não acata a produção de prova pericial em empresa diversa, conforme esposado na Instrução Normativa n. 128 de 2022, embora amplamente utilizada na atuação forense (cf. AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021).

325 O art. 49 da Lei 8.213 de 1991 disciplina a Data de Início do Benefício das Aposentadorias por Idade, Por tempo de Contribuição e Especial: “Art. 49. A aposentadoria por idade será devida: I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir: a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea “a”; II - para os demais segurados, da data da entrada do requerimento”. Dessa forma, a jurisprudência tem alterado a DIB para além do regramento legal, nessa situação.

326 Embora a responsabilidade civil disponha de funções para além da reparatória, o paradigma compensatório culmina por prevalecer no ordenamento brasileiro “em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restitutórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 74).

327 PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. Benefício previdenciário e indenização fundada na responsabilidade civil do empregador: cumulação ou complementação?. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, n. 1, p. 10-28, 2016; DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

A ocorrência do dano injusto deflagra o sistema de responsabilidade civil, regido pela cláusula geral de ilicitude do Código Civil³²⁸, positivada em seu art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nessa toada, o ordenamento privado estabelece e obrigação de reparação, consubstanciado no artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, a existência de um ilícito civil, que decorre em um dano, tem por efeito a responsabilidade civil³²⁹.

São, portanto, pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta humana ou ato ilícito; a culpa genérica, ou culpa *lato sensu*; nexo de causalidade; o dano. Se filiam à corrente *tetrapartida* da responsabilidade civil Farias *et al.*³³⁰ e Tartuce³³¹. A outro giro, Cavalieri Filho³³² e Gagliano e Pamplona Filho³³³ se filiam à corrente tripartida da responsabilidade civil, tendo como pressupostos a conduta culposa do agente, o nexo causal, e o dano.

Nota-se que não é caso de adoção do regime de imputação objetiva da responsabilidade³³⁴, uma vez que o ordenamento jurídico impõe que para tanto se vislumbre um comando normativo exarado em dispositivo legal, ou a aferição de risco inerente à atividade³³⁵, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil³³⁶.

328 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

329 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

330 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

331 TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

332 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

333 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

334 Conforme apontam Farias et al. (2021), o regime objetivo de imputação da obrigação de indenizar exclui a investigação judicial sobre a ilicitude do fato jurídico, elidindo-se, por conseguinte, a discussão sobre a culpa, elemento subjetivo da responsabilidade civil (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021).

335 Segundo Cavalieri Filho (2010), o parágrafo único do art. 927 do Código Civil albergou a Teoria de Risco Criado, pela qual a obrigação de indenizar decorre do risco aos direitos de outrem especialmente criado por uma atividade.

336 *In verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza,

Conforme já esposado, há o preenchimento do pressuposto do dano quando da lesão ao direito à aposentadoria especial, tutela complexamente pelo ordenamento jurídico. No que se refere ao elemento de fato, isto é a conduta humana, ou ato ilícito, este é definido por Farias *et al.* como um “fato antijurídico, isto é, aquele acontecimento cujos potenciais efeitos jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico”³³⁷. Os autores³³⁸ asseveram, ainda, que o comportamento antijurídico se instala quando o agente ofende o dever genérico e absoluto de não ofender a esfera jurídica de outrem – o *neminem laedere*.

Observa-se, pois, que há um comportamento antijurídico na medida em que o empregador não atende a um dever imposto legalmente, em comportamento contrário ao direito, preenchendo, assim, ao elemento de fato da responsabilidade civil. A outro giro, o comportamento do agente é valorado, na forma do elemento subjetivo, a culpa, para fins de imputação da obrigação reparatória. A valoração da conduta humana se dá mediante a voluntariedade do agente ou sua negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente³³⁹.

Em visão mais objetiva do elemento anímico, Mullholland³⁴⁰ aduz que a culpa consiste em um desvio de um padrão esperado de conduta de alguém que age de boa-fé e diligentemente. A autora³⁴¹ assevera que a aferição de culpa se faz de acordo com *standards* de conduta a serem avaliados no bojo das relações humanas em suas particularidades. Há, por conseguinte, a noção de culpa normativa, que “sustenta-se na noção de erro de conduta, significando dizer que haverá a caracterização da culpa e, portanto, a imputação de responsabilidade toda a vez que for infringindo o dever geral de não lesar a outrem (*neminem laedere*)”³⁴². Assim “quando a culpa consiste

risco para os direitos de outrem”.

337 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 181.

338 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

339 TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

340 MULHOLLAND, Catrin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

341 MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

342 MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, pp. 42-43.

na inobservância de uma norma legal ou regulamento, o modelo de referência a ser adotado pelo magistrado não será o parâmetro ideal do ‘homem padrão’, mas aquela determinação da lei ou do regulamento”³⁴³.

Vislumbra-se, na espécie, que a concepção de culpa para fins de responsabilidade civil alberga a sua noção normativa, de sorte que, havendo a atuação do empregador em desconformidade com o dever legal que lhe é imposto pela legislação previdenciária, ou a sua omissão, depreende-se a sua culpa, uma vez que se afastou do padrão de conduta que lhe foi atribuído, preenchendo, assim, o pressuposto subjetivo³⁴⁴.

No tocante ao nexo causal, elemento imaterial da responsabilidade civil, Tartuce o define como “a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado”³⁴⁵. Por sua vez, Mullholland, o concebe como a conexão “realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória”³⁴⁶⁻³⁴⁷.

Sem embargo da discussão que se pode fazer sobre as diversas teorias do nexo causal³⁴⁸, nota-se no ordenamento jurídico brasileiro a positivação da Teoria da Causalidade Direita e Imediata³⁴⁹⁻³⁵⁰, conforme aduzido no art.

343 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 223.

344 DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

345 TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 324.

346 MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57.

347 A autora enfatiza o elemento do nexo causal, aduzindo “a necessidade de investigar-se primeiramente – e sempre – a existência da relação causal para posteriormente identificar-se a existência de algum tipo de conduta culposa em sentido lato” (MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 60). Em sentido semelhante, Farias *et al.* entendem que o nexo de causalidade desempenha também a função de determinar a extensão do dano e a consequente medida de sua reparação (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021).

348 Nesse sentido, Guedes enumera as teorias: Teoria da Equivalência dos antecedentes causais (teoria *sine qua non*), Teoria da Causalidade Adequada, Teoria do Dano Direto e Imediato, Teoria da Causa Próxima, Teoria da Causa Eficiente, Teoria da Causa Preponderante e Teoria do Escopo da Norma Jurídica Violada (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

349 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

350 A omissão do Código Civil quanto à definição da teoria do nexo causal a ser adotada na responsabilidade civil extranegocial abre espaço para que os tribunais brasileiros façam opção casuisticamente. Nesse sentido, Tartuce constata que a Teoria da Causalidade Adequada tem sido mais

403 do Código Civil³⁵¹, pela qual os danos a serem reparados são aqueles imediatos e diretos decorrentes da ação ou omissão culposa. Ademais ainda que o citado dispositivo se aplique à responsabilidade negocial, é possível a sua aplicação no âmbito da responsabilidade extranegocial³⁵².

Nesse diapasão, asseveram Farias *et al.*³⁵³ busca uma solução objetiva para a vigorosa temática do nexo causal, sem recorrer a conceitos abstratos como “probabilidade” ou “normalidade”. Assim, ocorrerá o preenchimento do elemento imaterial da responsabilidade civil, para fins de reparação ao dano ao direito à Aposentação Especial do empregado, quando a atuação defeituosa ou omissão do empregador for a causa direta e imediata para a referida lesão. Esse nexo causal fica melhor evidenciado quando do retardo da aposentação especial, em que o segurado a alcance extemporaneamente por ter utilizado de demanda trabalhista para retificação ou expedição de Perfil Profissiográfico Previdenciário ou Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho, ou de demanda de impugnação a Processo Administrativo Previdenciário em que o formulário seja substituído por Perícia Judicial por similaridade ou obtido por ordem judicial, casos em que fica evidenciado que o não atendimento ao dever legal imposto ao empregador teve por consequência imediata e direta a perda pecuniária decorrente do lapso temporal em que o benefício deveria se iniciar e o termo que realmente iniciou³⁵⁴.

Atendido os pressupostos da responsabilidade civil, não há óbice para imputação da obrigação de indenizar, cuja medida far-se-á na exata extensão do dano, como reza o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Assim, para além da responsabilidade penal e administrativa, é possível a responsabilidade civil do empregador pela não percepção ou percepção tardia do benefício da Aposentadoria Especial.

utilizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

351 In verbis: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

352 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

353 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 223.

354 O nexo causal é de difícil aferição quando não comprovada a especialidade do labor de forma alguma, uma vez que não há, na espécie, direito à percepção da Aposentadoria Especial. Nesse caso, somente se imputará a responsabilidade ao empregador quando a sua atuação defeituosa ou omissão for causa concorrente à não percepção do benefício previdenciário, cumulada com qualquer outra, cuja obrigação indenizatória se materializará na proporção de sua participação no evento danoso.

CONCLUSÕES

Pode-se, diante do exposto, inferir que Aposentadoria Especial é um benefício excepcional, resultante da concretização do princípio da seletividade do Direito Previdenciário, cujo escopo se dá na proteção ao trabalho digno. A perspectiva do benefício de Aposentadoria Especial é a tutela do trabalhador exposto efetivamente a agentes nocivos à sua saúde e integridade física, que pelo decurso do tempo, adquire regras diferenciadas para a sua aposentadoria.

Assim, a caracterização da especialidade da atividade para fins desse benefício previdenciário é dada por normas técnicas e jurídicas e diretrizes orçamentárias, consubstanciando um complexo arcabouço normativo, cujo atendimento é imperioso diante do princípio da isonomia, pelo qual somente se privilegia trabalhadores em exposição comprovada.

Nessa comprovação o empregador possui papel singular, pois lhe é imposto um complexo de deveres perante o empregado e perante o Estado. Notadamente, cabe ao empregador a expedição de formulário específico, baseado em laudo técnico confeccionado por profissional legalmente habilitado, conforme os ditames regulamentares, a ser entregue ao empregado por ocasião da rescisão do contrato de trabalho ou sempre que requerido por este.

A correta confecção desse formulário e do laudo técnico é de tamanha importância que a omissão ou expedição defeituosa por parte do empregador resulta na imposição de sanções administrativas e penais. Contudo, para fins de responsabilidade civil, em que predomina no ordenamento jurídico brasileiro e na prática forense a função reparatória, faz-se necessário aferir o preenchimento de seus pressupostos.

Não se achando fundamento doutrinário e legal para adoção do regime objetivo de imputação da obrigação reparatória, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva que devem ser preenchidos são o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal. O dano, de feição patrimonial, se vislumbra na lesão à esfera jurídica do empregado no tocante à percepção do benefício da Aposentadoria Especial, retardando-o ou impedindo-o, cuja extensão consiste nos efeitos patrimoniais decorrentes do lapso temporal em que o benefício deveria iniciar e o termo que realmente iniciou.

O ato ilícito se consubstancia em um comportamento antijurídico, contrário ao direito, visualizado na omissão ou atuação defeituosa do empregador, em

descumprimento do complexo de deveres que lhe é imposto. O elemento anímico, a culpa, é percebida pela doutrina em sua concepção normativa, ao passo que, de forma objetiva, quando há um comportamento em desacordo com um padrão de conduta imposto normativamente, se vislumbra a culpa do agente. Assim, constata-se que não atendimento do arcabouço normativo de imposições ao empregador além de um comportamento antijurídico, atrai para este a culpa, diante do desacordo ao *standard* de conduta legalmente instituído.

O nexo causal, por sua vez, é alvo de diversas teorias pela doutrina, não havendo consenso quanto àquela a ser usada em abstrato. Contudo, partindo-se da teoria da causalidade direta e imediata, por sua visão mais objetiva, a responsabilidade do empregador se fará presente quando o dano suportado pelo empregado for resultado direto e imediato de sua omissão ou ação defeituosa, sem maiores discussões.

Portanto, conclui-se que a discussão acerca da responsabilidade civil do empregador diante da não percepção ou percepção retardada da Aposentadoria Especial, deve se reger pelo regime subjetivo de imputação da obrigação, desde que preenchidos os seus pressupostos. Nada obstante, a responsabilidade civil atua, nesse caso, como organizadora dos riscos sociais, distribuindo deveres e coordenando os comportamentos dos agentes da sociedade, em reforço ao próprio comando normativo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dimitri Brandi de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado Brasileiro na economia**. 2016. 322 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082016-141751/pt-br.php>. Acesso em 08 abr. 2023.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

BATISTA JÚNIOR, Elísio Nascimento; SILVA, Carlos Rafael. Aposentadoria Especial e reforma da Emenda Constitucional nº 103/2019: análise da constitucionalidade em face do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. v. 7, n. 1, p. 78-94, jan./jul. 2021. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/7790>.

Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Embargos de Declaração em Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0500940-26.2017.4.05.8312/PE**. Turma Nacional de Uniformização. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Josinaldo de Araújo Bezerra. Relator: Juiz Federal Atanair Nasser Ribeiro Lopes. 21 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05009402620174058312TEMA208embargos.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0500940-26.2017.4.05.8312/PE**. Turma Nacional de Uniformização. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Josinaldo de Araújo Bezerra. Relator: Juiz Federal Atanair Nasser Ribeiro Lopes. 20 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05009402620174058312Tema208.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0501219-30.2017.4.05.8500/SE**. Turma Nacional de Uniformização. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Euler Romildo Calazans De Oliveira. Relator: Juiz Federal Bianor Arruda Bezerra Neto. 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05012193020174058500.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 664.335-SC**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Antônio Fagundes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997**. Aprova o Regulamento da Previdência Social: Presidência da República, 1997. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2172.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1942**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Congresso Nacional, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. **Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022**. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19528.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003**. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências.: Congresso Nacional, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.666.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/5342>. Acesso em: 08 abr. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual de Aposentadoria Especial**. Brasília, 2017.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. 2020. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23484>. Acesso em 08 abr. 2024.

LAZZARI, João Batista. A manutenção da aposentadoria especial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Social**. v. 1, n. 1, p. 8-31, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/issue/view/1>. Acesso em: 03 jan. 2024.

MAGALHÃES, Luciana Ramires Fernandes. **Aposentadoria especial: uma análise a partir do Princípio da Proibição do retrocesso dos Direitos Sociais Fundamentais**. 2018. 102 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/handle/prefix/969>. Acesso em: 08 abr. 2024.

MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de. **A aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social no Brasil: o meio ambiente do trabalho e a teoria da consequência à causa**. 2020. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas). Centro Universitário UDF. Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.up.edu.br/jspui/handle/123456789/2670>. Acesso em: 08 abr. 2024.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. Benefício previdenciário e indenização fundada na responsabilidade civil do empregador: cumulação ou complementação?. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, n. 1, p. 10-28, 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111373>. Acesso em 08 abr. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Os Desafios Históricos à Democracia Liberal (Ocidental)

*Reis Friede*³⁵⁵

355 Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Professor *Honoris Causa* da Escola de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica (ECEMAR), Professor Emérito da Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército (EsAO), Conferencista Especial da Escola Superior de Guerra (ESG) e Membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial (SBDA), da Associação Brasileira de Estudos de Defesa (ABED), do Instituto de Geografia e História Militar do Brasil (IGHMB) e da Academia Brasileira de Defesa (ABD). É coautor da obra “Das Novas Guerras (Fenomenologia dos Conflitos Armados)” (BIBLIEx, 2019, 576 págs.). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> E-mail: reisfriede@hotmail.com.

Os principais desafios históricos à Democracia Liberal (Ocidental), em um contexto concepcional alargado de “conflito de civilizações”, podem ser muito bem descritos por meio de uma linha do tempo, em que é possível apontar o resultado final do embate (ou, eventualmente, sua situação atual, ainda inconclusiva) e o correspondente componente do Poder Nacional que foi decisivo para a vitória ou, - se considerarmos os conflitos em andamento -, aqueles que estão sendo empregados (com preponderância) e que se presumem que serão decisivos no final dos respectivos confrontos.

Foi assim na luta contra o nazifascismo (1930-45), - em que a derrota política dos países do Eixo (incluindo aliados e simpatizantes) se deu preponderantemente através do poder militar -, e, igualmente, na luta contra o comunismo clássico (1917-89), em que a derrota política da União Soviética (e de seus aliados) ocorreu principalmente por intermédio do poder econômico, com seu apogeu em 1991, ano do desmoronamento da Confederação Soviética.

“FRANCIS FUKUYAMA profetizou, 30 anos atrás, no rastro da implosão da URSS, o triunfo final da Democracia Liberal. O eterno otimista prevê agora a derrota militar total da Rússia no teatro de guerra da Ucrânia, a consequente queda de PUTIN e, ‘graças aos bravos ucranianos’, o renascimento do ‘Espírito de 1989’ (American Purpose, 10/03/2022). Exceto na hipótese improvável de que ele acerte na mosca, a guerra de agressão russa anuncia uma Segunda Guerra Fria.” (DEMÉTRIO MAGNOLI; Guerra Fria, mas Outra, O Globo, 21/03/2022, p. 3)

Porém, não se pode afirmar, de forma conclusiva, que assim também será nos dois embates que se encontram em curso: a luta da democracia ocidental contra, simultaneamente, o islamismo radical (jihadismo) e o autoritarismo atávico sino-russo, sem incluir os outros três confrontos de menor escala que, em alguns aspectos, são desdobramentos destes principais ou simplesmente heranças do passado não resolvidas a seu tempo: a Coreia do Norte nuclear, o Irã em vias de obtenção de armas atômicas e a errática Venezuela (com seu regime desestabilizador), além da Turquia, que insiste em seu

projeto de reconstrução de parte do Império Otomano, concebendo os três países, - com exceção da Venezuela -, o clube das chamadas superpotências regionais.

“Enquanto a China busca um modelo completamente novo e, portanto, disruptivo em relação à Ordem Internacional (inaugurada por Washington, e centrada na democracia liberal anglo-americana, a partir de 1991), a Rússia aposta em um retorno revisionista aos valores tradicionais e conservadores da sociedade cristã, apoiada em sua igreja ortodoxa (e em uma ‘pauta de costumes’), ambos centrados em uma nova visão de democracia que ressignifica, cada qual ao seu modo, o próprio conceito ocidental, desafiando a visão clássica que associa o regime democrático a um sistema de amplas liberdades.

Ademais, não se pode deixar de olvidar que, igualmente, afronta a concepção democrática ocidental a teocracia islâmica que, por seu turno, entende que a tão propalada separação entre Estado e religião (estabelecendo a ‘laicidade’ e o correspondente conceito fundamental da ‘secularidade’) simplesmente rompe os supostos laços civilizatórios sobre os quais se assentam as bases fundamentais da construção da cidadania na maioria das sociedades nascentes (e instaladas) no Oriente Médio e na Ásia Central.” (REIS FRIEDE; As Apostas de Cada Protagonista Global em Relação à Crise da Democracia Liberal; Fragmentos de Palestra Proferida na Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME em 20 de abril de 2022)

Ainda assim, é lícito especular que, no caso do islamismo radical (jihadismo), muito provavelmente não haverá a preponderância de um único elemento do Poder Nacional, sendo certo que, em essência, uma particular soma combinada dos componentes político e psicossocial deverá se destacar, ao passo que, na hipótese do autoritarismo atávico sino-russo, a abordagem possivelmente se dará através de uma modulação singular do emprego associado de todos os elementos do Poder Nacional, - em uma concepção polemológica inovadora que vem sendo chamada de “Smart Power” -,

inserido, por sua vez, em um contexto contemporâneo de guerra híbrida, com a presença, em ambos os cenários, do que vem sendo convencionalmente denominado de “Guerra em Diferentes Espectros”.

“O Ex-Secretário de Defesa ROBERT GATES sintetizou o consenso bipartidário que se delineia na superpotência ocidental: ‘Enfrentamos uma confrontação global de duração indeterminada com duas grandes potências que compartilham o autoritarismo interno e a hostilidade aos EUA’ (The Washington Post, 03/03/2022). Seu diagnóstico é um eco nítido do telegrama de 1947, assinado em código por Mr. X, o Diplomata GEORGE F. KENNAN, que inspirou a Doutrina da Contenção.

Diante da URSS stalinista e, depois, da China maoísta, os EUA deveriam jogar no tabuleiro do tempo longo, erguendo alianças políticas, econômicas e militares destinadas a conter a expansão das potências comunistas. O Plano Marshall, a OTAN, assim como uma intrincada rede de instituições e acordos, configuraram a muralha da contenção. Hoje, enquanto as cidades ucranianas são vandalizadas por bombardeios russos, ressurge o ‘Espírito de 1947’: o sistema internacional inclina-se para a cisão em dois blocos antagônicos.” (DEMÉTRIO MAGNOLI; Guerra Fria, mas Outra, O Globo, 21/03/2022, p. 3)

Vale lembrar que a democracia ocidental, - representando o que convencionou chamar genericamente de “Ocidente” (político) -, possui características peculiares, que a distância fortemente de suas contrapartes, destacando-se, neste sentido, a sua natureza estatal (nacional multipolar globalizante), a sua concepção estrutural de soberania democrática, seu regime político democrático-constitucional (constitucionalismo efetivo), e seu objetivo finalístico exteriorizado por meio de uma heterogenia ideológica (coexistencial), sendo tal regime político protagonizado atualmente pelos Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha e Japão, e, no futuro, provavelmente pelos EUA, CANZUK (sigla formada pelas iniciais dos nomes, em inglês, de Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Reino Unido), União Europeia, Japão, Coreia do Sul e, para alguns analistas, também a Índia.

“O Ocidente não se configura numa localização geográfica, mas como um conjunto de valores e instituições. O mundo ocidental se caracteriza pelo primado da lei, democracia, propriedade privada, livre comércio, pluralismo de opiniões e todas as demais liberdades que temos e aceitamos como algo natural.” (ZÉVI GHIVELDER; Os Erros de Putin, O Globo, 24/03/2022, p. 3)

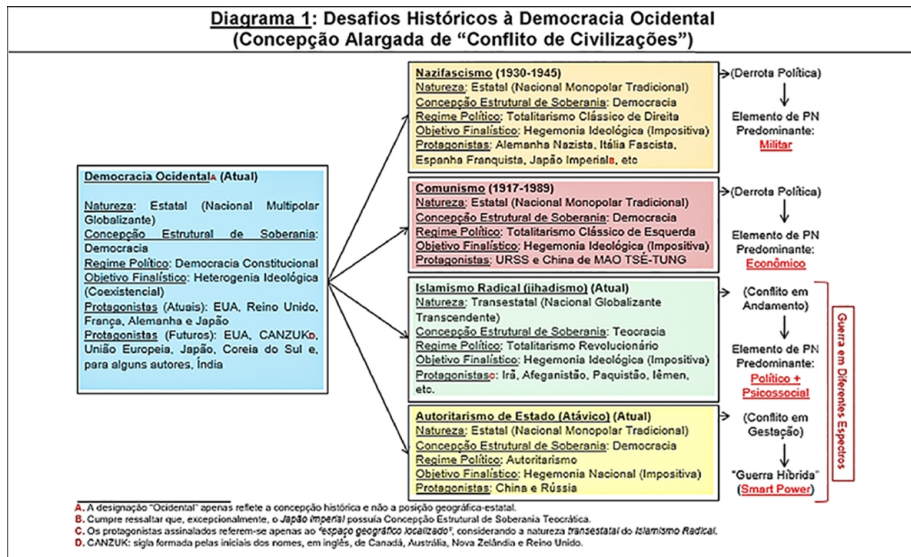
Por sua vez, os antigos inimigos da democracia ocidental, - ou seja, o nazifascismo e o comunismo -, possuem (ambos) uma natureza estatal nacional monopolar tradicional, uma concepção estrutural de soberania democrática (em contraposição às autocracias teocráticas)¹, um regime político totalitário (ainda que, no caso do nazifascismo, dotado de viés de direita, enquanto que, no comunismo clássico, de nítida feição esquerdista), com os dois ostentando um objetivo finalístico de impor uma hegemonia ideológica, destacando-se como protagonistas, no primeiro caso, a Alemanha Nazista, a Itália Fascista, a Espanha Franquista e o Japão Imperial, e, no segundo caso, a URSS e a China de MAO TSÉ-TUNG.

No que concerne aos novos reptos existenciais à democracia ocidental², cumpre destacar a genealogia do islamismo radical (jihadismo), com sua natureza transestatal (nacional globalizante transcendente), sua concepção estrutural de soberania teocrática, seu regime político totalitário revolucionário e seu objetivo finalístico traduzido por meio de uma hegemonia ideológica (impositiva), vivenciado pelos principais atores protagonísticos: Irã, Afeganistão, Paquistão e Iêmen.

Finalmente, sobre o desafio representado pelo autoritarismo atávico sino-russo, importa consignar sua natureza estatal (nacional monopolar tradicional), sua concepção estrutural de soberania democrática (em contraponto à teocracia islâmica), seu regime político autoritário (e, para alguns, no caso chinês em particular, totalitário singular) e seu objetivo finalístico correspondente a um projeto de hegemonia nacional impositiva.

“Estamos em um processo de transição hegemônica, com uma potência central em declínio relativo, os Estados Unidos, e uma aspirante ao posto de maior economia do mundo, a China.” (ANGELO SEGRILLO, Historiador, Professor da USP e Autor de O Declínio da URSS: um Estudo das Causas; O Globo, 20/03/2022, p. 25)

**Diagrama 1: Desafios Históricos à Democracia Ocidental
(Concepção Alargada de “Conflito de Civilizações”)**



Notas Complementares:

1. Outros Tipos Classificatórios de Democracia

É importante registrar que muitos autores arriscam-se a classificar a democracia em tipos, formas ou modalidades alternativas que acabam ganhando certo destaque histórico, como, por exemplo, a chamada democracia autoritária, sistema de governo (em verdade, regime político) surgido após a Primeira Guerra Mundial, em geral anticomunista, forjado na supremacia do Poder Executivo em relação aos demais poderes – AURÉLIO B. H. FERREIRA, ob. cit., p. 534), ou a denominada democracia (ou república) popular (designação comum aos regimes políticos monopartidários dominantes nos ex-países socialistas da chamada “cortina de ferro” – ibidem), dentre outras.

A verdade, em todos os casos, é que com a popularização do vocábulo democracia, na qualidade de virtual indicativo legitimador do regime político, praticamente nenhum país, a partir do advento do século XX, ousou afirmar que todo o poder que indiscutivelmente sempre emana do povo não fosse exercido – direta, semidireta ou mesmo indiretamente – pelo mesmo, ainda que sob os mais diversos sofismas.

Assim, mesmo regimes políticos em que a concepção básica de liberdade (como marco fundamental do regime democrático) não possuía espaço político (como, por exemplo, o regime comunista da extinta União Soviética ou o regime nazista da Alemanha hitleriana) eram, de alguma forma, classificados como democracias por seus defensores, ainda que tal conotação política nem sempre fosse reconhecida pela Comunidade Internacional.

2. A Democracia Iliberal, um Fenômeno Perturbador

A expressão democracia iliberal não é algo recente, como se tem noticiado. No artigo “The Rise of Illiberal Democracy”, publicado em 1997, o escritor e jornalista indiano-norte-americano FAREED ZAKARIA escreve que “em todo o mundo, regimes democraticamente eleitos ignoram rotineiramente os limites de seu poder e privam os cidadãos de liberdades básicas”. ZAKARIA afirma que, em vários lugares, nota-se um fenômeno perturbador, - a democracia iliberal -, movimento que, no início, foi difícil de identificar. O autor explica que, no século XX, no mundo ocidental, “a democracia – eleições livres e justas – andou de mãos dadas com o liberalismo constitucional – o Estado de direito e os direitos humanos básicos”, mas que “esses dois conceitos estão se separando” (Foreign Affairs, v. 76, nº 6, novembro/dezembro de 1997, ps. 22-43).

Aqui é oportuno recordar que a noção de Estado Democrático de Direito, - prevista, inclusive, no caput do artigo 1º da Constituição brasileira -, abarca dois elementos centrais, ora desdobrados para uma melhor compreensão: a fórmula Estado de Direito (Rechtsstaat) retrata a submissão do ente estatal ao conjunto de leis que ele mesmo edita. Com efeito, o Estado, ao se submeter ao império legal, estabelece limites ao próprio poder. O termo democrático assenta-se na soberania popular, segundo a qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único, CF/88), texto que deixa absolutamente evidente que o povo é ao mesmo tempo titular e destinatário do poder. Disto se extrai que, em uma autêntica democracia (democracia material ou substancial), o Estado serve ao cidadão, diferentemente do que ocorre em uma democracia formal, na qual o Estado se serve do cidadão. No primeiro caso, o aparato estatal funciona como um instrumento de consecução dos objetivos estabelecidos pelo povo; no segundo, o

Estado instrumentaliza o povo, não raro para atender a interesses dos próprios governantes e/ou de determinadas corporações e categorias, podendo desbancar para um regime autocrático, ainda que revestido de ares democráticos.

Até que se prove o contrário, os governantes iliberais chegam ao poder por meio de eleições disputadas conforme as regras legais. No entanto, uma vez sentados na cadeira do poder, começam a minar certas instituições e determinados valores da democracia. Para o Cientista Político alemão YASCHA MOUNK, mencionado pelo jornalista RUAN DE SOUSA GABRIEL no artigo “O que é ‘Iliberalismo’, Termo Citado na Carta de Intelectuais contra a Cultura do Cancelamento?”, o que separa o joio (a democracia iliberal) do trigo (a democracia liberal) “não é falta de democracia (ou seja, de eleições regulares), mas ‘a falta de respeito pelas instituições independentes e pelos direitos individuais’”. Para MARK LILLA, Cientista Político e Historiador estadunidense, o termo iliberal traduz “uma atmosfera na qual os princípios liberais de debate livre e aberto e respeito pela opinião alheia tem sido atacado ou ignorado” (O Globo, 9 de julho de 2020).

Geralmente, aqueles que pretendem enfraquecer a democracia liberal em um país começam justamente por atacar um de seus pilares: a independência judicial. A título de ilustração, a Hungria do Primeiro-Ministro VIKTOR ORBÁN, no poder desde 2010, tem sido apontada por muitos analistas internacionais como uma democracia iliberal. Entre outros fatores que os levaram a concluir por esta categorização, cabe citar o movimento que ORBÁN arquitetou e deflagrou para fragilizar a independência do Judiciário húngaro, minando, por dentro do próprio sistema, o princípio da separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos. Líder de um partido político caracterizado por ser extremamente conservador, - o Fidesz -, ele não tem feito qualquer questão de mudar este rótulo. ORBÁN tem agido contra um suposto excesso liberalizante que teria sido provocado pela democracia liberal, algo que a seu ver seria contrário aos valores conservadores e a uma “pauta de costumes” que ele e o Fidesz defendem. Ele não disfarça sua intenção de exacerbar o poder da maioria em detrimento de algumas minorias, o que certamente não condiz com a ideia de democracia liberal. Outro frequentemente citado como iliberal é ANDRZEJ DUDA, Presidente da

Polônia, reeleito em 2020 para um mandato de cinco anos, consolidando, assim, a posição do Partido Lei e Justiça (Prawo i Sprawiedliwość, PiS), no poder desde 2015. DUDA tem sido alvo de críticas principalmente por suas polêmicas reformas judiciais e por sua indisfarçada aversão ao movimento LGBT. A oposição o acusa de estar minando as liberdades democráticas conquistadas há mais de três décadas.

Em seu livro *O Crepúsculo da Democracia: Como o Autoritarismo Seduz e as Amizades São Desfeitas em Nome da Política*, ANNE APPLEBAUM faz o seguinte questionamento: “O ditador quer governar, mas como ele chega à parte do público que se sente como ele? O político iliberal quer enfraquecer os tribunais a fim de obter mais poder para si mesmo, mas como persuade os eleitores a aceitarem essas mudanças?” Em seguida, a autora responde que nenhum autoritarismo pode ter sucesso sem a contribuição de “escritores, intelectuais, panfletários, blogueiros, assessores de imprensa, produtores de TV e criadores de memes que vendem [a] imagem [do político iliberal] para o público. Os autoritários precisam de pessoas para promover tumultos ou iniciar golpes. Mas também de pessoas que saibam usar uma sofisticada linguagem legal, capazes de afirmar que ir contra a Constituição ou distorcer as leis é a coisa certa a ser feita. Eles precisam de pessoas que deem voz às queixas, manipulem os descontentamentos, canalizem a raiva e o medo e imaginem um futuro diferente. Precisam, em outras palavras, de membros da elite intelectual e educacional para ajudá-los a iniciar uma guerra contra o restante dessa mesma elite, mesmo que isso inclua colegas de universidade, conhecidos e amigos” (Como o Autoritarismo Seduz e as Amizades São Desfeitas em Nome da Política, 1ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2021, ps. 20-21).

Nota-se, portanto, que, embora a China e a Rússia sejam inimigas declaradas da democracia ocidental, o enfraquecimento desta tem outras causas importantes, inclusive uma que surge internamente: “a erosão institucional levada adiante por líderes populistas em países com estruturas democráticas” (MARCELO NINIO; “Após Reinventar o Capitalismo, China Quer Redefinir a Democracia”, O Globo, 8 de dezembro de 2021).

Em substituição à democracia liberal, a China tenta redefinir o conceito de democracia afirmando que resultados valem mais do que liberdades, a Rússia defende uma democracia baseada em valores cristãos

ortodoxos e a Hungria corrói a democracia de dentro para fora do sistema, minando as instituições democráticas. Em comum, estas três alternativas não são boas, e isto por uma razão muito simples: todas elas comprometem, em maior ou menor grau, a liberdade da pessoa humana. Eis, portanto, o motivo pelo qual não devem prosperar no cenário mundial. Afinal, uma “sociedade que restringe a liberdade será uma sociedade menos inovadora do que uma sociedade que permite a liberdade” (JULIA BRAUN; “Maioria Prefere Democracia com Toda a sua Bagunça a Seguir China num Novo Tipo de Totalitarismo’, Diz Niall Ferguson”, BBC News Brasil, 2 de abril de 2022).

A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

Rúbia Zanutelli de Alvarenga³⁵⁶

356 Pós-doutora em Direito pela UFRGS. Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora em Cursos de Pós Graduação em Direito Humanos, Direito e Processo do Trabalho, Direito Constitucional e Internacional do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e em Direito da Seguridade Social.

Resumo: O presente artigo consiste no estudo sobre a formação do direito internacional público, o conceito e a concepção contemporânea dos direitos humanos. O respeito aos Direitos Humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados. Os mesmos visam ao direito de todos a uma vida digna e ao bem-estar individual, social e coletivo da humanidade. Logo, o respeito aos Direitos Humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados. É preciso reforçar a ideia de que a maior virtude da vida é buscar o comprometimento com a aplicação dos direitos humanos, sendo essa a nobre missão dos Países que priorizam a paz, a justiça social e o compromisso em assegurar sempre melhores padrões de vida para toda a humanidade, com vistas ao bem comum.

Palavras-chave: Segunda guerra mundial; Direito internacional público; Direitos humanos; Organização das nações unidas (ONU).

Abstract: This article consists of a study on the formation of public international law, the concept and contemporary conception of human rights. Respect for Human Rights represents a principle common to all civilized peoples. They aim at everyone's right to a dignified life and the individual, social and collective well-being of humanity. Therefore, respect for Human Rights represents a principle common to all civilized peoples. It is necessary to reinforce the idea that the greatest virtue in life is to seek commitment to the application of human rights, this being the noble mission of countries that prioritize peace, social justice and the commitment to always ensuring better standards of life for all humanity, with a view to the common good.

Keywords: Second World War; Public international law; Human rights; United Nations (UN).

Introdução

O objeto do presente artigo consiste no estudo sobre a formação do direito internacional público, o conceito e a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Pretende-se aqui elucidar aspectos fulcrais para o embasamento das garantias e da protetividade dos direitos humanos em âmbito internacional a partir da análise concernente à formação do direito internacional público, que constitui referência para embasar quaisquer ações de proteção aos direitos mais basilares e inatos do ser humano.

Além do que se verificam o conceito e a concepção contemporânea dos direitos humanos, a fim de se buscar, peremptoriamente, o seu cumprimento em todas as esferas de poder e de relações humanas.

São muitos os casos de violação e de afronta aos direitos mais básicos e essenciais da pessoa humana na atualidade. Por isso, torna-se urgente implementar a prevalência dos direitos humanos em relação a temas tão delicados e sensíveis, ligados à preservação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana e a proteção ao bem-estar individual e social da pessoa humana e da coletividade.

Nesta empreitada, as normas de proteção aos direitos humanos não se exaurem no direito interno do Estado. Ao contrário, existem direitos que são incorporados à ordem jurídica estatal em razão dos tratados internacionais. Por isso, é necessário harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados pela ordem pública internacional.

Eis o que ora se propõe a exame nesta oportunidade.

1. A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Preliminarmente, cumpre ressaltar, que os sistemas de proteção aos direitos humanos visam à regulação internacional dos princípios, valores e postulados mais basilares e essenciais de matérias afetas à vida digna e a dignidade e existência da pessoa humana, visando salvaguardar o ser humano, de modo universal, estabelecendo uma gama de tratados internacionais sobre direitos humanos oriundos da ordem pública internacional, que visam à aplicação dos Direitos Humanos em escala global.

É preciso destacar que a proteção internacional aos direitos humanos somente veio a lume após as barbaridades e atrocidades vivenciadas na segunda guerra mundial, especialmente aquelas empreendidas na Alemanha pelo regime do Terceiro Reich, justificadas pela pretensa superioridade da raça ariana aventada na doutrina nazista.

Torna-se, pois, imprescindível demonstrar que foi após incontáveis massacres e atrocidades de toda sorte, após a segunda guerra mundial, que a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história sobre o valor supremo do ser humano e da dignidade humana. Diante deste cenário oriundo de violações de direitos é que se iniciou o processo de proteção internacional aos direitos humanos, especialmente constatado com

a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), regida pela Carta das Nações Unidas (1945), e por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, ambas de 1948.³⁵⁷

Acerca disso, constata-se que foi após as barbaridades e atrocidades vivenciadas durante a segunda guerra mundial, especialmente aquelas empreendidas na Alemanha pelo regime do Terceiro Reich, justificadas pela pretensa superioridade da raça ariana aventada na doutrina nazista, que a comunidade internacional percebeu a importância da existência de um efetivo sistema internacional de proteção aos direitos humanos, especialmente diante do fracasso da Liga das Nações em impedi-las. E foi ao final do segundo pós-guerra, com os termos da rendição incondicional imposta ao Eixo derrotado, em 1945, que se abriu caminho para a construção de novos modelos de proteção internacional de direitos e mitigação da ultrapassada ideia de soberania absoluta dos Estados, surgindo, então, a Organização das Nações Unidas, e com ela, o sistema universal ou global de proteção aos direitos humanos.³⁵⁸

Os direitos humanos, assim, pelo que informam Bruno Del Preti e Paulo Lépore, “conquistaram uma posição central nos ordenamentos jurídicos, funcionando não só como paradigma de validade dos atos estatais e particulares, mas também como instrumentos para construção de uma cultura de respeito aos valores essenciais à dignidade humana”.³⁵⁹

Por esta razão, salienta Flávia Piovesan que “o direito internacional dos direitos humanos ergue-se no sentido de resguardar o valor da dignidade da pessoa humana, concebida como fundamento dos direitos humanos”.³⁶⁰

Eis a principal razão dos direitos humanos.

Revolucionou-se a partir desse momento, então, o tratamento da questão relativa ao tema dos direitos humanos. Em razão disso, o ser humano foi colocado, de maneira inédita, num dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de sujeito do Direito Internacional Público.

357 PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 46.

358 PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 255.

359 PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 40.

360 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183

Sendo assim, pode-se dizer, portanto, que o direito internacional público é o “direito do pós guerra”, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante o Holocausto (1939-1945). Foi a partir desse momento histórico, cujo saldo maior foram 11 milhões de mortos, sendo 6 milhões de judeus, no decorrer desses anos, que a sociedade internacional dos Estados viu-se obrigada a iniciar a construção de uma normatividade internacional eficaz, a fim de resguardar e proteger esses direitos, até então inexistente.³⁶¹

O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção aos direitos humanos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção. O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da sociedade internacional. Desde esse momento é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a efetivamente solidificar-se.³⁶²

Diante disso, a normatividade internacional concernente à proteção dos direitos humanos, foi conquistada por meio de incessantes lutas históricas, e consubstanciada em inúmeros tratados internacionais concluídos com este propósito, tendo sido fruto de um lento e gradual processo de internacionalização, universalização e de amadurecimento, decorrentes de reações e das graves violações de direitos humanos oriundos dos regimes fascista e nazista.

Razão pela qual, o direito internacional público, nascido após a segunda guerra mundial possui o objetivo e o conteúdo de proteger os direitos humanos do ser humano, independentemente de sua raça, cor, sexo, língua, religião, etc.

Acerca deste aspecto, seguindo-se a sempre mui acertadíssima análise de Bruno Del Preti e Paulo Lépre, no plano internacional...

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial exigiram a reconstrução e internacionalização do respeito à dignidade humana. Houve muito claramente uma

361 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 907.

362 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 907.

quebra de paradigma, pois antes as relações internacionais preocupavam-se em demasia com questões de governabilidade e relações interestatais, ao passo que o segundo pós-guerra possibilitou a ascensão dos direitos humanos aos documentos internacionais e a grande preocupação internacional na promoção e proteção da dignidade humana.³⁶³

Com base na lição de Sidney Guerra, “as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de convencionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigoram tais normas (controle de convencionalidade)”³⁶⁴, destacando que “os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, caso eles sejam mais favoráveis à tutela da pessoa humana (princípio *pro persona*), devem ter primazia”.³⁶⁵

Pela advertência de Vivianny Kelly Galvão, “todos os desafios teóricos, legislativos e políticos, devem ser orientados pela proteção e empoderamento da pessoa humana pelo (e no) direito das gentes. O direito internacional demanda primazia sobre as ordens nacionais porque centralizado no ser humano”.³⁶⁶

Torna-se, mister, assim, aplicar o princípio da interpretação *pro homine*:

O princípio da interpretação *pro homine* (também chamado de *pro persona*) exige que o intérprete, em um dado caso concreto, prefira a interpretação dos direitos humanos que seja mais favorável à pessoa. Ou seja, a interpretação dos textos normativos deve se dar sempre com a finalidade de encontrar uma solução mais benéfica e protetiva ao indivíduo.³⁶⁷

363 No âmbito do Direito Constitucional interno, por exemplo, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo foram relevantes instrumentos a permitir a centralidade dos direitos essenciais e a reaproximação entre direito e ética. O reconhecimento da dignidade humana como fundamento da república (art. 1º, III) e a previsão dos direitos e garantias fundamentais logo no título II do texto demonstram a opção do constituinte em conferir a posição central dos direitos fundamentais no ordenamento. Veja-se: PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 41.

364 GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 203.

365 GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 203.

366 GALVÃO, Vivianny Kelly. **O princípio da prevalência dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2016, p. 13.

Diante disso, segue-se aqui o entendimento de que, em conformidade com o princípio *pro homine*, é preciso aplicar sempre a norma mais favorável ao exercício do direito ou da garantia. Desse modo, em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados e preceitos legais internos, reitere-se que prevalece o princípio *pro homine*, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que tange ao resultado interpretativo alcançado.

Então, ao se chegar a este ponto, faz-se necessário restar claro que o Poder Judiciário possui o dever estatal de proteção aos Direitos Humanos, através do manejo do controle difuso de convencionalidade das Leis, que consiste na compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Constata-se, portanto, que a finalidade do controle de convencionalidade é compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos pelo Estado e em vigor no território nacional. Trata-se, assim, de adaptar ou conformar a legislação nacional aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.

Em plena conformidade com o pensamento de Flávia Piovesan:

Atente-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos Direitos Humanos, quando falham as instituições nacionais. Os

367 PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 135.

Tratados de Proteção dos Direitos Humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles.³⁶⁸

É digna de nota, ainda, que o controle difuso de convencionalidade está cada vez mais apto a invalidar as normas internas incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado, à luz do princípio *pro homine*.

Em tempo, impende ressaltar que, como resposta às barbáries cometidas no Holocausto, começa a aflorar todo um processo de internacionalização dos direitos humanos com a criação de uma sistemática internacional de proteção, pela qual passa a ser possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando internamente ou quando os órgãos competentes não apresentem respostas satisfatórias à proteção dos direitos humanos. Por causa disso, a doutrina da soberania estatal absoluta sofreu um abalo dramático com o fim da Segunda Guerra mundial, em decorrência da crescente preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se a limitações decorrentes da proteção dos direitos humanos.³⁶⁹

Torna-se necessário elucidar que foi apenas no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, que os direitos humanos passaram a ser reconhecidos internacionalmente, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos humanos, em 1948, pela Organização das Nações Unidas – ONU. Daí em diante, os direitos humanos vieram a ser entendidos universalmente em todas as suas dimensões e a definir seu reconhecimento mundial.

Portanto, foi a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da consequente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 que,

O Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a dar ensejo à produção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos básicos dos indivíduos;

368 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

369 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 908.

pouco mais tarde, começam a aparecer tratados internacionais versando sobre direitos humanos específicos, como os das pessoas com deficiência, das mulheres, das crianças, dos idosos, dos refugiados, das populações indígenas e comunidades tradicionais etc. Trata-se de uma época considerada verdadeiro marco divisor no processo de internacionalização dos direitos humanos.³⁷⁰

É relevante destacar o papel atribuído à Declaração Universal de 1948 como o mais importante instrumento de proteção aos Direitos Humanos da história da humanidade em âmbito internacional.

Neste sentido, urge reiterar que as atrocidades nazistas e que os crimes cometidos contra a humanidade na Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como também o lançamento das bombas atômicas em Hiroshima e em Nagasaki (06 e 09 de agosto de 1945, respectivamente), contribuíram, em 1948, para a construção da Declaração Universal dos Humanos (DUDH) de 1948. Assim como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal é um documento de repúdio às atrocidades cometidas pelas nações com poderio e sofridas pelas nações vencidas, para que se reconheçam e para que se preservem os Direitos Humanos.

2. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Cumpre ressaltar que o direito internacional público constitui a fonte da moderna sistemática internacional de proteção dos direitos humanos. Os precedentes históricos mais concretos do atual sistema internacional de proteção aos direitos humanos são 3 (três), a saber: a) o Direito Humanitário; b) a Liga das Nações; e c) a Organização internacional do trabalho (OIT).⁰ Estes três precedentes constituem-se como sendo os marcos mais importantes de formação histórica, do que hoje se conhece por arquitetura internacional dos direitos humanos.³⁷¹

370 Antes disso, a proteção aos direitos fundamentais estava circunscrita a poucas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789; as questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria uma determinada guerra, mas logo se mencionava o problema da ingerência interna em um Estado soberano e a discussão morria gradativamente. Assim é que temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e direitos de expressão política não eram abordados, eis que feria o até então incontestável e absoluto princípio de soberania. Veja-se: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 908.

371 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 908.

Em relação ao direito humanitário, criado no século XIX, ensina Valerio de Oliveira Mazzuoli, que é aquele aplicável no caso de conflitos armados, cuja função é estabelecer limites à atuação do Estado, com vistas a assegurar a observância e cumprimento dos direitos humanos. A sua aplicação não está adstrita aos conflitos internacionais, podendo também ocorrer em caso de conflitos armados internos. Desse modo, a proteção humanitária visa proteger, em caso de guerra, militares postos fora de combate, como os feridos, doentes, náufragos, prisioneiros, e as populações civis em geral, devendo os seus princípios ser hoje aplicados quer às guerras internacionais, quer às guerras civis ou a quaisquer outros conflitos armados.³⁷²

Já a Liga das Nações teve a finalidade de promover a cooperação, a paz e a segurança internacionais, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política dos seus membros. A Convenção da Liga foi o segundo precedente histórico importante para a asserção do tema “direitos humanos” ao plano do direito internacional, à medida que já previa sanções aos Estados por violação aos direitos humanos.³⁷³

Em 10 de dezembro de 1948, ainda sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o documento mais importante da história da humanidade e do Direito Internacional Público – *a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*, que logo em seu Artigo I anuncia o seguinte:

ARTIGO I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns para com os outros em espírito de fraternidade.

O nascimento da ONU foi o verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos. Dada a sua vocação para manter a paz e a segurança internacionais, respeitando a autodeterminação dos povos e garantindo os direitos humanos, a Organização das Nações Unidas assume

372 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 905.

373 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 906.

seu relevante papel, de coordenação e de protagonismo, no novo modelo do sistema global de proteção aos direitos humanos. E o direito internacional, que antes se preocupava somente com as relações travadas entre os Estados, viu-se compelido a voltar os olhos para os indivíduos, inclusive reconhecendo-lhes categoria de sujeitos do direito internacional público.

É importante frisar que a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) representa um importante documento deste século no tocante à matéria de reconhecimento e de proteção aos direitos humanos do ser humano no mundo pós-guerra. Era preciso evitar que as atrocidades e que os horrores cometidos durante o nazismo fossem praticados novamente, garantindo-se às gerações vindouras não sofrerem tais atrocidades.

Desse modo, por consagrar princípios e valores universais e fundamentais da ordem jurídica internacional – que devem caracterizar a civilização contemporânea – a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é considerada a fonte hierárquica máxima no mundo do Direito e em toda a humanidade.

Destarte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de Direitos Humanos, constitui o marco da criação do Direito Internacional Público como sistema jurídico normativo de alcance internacional com o objetivo de proteger os Direitos Humanos.

Flávia Piovesan afirma que, a partir da Declaração de 1948, começa a se “desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção”.³⁷⁴

E, para Flávia Piovesan, “a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX em decorrência da Segunda Guerra Mundial”.³⁷⁵

Por assim ser, Flávia Piovesan assinala:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às

374 PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 10.

375 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 440.

atrocidades cometidas durante o nazismo. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.³⁷⁶

Sobre a questão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 promoveu uma mudança no modo de pensar de diversos Estados acerca dos Direitos Humanos. Ela supriu a necessidade de se instaurar um mecanismo internacional de reconhecimento e de proteção aos direitos do ser humano, a partir de um novo referencial ético imprescindível para orientar a nova ordem internacional em resposta às atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras mundiais.

Em tal contexto, é preciso ressaltar que a Carta das Nações Unidas teve como objetivos principais respeitar os direitos e as liberdades fundamentais do ser humano, manter a paz e a segurança internacional e promover o desenvolvimento humano e social, garantindo a melhoria das condições de vida dos indivíduos e, por consequência, o progresso de toda a humanidade.

Depois de oficializada a Carta das Nações Unidas de 1945, processou-se uma onda de transformações no direito internacional, simbolizando um novo modelo de relações internacionais que visam à proteção internacional dos direitos humanos.

Mais precisamente, este documento foi fundamental, pois pretende a proteção internacional dos direitos humanos por meio da criação de uma Organização Internacional que abrangesse todas as nações do mundo na defesa da dignidade da pessoa humana, na manutenção da paz e da segurança internacional e no estabelecimento de políticas sociais e econômicas para garantir o desenvolvimento social das nações mais pobres.

Neste sentido, a proteção aos Direitos Humanos é o principal objetivo e o princípio basilar da ONU – garantido por meio do núcleo básico de tratados de Direitos Humanos e positivado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Contudo, o antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito internacional Público foi a Organização Internacional do Trabalho, criada finda a primeira guerra mundial, com o objetivo de estabelecer

376 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441.

critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem-estar social.³⁷⁷

A grande missão da OIT é, portanto, promover e assegurar o direito ao trabalho decente, assim compreendido aquele que promove oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Dessa maneira, a OIT é uma entidade que objetiva orientar as políticas legislativas para todos os Países-membros, tentando internacionalizar disposições sobre o trabalho decente e sobre a seguridade social e outras correlatas, que ampliem o rol de tutela e de realização dos direitos humanos dos trabalhadores.

Pode-se afirmar, portanto, que foi sob o impacto da primeira guerra mundial e do processo de reconstrução social que a OIT surgiu, no plano político, como o mais importante organismo internacional responsável por assegurar bases sólidas para a paz mundial e por obter melhores condições humanas para a classe trabalhadora.

Se no plano do Direito Humanitário e da Liga das Nações os direitos encontram-se ainda nebulosos, além de circunscritos a âmbitos restritos, como as situações de conflito armado, no plano da OIT os direitos das pessoas (no caso, dos trabalhadores) passaram a ser mais facilmente visualizáveis, bem assim ficou mais nítido qual o sujeito de direitos a ser protegido. Desde a sua fundação, em 1919, a OIT já conta com quase duas centenas de convenções internacionais promulgadas, às quais os Estados-partes, além de aderir, viram-se obrigados a cumprir e respeitar.³⁷⁸

Verifica-se, assim, que estes três precedentes contribuíram em conjunto para a ideia de que a proteção dos direitos humanos deve ultrapassar as fronteiras estatais, transcendendo os limites da soberania territorial dos Estados para alçar-se à categoria de matéria de ordem

377 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 906.

378 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 906.

internacional. Registra-se, assim, o fim de uma época em que o direito internacional estava adstrito à regulamentação das relações estritamente estatais, rompendo com o conceito de soberania estatal absoluta, que concebia o Estado como ente de poderes ilimitados, tanto interna como internacionalmente, e admitindo intervenções externas no plano nacional, para assegurar a proteção de direitos humanos violados.³⁷⁹

É sob este cenário que começaram a aparecer os primeiros contornos do Direito Internacional Público, a partir do afastamento da ideia de soberania absoluta dos Estados, em seus domínios reservados, bem assim do momento em que se atribui aos indivíduos a condição de sujeitos do direito das gentes, assegurando-os com mecanismos processuais para a salvaguarda dos seus direitos internacionalmente protegidos. A partir desse momento histórico emerge a concepção de que o indivíduo não é apenas objeto, mas também sujeito de direito internacional público.³⁸⁰

Como é providencial se destacar nas palavras de Bruno Del Preti e Paulo Lépre, foi com o término da segunda guerra mundial, portanto, e com os termos da rendição incondicional imposta aos derrotados, em 1945, que abriu-se caminho para a construção de novos modelos de proteção internacional de direitos e mitigação da ultrapassada ideia de soberania absoluta dos Estados, surgindo, então, a Organização das Nações Unidas.³⁸¹

Cabe frisar, que os direitos humanos contemporâneos não se dividem ou sucedem em “gerações”, mas se conjugam e se fortalecem em prol dos direitos de cada ser humano. Assim, pode-se dizer que tais direitos têm conteúdo indivisível, rechaçando-se a tradicional classificação das “gerações de direitos” em prol dos direitos de todos os seres humanos. Tal indivisibilidade está ligada a ideia de que os “direitos de liberdade” (direitos civis e políticos) não sobrevivem perfeitamente sem os “direitos da igualdade” (direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa).³⁸²

379 Esta nova concepção afasta o velho conceito de soberania estatal absoluta, que considerava, na acepção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos do Direito Internacional Público. Veja-se: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 907.

380 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 907.

381 PRETI, Bruno Del; Lépre, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 84.

382 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 898.

E complementa Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Tomando-se como exemplo o direito à vida (direito de conteúdo liberal), pode-se constatar que esse direito não se limita à vida física, abrangendo também todos os desdobramentos decorrentes das condições que esta mesma vida deve ter para que seja realizada em sua plenitude, condições estas decorrentes dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos da igualdade). Portanto, quando se fala em direitos humanos a ideia é a de que esses direitos se complementam, ou seja, se conjugam e não se sucedem em “gerações” ou “dimensões”.³⁸³

No viés da temática, ainda pelo entendimento de Valerio de Oliveira Mazzuoli, é imensa a parte das normas internacionais contemporâneas que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente.³⁸⁴

Segundo o autor:

Todos eles têm uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição. Em outros termos, basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional.³⁸⁵

A construção desse sistema foi uma resposta às atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, a partir da ideia de que tais acontecimentos poderiam ter sido evitados se o mundo contasse com um sistema que garantisse a observância dos direitos humanos.

Convém destacar que os direitos humanos devem sempre e cada vez mais agregar algo de novo e melhor ao ser humano, não podendo o Estado proteger menos do que já protegia anteriormente. Desse modo, os Estados estão

383 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 899.

384 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 895.

385 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 895.

proibidos de retroceder em matéria de proteção dos direitos humanos. Assim, se uma norma posterior revoga ou nulifica uma norma anterior mais benéfica, essa norma posterior é inválida por violar o princípio internacional da vedação do retrocesso, igualmente conhecido como princípio da “proibição de regresso”.³⁸⁶

Cabe registrar, por último, que os Direitos Humanos contam, atualmente, com um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e dos Pactos Internacionais de 1966, como de caráter específico, composto por convenções internacionais adotados no âmbito da ONU de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos da criança e do adolescente, etc.

A estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos ocorre, assim, de duas formas, a saber: no âmbito geral e no especial. A proteção internacional de âmbito geral alcança a todas as pessoas, ao passo que a proteção internacional especial alcança apenas determinados sujeitos de direito, ou determinada categoria de pessoas, a exemplo das convenções internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes, aos idosos, aos grupos étnicos minoritários, às mulheres, aos refugiados, às pessoas com deficiência, etc.

A proteção ou o sistema global geral de proteção dos direitos humanos é constituído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e cujo código básico é a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos - *International Bill of human Rights*. Já a proteção regional dos Direitos Humanos são aqueles pertencentes aos sistemas Europeu, Americano e Africano.

3. O CONCEITO E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos possuem importância ímpar para a história do Direito, haja vista que concretizam os direitos inerentes à condição humana. Razão pela qual, ultrapassam a esfera positiva do Ordenamento

386 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 900.

jurídico, pois emanam da própria natureza ética do ser humano, independentemente de reconhecimento perante o Estado.

Para fins de conceituação dos Direitos Humanos, segue-se aqui o entendimento de que são direitos inerentes à condição humana e anteriores ao reconhecimento do direito positivo. São direitos oriundos de consequências ou de reivindicações geradas por situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais do ser humano.

Logo, Direitos Humanos, entendidos a partir do direito internacional público, seguindo o escólio de Leilane Serratine Grubba:

São conceituados como aqueles direitos universais e inerentes ao ser humano, que têm por finalidade concretizar a dignidade de todos e para todos. Esses direitos universais e inerentes, proclamados pelo Direito Internacional, estabelecem obrigações aos Estados que tornarem parte dos Tratados Internacionais.³⁸⁷

Destaque-se na lição de Valerio de Oliveira Mazzuoli, de que os direitos humanos se fundamentam no valor-fonte do Direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência, tendo em vista que tais direitos retiram o seu suporte de validade da dignidade da qual toda e qualquer pessoa é portadora.³⁸⁸

Desse modo, os direitos humanos compreendem direitos da pessoa humana, pela sua natureza, que transcendem os direitos fundamentais, em decorrência de o seu conteúdo ser dotado de uma ordem de princípios e valores universais, oriundos da corrente jusnaturalista, que sustenta a existência de ordem natural e pré-concebida de direitos ostentados por todas as pessoas pelo só fato de existirem, sendo também válidos em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos, independentemente de mera positivação.

Na mui precisa visão de Bruno Del Preti e Paulo Lépore, direitos humanos:

São aqueles inerentes à condição humana da pessoa, enquanto um ser dotado de razão liberdade, igualdade e

387 GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas**. Curitiba: Prisma, 2017, p. 65.

388 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 904.

dignidade, e englobam os aspectos indispensáveis e essenciais para uma vida digna. Sua titularidade decorre do fato de a pessoa existir, não comportando qualquer tipo de distinção ou discriminação, encontrando-se previstos especialmente em documentos internacionais.³⁸⁹

Impende ainda ressaltar o parecer dos ilustres autores de que, os direitos humanos representam “valores essenciais na proteção e promoção da dignidade humana, isto é, os valores essenciais para uma vida digna”. Os direitos humanos, portanto, abarcam:

Os valores essenciais para uma vida digna. Isso porque a adjetivação de direitos como humanos traz diversas consequências, desde as sociais até as jurídicas, de modo a exigir cautela nessa delimitação. Portanto, nem todos os direitos ostentados pelos seres humanos são direitos humanos, mas somente aqueles essenciais para a proteção e promoção da dignidade humana, isso é, para uma vida digna.³⁹⁰

O conteúdo dos direitos humanos “se relaciona com os valores essenciais para que qualquer ser humano tenha uma vida na qual sua dignidade seja respeitada e promovida, sendo o primeiro desses direitos – e pressupostos para os demais – o direito a ter direitos”.³⁹¹

Seguindo-se ainda a elucidativa visão de Bruno Del Preti e Paulo Lépore:

É simbiótica a relação entre ao direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. Aliás, a utilização da dignidade da pessoa humana é imprescindível para a interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que pretenda ser compatível com valores sociais, éticos e democráticos da sociedade moderna.³⁹²

Bruno Del Preti e Paulo Lépore, contudo, assinalam que a centralidade dos direitos humanos não está, contudo, acabada. Ainda há um longo caminho a ser percorrido para consagração da efetividade dos direitos

389 PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 28.

390 PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 31.

391 PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 31.

392 PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 35.

previstos tanto no Brasil, como no mundo. Também há longo caminho para efetiva proteção, inclusive normativa, dos novos grupos vulneráveis que se apresentam, como a gravíssima crise migratória da modernidade e as violações à dignidade dos refugiados.³⁹³

Após se traçarem o conceito e o conteúdo dos Direitos Humanos, é necessário estabelecer a distinção entre “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, por serem duas expressões comumente consideradas como sinônimas.

Os direitos humanos são aqueles previstos em tratados internacionais e considerados indispensáveis para uma existência humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade, a vida privada, etc.

No momento em que os Direitos Humanos são incorporados pela Constituição de um país, eles ganham o *status* de Direitos Fundamentais, haja vista que o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de direitos humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado ou Nação. Somente a partir de então, eles serão tidos como direitos fundamentais. Logo, os Direitos Fundamentais têm como antecedente o reconhecimento dos Direitos Humanos.

Segue-se aqui, portanto, o entendimento de Fábio Konder Comparato, ao estabelecer que “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”,³⁹⁴

Nessa linha, os direitos fundamentais se relacionam com os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Ainda a respeito da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, é preciso ressaltar que há diversos pontos de aproximações entre eles, em virtude da previsão concomitante dos direitos essenciais no plano interno e internacional, assim como da existência de instrumentos internacionais de proteção aos direitos

393 PRETI, Bruno Del; Lé pore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 36.

394 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

humanos e da abertura do direito interno ao internacional, prevista nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.³⁹⁵

Pela visão sempre oportuna de Bruno Del Preti e Paulo Lépore, “são recorrentes as alusões feitas pelo próprio Direito Internacional à expressão “direitos fundamentais” (e.g., na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), como também que o Direito interno utilize o termo “direitos humanos” (v.g., artigo 4º, II e artigo 109, § 5º, ambos da Constituição da República)”.³⁹⁶

Torna-se imperioso ainda destacar que “a Constituição Federal de 1988 também consagra grande aproximação entre as normas nacionais e internacionais de proteção e promoção à dignidade humana, conforme estatuem os §§ 2º e 3º, do art. 5º”³⁹⁷, veja-se:

2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Logo, a este ponto, faz-se imprescindível deixar claro que o alicerce dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, seja no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro ou no do direito internacional dos direitos humanos, reside na dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, Samuel Sales Fonteles assinala não haver qualquer diferença ontológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, possuindo, ambos, na essência, o mesmo conteúdo. Como ele observa: “Não

395 PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. *Manual de direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 33.

396 Em relação à exigibilidade, vale mencionar que a proteção internacional aos direitos humanos conta com um instrumento para compelir que os Estados respeitem as normas internacionais, assim como as interpretações a elas conferidas por órgãos e tribunais internacionais. Veja-se: PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 33.

397 O preceptivo permite ampla abertura e aplicabilidade das normas internacionais de proteção e promoção da dignidade humana. Veja-se: PRETI, Bruno Del; Lépore, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 34.

há o que diferenciar, a não ser quanto ao âmbito de previsão de cada qual – enquanto os direitos humanos estão previstos em tratados internacionais; os direitos fundamentais estão positivados em uma Constituição”.³⁹⁸

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais não está no conceito, já que ambos possuem a mesma essência e a mesma finalidade: *assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana*. Tanto ser usual a expressão: “*direitos humanos fundamentais*”. Logo, a diferença substancial entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na localização da norma que dispôs sobre os mesmos. Assim, clarificando a questão crucial, no momento em que os direitos humanos são incorporados pela Constituição de um País, eles ganham status de Direitos Fundamentais, visto que o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de Direitos Humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado ou Nação. E, somente a partir de então, eles serão tidos como Direitos Fundamentais.

Em razão disso, os direitos humanos são dotados de uma ordem de princípios universais, válidos em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos, que independem de mera positivação, pois asseguram as condições de vida, dignidade, liberdade e igualdade de todas as pessoas, independentemente de raça, cor, sexo, origem, nacionalidade, estado civil, religião, crença ou quaisquer outras situações ou condições.

Motivo pelo qual, Yara Maria Pereira Gurgel ensina que “os direitos humanos são essenciais à existência do homem em sociedade. É o piso mínimo de direitos que a Ordem internacional destina a todos os seres vivos, que deve ser respeitado pelo Estado e oferecido aos seus jurisdicionados”.³⁹⁹

CONCLUSÃO

O respeito aos Direitos Humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados. Os mesmos visam ao direito de todos a uma vida digna e ao bem-estar individual, social e coletivo da humanidade. Neste sentido, o respeito aos Direitos Humanos representa um princípio comum a todos os povos civilizados.

398 FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 224.

399 GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 67.

O art. 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 estabelece que, nas relações internacionais, o Brasil adotará o princípio da prevalência dos Direitos Humanos. De tal modo, não é razoável admitir que, na ordem internacional, o Brasil adote o princípio da prevalência dos Direitos Humanos e, em contrário, no plano interno, deixe de observá-los ou como somente aos Direitos Fundamentais.

Logo, é sempre essencial, reafirmar a necessidade de o Brasil respeitar e cumprir as obrigações decorrentes dos dispositivos legais internacionais que regulam e que regulamentam as disposições concernentes aos direitos humanos em âmbito mundial, conforme bem preceitua o *princípio pro homine*.

Conclui-se, portanto, que a maior virtude da vida é buscar o comprometimento com a aplicação dos direitos humanos, sendo essa a nobre missão dos Países que priorizam a paz, a justiça social e o compromisso em assegurar sempre melhores padrões de vida para toda a humanidade, com vistas ao bem comum.

Restam claras as variadas nuances de conceitos e de aplicação dos Direitos Humanos esculpidos por autores renomados e notadamente especialistas respeitados, que serviram de alicerce como referências de domínio, não só em relação ao tema focado ou erigido ao status de princípio, meio e fim do presente artigo, mas, também, por a seu tempo e a seu modo, bem como às suas palavras, terem servido para embasar todo estudo aqui proposto, por óbvio, sem a pretensa intenção de se esgotar o assunto.

REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

GALVÃO, Vivianny Kelly. **O princípio da prevalência dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2016.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas**. Curitiba: Prismas, 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008.

PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DO PROCESSO DIGITAL: influência das novas tecnologias na prestação jurisdicional na sociedade contemporânea

Sergio Torres Teixeira⁴⁰⁰

Camilla Montanha de Lima⁴⁰¹

Beatriz Rocha Vasconcellos⁴⁰²

400 Doutor em Direito, Professor da UFPE e da UNICAP. Desembargador do TRT6. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa LOGOS: Processo, Hermenêutica e Tecnologia.

401 Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFPE.

402 Bacharela em direito pela Faculdade de Direito do Recife. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público.

1. INTRODUÇÃO

Quaisquer procedimentos e instituições que caracterizam a engrenagem da justiça são mutáveis. Na era digital, grande parte dos serviços públicos está migrando para o ambiente digital, justamente com a intenção de descomplicar a vida dos indivíduos. O processo judicial, assim como todos os outros aspectos da vida contemporânea, tem passado por diversas mudanças no seu perfil e por constantes adaptações, tendo em vista a grande evolução tecnológica vivenciada, de modo que, hoje, à distância, pelo mero clique do “mouse”, é possível peticionar, acompanhar o processo e ter uma conexão maior com a própria Justiça.

Somado a isso, a sociedade hodierna não consegue mais ignorar as facilidades que a tecnologia pode oferecer. Com o advento da pandemia de covid-19 e o consequente isolamento social imposto pelos Governos dos mais diversos países, tornou-se essencial a integração dos jurisdicionados frente às plataformas digitais disponíveis para a continuação do próprio modelo de Estado-juiz. Diante desse contexto, a garantia do devido processo legal perpassa, necessariamente, pela adequação da justiça às novas tecnologias e à rede mundial de computadores, a fim de manter o seu funcionamento e de assegurar a razoável duração do processo, sem esquecer a garantia dos direitos fundamentais.

Diante dessa nova realidade de atuação do jurídico no mundo virtual, é importante analisar as consequências que as novas tecnologias têm tido no direito processual e na prática dos tribunais. O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo, portanto, desenvolver um exame crítico acerca do Acesso à Justiça na era do processo digital, examinando as implicações de sua utilização na atuação cotidiana do Judiciário brasileiro, além de avaliar a eficiência, tanto quantitativa quanto qualitativa, dos novos instrumentos tecnológicos nas práticas dos tribunais e identificar os novos desafios trazidos para a implantação desse direito fundamental.

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo-hipotético, uma vez que a investigação parte de conjecturas sobre o mundo exterior, hipóteses que antecederam e determinaram o rumo das observações e serão provadas ou afastadas a partir dos dados da realidade coletados.

Quanto à técnica de pesquisa utilizada para levantamento e coleta de dados, foi adotada a bibliográfica e documental. A análise dos dados, por sua vez, ocorreu por meio de uma abordagem quali-quantitativa, incorporando dados estatísticos ao mesmo tempo em que foi conduzida a análise qualitativa.

De partida, o presente trabalho resgata a história de como se originou o conceito moderno de acesso à justiça, que foi robustecido principalmente a partir da década de 1960 e posteriormente impulsionado pelo Projeto Florença. Tal evolução, colocou o direito de acesso à justiça como questão chave, tanto para o direito processual, como para a própria ideia de direitos fundamentais, uma vez que, sem tal acesso à justiça, todo um arcabouço de direitos fundamentais é destituído de sentido.

Em seguida, será analisado o ideal de acesso à justiça na perspectiva original de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a de que o acesso à justiça busca não apenas a facilitação do acesso aos tribunais, bem como visa garantir que as pessoas tenham os recursos e o conhecimento necessários para participar efetivamente do sistema legal e obter o dizer do direito e a satisfação de sua demanda. Diante da análise crítica desses institutos, este trabalho pretende esclarecer quais os maiores obstáculos a serem enfrentados na busca pela plena efetivação do direito fundamental ao Acesso à Justiça, garantido na Constituição Federal, na era do processo digital.

Ato contínuo, a partir desse recorte temático, são apresentados, com números, a partir de pesquisas recentes realizadas acerca do judiciário brasileiro, os maiores obstáculos que dificultam a efetivação plena do acesso à justiça no Brasil atual, com o crescente congestionamento do judiciário, a saber, o alto custo despendido com a máquina estatal judiciária e a lentidão do dizer o direito, com processos que se arrastam por anos e, talvez, nem sequer chegam a uma decisão satisfatória.

Posteriormente, será investigado, com acuidade, como foi possível a manutenção da prestação judiciária durante os períodos de isolamento social, decorrentes da pandemia de covid-19, momento extraordinário em que o trabalho do judiciário foi exercido, essencialmente, de modo remoto. Para tanto, serão apresentados os relatórios e dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, também serão apresentadas as disruptivas resoluções do CNJ n. 345/2020 e n. 385/2021, que implantaram o programa de justiça 4.0 –

inovação e efetividade na realização da Justiça para todos - e o Juízo 100% digital, respectivamente, analisando-se as mudanças que tais programas trouxeram para o cotidiano do judiciário brasileiro.

Logo em seguida, é feito um panorama, em números, de como a inteligência artificial vem sendo utilizada no dia a dia pelos tribunais, prosseguindo com um alerta acerca da necessidade de limites éticos na utilização da inteligência artificial no judiciário, sem perder de vista os direitos fundamentais, bem como os princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico.

Na parte final deste trabalho, serão construídas reflexões acerca da capacidade da tecnologia de aproximar o judiciário da sociedade, apresentando as barreiras geradas pelo processo judicial na era digital, sobretudo a partir de uma realidade brasileira de desigualdade social. A partir daí, são apontadas algumas soluções, que já têm sido implantadas pelos tribunais brasileiros, para o encurtamento das mencionadas dificuldades. Ademais, são trazidos, à discussão, pontos extremamente relevantes na busca de uma promoção de acesso à justiça na era do processo digital. Assim, uma premissa básica adotada será a de que a justiça social, tal qual ideal exposto na Constituição Pátria, pressupõe o acesso efetivo.

2. DO ACESSO À JUSTIÇA

Para entendermos a atual situação do acesso à justiça na era digital, é fundamental resgatar a história do direito de acesso à justiça, um direito tão caro à própria noção de Estado Democrático de Direito, fruto do amadurecimento da ciência jurídica e de uma longa batalha histórica, conquistado a “duras penas”. A partir desse ponto, poderemos então fazer um recorte temático, qualificando o tema a partir das três dimensões de acesso à justiça definidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Pois bem, partindo da exposição do passado, compreendemos melhor o presente do nosso tema, na expectativa de, ao final deste trabalho, ter uma perspectiva do futuro desse direito fundamental.

Apesar de haver alguns vestígios do direito ao acesso à justiça na Antiguidade Clássica e na Idade Média, o começo efetivo dessa história para nós se inicia nos séculos XVIII e XIX, marcados pelo sistema do *laissez-faire*, modelo político e econômico de não intervenção estatal, compreendendo a primeira

dimensão dos Direitos Humanos, a saber, a liberdade. Envolve, sobretudo, os direitos às prestações negativas do Estado, também conhecidos como direitos de defesa, uma vez que protegem o indivíduo contra intervenções indevidas. Dessa forma, o papel do Estado seria passivo, numa dimensão clássica.

Nesse sentido, nos Estados liberais, muito influenciados pela filosofia individualista dos direitos, até então predominante no pensamento da época, o direito dos sujeitos de invocar o Estado para a resolução de seus conflitos era apenas formal, de maneira que, apesar de o direito de invocar a heterocomposição Estatal fosse considerado como direito natural, predominava a ideia de que os direitos naturais não necessitavam de atuação positiva do Estado para que fossem protegidos (CAPPELLETTI; TALLON, 1973, p. 659, 726-40).

Se as pessoas teriam acesso, de fato, à justiça e suas instituições, não era uma preocupação para o Estado, uma vez que o reconhecimento do direito era apenas formal, de modo que só o possuía quem, de fato, pudesse arcar com os seus custos. Sob essa ótica, o Estado permanecia inerte.

No entanto, com a complexificação da sociedade, a partir das revoltas socialistas, as relações sociais começaram a revestir-se de um perfil mais coletivo, abandonando, assim, o outrora caráter essencialmente individualista dos direitos. A partir daí, surge a necessidade de se exigir do Estado um papel mais vigoroso e ativo, não bastava mais a figura do Estado como mero fiscal das regras jurídicas.

Surgem, nesse momento, os direitos sociais, titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado, denominados direitos de igualdade. Dessa forma, reconheceu-se a importância do papel ativo do Estado para assegurar uma condição material mínima de sobrevivência, fruto das reivindicações socialistas.

Essa segunda dimensão dos Direitos Humanos, trata-se, portanto, dos direitos necessários à efetivação “a todos” dos direitos anteriormente proclamados nas constituições modernas, a partir da configuração do então chamado *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social). Cabe esclarecer a importância de tal evolução nas palavras de Cappelletti e Garth (1998, p.12):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Assim, é clarividente a suma importância do efetivo acesso à justiça para a concretização dos próprios direitos individuais e sociais, posto que, sem acesso ao dizer do direito pelo Estado, a própria titularidade dos outros direitos do ser humano é destituída do sentido, de forma que podemos questionar: de que aproveitaria ser titular de direitos e não poder exigir sua efetivação? A Constituição, principal norma que prevê os direitos fundamentais seria, portanto, como mais uma folha de papel, sem nenhum significado, como bem observou Ferdinand Lassale (2015) em sua obra "O que é uma constituição?".

A partir de então, a Europa e a América do Norte debruçaram-se sobre uma série de medidas, com o fito de propiciar meios eficazes que fossem capazes de possibilitar aos pobres a assistência jurídica de forma gratuita. Apesar disso, a busca pelo Acesso à Justiça pleno e efetivo se robustece apenas na década de 1960, passando a abranger todo o mundo Ocidental, tendo como um dos principais movimentos de ampliação o Projeto Florença⁴⁰³, que analisou os principais obstáculos ao acesso igualitário à justiça, além das práticas que já vinham sendo adotadas até então.

Daí em diante, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, utilizando sobretudo os dados obtidos a partir do Projeto Florença, a partir de sua obra vanguardista, identificam os principais obstáculos que impediam o pleno acesso à justiça, bem como construíram a conhecida classificação das soluções para tais obstáculos, conhecidas como “ondas”. Dessa forma, tais autores apresentaram uma maior abrangência para seu conceito de acesso à justiça, menos formalista, levando em consideração questões para além da preocupação com a representação em juízo.

Portanto, diante do exposto, é possível perceber que o Acesso à Justiça é um tema fundamental no estudo do direito processual e no estudo dos direitos e garantias fundamentais, posto que é o mais básico de todos os direitos. Semelhante a placa de Petri⁴⁰⁴, o direito ao acesso à justiça é o que permite o cultivo e torna possível a efetivação de todos os outros direitos.

403 Encabeçado por Mauro Cappelletti, então professor da Universidade de Florença e diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Comparados, e Bryant Garth, então diretor da American Bar Association e professor da Indiana University School of Law, o Projeto Florença consistiu em ser um estudo multidisciplinar realizado por profissionais de quase trinta países diferentes, incluindo sociólogos, psicólogos, antropólogos, administradores, juristas e economistas. Foi desenvolvido em um cenário de insatisfação mundial com o desempenho do serviço prestado pelo Poder Judiciário. Os resultados encontrados foram condensados em um tratado de cinco volumes intitulado “Access to Justice” (1978-81).

404 Recipiente cilíndrico, achatado e de vidro que é utilizado por profissionais em laboratório para o cultivo de bactérias.

Diante disso, é necessário o reconhecimento, por parte dos juristas, de que as técnicas processuais servem, de fato, à justiça social, essencialmente.

Cappelletti e Garth (1988, p. 8) definem Acesso à Justiça da seguinte forma:

A expressão “Acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Os dois autores apontam, inicialmente, três principais obstáculos, observado a seu tempo, que impedem a efetivação desse direito tão caro à sociedade (1988, p. 16).

A primeira barreira apontada diz respeito ao alto custo do processo. Nesse modelo, a parte vencida precisa arcar com as despesas processuais, honorários advocatícios e verbas sucumbenciais. Dessa forma, tais autores apontam que, por mais convencidas que as partes estejam de seus direitos, dada as incertezas do processo, elas correm um risco de suportarem grandes despesas. Exemplo disso é que, com base nos dados reunidos no Projeto Florença, nas ações de pequenas causas, o custo do processo pode superar o mérito, além de, nos processos mais demorados, seu custo pressionar a parte a desistir de seu direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 19).

A segunda barreira se refere à possibilidade das partes. Nesse obstáculo, a falta de informação, a carência de condição financeira adequada e o fato de ser um litigante eventual prejudicam sobremaneira tais litigantes e influenciam, negativamente, o resultado da causa (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 21-25).

A terceira barreira apontada, por sua vez, são os direitos difusos, que são fragmentados, de modo que seria extremamente difícil as pessoas individuais, que possuem um interesse em comum, terem a oportunidade de se unirem em prol da obtenção de seus direitos. Dessa forma, tal divisão enfraquece os indivíduos particulares, ao passo que fortalece as organizações que se mantêm unidas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26-27).

A fim de superar as barreiras expostas acima e buscando a plena efetivação do acesso à justiça, Cappelletti e Garth apresentaram soluções denominadas de “ondas”, que foram destrinchadas em três etapas distintas. É o que se segue.

A primeira onda diz respeito à assistência judiciária gratuita aos mais vulneráveis economicamente. Com isso, foi reconhecido que não basta positivar tal direito, mas é necessário promover o acesso efetivo e igualitário. Nesse sentido, muitas reformas foram promovidas pelos países ocidentais, a exemplo do sistema *judicare*, no qual advogados particulares são pagos pelo Estado para representar os mais pobres a partir de critérios fixados em lei.

No entanto, tais medidas, apesar de trazerem vantagens, também apresentavam várias desvantagens, expostas suas razões no livro, o que desencadeou a necessidade de medidas adotadas na segunda onda.

A segunda onda diz respeito à representação dos direitos difusos. Primeiramente, é preciso entender que o processo civil tradicional tinha o objetivo de atender aos interesses individuais de duas partes, porém os direitos que dizem respeito a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas ficam à mercê desse processo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Pois bem, surge, então, a necessidade de realizar algumas mudanças no sistema judiciário, notadamente a mudança sobre a ideia de legitimidade ativa, a qual permite que “indivíduos ou grupo de pessoas atuem em representação dos interesses difusos”. Outra está relacionada à ampliação dos conceitos básicos dentro do processo civil, como o de “citação”, o do “direito de ser ouvido” e a transformação do papel do juiz. Isso porque, em se tratando de direito difuso, não há como citar todos os interessados, nem mesmo permitir que se ouçam todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente com o litígio. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Nesse sentido, governos de diversos países buscaram representar, adequadamente, os interesses coletivos através da atuação do Ministério Público, das agências públicas reguladoras e outras instituições análogas sustentadas pelo Estado.

Por fim, a terceira onda diz respeito ao novo enfoque dado ao acesso à justiça, que resulta da constatação de que a primeira e a segunda onda não foram suficientes, de modo que o sistema judiciário precisava ir além (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70).

Esse novo enfoque ao acesso à justiça vai se preocupar, notadamente, em distinguir os diferentes tipos de litígios e procurar um meio eficaz de solucioná-los. Dessa feita, esse enfoque (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71) encoraja a realização de reformas, como alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, além de modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios, facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Dessa forma, são privilegiados os meios alternativos de resolução de conflitos.

A história do Brasil, por sua vez, é marcada por vários períodos conturbados, seja por questões políticas, seja pela falta de democracia em determinados momentos, nesse sentido, o acesso a direitos básicos, como, por exemplo, o acesso à justiça, nunca foi uma questão de fácil implementação.

Apesar disso, mesmo de uma forma restrita, é possível visualizar, em todas as constituições brasileiras, o respeito ao princípio da garantia da via judiciária, mesmo que de forma limitada e deficiente, conforme assegura Nalini (2006, p. 61-69), não no sentido de acesso ao judiciário de forma gratuita, mas no que concerne à apreciação, pelo judiciário, de qualquer matéria, na inafastabilidade da jurisdição.

Na Constituição Pátria de 1988, o acesso à justiça foi previsto no artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”. Apesar deste ser um direito garantido constitucionalmente, tal situação não encontra-se concretizada, tendo em vista barreiras e obstáculos, para alguns intransponíveis, dada sua hipossuficiência, seja ela qual for, conforme salienta (SILVA, 1998, p. 222-223):

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, "pois está bem claro hoje, que tratar "como igual" a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça.

Nesse sentido, a obra atemporal de Cappelletti e Garth (1998, p. 8) defende, fundamentalmente, que o sistema seja “igualmente acessível a todos”, dentro do conceito de uma justiça universal, integrativa, constituindo em sua definição o mais básico dos Direitos Humanos.

Partindo dessa perspectiva, para que haja a promoção da Justiça social, é necessário o acesso efetivo. Desse modo, a prestação jurisdicional, proporcionada pelo Estado-Juiz, deve buscar diminuir as distâncias entre o poder Judiciário e os indivíduos. Segundo o estudo da imagem do judiciário brasileiro (2019, p. 41), iniciativas como a implementação dos juizados especiais, a justiça itinerante e a participação direta de magistrados em ações sociais têm contribuído para a evolução do judiciário brasileiro, nesse sentido, nos últimos anos.

Na era do processo digital, o acesso digital à Justiça demonstra-se, a princípio, como uma forma de possibilitar um maior alcance demográfico e operacional, considerando, todavia, as efetivas desigualdades no acesso aos meios de tecnologia. Assim, dentro do atual contexto social, não há alternativa para um Poder Judiciário ágil e eficiente, se este se mantiver distante do processo da modernização dos meios virtuais.

Ademais, diante do congestionamento do judiciário e das ações de massa, problemas como o custo exorbitante da máquina estatal para manter o judiciário, bem como a consequente lentidão da justiça, tornaram-se grandes preocupações, não só dos operadores do direito, mas de toda a sociedade.

De acordo com o “Justiça em Números 2022” (2022, p. 80-81), relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, calcula-se que mais de 103,9 bilhões de reais tenham sido gastos pelo Judiciário no ano de 2021. Apesar do alto valor, tais números representaram uma redução de 5,6% em relação ao último ano e um valor ainda maior em relação ao ano de 2019 (período pré-pandêmico), tendo esse decréscimo (período 2020-2021) sido ocasionado pela variação na rubrica das despesas com pessoal, que reduziram em 6,7%, e das despesas de capital, que reduziram em 2,4%. De outro lado, o relatório constatou que houve aumento em 10,8% nas outras despesas correntes, em razão da retomada de parte dos serviços presenciais que ocorreram com o arrefecimento da pandemia e com o início da vacinação.

Tal variação pode ser demonstrada no gráfico a seguir, gráfico 1, retirado do relatório Justiça em números 2022.

GRÁFICO 1 - SÉRIE HISTÓRICA DAS DESPESAS DO PODER JUDICIÁRIO

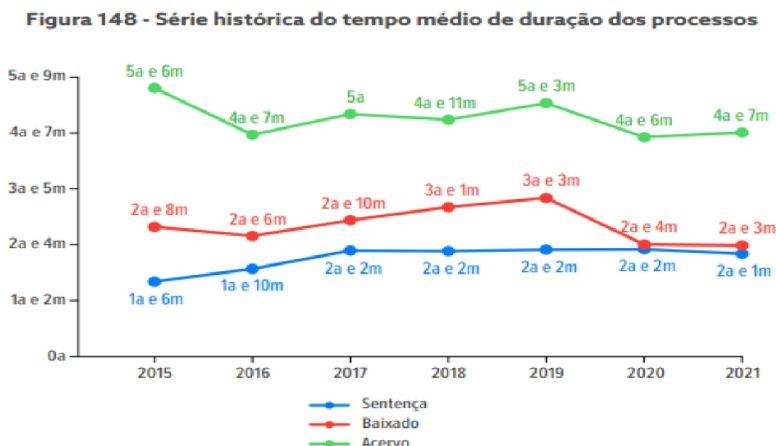


FONTE: CNJ (2022, p. 81)

Quanto ao tempo de tramitação dos processos, estima-se que processos de conhecimento no 1º grau na Justiça Estadual levam, em média, 2 anos e 7 meses para serem baixados definitivamente, sendo que, para os processos de execução, no 1º grau na Justiça Estadual, esse tempo pode chegar a, aproximadamente, 5 anos e 3 meses (CNJ, 2022, p. 211).

Além disso, conforme demonstrado no gráfico 2, o tempo médio de duração de todos os processos que tramitam nos tribunais brasileiros, sem considerar as execuções penais, já que tais processos permanecem no acervo até o cumprimento das penas, também diminuiram, se compararmos os números dos períodos de 2019 e 2021.

GRÁFICO 2 - SÉRIE HISTÓRICA DO TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS



FONTE: CNJ (2022, p. 213)

Tais dados apontam que, além dos processos terem sido resolvidos de forma mais célere, o acervo antigo também diminuiu. Apesar de tais números terem se dado em razão da mudança de forma de cálculo a partir de 2020, com a implantação do DataJud, que centralizou, no CNJ, a base de dados e os cálculos, tais resultados demonstram a importância, sob o aspecto quantitativo, das ferramentas digitais no enfrentamento de problemas existentes no judiciário, a saber, o alto custo da máquina estatal e a sua lentidão.

Sem dúvidas, a sociedade mundial vivencia um momento singular, determinado pela globalização e pela renovação tecnológica sem precedentes. Diante de tal cenário, o judiciário precisa se adaptar, sob pena de se tornar obsoleto. Trata-se, sobretudo, de adaptar o poder judiciário ao seu público alvo.

É importante, todavia, salientar que tais números não representam necessariamente o aspecto qualitativo, no sentido de uma prestação jurisdicional satisfatória e acessível (*lato sensu*). Sob tal ponto, alguns autores reforçam que o acesso à justiça não se resume apenas ao ingresso em juízo, de modo que urge, paralelo a isso, a construção de uma solução justa e de instrumentos processuais capazes de promoverem a efetiva tutela de direitos (MACK; ANLEU; TUTTON, 2018, p. 30).

Ademais, é dever do judiciário, também, difundir o conhecimento a respeito das formas alternativas de resolução de conflitos, a exemplo do sistema multiportas concebido por Sander (1979), com a reunião, em um único centro de justiça, de diversificados métodos de resolução de conflito, encaminhando, assim, cada conflito, à forma de resolução mais adequada, tanto do ponto de vista econômico, quanto de satisfação.

Estudos técnicos feitos acerca da imagem do judiciário apontam (AMB; FGV; IPESP, 2019, p. 29), ainda, um alto índice de concordância, na sociedade, quanto aos obstáculos para o bom funcionamento do judiciário, com relação aos seguintes pontos: acesso caro à Justiça (87%); excesso de formalidades/muita burocracia (86%); distanciamento em relação à população (86%); e legislação ultrapassada (84%).

Dessa forma, é possível perceber que, apesar de ter havido um lapso temporal desde as pesquisas do Projeto Florença, datado de 1978-1981, e a pesquisa do estudo da imagem do judiciário, datada de 2019, os problemas apontados como obstáculos para a efetivação do pleno acesso à justiça

permanecem os mesmos, tal qual apontados por Cappelletti e Garth, em sua célebre obra “Acesso à Justiça”.

Urge, portanto, ao judiciário, “desenvolver maneiras de se comunicar verdadeiramente com os diversos públicos, pelas mais variadas mídias” (WATANABE, 1988, p. 131). Dessa forma, a comunicação clara, através da tecnologia, torna-se, na era do processo digital, uma função inerente a todos os tribunais. De fato, os novos tempos demandam a utilização desses mecanismos a favor do acesso à justiça, a fim de difundir os serviços judiciais a custos mais baixos e de modo mais eficiente e célere.

3. EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA DIGITAL E AMEAÇAS ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A pandemia de Covid-19, essencialmente, obrigou o Judiciário a enxergar os modos de interação virtual como um tipo de solução para que o acesso à justiça continuasse, mesmo no período de crise e de isolamento social. Dessa forma, a atuação dos advogados pelo ambiente virtual se tornou regra, com atendimentos e consultorias online, por meio de plataformas virtuais que promovem ligações em vídeo. Da mesma forma, as audiências aconteciam através de videoconferência e a mediação pelo ambiente virtual. Na prática, é possível perceber que tal panorama persiste, mesmo após a volta do convívio social, e mostra-se como uma realidade que permanecerá. A exemplo disso, podemos citar audiências de custódia realizadas, cotidianamente, de modo virtual.

Diante dos decretos de *lockdown*, a fim de se conter a propagação do vírus de covid-19, o trabalho remoto foi a solução temporária adotada pela maioria das instituições. Nesse cenário, sem tempo hábil para traçar um plano de ação, o judiciário foi obrigado a aprender, na prática, como garantir o funcionamento da Justiça no meio digital, pelo que coube aos magistrados, servidores, promotores, defensores públicos, advogados, colaboradores e de toda a sociedade, a tarefa de materializar o art. 6º do CPC/2015⁴⁰⁵.

Problemas judiciais continuaram a surgir no período de isolamento e transações econômicas no ambiente virtual se intensificaram, de forma que,

405 “Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” *In*: BRASIL, 2015.

nesse período extraordinário, os conflitos ganharam novos traços de complexidade jurídica e social, o que impulsionou a implantação e utilização das ferramentas digitais como forma de manutenção da prestação jurisdicional no período pandêmico.

No decorrer do período de 16 de março a 19 de julho, considerando todos os tribunais brasileiros, foram proferidos 9.378.963 sentenças e acórdãos; 14.647.813 decisões e 24.638.388 despachos, de acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça⁴⁰⁶. Tais números constataram a possibilidade da continuação da prestação jurisdicional por meio virtual, através do processo eletrônico.

Diante dessa situação, diversos tribunais testaram soluções digitais para a prática de atos processuais de forma confiável e acessível, tendo o CNJ instituído, em 31 de março, a Plataforma Emergencial de Videoconferência para a realização de audiências e sessões de julgamento durante o período de isolamento social.

Pelo exposto, é possível perceber que a pandemia de covid-19 foi um dos fatores que impulsionou significativamente a migração da atuação do judiciário para o meio virtual, apesar já existirem leis que autorizavam a aplicação de ferramentas digitais na prestação jurisdicional, a exemplo da Lei nº 11.900, de 2009, que validou a realização de audiência do interrogatório do réu no processo penal por videoconferência, em caráter excepcional, art. 185, §2º, do CPP⁴⁰⁷.

Diante dessa realidade, em 10 de setembro de 2020, o ministro Luiz Fux, ao tomar posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, apresentou cinco eixos de

406 Dados disponíveis em: Produtividade Semanal do Poder Judiciário Regime de teletrabalho em razão do COVID-19 (cnj.jus.br). Acesso em: 05 jun. 2023.

407 “Art 185, § 2º - Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

- I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
- II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
- III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;
- IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.” In: BRASIL, 2015.

atuação da sua gestão, sendo eles: a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente; a garantia da segurança jurídica no que tange à otimização do ambiente de negócios no Brasil; o combate à corrupção, ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, com recuperação de ativos; o incentivo ao acesso à justiça digital; e o fortalecimento da vocação constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Tais compromissos se adequam aos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, tendo o incentivo ao acesso à justiça digital sido concretizado através da criação do “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”.

Pois bem, desde então, diversos projetos estão sendo desenvolvidos e aplicados, utilizando-se novas tecnologias e inteligência artificial no âmbito do judiciário, a exemplo da Plataforma Digital do Poder Judiciário – PDPJ-BR (Resolução n. 335/20 do CNJ), a implantação do Juízo 100% Digital (Resolução n. 345/20 do CNJ) e a regulamentação sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial (Resolução n. 354/2020 do CNJ), entre outros.

Diante desse cenário, o judiciário foi compelido a uma nova normalidade para os serviços judiciais, de modo que a informatização tem contribuído para um aumento na produtividade dos tribunais. Um exemplo relevante, foi o caso do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE, conforme divulgado pelo CNJ (2020), que apresentou um acréscimo de 56,4% em produtividade nas decisões interlocutórias no período de março a maio de 2020, período no qual foi adotada a integralidade do trabalho remoto, se comparado ao mesmo período do ano anterior.

Apesar disso, é importante acentuar que o aumento da produtividade em números não traduz, necessariamente, avanço ou maiores facilidades de acesso à justiça. Pelo contrário, a crise sanitária deixou ainda mais evidentes os velhos problemas sociais, de desigualdades entre ricos e pobres, aos serviços mais básicos. De acordo com reportagem do jornal Folha de São Paulo (2020), no período da pandemia, cerca de 70 (setenta) milhões de brasileiros tiveram acesso precário à internet. A referida matéria também pontuou que mais de 42 (quarenta e dois) milhões de pessoas nunca acessaram a rede mundial de computadores, além de registrar que 85%

(oitenta e cinco por cento) dos cidadãos já conectados das classes “D” e “E” utilizam a internet só pelo celular e com pacotes limitados.

Sobre esse ponto, mais uma vez é necessário retomar as lições de Cappelletti e Garth (1988, p. 22-23), uma vez que, para eles, a possibilidade das partes é questão central quando se trata da efetivação do acesso à justiça. Desse modo, eles apontam a dificuldade da pessoa comum/leiga, até para reconhecer a necessidade de se buscar a tutela de direitos como um obstáculo ao acesso à Justiça. Atentar para esses pontos mostra-se crucial no presente estudo.

Como forma de enfrentamento do panorama apresentado acima, o CNJ implantou mudanças, através das disruptivas Resoluções n. 345/2020 e n. 385/2021, que expressam uma nova realidade e utilizam significativamente o potencial que a tecnologia pode fornecer ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, tais resoluções implantaram o Programa Justiça 4.0 – inovação e efetividade na realização da Justiça para todos - e o Juízo 100% digital, respectivamente, o que, na prática, significou uma redução de custo e de tempo, aumentando a eficiência e maximizando o efetivo acesso à Justiça (ARAÚJO; GABRIEL; PORTO, 2020).

Assim, cabe aqui analisar em quê consiste o termo de Justiça 4.0. Diante disso, Justiça 4.0 nada mais é que um conceito que se refere à aplicação de tecnologias digitais e inovações no sistema de justiça, visando modernizar e aprimorar seus processos. Essa abordagem inclui a utilização de inteligência artificial, *big data*, automação de tarefas, análise de dados e outras tecnologias para agilizar a tramitação de processos, melhorar o acesso à justiça, promover a transparência e aumentar a eficiência do sistema judiciário como um todo. Dessa forma, o objetivo é adaptar o sistema de justiça às demandas e desafios da era digital, proporcionando prestação jurisdicional mais efetiva e acessível.

Nesse sentido, o Programa Justiça 4.0 – inovação e efetividade na realização da Justiça para todos – uma parceria do PNUD, do CNJ e do CJP, possui quatro eixos de atuação, a saber: 1. inovação e tecnologia; 2. prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos; 3. gestão de informação e políticas judiciárias; 4. fortalecimento de capacidades institucionais do CNJ.

Entre as ações e os projetos que integram o Programa Justiça 4.0 do CNJ, de acordo com a Cartilha Justiça 4.0, estão a criação do Juízo 100% digital; o projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ) – com possibilidade de ampliar o grau de automação do processo judicial eletrônico e o uso de inteligência artificial (IA); a implantação da Plataforma Codex, que tem como funções principais alimentar o DataJud de forma automatizada e arranjar de maneira planejada dados de decisões e de petições para que sejam utilizados em futuras aplicações de IA. Tais programas possuem, como fontes de custeio, recursos do próprio Conselho Nacional de Justiça e do Conselho da Justiça Federal, sem ônus para os tribunais.

A Justiça 100% digital, por sua vez, é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca promover a digitalização completa dos processos judiciais no Brasil. O objetivo é eliminar o uso do papel e realizar todos os procedimentos de forma eletrônica, desde o protocolo inicial até o julgamento final. Com a Justiça 100% digital, os processos podem ser acessados e movimentados de forma remota, agilizando os trâmites e proporcionando maior eficiência e celeridade do sistema judicial. Além disso, essa iniciativa também visa tornar a Justiça mais acessível, permitindo o uso de recursos tecnológicos para facilitar o acesso à informação, a participação das partes e o acompanhamento dos processos.

Com o Juízo 100% Digital, o jurisdicionado não precisa comparecer, fisicamente, aos fóruns, para ter acesso ao judiciário. Nesse sentido, conforme o relatório 1 ano de Justiça 4.0 (2022, p. 12), o Juízo 100% Digital institui o conceito de Justiça como serviço, desvinculado da ideia da sede física e de seus ritos presenciais.

Como forma de avaliar os resultados do primeiro ano de Justiça 4.0, em 2022, o CNJ produziu relatório denominado: 1 ano de Justiça 4.0 - Resultados e avanços do programa que vem transformando o judiciário brasileiro com inovação e tecnologia.

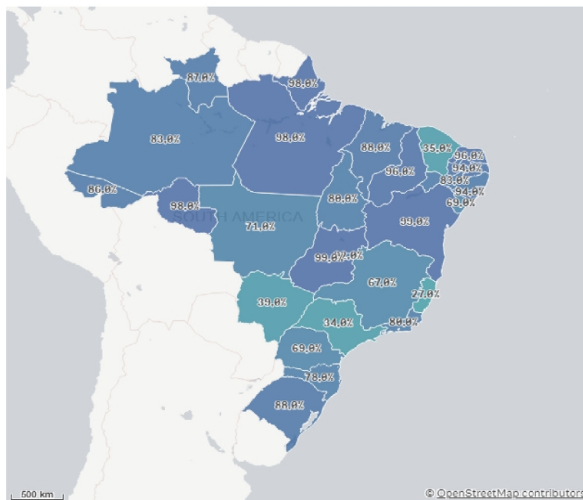
De acordo com tal relatório, o programa Justiça 4.0 tem produzido excelentes resultados até o momento, com ampla adesão dos Tribunais brasileiros, contabilizando, até a data de produção do relatório em 2022, 7,4 mil serventias em todo o Brasil.

Ademais, o mapa a seguir, demonstra os percentuais de serventias da justiça com Justiça 100% digital.

FIGURA 1 - MAPA DE CALOR DO PERCENTUAL DE SERVENTIAS COM JUÍZO 100% DIGITAL POR ESTADO

Mapa de Calor do Percentual de Serventias com Juízo 100% Digital por Estado

Para visualizar o mapa por municípios basta clicar no estado de interesse e depois clicar em algum lugar fora do mapa



FONTE: CNJ (2023).

Assim, é possível perceber que Goiás desponta com um percentual de 99%, Pernambuco apresenta um percentual de 83%, já os Estados de Ceará, São Paulo e Espírito Santo detêm a menor adesão ao Juízo 100% digital, apresentando os percentuais de 27%, 34% e 35%, respectivamente.

Com relação à plataforma Sinapses, que integra a PDPJ-Br, gerencia e armazena modelos de inteligência artificial (IA), desenvolvidos para melhorar a gestão de dados e informações do Judiciário, destaque-se: a equipe do Justiça 4.0 desenvolveu 3 modelos de IA, todos com acurácia acima de 85%, que permitem a identificação automática de documentos do tipo petição, contestação e procuração/substabelecimento. Tais modelos estão disponíveis na Sinapses para uso dos tribunais, conforme apontado no relatório 1 ano de Justiça 4.0 (CNJ, 2022, p. 8).

Assim, é possível perceber que os programas em questão já são realidade no judiciário brasileiro e aos poucos estão mudando o próprio conceito de justiça, estabelecendo a ideia de prestação jurisdicional como um

serviço. É necessário, portanto, estar atento ao progresso de tais programas, monitorando os dados e resultados, como já vem sendo feito, objetivando a promoção das iniciativas que estão produzindo resultados satisfatórios, ou para até mesmo recalculando a rota do que ainda não está sendo eficiente.

De acordo com pesquisa desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas, sob a coordenação do ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, intitulada "Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro" (2022), por volta de metade dos tribunais brasileiros já possuem projetos de inteligência artificial ou em desenvolvimento, a partir, essencialmente, do trabalho feito pela equipe interna do Tribunal.

Tal pesquisa teve como amostra o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça. Destaque-se que a coleta de dados foi realizada por intermédio de um formulário, cujo percentual de retorno das respostas foi de 98%.

No relatório da pesquisa mencionada, foram identificados 64 projetos de inteligência artificial em 47 Tribunais. A pesquisa ainda pontuou que as ferramentas de inteligência artificial no Judiciário apresentam uma série de aplicações, desde a transcrição de audiências e a elaboração de sugestões de minuta até a realização do juízo de admissibilidade de recursos e o cálculo da probabilidade de reversão de decisões (CONJUR, 2021).

Assim, tais projetos de IA nos tribunais comportaram as seguintes funcionalidades, aduz a pesquisa (SALOMÃO, 2022):

(...) verificação das hipóteses de improcedência liminar do pedido nos moldes enumerados nos incisos do artigo 332 do Código de Processo Civil; sugestão de minuta; agrupamento por similaridade; realização do juízo de admissibilidade dos recursos; classificação dos processos por assunto; tratamento de demandas de massa; penhora on-line; extração de dados de acórdãos; reconhecimento facial; chatbot; cálculo de probabilidade de reversão de decisões; classificação de petições; indicação de prescrição; padronização de documentos; transcrição de audiências; distribuição automatizada; e classificação de sentenças.

É possível concluir, portanto, que a Inteligência Artificial já é uma realidade no âmbito de atuação do Judiciário, de modo que é necessário haver uma orientação a fim propiciar a criação de uma atuação que siga um modelo de desenvolvimento colaborativo na Justiça, com a vedação de investimento em iniciativas existentes ou já em andamento em outro Tribunal.

Para tanto, o CNJ instituiu alguns parâmetros de Governança para o desenvolvimento dos modelos de IA na Resolução n. 332/2020, dentro os quais cabe destacar:

Art. 9º Qualquer modelo de Inteligência Artificial que venha a ser adotado pelos órgãos do Poder Judiciário deverá observar as regras de governança de dados aplicáveis aos seus próprios sistemas computacionais, as Resoluções e as Recomendações do Conselho Nacional de Justiça, a Lei no 13.709/2018, e o segredo de justiça.

Art. 10. Os órgãos do Poder Judiciário envolvidos em projeto de Inteligência Artificial deverão:

I – informar ao Conselho Nacional de Justiça a pesquisa, o desenvolvimento, a implantação ou o uso da Inteligência Artificial, bem como os respectivos objetivos e os resultados que se pretende alcançar;

II – promover esforços para atuação em modelo comunitário, com vedação a desenvolvimento paralelo quando a iniciativa possuir objetivos e resultados alcançados idênticos a modelo de Inteligência Artificial já existente ou com projeto em andamento;

III – depositar o modelo de Inteligência Artificial no Sinapses.

Art. 11. O Conselho Nacional de Justiça publicará, em área própria de seu sítio na rede mundial de computadores, a relação dos modelos de Inteligência Artificial desenvolvidos ou utilizados pelos órgãos do Poder Judiciário.

Art. 12. Os modelos de Inteligência Artificial desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão

possuir interface de programação de aplicativos (API) que permitam sua utilização por outros sistemas.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Justiça estabelecerá o padrão de interface de programação de aplicativos (API) mencionado no caput deste artigo.

Assim, aos tribunais, é permitido ter seus próprios órgãos ou setores responsáveis pelo desenvolvimento e pela implantação de IA. No entanto, com objetivo de otimização de recursos financeiros investidos em tecnologia e promoção dos princípios constitucionais, o CNJ impõe que os Tribunais informem sobre qualquer pesquisa ou uso de IA, assim como os objetivos e resultados alcançados, de modo que haja uma cooperação entre os diversos tribunais brasileiros.

3.4 Compatibilização da inteligência artificial e dos novos recursos digitais com a garantia dos direitos fundamentais.

Para Silva (1999), princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas. Ou seja, é a base fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade.

Partindo de uma concepção constitucionalista, os princípios constitucionais direcionam e norteiam todo o sistema jurídico, desde sua criação até sua aplicação. Com relação aos princípios processuais, Fux (2022, p. 139) ensina,

Os princípios fundamentais do processo, assim como os das demais ciências, caracterizam o sistema legal adotado por um determinado país, revelando-lhe a linha juspolítica e filosófica. Esses princípios são extraídos das regras processuais como um todo e seus cânones influenciam na solução de inúmeras questões legisladas ou não, quer na exegese emprestada a determinado dispositivo, quer na supressão de uma lacuna legal. (...) Entre nós, os princípios do processo, como, v.g., o da igualdade das partes, o do contraditório, o do devido processo legal, seguem o espírito democrático que norteia a nossa lei maior e são diretrizes para a interpretação das normas processuais.

Desse modo, na era do processo digital, os novos recursos digitais, bem como a utilização da inteligência artificial, precisam estar alinhados aos princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, seja ele constitucional ou infraconstitucional, uma vez que o uso desses sistemas não pode ultrapassar, muito menos se sobrepor, aos direitos resguardados no conjunto das legislações pátria, sobretudo os direitos e garantias fundamentais.

Na iminência de desrespeito aos princípios basilares é preciso estar atento ao uso da inteligência artificial e dos novos recursos tecnológicos. Assim sendo, urge considerar os limites éticos de tais ferramentas.

A compatibilização entre a inteligência, os novos recursos digitais e a garantia dos direitos preceituados em nossa constituição pátria é um desafio importante e aqui estão elencados alguns pontos que precisam ser considerados:

- I. **Transparência e responsabilidade:** é fundamental garantir transparência dos sistemas de IA, tornando claro como eles tomam decisões e quais dados são utilizados. Além disso, os desenvolvedores e fornecedores de tecnologia, assim como quem vai utilizar tais sistemas, tal qual governos ou instituições, precisam assumir, de algum modo, a responsabilidade pelos possíveis impactos negativos causados por essas tecnologias, ou pelo menos elaborar um plano de ação que amenize ou reverta tais impactos;
- II. **Privacidade e proteção de dados:** assegurar a privacidade dos indivíduos e proteger seus dados pessoais são direitos fundamentais. Na contemporaneidade, tal discussão é imperativa, posto que os dados são uma das maiores fontes de geração de riqueza que se tem atualmente. Desse modo, é necessário analisar de que forma tais dados serão geridos e qual é o nível de segurança que se pretende dar a cada um, pelo que importa, antes de tudo, adotar medidas robustas de segurança e garantir o consentimento informado para coleta e uso de dados;
- III. **Bias e discriminação algorítmica:** os sistemas de IA podem refletir e perpetuar preconceitos existentes na sociedade. Dessa forma, é importante desenvolver e utilizar algoritmos imparciais, assegurando a igualdade e a justiça. O termo “*bias*”, por sua vez, refere-se a uma tendência sistemática ou distorção que influencia um processo ou

uma tomada de decisão de forma não imparcial. No contexto da IA, o *bias* pode ocorrer quando os algoritmos são desenvolvidos ou treinados com base em conjuntos de dados que contêm preconceitos e desigualdades existentes na sociedade.

Esses vieses podem ser introduzidos de várias maneiras, por exemplo: se um conjunto de dados usado para treinar um modelo de IA contiver desigualdades raciais ou de gênero, o algoritmo pode aprender e reproduzir essas desigualdades em suas decisões ou previsões, de modo que isso pode resultar em tratamento discriminatório ou injusto para determinados grupos de pessoas.

É importante ressaltar que o *bias* em IA não é intencional, mas é uma consequência da qualidade e da representatividade dos conjuntos de dados utilizados, bem como das decisões tomadas no processo de desenvolvimento dos algoritmos. Dessa forma, identificar e mitigar o *bias* em sistemas de IA é um desafio em constante evolução, envolvendo a implementação de práticas de coleta de dados mais inclusivas, a aplicação de testes e avaliações criteriosas para identificar vieses indesejados, além de abordagens de ajuste e correção dos algoritmos para reduzir a discriminação e promover a igualdade.

- IV. Supervisão humana e tomada de decisões: embora a IA possa auxiliar em processos decisórios, é necessário manter a supervisão e o controle humanos, de maneira que é essencial que as decisões finais sejam tomadas por seres humanos, levando em consideração os princípios éticos e legais;
- V. Educação e capacitação: promover a educação e a capacitação sobre IA e seus impactos é essencial para garantir que as pessoas compreendam seus direitos, desafios e oportunidades. Isso permite uma participação informada e ativa na sociedade digital.

Esses são apenas alguns aspectos a serem considerados na busca por uma compatibilização adequada entre a inteligência artificial, os recursos digitais e a garantia dos direitos fundamentais. É um processo contínuo que exige um equilíbrio cuidadoso entre a inovação tecnológica e os valores humanos.

Com relação a isso, ainda em 2018, a Comissão Europeia pela Eficiência da Justiça (CEPEJ), sediada em Estrasburgo, na França, publicou

uma carta de ética com orientações sobre o uso de Inteligência Artificial em sistemas judiciais. Em tal carta, estão presentes os cinco princípios que devem guiar o desenvolvimento e a regulação de soluções tecnológicas para o Judiciário, princípios esses bastante similares aos princípios constitucionais brasileiros. Sendo assim, tais princípios devem nortear o uso da inteligência artificial no judiciário, uma vez que preconizam pelas leis, pelos direitos humanos e pelos valores democráticos.

Ademais, a Resolução nº 332, de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trata sobre “a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, e dá outras providências”. A resolução consiste em: aspectos gerais; respeito aos direitos fundamentais; não discriminação; publicidade e transparência; governança e qualidade; segurança; controle do usuário; pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de inteligência artificial; da prestação de contas e responsabilização.

Nesse sentido, os 5 princípios éticos, para o uso de Inteligência Artificial em sistemas judiciais adotados pela CEPEJ, são o princípio do respeito pelos direitos fundamentais, o princípio da não discriminação, o princípio da qualidade e segurança, o princípio da transparência, imparcialidade e equidade e, por fim, o princípio “sob controle do usuário”.

Com relação ao primeiro, o respeito pelos direitos fundamentais, preceitua a carta da CEPEJ:

O tratamento das decisões judiciais e dos dados deve ter objetivos claros, no pleno respeito dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e pela Convenção para a Proteção dos Dados Pessoais.

No Brasil, os direitos fundamentais, previstos na CRFB são muitos, dentre os quais podemos citar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88); o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/88); a não discriminação baseada em sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, estado civil, situação familiar, deficiência, idade ou orientação sexual (art. 3º, IV, art. 5º, caput, art. 7º, XXXI, da CRFB/88 e Lei 9.029/95), a privacidade e intimidade (art. 5, X e XII, da CRFB/88, art. 21 do CC e Lei 12.965/2014).

O segundo, a não discriminação, tem como finalidade a prevenção do desenvolvimento de acentuação de qualquer discriminação com relação a dados sensíveis, a saber, dados que apontam origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, entre outros. Ou seja, com o fito de evitar o *Bias* e a discriminação algorítmica.

O terceiro, o princípio da qualidade, trata da necessidade de fontes certificadas no processamento de decisões e dados judiciais, bem como o armazenamento e a execução devem se dar em ambientes seguros, “de modo a garantir a integridade e intangibilidade do sistema” (CEJEP, 2018).

O quarto tem como escopo principal a promoção da transparência, imparcialidade e equidade nos métodos de processamento de dados, para que as pessoas possam entender os resultados baseados em inteligência artificial, que podem, inclusive, afetar as suas vidas significativamente, e consigam produzir o contraditório, se necessário.

Por fim, o quinto trata acerca da autonomia dos usuários, a qual deve sempre aumentar e não ser tolhida através das ferramentas de IA, de modo que os profissionais do direito possam, a qualquer tempo, rever tais decisões e impugná-las, especificamente, com base nos dados usados para produzir determinado resultado. Por outro lado, o usuário precisa ter acesso às informações produzidas numa linguagem clara e inteligível.

Assim, é preciso atentar para a preservação dos princípios jurídicos, constitucionais e infraconstitucionais, na aplicação das ferramentas tecnológicas e no uso da IA no judiciário. Para tanto, apesar dos princípios éticos elaborados pela CEJEP dizerem respeito, principalmente, às leis europeias, tais princípios se compatibilizam com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que podem servir como baliza para preservação dos direitos fundamentais.

4. A VULNERABILIDADE CIBERNÉTICA COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

O acesso à justiça, conforme anteriormente destacado na obra de Cappelletti e Garth (1988, p. 12), é o mais básico dos direitos humanos. Trata-se do primeiro requisito de qualquer sistema jurídico que vise garantir, e não apenas declarar, direitos. Para Maria Tereza Aina Sadek (2014, p. 55-66), o acesso à justiça é um direito primário e, em sua ausência, “[...]”

nenhum dos demais direitos se realiza. Assim, qualquer ameaça ao acesso à justiça impõe sérios danos aos preceitos da igualdade e à prevalência da lei”.

Em seu livro clássico, Cappelletti e Garth demonstram que identificar as barreiras do acesso é etapa fundamental para o desenvolvimento do sistema de justiça. Assim, quando pensamos em acesso à justiça digital é importante levar em consideração as barreiras existentes entre os indivíduos e a tecnologia, posto que há uma enorme quantidade de brasileiros que estão à margem da rede mundial de computadores e, por conseguinte, do sistema de justiça tecnológico, essencialmente em algumas de suas portas, se pensarmos no sistema multiportas de justiça. Nessa perspectiva, surge a denominação de vulneráveis cibernéticos, conforme Pimentel e Medeiros (2017, p. 35-66) analisam:

Com efeito, entende-se como vulnerável cibernético aquele que, de maneira involuntária, ou por impossibilidade instrumental – não possui acesso à rede informática – ou, por não dominar os meios de uso, fica à margem do processo judicial, sendo prejudicado em seu direito constitucional de acesso aos meios hábeis à solução dos litígios

Ademais, outro conceito semelhante tem se tornado conhecido, o termo “hiato digital”. Também conhecido como “divisão digital” ou “lacuna digital”, refere-se à disparidade ou desigualdade no acesso e uso da tecnologia da informação e comunicação entre diferentes grupos de pessoas ou regiões geográficas. Dessa forma, tal disparidade afeta, negativamente, o acesso aos canais tecnológicos.

Dentre os desafios, podemos citar a falta de infraestrutura adequada, confiável e acessível em todo o país, bem como a falta de acesso à internet de qualidade e dispositivos adequados, que têm dificultado a participação das pessoas no sistema de justiça digital, criando uma divisão digital entre aqueles que podem se beneficiar do acesso à justiça digital e aqueles que não podem. Além disso, a falta de familiaridade com a tecnologia, bem como a ausência de conhecimentos e habilidades digitais, podem dificultar a participação efetiva no sistema de justiça digital.

Nesse contexto, é importante destacar que quando se fala em falta de acesso ao sistema de justiça digital no presente trabalho, a pretensão é abranger não apenas a dificuldade de exercer o jus postulandi da

justiça do trabalho e dos juizados especiais, mas também a própria capacidade da parte de acompanhar o andamento de seu processo, apesar do auxílio do advogado. Tal necessidade se mostra muito presente nas ações criminais, em que a titularidade da ação penal pertence ao Ministério Público, e muitas vezes a vítima fica totalmente alheia ao andamento de seu processo. Somado a isso, a falta de acesso ao sistema de justiça digital dificulta os outros meios de resolução de conflitos, se pensarmos no sistema de justiça multiportas do novo CPC.

Diante desse cenário, é necessário estar atento às desigualdades de condições entre os jurisdicionados, a fim de que não haja a penalização daqueles que integram o denominado “hiato digital”.

Dito isto, ressalta-se que o objetivo da prestação jurisdicional pelos canais digitais é criar pontes, e não fortificar o castelo, buscando evitar que ele se torne cada vez mais inacessível, tal qual a famosa “Parábola da Lei” de KAFKA (2006, p. 261-263), em que o homem do campo tem consciência de que “a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora”, porém espera, sem sucesso, por longos anos, a permissão do porteiro para entrar na lei, e morre sem alcançar o que tanto desejava. Da mesma forma, quem não detém conhecimento e condições de operar as engrenagens da justiça permanece sempre à espera de uma satisfação que nunca chega.

Nesse sentido, apesar de o Processo digital se mostrar muito mais eficiente, ao passo que possibilita uma resposta célere às demandas judiciais, o Judiciário não pode perder de vista os seus escopos principais, quais sejam: o dizer o direito a fim de manter a paz; o bem-estar social; a igualdade material; a possibilidade de paridade de armas e a justiça social, que devem sempre servir de baliza para todas as iniciativas de inovação e transformação da atividade jurisdicional. Para tanto, é necessário atentar para as necessidades dos jurisdicionados, compatibilizando eficiência com satisfação do jurisdicionado.

Apesar de a Justiça digital já ser uma realidade, não é possível ignorar a falta de democratização dos canais tecnológicos. A inclusão digital é um imperativo, materializando-se como etapa fundamental para a efetivação do direito de acesso à justiça na era do processo digital, principalmente se considerarmos o sistema multiportas de solução de conflitos, sancionado

pelo Código de Processo Civil de 2015 e inspirado pelas ideias disruptivas da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, é necessário, também, atentar para o excesso de formalismo gerado pelas ferramentas digitais. Sobre esse ponto, em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB; FGV; IPESP, p. 29), foi possível concluir as principais queixas dos jurisdicionados para com o aparelho estatal de justiça, em que 93% dos entrevistados consideraram que a justiça é morosa; 87% declararam que não compreendem bem a linguagem técnica do dia a dia forense; 74% afirmaram que encaram a prestação jurisdicional como ineficaz. A partir de tais dados, é possível concluir que a sociedade ainda considera a Justiça lenta, incompreensível e ineficaz, de modo que a possibilidade das partes de acessar o judiciário ainda é uma barreira do acesso à justiça no Brasil.

Segundo Bedaque (2007, p. 30):

[o] processualismo exagerado leva à distorção do instrumento, que perde a relação com seu fim e passa a viver em função dele próprio. Esta visão do fenômeno processual, além dos malefícios causados à sociedade e ao próprio Estado, contribui para o amesquinamento da função jurisdicional, pois torna os juízes meros controladores das exigências formais, obscurecendo a principal característica dessa atividade estatal – qual seja, o poder de restabelecer a ordem jurídica material, eliminar os litígios e manter a paz social.

Seguindo essa lógica de pensamento, é necessário que não se perca de vista a instrumentalidade do processo, sobretudo no cenário virtual. A respeito disso, discorreu Galeno Lacerda (1983, p. 14) que não se deve subverter o meio ao seu fim, de modo que a sacralidade dos ritos não tenha olhos para os valores humanos em discussão.

Nesse sentido, com a atuação do judiciário pelos meios digitais, alguns servidores da justiça, infelizmente, têm se apegado a formalismos que não se adequam a realidade virtual, como a exigência de rituais que se tornam extremamente dificultosos em audiências por videoconferência, por exemplo, pela própria natureza da modalidade da audiência ser à distância. Diante disso, é preciso reforçar o entendimento de que o processo não possui

um fim em si mesmo, mas tem como finalidade o dizer o direito, a resolução do conflito e a manutenção da paz social.

É possível perceber, portanto, sobretudo com os resultados apresentados pela pesquisa em epígrafe, que, tal qual apontado por Cappelletti e Garth na segunda barreira, acerca das possibilidades das partes, a falta de informação, a carência de condição financeira adequada e o fato de ser um litigante eventual ainda prejudicam sobremaneira tais litigantes e influenciam negativamente o resultado da causa, tornando o sistema judicial extremamente hostil àqueles que não fazem parte da privilegiada casta de agentes jurídicos ou dos litigantes habituais.

5. COMO UTILIZAR A TECNOLOGIA A FAVOR DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Sem sombras de dúvidas, os recursos tecnológicos e as ferramentas virtuais podem ser utilizadas para estreitar as distâncias existentes entre o judiciário e a sociedade. Na análise do ministro Luis Felipe Salomão (STJ, 2021), a digitalização da Justiça é imperativa para a boa gestão dos tribunais, com eficiência, celeridade e qualidade, diante do volume processual altíssimo. "O Brasil é um *case* único em termos de judicialização. Temos um número bastante elevado de demandas judiciais: cerca de 78 milhões, segundo o último levantamento realizado pelo CNJ", reforçou o ministro. Porém, há muito trabalho a ser feito para que haja o acesso efetivo à justiça.

Diante disso, é possível sugerir algumas maneiras de utilizar o potencial das ferramentas digitais, de modo que é preciso atentar para as barreiras linguísticas e físicas. Dessa forma, um dos objetivos deve ser a promoção de uma linguagem clara, simples e direta, sendo a transparência requisito fundamental nesse processo, bem como a possibilidade de atos virtuais, ficando os atos presenciais reservados para casos em que haja tal necessidade.

Além disso, previsto pela Lei 11.419 de 2006, o Processo Judicial Eletrônico (PJE) tem se disseminado por todas as esferas jurisdicionais e tem transformado o judiciário significativamente, de maneiras sem precedentes, mas estaria ele apto a abarcar todas as demandas surgidas contemporaneamente, em mundo em que a tecnologia evolui rapidamente e a informação é um dos recursos mais preciosos? Estaria ele à altura de abranger toda a complexidade que a vida hodierna produz?

Diante do cenário exposto no presente trabalho, é possível perceber que a adoção, apenas do PJE, é insuficiente, sendo necessária a utilização de fluxos de trabalho automatizados aliados à inteligência artificial.

Outrossim, é necessário, à superação da visão tradicional da justiça, em que os locais de prestação jurisdicional são identificados pelos fóruns palacianos, que a “nova justiça” se adeque às inéditas demandas e necessidades das sociedades contemporâneas, fundamentadas na tecnologia.

Nesse sentido, (GABRIEL; ABREU; PORTO, 2021):

Modernizar o Poder Judiciário não significa exclusivamente contratar novos servidores e magistrados no velho e conhecido círculo vicioso em que mais processos fazem reclamar por mais juízes, mais cargos, mais servidores e mais prédios. O exponencial inchaço da máquina administrativa, exigida para fazer frente à atividade que deveria ser meio de pacificação social e nunca um fim em si mesma, não mais encontra guarida na atual conjuntura.

Para isso, é essencial a transformação digital, sendo a tecnologia ferramenta indispensável nesse processo, racionalizando os trabalhos com a alocação e a realocação de servidores nas áreas mais carentes. Além disso, a capacitação dos profissionais, inclusive por meio da educação a distância e a simplificação de rotinas procedimentais nos cartórios e secretarias podem aumentar a eficiência operacional.

A revolução digital desmaterializou o próprio prédio da Justiça, de forma que a justiça pode ser acessada a qualquer tempo, em qualquer lugar, de modo virtual. Assim, os desafios de isolamento social impostos pela pandemia de covid-19 foram capazes de demonstrar, na prática, que a Justiça não está atrelada a uma sede física. Nesse sentido, “a revolução digital, ao substituir átomos por *bits*, está desmaterializando o mundo bem diante de nossos olhos” (PINKER, 2018, p. 179).

Em termos de justiça digital, a internet, quando bem utilizada, é capaz de aproximar distâncias e possibilitar o funcionamento da prestação jurisdicional das mais variadas formas. Nesse sentido, conforme aponta Sorrentino e Costa Neto (2020), “não há justiça mais itinerante que a digital”.

Ademais, o teletrabalho, ou o trabalho híbrido, pode permitir que tarefas sejam feitas à distância, fato que se mostra de extrema relevância no trabalho, por exemplo, de oficiais de justiça, que podem notificar uma vítima ou um acusado não encontrado, bem como lhes dar ciência de uma decisão, caso que já acontece na ação penal, sendo muito comum, também, nos processos que envolvem medida protetiva, entre diversas outras funcionalidades possíveis, em virtude da tecnologia e do uso de aplicativos de mensagens.

Tendo isso em vista, o desenvolvimento de aplicativos dos próprios tribunais pode ser um instrumento extremamente importante nessa aproximação do judiciário com a sociedade. Um caso que vem demonstrando bons resultados é o TJSP *mobile*, aplicativo de iniciativa do Tribunal de São Paulo, no qual os usuários podem ter acesso a diversos serviços, dentre eles, a consulta de processos online.

Por fim, o Estado não pode perder de vista a necessidade de levar esses avanços tecnológicos para a informação do público, a fim de proporcionar um conhecimento básico do cidadão, com a consciência de que a justiça civil se inicia com a educação (SANDEFUR, 2016, p. 451), de forma que, para ingressar em juízo ou outras formas de resolução de conflito, é necessário, ao menos, ter consciência sobre seu direito.

6. CONCLUSÕES

Provocada pelo desejo de empreender um estudo acerca das novas dimensões que o acesso à justiça teve com o paradigma da justiça digital, sobretudo impulsionado pela pandemia de covid-19, período atípico de isolamento social, o trabalho desenvolvido prezou por, criticamente, analisar a eficiência dos novos instrumentos tecnológicos numa atuação jurisdicional cotidiana, auferindo se tais tecnologias podem, de fato, ajudar a garantir a justiça social, através da satisfação da tutela jurisdicional de modo efetivo. A escolha do tema, dessa forma, intenta tornar possível, bem como contribuir com a conscientização acerca dos desafios que ainda precisam ser enfrentados para que haja a concretização do direito fundamental de acesso à justiça nos próximos anos.

Dessa forma, identificando a dimensão da missão instrumentalista do modelo processual, em que o processo judicial é tido como um

instrumento, um meio, e não um fim em si mesmo, verifica-se que a revolução digital, no âmbito do Poder judiciário, impulsionada de modo significativo pela pandemia de covid-19, trouxe resultados muito positivos, em termos quantitativos no enfrentamento dos problemas existentes no judiciário, identificados no presente trabalho. Estes problemas incluem o alto custo da máquina estatal e a sua lentidão, resultando em redução nos gastos com o judiciário, além de ganhos de produtividade e transparência. Dessa forma, a revolução digital flexibilizou formalidades e possibilitou uma tutela jurisdicional mais célere, dentro de uma razoável duração do processo, especialmente considerando o aumento da litigiosidade gerado pela instabilidade causada pela pandemia de covid-19 em diversas relações jurídicas.

Apesar disso, a era do processo digital tornou evidentes diversos obstáculos que precisam ser superados, pensando principalmente em termos qualitativos, a exemplo da vulnerabilidade cibernética e do hiato digital, que dificultam não só a vida das partes em juízo, como também dos próprios operadores do direito, a exemplo de advogados e servidores que não sabem ou não conseguem utilizar as ferramentas digitais, seja por causa de falta de conhecimento, falta de recursos ou, porventura, em decorrência de alguma deficiência.

Nessa perspectiva, verificou-se que esse direito fundamental incorporou uma nova dimensão na era do processo digital e de Justiça 4.0 (*latu sensu*). Assim, é necessário entender essa nova dinâmica da justiça e de funcionamentos dos tribunais, analisando os resultados, de modo a projetar um plano de ação para o judiciário brasileiro nos próximos anos, que possa ampliar o acesso material à prestação jurisdicional.

Além disso, é imprescindível a categorização, em um banco de dados unificados, das informações dos tribunais brasileiros acerca da evolução dos projetos e iniciativas tecnológicas, tanto de novas ferramentas quanto de inteligência artificial, a fim de evitar desperdícios de recursos, tanto em termos de tempo como de custo financeiro. Sobre esse ponto, o CNJ tem avançado bastante através da criação dos parâmetros de governança para o desenvolvimento dos modelos de IA, fruto da Resolução n. 332/2020 e do projeto Sinapses.

Quando se pensa em avanços científicos, é Galileu Galilei que nos vem à mente ao bradar a famosa frase: “*Eppur si muove!*”. Sim, a ciência está em constante movimento e é uma força incontrollável, uma vez que é fruto de mentes humanas, caracterizadas pela dinamicidade, de modo que nenhum interesse é capaz de sufocá-la, muito menos o Direito. Isso é especialmente relevante considerando que o Direito faz parte da sociedade e deve servir para atender aos seus anseios, promovendo a pacificação social e viabilizando a vida dentro de uma coletividade. Dessa forma, é evidente que o judiciário brasileiro precisa acompanhar as disruptivas mudanças sociais ocasionadas pelas novas tecnologias, de modo a poder abarcar as novas realidades.

A dinamicidade da vida não permite um judiciário estático, sob pena de tornar-se obsoleto. Tal qual pensado por Heráclito, filósofo pré-socrático conhecido por ser o pai da dialética, a vida está em constante movimento. Dessa forma, do mesmo modo que ninguém pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, o direito, as leis e o judiciário não podem ser pensados de uma vez só, para um único objeto, posto que o fluxo de mudança da vida é permanente. Diante disso, é necessário um pensar constante, que abranja a tensão e os opostos em seus argumentos, a fim de se chegar em pontos comuns e comunicáveis.

Assim, é essencial a implementação de uma política pública jurídica que priorize a harmonização do sistema judicial com as necessidades da sociedade. Isso requer especialmente atenção à lacuna digital. Uma abordagem viável consiste em equiparar os indivíduos vulneráveis no ambiente cibernético aos hipossuficientes, além de estabelecer centros de suporte, tanto nos tribunais quanto em cartórios, dotados da infraestrutura necessária para auxiliar aqueles que enfrentam desafios digitais na prática de atos processuais. Para isso, é imprescindível esclarecer direitos, bem como o papel do judiciário, utilizando uma linguagem clara e acessível a todos os públicos, inclusive a pessoas que possuam deficiências.

Muito comum é o operador do direito enxergar os casos como apenas um conjunto de papéis ou arquivos, elencados nos autos processuais, em razão do grande volume processual e do processo de repetição do dia a dia, de modo que tais tarefas vão se tornando automáticas, esquecendo-se que por trás de cada processo existem pessoas reais, com problemas concretos e presentes. Nesta perspectiva, o presente trabalho intenta incentivar a

reformulação de um judiciário que seja mais do que uma máquina de produção de decisões, mas que seja um judiciário que também atente para as necessidades dos seus jurisdicionados.

Por fim, com amparo nas conclusões anteriores, vislumbra-se que as novas ferramentas tecnológicas e os modelos de inteligência artificial, considerando-se as barreiras da justiça digital, os direitos fundamentais e os princípios éticos, possuem um enorme potencial de transformação do judiciário, de modo a possibilitar a efetiva materialização do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

AMB, FGV, IPESPE. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário Brasileiro**. Dez. 2019.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. **‘Juízo 100% digital’ e transformação tecnológica da Justiça no século XXI**. Novo modelo de trabalho utiliza todo o potencial que a tecnologia pode fornecer ao Poder Judiciário. Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/juizo-100-digital-e-transformacao-tecnologica-da-justica-no-seculo-xxi-01112020>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BARBIERI; Diovana; CARNEIRO, Davide; ANDRADE, Francisco; NOVAIS, Paulo. **Resolução de Conflitos em Linha**. Revista Scientia Jurídica – Tomo LIX, Braga: Universidade do Minho, n. 323, p. 581-607, jul./set. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: [Del3689Compilado \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/decreto3689compilado.htm). Acesso em: 10 de jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: L13105 (planalto.gov.br). Acesso em: 10 de jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em 9 jun 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**. Revista Internacional de Direito Comparado, v. 26, n. 1, jan./mar, 1974.

CNJ; PNUD; CJF; STJ; TSE; CSJT. **1 ano de Justiça 4.0: resultados e avanços do programa que vem transformando o Judiciário brasileiro com inovação e tecnologia**. Conselho Nacional de Justiça, jan. 2022. Disponível em: 1anodej4-0.pdf (cnj.jus.br). Acesso em 28 jun. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA (CEPEJ). **Carta europeia de ética sobre o uso de inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente**. 31ª reunião plenária. Estrasburgo, 3 e 4 de dez. 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em: 10 de jun. 2023.

CONJUR. **Inteligência artificial está em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo**. Revista Consultor Jurídico, mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/inteligencia-artificial-metade-tribunais-aponta-estudo>. Acesso em: 9 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 274, p. 4-8, 25 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapa de implementação do juízo 100% digital e do núcleo de justiça 4.0**. Disponível em: Juízo 100% Digital (cnj.jus.br). Acesso em: 28 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Processo Judicial Eletrônico (PJe)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/processo-judicial-eletronico-pje/>. Acesso em: 10 de mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Produtividade semanal do poder judiciário regime de teletrabalho em razão do covid-19**. Disponível em: Produtividade Semanal do Poder Judiciário Regime de teletrabalho em razão do COVID-19 (cnj.jus.br). Acesso em: 05 de jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunal de Justiça de Pernambuco tem maior produtividade durante a pandemia**. CNJ, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/tribunal-de-justica-de-pernambuco-tem-maior-produtividadedurante-pandemia/>. Acesso em: 14 de jul. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GABRIEL, A. de P.; ABREU, A. L. de; PORTO, F. R. **Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0**. Revista CNJ, Brasília, v. 5, n. 1, p. 12-30, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/196>. Acesso em: 2 ago. 2023.

IBGE. **PNAD contínua TIC 2018**: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. Abr. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

KAFKA, Franz; CARONE, Modesto. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LACERDA, Galeno. **O Código e o Formalismo Processual**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 21, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política?**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn Roach; TUTTON, Jordan. **The judiciary and the public: judicial perceptions**. Revista Adelaide Law, v. 39, n. 1, p. 1-36, 2018.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da Justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, n. 99, 2002.

NALINI, José Renato. **Novas perspectivas no acesso à justiça**. Revista CEJ, Brasília, v.1, n.3, p. 61-69, 1997.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIMENTEL, Alexandre Freire; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. **Diagnóstico empírico sobre a inclusão digital dos vulneráveis cibernéticos no sistema de processo eletrônico (PJe)**. Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), Belo Horizonte, v. 25, n. 100, p. 13-32, out/dez.2017.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do Humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PINTO, Lucas Baffi Ferreira; SANTOS, Fernando Rangel Alvarez dos. **Avanço tecnológico e o processo judicial eletrônico à luz do acesso à justiça**. Florianópolis: XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, UFPR, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/wx13d59i/8Iel7xzK6rpgGNpL.pd>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

PORTELA, Guilherme Vieira; SANTOS, Layane Dias. **A evolução histórica do acesso à justiça**. JUS.com.br, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41399/a-evolucao-historica-do-acesso-a-justica>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça**: um direito e seus obstáculos. Revista USP, v. 101, p. 55-66, mar. abr. mai. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Artificial intelligence**: technology applied to conflict management within the brazilian judiciary. 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ia_2edition.pdf. Acesso em 9 jun. 2023.

SANDEFUR, Rebecca L. **What We Know and Need to Know about the Legal Needs of the Public**. Revista South Carolina Law, v. 67, p. 443-460, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2949010>>. Acesso em: 30 de junho de 2023.

SANDER, Frank E. A. **Varieties of dispute processing**. In: Levin, L. A.; Russel, W. R. (Edit.). *The pound conference: perspectives on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da; SPENGLER, Fabiana Marion. **O processo eletrônico como um meio de efetivar o acesso à justiça em um tempo razoável**. Santa Maria: UFSM - Universidade Federal de Santa Maria, 06 de jun. 2013.

SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita; NETO, Raimundo Silvino da Costa. **O Acesso digital à Justiça: a imagem do Judiciário Brasileiro e a prestação jurisdicional nos novos tempos**. TJDF, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acesso-2013-digital-2013-a-justica-a-imagem-do-judiciario-brasileiro-e-a-prestacao-jurisdicional-nos-novos-tempos>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

SOPRANA, Paula. **70 milhões de brasileiros têm acesso precário à internet na pandemia do coronavírus**. Folha de S. Paulo, mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/cerca-de-70-milhoes-no-brasil-tem-acesso-precario-a-internet-na-pandemia.shtml#:~:text=No%20momento%20em%20que%20o,ou%20n%C3%A3o%20t%C3%A3o%20nenhum%20acesso>. Acesso em: 14 de jun. 2023.

STJ, JUDICIÁRIO. **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**. STJ.jus.br, mar. 2021. Disponível em: *Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito* (stj.jus.br). Acesso em: 09 jun. 2023.

TEIXEIRA, Sergio Torres; COSTA, Pâmella Giuseppina Parisi; ORENGO, Beatriz Souto. **Novas tecnologias e direito: uma análise do acesso à justiça na era digital**. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP), Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2022.63093>. Acesso em: 05 jun. 2023.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (Org.). *Participação e Processo*, São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, p. 128–135, 1988.

AS AÇÕES ANULATÓRIAS E A REFORMA TRABALHISTA: uma leitura constitucional

*Tereza Aparecida Asta Gemignani*⁴⁰⁸

"doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito."

Candido Rangel Dinamarco - Nova era do processo

408 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Desembargadora do TRT 15. Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ANDT) cadeira n. 70.

Sumário

I- Introdução; II- Os princípios constitucionais que regem o processo; III- O Código de Processo Civil de 2015 e os princípios constitucionais; IV- O Código de Processo Civil de 2015 e sua aplicação no processo trabalhista; V- As ações anulatórias no processo do trabalho ; VI - A Reforma Trabalhista e a nova configuração das ações anulatórias; VII- Ação anulatória de cláusulas convencionadas; VIII- Ação anulatória de cláusula do contrato individual de trabalho- empregado *hipersuficiente*; IX- Os limites da intervenção judicial e a autonomia privada coletiva; X- Conclusões; XI - Referências Bibliográficas

Palavra-chave - Ações anulatórias. Reforma trabalhista. Ação anulatória de cláusulas convencionadas. Ação anulatória de cláusula do contrato individual de trabalho do empregado *hipersuficiente*. Limites da intervenção judicial. Autonomia privada individual e coletiva

I - INTRODUÇÃO

Até agora o manejo de ações anulatórias no processo trabalhista tem ficado restrito a poucas questões pontuais.

Entretanto a reforma trabalhista, promovida pela Lei 13.467/2017, veio alterar significativamente este universo, quando abriu espaço para a autonomia privada individual no § único do artigo 444 da CLT, além de ampliar o exercício da autonomia privada coletiva, ao conferir novo perfil à negociação coletiva no artigo 611-A da CLT, traçando também novas regras para fixar seus limites no artigo 611-B.

Este artigo se propõe a estudar a matéria e seus principais efeitos, tendo como foco a perspectiva constitucional.

II- OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O PROCESSO

O artigo 5º da CF/88 elencou, entre os direitos fundamentais, as diretrizes reitoras do direito processual no Brasil, como Estado Democrático de Direito edificado com base na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Entre as principais podemos destacar a segurança jurídica, o devido processo legal, o direito ao contraditório e ampla defesa, a razoável duração do processo e o acesso à justiça.

III- O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Visando dar efetividade aos princípios constitucionais, o novo Código de Processo Civil abre seu Livro I instituindo uma Parte Geral, com o título "Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais", contendo dois capítulos.

O primeiro, do artigo 1º ao 12, trata das normas fundamentais do processo civil, estabelecendo logo no início que o processo "será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição". O segundo, dos artigos 13 a 15, indica que as referidas normas processuais serão aplicadas "supletiva e subsidiariamente" na "ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos".

Portanto, logo no início, não só reconheceu a primazia da principiologia constitucional, mas também a dinâmica articulação entre os diversos princípios na formação da base de sustentação do ordenamento processual

Ademais, deixou expressa sua natureza instrumental de efetivação do direito material e o compromisso com a justiça das decisões, visando a economicidade na movimentação da máquina judiciária e a celeridade da prestação jurisdicional em prol da valorização da cidadania em inúmeros institutos.

A segurança jurídica referida no caput do artigo 5º da CF/88 passou a ser operacionalizada sob várias vertentes, tendo o CPC/2015 conferido especial destaque ao contraditório, a fim de bem solucionar os interesses em conflito, para tanto abrindo a interlocução com diferentes setores da sociedade, como possibilitam o instituto do *amicus curiae* e a convocação de audiências públicas.

Escorada no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88, a razoável duração do processo ganhou ênfase significativa, com o reconhecimento da importância da eficiência na gestão do procedimento. Nesta esteira, como bem ponderam Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴⁰⁹ é que a Constituição e o novo Código determinam "a eliminação do tempo patológico- a desproporcionalidade entre a duração do processo e a complexidade do

409 Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz e Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, pags. 91 a 101.

debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolve temporalmente dentro de um tempo justo". Isto porque o "direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual", com o aproveitamento dos atos processuais já praticados, sem repetições desnecessárias, a fim de promover "um processo com consumo equilibrado de tempo".

Gizado pelo inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, o direito de acesso à justiça passou a ter conotação não só formal, mas também substantiva, pois o sistema brasileiro veda a possibilidade de excluir do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão. Deste preceito decorre o direito à obtenção de uma decisão de mérito que efetivamente solucione o conflito e a preservação do resultado útil do processo, mediante a concessão das tutelas provisórias de urgência.

Não se pode desconsiderar que mudanças de porte significativo provocam reação, o que torna compreensível a resistência à aplicação das novas regras do CPC/2015 ao processo trabalhista. Entretanto, como bem alerta Dinamarco⁴¹⁰, nós "doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito."

Por isso, é preciso que "os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos" sem, entretanto, "receber um culto fetichista que desfigura o sistema". Daí a imperiosidade de "ler os princípios por um prisma evolutivo".

IV- O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA

O livro I evidencia que, ao invés de limitar-se à referência estática e segmentada, o CPC/2015 fez clara opção pela aplicação dinâmica dos princípios constitucionais, articulando-os de forma dialógica em vários de seus institutos, visando conferir unidade ao sistema, como "condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas."

410 Dinamarco, Cândido Rangel- "Nova era do processo civil"- Malheiros Editores Ltda- São Paulo- SP- 2007- pags 21 a 23

Nesta perspectiva, como bem destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁴¹¹ o direito ao processo justo também se constitui como um direito de natureza processual. Para tanto "impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. É por essa razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento. A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais, nada menos do que concretizações do direito ao processo justo".

Assim sendo, a "atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição. O direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa. Ele é o meio pelo qual se exerce pretensão à tutela dos direitos. Esse é o seu objetivo central dentro do Estado Constitucional."

Para tanto, o direito ao processo justo passa a ter conotação "multifuncional", exigindo atuação "integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora".

A aplicação subsidiária e supletiva destas diretrizes ao processo trabalhista encontra respaldo nos artigos 15 do CPC/2015 e 769 da CLT, ante a inequívoca compatibilidade, já que a prestação da tutela jurisdicional rápida e eficiente para a satisfação dos créditos de natureza alimentar se revela indispensável para a efetiva pacificação social, de sorte que estes novos preceitos positivados no CPC/2015 são aplicáveis ao processo do trabalho.

411 Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero in "Novo Código de Processo Civil comentado"- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais- 1ª edição- 2015- pags. 91 a 101

Com a finalidade de conferir operacionalidade a estes critérios de aplicação, o TST expediu a Instrução Normativa 39 (Resolução 203 de 15/03/2016) reconhecendo a importância da aplicação dos novos institutos processuais para garantir a pacificação dos conflitos sociais com segurança e justiça.

Nesta esteira, vamos proceder à análise das ações anulatórias no processo trabalhista.

V - AS AÇÕES ANULATÓRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO

A CLT não disciplina a ação anulatória no processo trabalhista, o que atrai a aplicação subsidiária do regramento previsto no § 4º do artigo 966 do CPC/2015 *in verbis*:

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

Ao alterar o artigo 114 da CF/88, a EC 45/2004 ampliou de maneira significativa as atribuições da Justiça do Trabalho, fixando a competência desta Especializada para processar e julgar não só os conflitos decorrentes das relações de emprego, mas também as ações oriundas da relação de trabalho.

Neste contexto, incluiu as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização trabalhista e conferiu maior abrangência às ações coletivas, assim respaldando o ajuizamento das ações anulatórias de auto de infração e de cláusulas coletivas negociadas.

As alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 vieram ampliar ainda mais as possibilidades de manejo das ações anulatórias no processo trabalhista, como veremos a seguir.

1- Competência

A questão referente à competência funcional para conhecer e julgar as ações anulatórias no processo do trabalho deve ser analisada sob duas vertentes principais:

1.1- Competência originária dos Tribunais

As ações anulatórias, que visam desconstituir cláusulas previstas em acordos e convenções coletivas, são dotadas de inequívoca natureza coletiva, por provocarem efeitos que atingem aos integrantes da categoria.

Destarte, considerando o princípio constitucional previsto no inciso LV do artigo 5º da CF/88 e, em consonância com a conotação substantiva que a lei processual conferiu ao princípio do contraditório, as partes que celebrarem acordo/convenção coletiva devem figurar no pólo passivo, por se tratar de litisconsórcio necessário, nos termos do inciso I do artigo 115 do CPC/2015.

Assim, em relação à competência funcional, aplica-se o mesmo critério previsto no inciso I, "a" do artigo 678 da CLT

Isto porque, como bem explica Bezerra Leite ⁴¹² "a demanda assume feição de natureza coletiva, semelhante aos dissídios coletivos de natureza declaratória, razão pela qual a competência originária será do TRT".

Portanto, se a abrangência da norma autônoma estiver circunscrita a sua base territorial, a competência funcional/hierárquica é originária dos Tribunais Regionais, caso ultrapassada, a competência passa a ser do TST

Em relação a matéria, dispõe a OJ 129 da SBDI-II do TST:

129. AÇÃO ANULATÓRIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA (DJ 04.05.2004)

Em se tratando de ação anulatória, a competência originária se dá no mesmo juízo em que praticado o ato supostamente eivado de vício.

1.2- Competência das Varas

A jurisprudência consolidada pelo TST considera que, quando se trata de cláusula estabelecida por negociação coletiva, o empregado e a empresa, como membros da categoria, não podem pleitear individualmente a declaração de nulidade destas cláusulas, com efeitos *erga omnes*.

Porém, imperioso reconhecer ser possível o empregado, em reclamação trabalhista, incidentalmente requerer que seja afastada a aplicação de determinada cláusula convencional ao seu contrato de trabalho.

412 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho 16.ed.São Paulo : Saraiva Educação, 2018. pg.1808 e seguintes

Com efeito se o juiz de 1º Grau pode, em controle difuso, afastar a aplicação de lei que repete inconstitucional, nada impede que, de forma incidental proceda ao controle da legalidade/constitucionalidade da cláusula negociada, para afastar sua aplicação a um determinado contrato individual de trabalho, notadamente quando configurada violação aos direitos fundamentais individuais trabalhistas, expressamente albergados no artigo 7º da CF/88.

Mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto à anulação de cláusulas estabelecidas no contrato individual de trabalho do empregado *hipersuficiente*, notadamente quando houver vício de vontade, ou restar configurado defeito do negócio jurídico nos termos disciplinados pelo Código Civil.

Portanto, quando se tratar de reclamação trabalhista proposta por empregado, que pleiteie o reconhecimento de nulidade de cláusula individual estabelecida nos termos do § único do artigo 444 da CLT, ou a não aplicação de cláusula coletiva ao seu contrato de trabalho, a competência funcional será da Vara do Trabalho, devendo ser observados os critérios previstos no artigo 651 da CLT, *in verbis*:

Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar

reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

O TST vem reconhecendo que a entidade empresarial também pode postular a não aplicação da convenção coletiva em ação individual, suscitada perante o Juízo da Vara do Trabalho, desde que haja algum vício grave na constituição do instrumento normativo⁴¹³

2- Legitimidade

Em decorrência do inciso IV do artigo 83 da Lei Complementar 75/93, o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade ativa para propor ação anulatória de cláusulas constantes de acordos/convenções coletivas e, também, de contratos individuais de trabalho.

Imperioso registrar que a possibilidade deste ajuizamento ocorrer em relação aos contratos individuais passou a revestir-se de maior importância, após a alteração promovida pela Lei 13.467/2017, ao inserir o § único ao artigo 444 da CLT instituindo a figura do empregado *hipersuficiente*.

Se houver vício de vontade ou defeito do negócio jurídico, nos termos assim estabelecidos pelo Código Civil (artigos 138 a 157), o empregado tem legitimidade ativa para propor ação anulatória também de cláusulas previstas em seu contrato individual de trabalho.

No caso de acordo coletivo de trabalho, excepcionalmente, as empresas signatárias e os sindicatos representantes das categorias econômica e profissional poderão ajuizar ação anulatória, quando demonstrado vício de vontade,⁴¹⁴ ou alguma das hipóteses referidas pelo artigo 166 do C.Civil⁴¹⁵, ao dispor que:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;

413 RO 96-71.2013.5.06.0000. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. SDC. 13/04/2015. DEJT 24/04/2015

414 RO 621- 91.2013.5.01.0000. Rel. Ministra Dora Maria da Costa. SDC. 23/02/2015. DEJT 06/03/2015

415 RO 3434-13.2011.5.10.0000. Rel. Ministra Dora Maria da Costa. SDC. 13/04/2015. DEJT 17/04/2015

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Entretanto, a jurisprudência dominante tem entendido que os sindicatos e as empresas não tem legitimidade para propor ação anulatória de cláusulas coletivas, quando se tratar de interesses próprios.⁴¹⁶

As idas e vindas da reforma trabalhista tem provocado situações inusitadas. A MP 808/2017 alterou o § 5º do artigo 611-A da CLT para vedar a possibilidade de ajuizamento da anulatória "por ação individual", restringindo a participação obrigatória dos sindicatos subscritores de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, como litisconsortes necessários, à ação anulatória coletiva.

Porém caducou em 23/04/2018, por não ter sido votada no prazo legal, de sorte que prevalece o critério previsto na Lei 13.467/2017. Assim sendo, em observância à conotação substantiva do princípio do contraditório, quando se tratar de afastar a aplicação, ou decretar a anulação de cláusula coletiva, ou seja, tanto no caso de ação individual quanto de ação coletiva, devem ser incluídos os sindicatos convenientes no pólo passivo, em cumprimento ao § 5º do artigo 611-A da CLT, *in verbis*:

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, **em ação individual ou coletiva**, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos

Justificável em relação às ações coletivas, a formação obrigatória deste litisconsórcio nas ações individuais certamente será objeto de muita controvérsia. Se, por um lado abre a participação de todos os interessados no debate, por outro lado torna a relação processual muito mais complexa, além de suscitar novos e consideráveis questionamentos quanto aos efeitos que a coisa julgada, formada em ação individual, pode provocar nas relações coletivas.

416 TST -RO 15600-05.2009.5.08.0000 Rel Min. Mauricio Godinho Delgado TST RO 821.58.2011.5.05.0000 Rel. Min. Kátia Arruda

Os artigos 611-A e 611-B, inseridos na CLT pela Lei 13.467/2017, vieram conferir novo perfil aos acordos e convenções coletivas. Em consequência disso, poderão ocorrer novos tipos de lesão a direitos e interesses juridicamente protegidos. A análise deste novo contexto, à luz da garantia de acesso à Justiça, que a CF/88 erigiu no inciso XXXV do seu artigo 5º como direito fundamental, certamente reabrirá o debate acerca da ampliação dos detentores de legitimidade ativa para propor ação anulatória.

3-Natureza jurídica

A doutrina atribui natureza declaratória à ação anulatória. Neste sentido assevera Bezerra Leite ⁴¹⁷, por ter como objeto "a declaração de nulidade de cláusulas constantes não só de convenções e acordos coletivos, mas, também, de contrato individual de trabalho".

Por outro lado, importante considerar que a ação anulatória pode revestir-se de natureza constitutiva negativa quando, além da declaração, pretender a desconstituição da cláusula que viola preceito constitucional/legal.

Assim ocorre, explica Bezerra Leite, quando a ação anulatória tiver o escopo de "fazer com que a cláusula inquinada de ilegal seja expungida do contrato individual, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, deixando de produzir efeitos em relação às partes contratantes ou a terceiros por ela atingidos".

Felipe Jakobson Lerrer ⁴¹⁸ também segue este entendimento, ressaltando ser a anulatória uma "ação constitutiva negativa, pois se invalidam, ao mesmo tempo, o ato processual e o ato de direito material que nele está inserido"

Doutrina e jurisprudência tem se posicionado pela impossibilidade de cumular pedidos de natureza declaratória e condenatória, em ação anulatória, conforme reiterada jurisprudência do TST ^{419 e 420}

Porém, as alterações trazidas pela lei 13.467/2017, notadamente quanto à nova configuração dos acordos e convenções coletivas, vem dando ensejo à discussões quanto a possibilidade de reconhecer também sua natureza

417 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho 16.ed.São Paulo : Saraiva Educação, 2018. pg.1808 a 1817

418 LERRER, Felipe Jakobson. Ação anulatória.Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009

419 RO 1291-76.2012.5.15.0000 Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda. SDC. 21/09/2015. DEJT 02/10/2015.

420 TST-RO 167700-69.2009.5.07.0000. REI Min. Ono, SDC, DEJT 24-08-2012).

cominatória, notadamente quando imperioso fazer cessar violação às liberdades individuais/coletivas e aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

VI - A REFORMA TRABALHISTA E A NOVA CONFIGURAÇÃO DAS AÇÕES ANULATÓRIAS

Até agora, as ações anulatórias eram ajuizadas de forma pontual, predominantemente em três situações: para anular autos de infração lavrados pelos órgãos de fiscalização do MTe, atos homologatórios praticados pelo Juízo no curso da execução e cláusulas constantes de acordos/convenções coletivas, que instituíam o recolhimento indevido de contribuições assistenciais e confederativas. Estas últimas eram ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho sob o fundamento de que violavam o princípio da liberdade de associação e de sindicalização (Súmula 666 do STF), além dos princípio da irredutibilidade e intangibilidade dos salários, afrontando a diretriz jurisprudencial majoritária, constante da OJ 17 da SDC e Precedente Normativo 119, ambos do TST⁴²¹

Tal quadro sofreu notória mudança em 2017.

Ao proceder a uma ampla reforma na CLT, a Lei 13.467/2017 alargou o espaço da autonomia privada coletiva não só por valorizar mas, principalmente, por estimular a negociação coletiva quando inseriu o artigo 611-A na CLT, dispondo que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei.

Ademais, sob uma saraivada de críticas, inovou ao abrir espaços também para a autonomia privada individual, quando inseriu o parágrafo único ao artigo 444 da CLT, atribuindo a condição de *hipersuficiente* ao empregado portador de diploma de nível superior, que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Assim sendo, é possível concluir que as ações anulatórias passaram a ter um campo maior de abrangência, podendo ser ajuizadas nas seguintes hipóteses:

421 Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014

"A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados."

A- Ação anulatória de auto de infração lavrado pelos órgãos de fiscalização do MTe, impondo multas aos empregadores pelo descumprimento da legislação trabalhista

B- Ação anulatória de atos homologatórios praticados pelo Juízo, inclusive no curso da execução.

C- Ação anulatória de cláusula constante de contrato individual de trabalho, notadamente em caso de empregado *hipersuficiente*.

D- Ação anulatória de cláusulas constantes de acordos/convenções coletivas em sentido amplo, nos termos dois artigos 611-A e 611-B inseridos na CLT.

VII- AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULAS CONVENCIONADAS

O artigo 611-A da CLT veio ampliar de maneira significativa a abrangência da negociação coletiva para questões afetas à jornada de trabalho, intervalos, adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, regulamento empresarial, representação dos trabalhadores no local de trabalho, condições de teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente, remuneração por produtividade e por desempenho individual, entre outras.

Por outro lado, a Lei 13.467/2017 inseriu o artigo 611-B na CLT para fixar de forma expressa os limites da negociação coletiva, aumentando significativamente o leque das possibilidades de ajuizamento das ações anulatórias.

Para tanto considerou que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, a supressão ou a redução de direitos, entre os quais merecem ser destacados:

1 - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social

2 - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário

3 - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)

4 - salário mínimo;

5 - valor nominal do décimo terceiro salário;

- 6 - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno
- 7 - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- 8 - salário-família;
- 9 - repouso semanal remunerado;
- 10 - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- 11 - número de dias de férias devidas ao empregado
- 12 - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- 13 - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- 14 - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- 15 - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei
- 16 - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei
- 17 - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- 18 - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas
- 19 - aposentadoria
- 20 - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador
- 21 - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho
- 22 - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- 23 - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- 24 - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

25 - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

26 - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho

27 - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

28 - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

Os novos preceitos vem descortinar um novo e vasto campo de atuação para as ações anulatórias, cujos efeitos só serão aferidos com o tempo.

Além disso, fortalece a diretriz doutrinária que reconhece também natureza cominatória às anulatórias. Com efeito, a ampliação da negociação coletiva pode redundar em aumento de violações constitucionais/legais, que levem ao necessário ajuizamento de ações anulatórias com pleito de imputação das obrigações de fazer/ não fazer, a fim de impedir o perecimento de direitos, assim respaldando que o objeto das referidas ações passe a incluir também pedidos cominatórios, o que redundará em considerável alteração na forma como até então eram manejadas as ações anulatórias no processo trabalhista.

VIII- AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO- empregado *hipersuficiente*

As ações anulatórias de cláusula constante de contrato individual do trabalho têm sido raras até aqui.

Entretanto, é preciso considerar a relevante alteração trazida pela Lei 13.467/2017, ao inserir o parágrafo único ao artigo Art. 444 da CLT , instituindo a figura do empregado diferenciado, que a doutrina vem denominando de *hipersuficiente*, nos seguintes termos:

Artigo 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A nova regra veio exigir a observância de 2 (dois) requisitos para a configuração deste empregado diferenciado (*hipersuficiente*), a saber:

- 1) ser portador de diploma de nível superior
- 2) perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Portanto, desde que atendidas tais exigências legais, a interpretação do § único do artigo 444 da CLT, efetuada em conjunto com o disposto no artigo 611-A da CLT, torna possível constatar ter a nova lei reconhecido ao empregado *hipersuficiente* a possibilidade de estipular, em seu contrato individual de trabalho, cláusulas que se sobreponham às convencionadas.

A análise do referido preceito permite concluir que a lei abriu espaço para o reconhecimento da autonomia privada individual no direito trabalhista, o que se constitui em inequívoca inovação, cujos efeitos só poderão ser bem avaliados com o decorrer do tempo.

Por outro lado, há inequívoca ampliação da possibilidade de ajuizamento das ações anulatórias pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos do inciso IV do artigo 83 da Lei Complementar 75/83, se tais cláusulas individuais violarem princípios constitucionais e direitos fundamentais trabalhistas. Nesta hipótese, e também se ocorrer vício de vontade ou defeito no negócio jurídico, tanto o sindicato quanto o empregado passam a ter legitimidade ativa.

IX- OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL E A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

O reconhecimento da autonomia privada sempre se constituiu em questão de elevada controvérsia para o ordenamento jurídico trabalhista, que edificou sua coluna vertebral na priorização da intervenção estatal e valorização das normas heterônomas

A Constituição Federal de 1988 começou a quebrar este paradigma, ampliando os espaços de atuação da autonomia privada coletiva quando expressamente inseriu, no inciso XXVI do seu artigo 7º, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como um dos direitos fundamentais.

A Lei 13.467/2017 ampliou de maneira significativa a abrangência e a valorização da autonomia privada coletiva, ao estabelecer no *caput* do artigo 611-A, que as cláusulas convencionadas tem "prevalência sobre a lei" .

Neste contexto, provocou ainda mais o debate no que se refere à articulação do princípio da intervenção mínima com o princípio da autonomia privada coletiva, quando inseriu o § 3º no artigo 8º da CLT, dispondo que:

§ 3º No exame da convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

No que se refere à autonomia privada individual, até agora não reconhecida no direito do trabalho, a Lei 13.467/2017 provocou mudança radical quando inseriu o § único ao artigo 444 da CLT, instituindo a figura do empregado *hipersuficiente*.

Entretanto, as balizas agora estabelecidas para a atuação da intervenção estatal devem ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais, notadamente sob a perspectiva traçada pelo inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, ao estabelecer como direito fundamental que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Ademais, imperioso observar que a priorização da natureza contratual, tanto do vínculo empregatício do empregado *hipersuficiente*, quanto dos acordos e convenções coletivas, conforme gizado pelos novos preceitos, leva à necessária articulação com as regras previstas no Código Civil para disciplinar o negócio jurídico.

Neste passo, a interpretação do princípio constitucional, reitor do acesso substancial à justiça, leva à conclusão de que a menção ao artigo 104 ocorreu não como preceito isolado, mas por ser o primeiro artigo que abre o Título I do Código Civil, que trata do negócio jurídico.

Destarte, abre a perspectiva para o ajuizamento da ação anulatória também quando a cláusula contratual do empregado *hipersuficiente*, ou a convencionada em acordo/convenção coletiva, estiver eivada por um dos defeitos do negócio jurídico, conforme previsto nos artigos 138 a 157 do Código Civil, ou seja, quando ocorrer:

1- Erro ou Ignorância

A lei reputa caracterizado o vício quando as declarações de vontade das partes contratantes emanarem de erro substancial, quanto à

- natureza do pactuado, objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;
- identidade ou qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que nesta tenha influído de modo relevante;
- constituir o motivo único ou principal da contratação

Considera que a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta. Mas o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

2 - Dolo

São anuláveis os negócios jurídicos por dolo, quando este for a sua causa. Para tanto, reputa também como omissão dolosa o silêncio intencional de uma das partes, a respeito de fato ou qualidade que a outra parte ignore, provando-se que sem ela a cláusula não seria convencionada.

Interessante o preceito ao estipular que o dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder até a importância do proveito que teve. Porém, se o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente por perdas e danos.

3 - Coação

Para viciar a declaração da vontade, a coação há de ser tal que incuta a outra parte fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Ao apreciar a configuração da coação, será levada em conta a situação da pessoa que está procedendo à negociação, assim como todas as demais circunstâncias que possam influir na caracterização de sua gravidade.

Porém, não se considera coação o temor reverencial, nem a ameaça do exercício normal de um direito,

4- O Estado de Perigo

Guardadas as peculiaridades da celebração de acordos e convenções coletivas, é possível considerar configurado o estado de perigo quando uma parte, premida pela necessidade de resguardar-se de grave dano, conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa em seu desfavor.

5 - A Lesão

Considerando as características dos acordos e convenções coletivas de trabalho, pode-se reconhecer a ocorrência do vício de lesão quando uma parte, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Para tanto, a desproporção da obrigação assumida deve ser considerada segundo as condições existentes ao tempo em que foi feita a negociação.

6- As peculiaridades do direito trabalhista para a caracterização do "estado de perigo" e "lesão"

No que se refere à caracterização do "estado de perigo" e "lesão", necessário atentar para as peculiaridades do direito trabalhista, explicitadas no § 2º do artigo 611-A ao dispor:

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

O referido preceito tem que ser interpretado de forma sistêmica, contexto em que a referência à "expressa indicação" se caracteriza como critério diferenciador importante, notadamente ante as especificidades da negociação coletiva trabalhista.

Neste contexto, imperiosa a aplicação do princípio do conglobamento, quando se considera que, para compor os interesses em conflito, nem sempre as concessões são costuradas em linha reta e correspondente às demandas

colocadas em uma mesa de negociação. Isto porque muitas vezes dependem das condicionantes econômicas e sociais do momento, aferidas por critérios de conveniência e oportunidade pelos sindicatos convenientes, que podem prever a concessão de um benefício, de natureza diversa do título em relação ao qual foi aceita a imposição de uma restrição.

Por outro lado, quando houver "expressa indicação" de cláusula compensatória de uma concessão anulada, deve ser observado o constante do § 4º do artigo 611-A, ao estabelecer que:

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

Ademais, como o direito trabalhista passou a valorizar, ainda com maior ênfase os acordos e convenções coletivas, restou inequívoca a compatibilidade da aplicação do preceituado nos artigos 133 e 157, § 2º do Código Civil:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 157

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

A aplicação destes preceitos abre caminhos para a celebração de acordos nas ações anulatórias.

X-CONCLUSÕES

A Lei 13.467/2017 promoveu alterações significativas no ordenamento trabalhista, ao abrir espaços para a autonomia privada individual (§ único do artigo 444 da CLT) e ampliar significativamente o exercício da autonomia privada coletiva (artigos 611-A da CLT)

Ainda é cedo para aquilatar os efeitos destas mudanças, mas já é possível constatar que vieram redundar em aumento das possibilidades de ajuizamento das ações anulatórias, quando as cláusulas estabelecidas

violarem direitos fundamentais dos trabalhadores e os limites traçados pelo artigo 611-B da CLT.

Como a CLT não tem regra própria, necessária a aplicação subsidiária dos preceitos estabelecidos pelo CPC/2015 para disciplinar as ações anulatórias e, também, o regramento posto pelo Código Civil para a configuração dos defeitos do negócio jurídico, que deverão ser interpretados em articulação dialógica com os institutos peculiares que distinguem o processo trabalhista, ante a necessária observância da compatibilidade exigida pelo artigo 769 da CLT.

Este novo desafio exige um ordenamento jurídico multifuncional, suficiente para garantir que o acesso ao Judiciário seja efetivo, a fim de possibilitar a pacificação dos conflitos sociais com justiça.

Para tanto, imperioso pautar a implementação do novo perfil da ação anulatória pela garantia de acesso à justiça, segurança jurídica, devido processo legal, razoável duração, contraditório substancial e ampla defesa, assim conferindo primazia à principiologia constitucional.

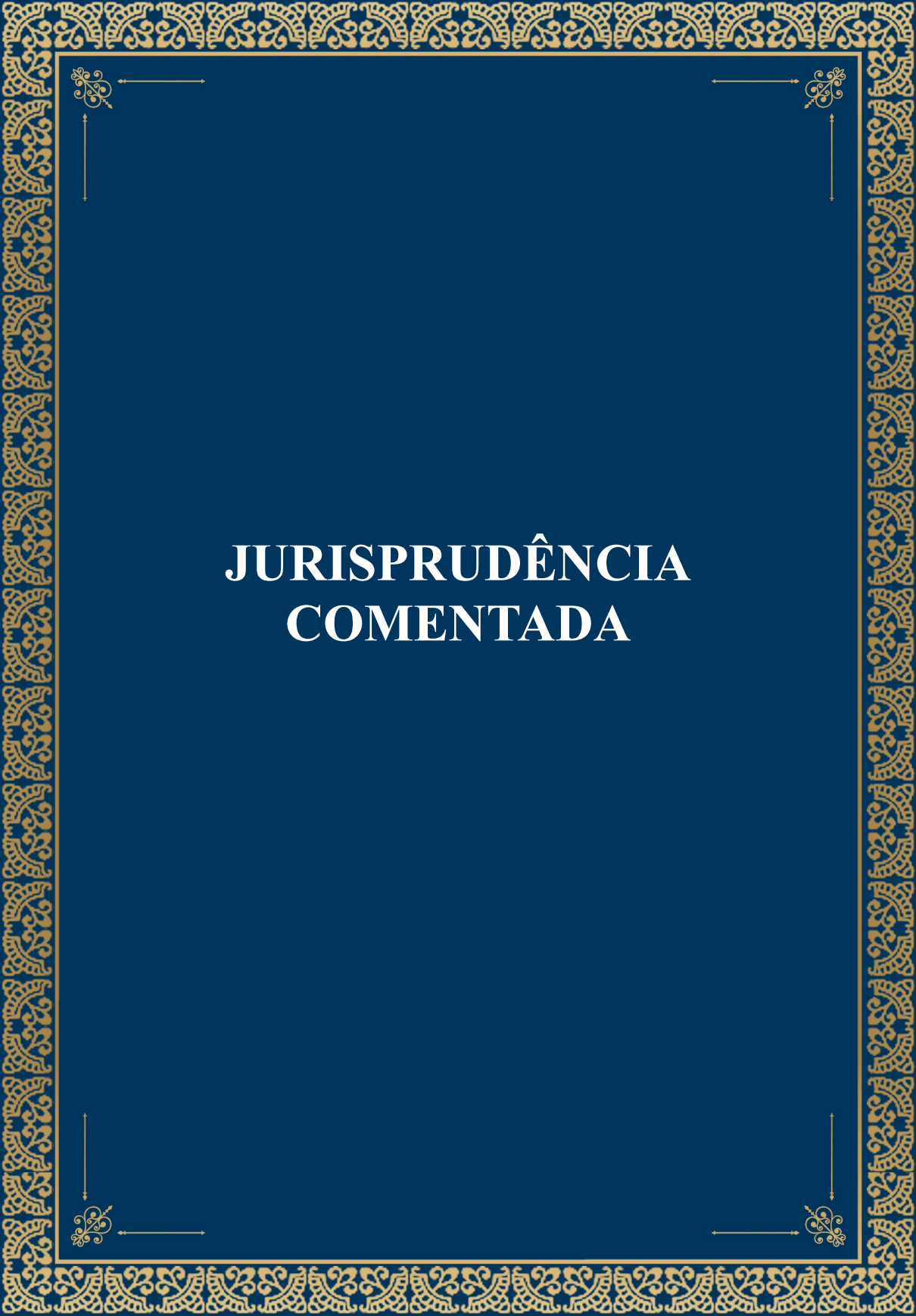
XI- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho* 16.ed.São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

LERRER, Felipe Jakobson. *Ações anulatórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Nota sobre a leitura da súmula 462, do TST à luz do sistema de precedentes

*Marcos Neves Fava*⁴²²

422 Juiz titular da 1ª vara de Vitória da Conquista, mestre e doutor em direito pela USP, cocoordenador do grupo de pesquisas Trabalho e Desenvolvimento, da Fundação Getúlio Vargas, SP (FGVLAW).

O CPC de 2015 inaugurou entre os brasileiros um sistema híbrido entre o *civil law* e o *common law*, baseado na observância obrigatória de (alguns) precedentes. A tradição continental do Direito brasileiro apontava para precedentes persuasivos, sem força vinculante. A novidade, que, diria o poeta, veio dar na praia na qualidade rara de sereia, exhibe-se, de fato, **revolucionária**.

A boa doutrina aponta o absurdo das decisões judiciais não adotarem as precedentes, como se colhe:

“Embora deve ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob essa inscrição, recebe decisão distinta da proferida - em caso idêntico - pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei⁴²³”

A regra do direito insular resume-se no *stare decisis et non queta movere*, que, em livre tradução, poderia ser “não mexa no que já está decidido”. Nasce de uma tradição, não de um diploma legislativo, que guarda grande proximidade com o senso de Justiça. Se é cega, como deveria, basta apurar como já se decidiu em casos similares e aplicar idêntico resultado, sem olhar para as partes e, tanto quanto possível, às peculiaridades fúteis do caso.

A prática nacional limita-se a ler os verbetes - sequer os precedentes - como se fossem textos de Lei. E na hermenêutica das normas legais, aplica-se a interpretação a partir do texto, em investigar condições pregressas ou contextos. Ninguém quer saber o que desejava o Parlamento ao legislar. Aliás, nem quer saber, nem com isso se importa. Tome-se, por todos, o exemplo do texto da Constituição em que ficou

423 MARINONI. Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora RT, 2010, p 101.

fixada a jornada de seis horas a quem trabalhe em turnos ininterruptos de revezamento. Observados os debates da assembleia constituinte, percebe-se que a ideia era reduzir o turno de quem se mantinha em turnos ininterruptos, sem parada, sem intervalo, e revezasse os horários. A interpretação de que resultou a aplicação da norma é diversa, como se sabe, impondo o direito em favor de quem trabalhe em ininterrupto revezamento, isto é, quem alterne constantemente seu turno de trabalho, irrelevante a parada ou não durante o curso do expediente.

Com a súmula 462, do TST, não ocorre diferente disso.

Erigiu-se interpretação do artigo 477, da CLT, segundo a qual as verbas rescisórias que podem ou não suscitar a penalidade são as reconhecidas pelo empregador, sem intervenção judicial.

Por exemplo:

RECURSO DO RECLAMADO - SALÁRIO "POR FORA" - PAGAMENTO - Não comprovado nos autos que a reclamada pagava salário "por fora" do que constava dos contracheques, indevido é a integração dos depósitos existentes na conta do autor nas parcelas que têm o salário como sua base de cálculo. Recurso provido. RECURSO DO RECLAMANTE - MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT - O deferimento de pedido de pagamento de diferenças ou complementação de verbas rescisórias não autoriza a concessão da multa de que trata o §8º do art. 477 da CLT. Recurso não provido. (TRT da 5ª Região; Processo: 0000493-88.2022.5.05.0018; Data de assinatura: 06-05-2024; Órgão Julgador: Gab. Des. Luiz Tadeu Leite Vieira - Terceira Turma; Relator(a): LUIZ TADEU LEITE VIEIRA)

O precedente contido na súmula 462, do TST, entretanto, não se coaduna com leitura desse jaez.

O texto do verbete diz:

“A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, §8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas

quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias”.

Interpretada como Lei, essa norma referir-se-ia apenas à hipótese em que o vínculo de emprego houvesse sido reconhecido em juízo e o empregado não tivesse dado causa à mora, aí sim incidiria a multa.

As decisões que deram origem à súmula, entretanto, não se limitam a esse motivo, nem se prendem a tal circunstância.

Nos autos do processo 457000-75.2009.5.12.0014, o debate incluía o reconhecimento judicial do pagamento de salários por fora e a análise da pertinência da imputação da multa em situação tal. E a conclusão da Subseção 1 de Dissídios Individuais do TST foi, emendada:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. VERBAS RESCISÓRIAS. DIFERENÇAS RECONHECIDAS EM JUÍZO. FRAUDE. PAGAMENTO DE SALÁRIO "EXTRAFOLHA". APLICABILIDADE DA SANÇÃO. A previsão da multa do § 8º do artigo 477 da CLT destina-se às hipóteses nas quais o empregador, injustificadamente, não paga, nos prazos estipulados no § 6º do mencionado dispositivo, as parcelas constantes do instrumento de rescisão contratual. O citado § 8º apenas excepciona a mora deliberadamente provocada pelo trabalhador. Com efeito, é certo que as regras de hermenêutica impedem a interpretação extensiva de preceito legal com natureza de sanção. Todavia, in casu, a Turma, apesar de excluir a multa ante o pagamento da rescisão no prazo do § 6º, consignou expressamente que as diferenças deferidas judicialmente, a título de verbas rescisórias, decorreram de conduta fraudulenta da reclamada, consistente em pagamento de salário não registrado na carteira de trabalho, prática comumente denominada pagamento "extrafolha". **Logo, além de não ter havido mora provocada pelo trabalhador da parte controvertida dos valores rescisórios, comprovou-**

se a existência de fraude patronal, conduta a qual pode até mesmo desbordar para a seara criminal, a teor do art. 297, II e § 4º, do Código Penal. Não se afigura razoável, portanto, o afastamento da penalidade prevista no aludido § 8º. Recurso de embargos conhecido e provido. (relator AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, publicação em 4/04/2014)

As diferenças salariais surgem de condenação, de intervenção do juiz, por meio de declaração-condenação e, como consequência, apura-se o atraso na integralidade das verbas rescisórias, sem responsabilidade do empregado, fator responsável pela aplicação da penalidade.

Já no processo 23-81.2013.5.04.0024, o tribunal decidiu que o aumento da categoria, ocorrido perto do fim do contrato, foi observado para pagar as rescisórias em prazo superior ao da Lei e, portanto, a multa é, também, devida. A parcela da ementa resume-se na exceção, a multa não é devida, se o empregado deu causa à mora:

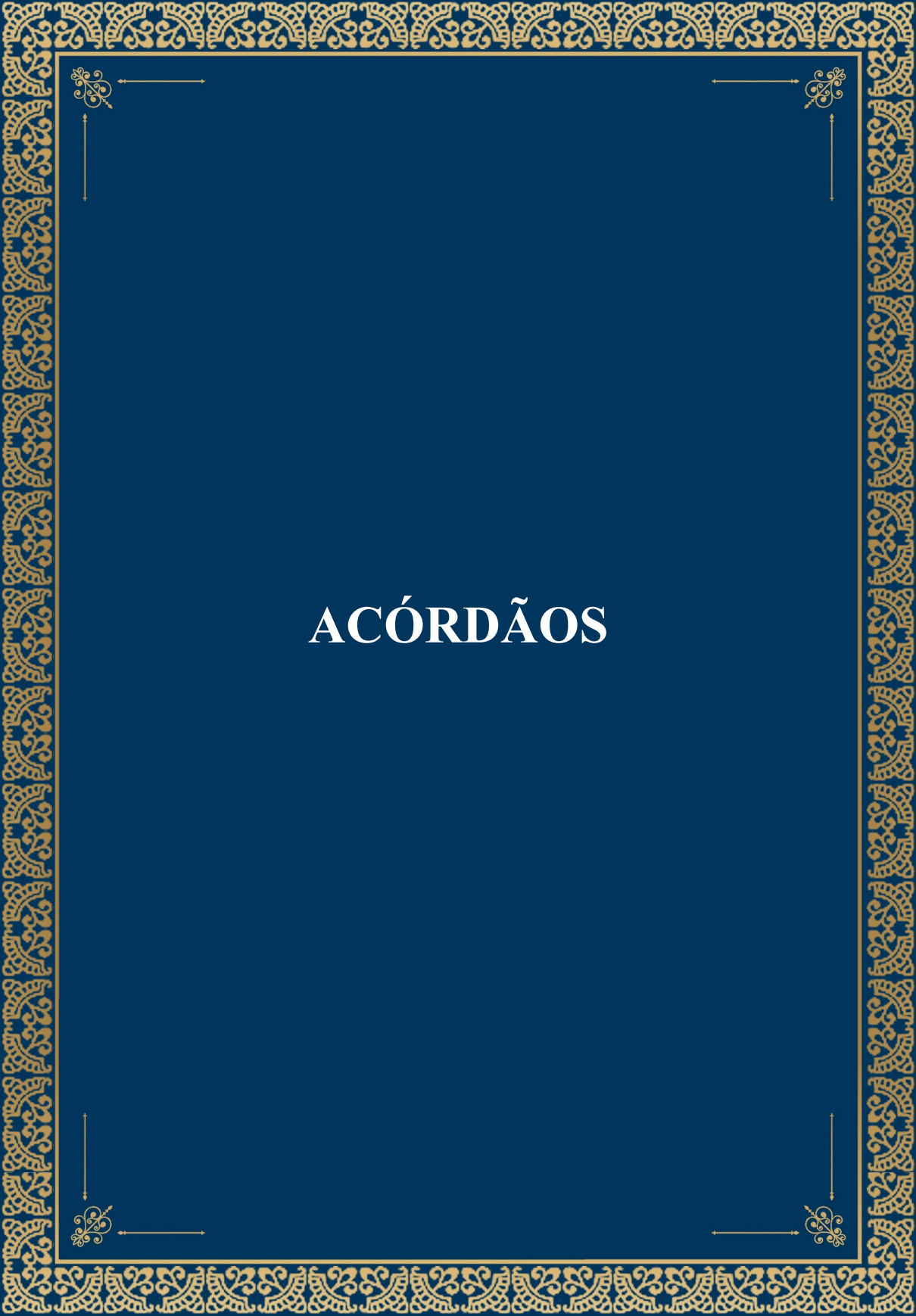
“3. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. Com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 351 da SBDI-1, a jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de que a multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT apenas é indevida quando o trabalhador der causa à mora. Precedentes. Recurso de revista não conhecido” (3ª turma, relator ministro ALBERTO BRESCIANI, publicado em 19/06/2025).

O debate posto nos autos gira em torno do pagamento de rescisão complementar, com aumento salarial decorrente de norma coletiva. Embora atendido o aumento e pagas as rescisórias correlatas, fez-se isso fora do decênio, o que atrai a multa, independentemente de tal situação ter sido constada em juízo.

Para interpretação dos precedentes é indispensável conhecer o contexto em que se encontrava o tribunal, identificar os fatos fundantes e o direito que se aplicou, para que venha a incidir em casos similares, ou para que se possa fazer a distinção, quando cabível.

A intenção do texto do verbete foi a de destacar situação extrema, isto é, até quando reconhecido o vínculo em juízo, o pagamento atrasado das rescisórias atrai a multa do artigo 477, da CLT, quanto mais em situações outras, excetuada a responsabilidade do empregado pela mora, única excludente da punição.

A apropriação de um sistema estabilizado de precedentes de observância obrigatória dará ganhos à jurisdição trabalhista, com maior especificidade, celeridade e eficácia. Importante que se solidifique a partir da hermenêutica adequada, que não se confunde com a leitura de texto de lei.



ACÓRDÃOS

Acórdão do Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000059-71.2024.5.05.0037

RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH

RECORRIDO: ERNANDA RODRIGUES XAVIER MENDES

RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

LICENÇA MATERNIDADE. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. MÃE NÃO GESTANTE QUE REALIZOU TRATAMENTO MÉDICO PARA ESTIMULAÇÃO DA PRODUÇÃO DE LEITE.

No caso em exame, a Reclamante, mãe não gestante, comprova a realização de tratamento para estimulação de leite para viabilizar o aumento na disponibilidade de amamentação da filha, bem como para o estreitamento de laços maternos. Em que pese inexistir legislação específica de licença maternidade para união estável homoafetiva entre duas mulheres, destaco o entendimento firmado pelo STF no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em que fora estabelecido: "O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica". Assim, uma vez que a Reclamante comprova aptidão para aleitamento da filha recém-nascida, em atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e por ser inadmissível uma interpretação reducionista dos direitos dos casais homoafetivos, entendo que a sentença deve ser mantida.

Negado provimento ao Recurso da Reclamada.

Relatório dispensado, nos termos do art. 852-I, CLT.

VOTO

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A parte reclamada manifesta inconformismo quanto ao deferimento da gratuidade da justiça da Reclamante, afirmando que a autora não demonstrou preencher os requisitos mínimos para usufruir de tal benefício.

Analiso.

A concessão da gratuidade da justiça tem lastro no art. 790, § 4º da CLT e art. 5º, LXXIV, CF, sendo suficiente que a pessoa natural declare a impossibilidade de suportar o ônus da demanda sem prejuízo do seu sustento

e/ou o de sua família, independentemente de estar assistida por sindicato de classe ou acompanhada de advogado por si diretamente contratado.

A Súmula 463 do TST assenta como suficiente a declaração de hipossuficiência da parte autora, podendo ser substituída por declaração no mesmo sentido do advogado, exigindo-se tenha poderes específicos para tanto, por força do art. 105 do CPC/15, aplicável às demandas propostas desde 26.06.2017.

Observo que ao §4º do art. 790 da CLT, que traz critério subjetivo para gozo do direito, porque depende de pronunciamento do sujeito acerca da sua condição econômica, agregase o §3º do art. 790 da CLT, que traz critério objetivo, possibilitando ao juízo, de ofício, conceder a gratuidade, por simples presunção relacionada aos ganhos do autor e desde que não extrapolem 40% do teto previdenciário.

O critério objetivo se soma ao subjetivo como método para ampliar o acesso à justiça, ou seja, não há exclusão dos efeitos que advém da declaração de pobreza. Assim, ainda que o trabalhador receba rendimentos que ultrapassem o limite legal, pode declarar hipossuficiência, afinal, os gastos do indivíduo são compatíveis com a renda que auferir, assume compromissos pessoais e familiares contemplando o quanto ganha, de modo que despesas processuais podem representar um desajuste a comprometer o atendimento a necessidades imperiosas e inadiáveis.

Ora, o §4º do art. 790 da CLT praticamente reproduziu o texto do art. 5º LXXIV da CF e este foi interpretado pelo STF nos exatos termos acima expressos, não sendo razoável supor que em face do processo trabalhista a pessoa natural tenha tratamento mais restritivo do acesso à justiça do que no processo comum. "Assistência judiciária gratuita - pessoa jurídica. 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".(STF, Pleno, Edcl-AgRg-Rcl nº 1905, Marco, j. 15.08.2002, DJU 20.09.2002).

Mantenho.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL

A Reclamada vindica a reforma da sentença que indeferiu as prerrogativas de Fazenda Pública a seu favor.

Recorto trecho da sentença:

"2.4. EBSEH - EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA:

Conforme art. 3º , caput , e § 1º, da Lei 12.550 /2011 a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH é uma entidade que atua em regime não concorrencial e que possui por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS , assim como a prestação, às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do a autonomia universitária.

Dessa forma, a EBSEH tem por finalidade a prestação de serviço público essencial, em regime não concorrencial, sendo constituída por capital integralmente sob a propriedade da União, pelo que faz jus à aplicação das prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública. Defiro."

Desse modo, verifico a ausência de interesse recursal da Reclamada, uma vez que seu pedido fora apreciado e deferido pelo juízo de primeiro grau.

Não conheço.

LICENÇA MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA

A Reclamada se insurge contra o deferimento da licença maternidade à mãe não gestante.

Sustenta que *"somente terá direito a licença maternidade a mãe gestante, ou a que adotar ou tiver a guarda judicial da criança, sendo que o §5º do Art. 392-A ainda é bem específico em determinar que no caso de guarda conjunta, somente um dos adotantes ou guardiões terá direito a licença maternidade"*.

Pontua ainda que *"não há fundamento legal para a concessão de licença maternidade para as duas mães no caso de dupla maternidade, ao contrário, como já mencionado, no caso de adoção conjunta, somente um dos adotantes tem direito a essa licença."*

Sobre o tema, assim entendeu o magistrado de primeiro grau:

"2.2. LICENÇA MATERNIDADE - MÃE NÃO GESTANTE - DUPLA MATERNIDADE

(...)

No caso sob exame, é importante de logo fixar que o nascimento da criança, resultante de uma entidade familiar, formada por casal do mesmo sexo, pressupõe indissociavelmente a legitimidade à parentalidade homoafetiva, para todos os fins de direito.

Nesse sentido, uma vez já assegurada a viabilidade jurídica da união estável e também do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, formalizando uma entidade familiar, nada impede, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que a reclamante busque exercer a sua maternidade pautada em uma relação de afeto e cuidado. É dizer, o simples fato de o ordenamento jurídico não possuir norma expressa sobre a questão não significa que o exercício da maternidade e de seus direitos esteja proibido.

Aliás, a proteção à infância e à maternidade são objetivos expressos na Constituição Federal, conforme o art. 6º e o art. 227 da CRFB. Essa proteção é resultado da ampliação do direito de proteção à maternidade, à vida e à saúde da mãe e também do nascituro, e encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, a licença-maternidade, na forma dos artigos 70, 71-A e 71-B da Lei 8.213 /91 e 392-A, § 5o e 392-B da CLT é concedida à mãe biológica, à pessoa adotante ou àquela que obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente.

O escopo da licença maternidade, portanto, vai muito além da recuperação da parturiente, afinal é concedida também àquela pessoa que obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente. Isso porque ela se dá, precipuamente, no interesse da criança, pois o seu objetivo é o de proporcionar à trabalhadora a oportunidade de estar junto do seu bebê nos primeiros meses de vida, estreitando os laços afetivos entre ambos.

A autora, empregada pública, teve seu pedido de concessão de licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias indeferido, sob o argumento da inexistência de norma jurídica, como consta na defesa da ré, mas possivelmente também pela concessão da licença maternidade à sua companheira, responsável pela gestação da filha do casal e também empregada pública da ré.

No caso presente, revelou a reclamante, ainda, em sua inicial que, durante a gravidez da sua companheira, fez um tratamento médico prévio para estimulação da produção de leite para realizar a amamentação conjunta, como se observa do documento de ID 0c9f00c. Em tal documento, observa-se ainda que a médica atestante esclareceu que: vale ressaltar que a maior produção de leite irá ocorrer quando a mãe colocar nenem no peito, pela produção de ocitocina. Diante disso, é possível afirmar que a reclamante é uma empregada lactante.

Acerca da importância da amamentação, o seu objetivo principal é o de aumentar o tempo de contato entre mãe e filho. Esse contato não só é importante, como também é essencial para o correto desenvolvimento

físico e psíquico da criança e é no interesse do bebê que a proteção jurídica existe.

Assiste razão à ré quando afirma que a dupla concessão da licença maternidade não foi literalmente prevista expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro. De fato, essa lacuna resulta em situações de desproteção como a posta em Juízo no presente feito.

No particular, o exame deste feito e seu julgamento deve ser feito também com atenção ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça que propõe um método interpretativo dogmático que leve em conta que o direito de ser interpretado, não de maneira abstrata, mas sim atento à realidade, buscando identificar e dismantelar as desigualdade estruturais.

A reclamante, em razão do seu duplo papel de mulher e homossexual, trouxe a juízo uma reflexão de que o conceito jurídico da licença maternidade acaba por ser alheio à forma como as dinâmicas sociais operam, uma vez que deixa de fora situações em que há dupla maternidade e dupla amamentação da criança. Estereótipos negativos certamente operaram na dinâmica de tratamento do seu requerimento de gozo da licença maternidade que foi indeferido, como se, unicamente por ser mulher e homossexual isso lhe tornasse menos mãe ou uma mãe desnecessária para os cuidados com a bebê que não gestou, uma mãe dispensável após o parto.

O tratamento desigual da reclamante, uma mãe que acaba de ter uma filha e a amamentará, acaba por resultar em uma conclusão perpetuadora das desigualdades, negando-se à mulher homossexual em dupla maternidade o seu direito de convivência com sua filha nos primeiros meses.

Observa-se aqui que a norma de concessão da licença maternidade existente parece neutra, mas impacta negativamente o grupo das mulheres em dupla

maternidade de maneira desproporcional. É um caso de discriminação indireta, portanto.

A normativa internacional e constitucional, acerca de direitos humanos e fundamentais, repudia condutas que representem discriminação ou assédio e ofensa à honra e dignidade das pessoas no trabalho. Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 23), Declaração Americana de Direitos Humanos (arts. V, XIV e XVII), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 17 e 26), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 7º e 12), Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, arts. 5º, 6º e 11), Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 (preâmbulo e arts. 2º e 4º).

O próprio sistema universal de normas prevê ainda, na Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, o amparo à maternidade (revista em 1952; adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, por ocasião da Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho; com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965; entrada em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, em 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou em 18 de junho de 1965; e promulgada em 14 de julho de 1966.).

Esta Convenção abarca todas as mulheres e todas as lactantes, independentemente de idade, nacionalidade, raça, crenças religiosas, casadas ou não.

Assim, diante de tudo quanto até aqui exposto, julgo procedente o pedido para determinar que a ré conceda à parte autora o imediato gozo de licença maternidade de 120 dias acrescidos de 60, contados a partir da publicação dessa sentença, que terá efeitos imediatos."

Ao exame.

Princípio destacando o Tema 1072, *leading case* RE 1211446, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se fixou a seguinte tese:

"A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade."

O caso examinado originou-se do Recurso Extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo que discute se há direito da trabalhadora não gestante em união homoafetiva ao gozo de licença-maternidade, em um contexto fático em que a mãe gestante não usufruiu do benefício.

O *leading case* distinguiu-se do presente caso em questão, haja vista que naqueles autos a mãe gestante, profissional autônoma, não logrou êxito no requerimento de licença maternidade, razão pela qual deveria retomar suas atividades laborativas. A trabalhadora, mãe não gestante, pleiteou, assim, a licença maternidade para assumir os cuidados necessários de sua filha.

Destaco o voto vogal do Ministro Cristiano Zanin em relação à duplicidade da licença maternidade em situações excepcionais, como por exemplo, quando a companheira não gestante faça tratamento para ter condições de aleitamento. No voto restou expresso que situações tais devem receber soluções excepcionais, analisadas caso a caso. Recorto trecho do voto (página 48 de 156 do acórdão):

"A discussão aqui é definir o direito ou não à licença-maternidade à mãe não gestante considerada a união estável homoafetiva. Essa é a discussão. Parece-me que ir além, para excluir a possibilidade de duplicidade, talvez já avance e analise situações, como, por exemplo, a mãe não gestante que faz tratamento para amamentar a criança.

Sei que Vossa Excelência aborda essa questão no voto, mas é uma questão que não foi aqui debatida e, talvez, não tenhamos tantos dados para enfrentá-la. A proposta, na verdade, que trago à discussão, seria restringir a tese da seguinte forma: tem direito à licença-maternidade a

mãe não gestante em união estável homoafetiva cuja companheira que engravidou não teve direito ao benefício. Sei da preocupação trazida pelo eminente Procurador-Geral da República em relação às questões previdenciárias, à própria duplicidade, mas me parece que aqui há outras situações que mereceriam uma análise mais detalhada. Se avançássemos, isso poderia ficar prejudicado. Minha proposta, sujeita evidentemente à maioria, seria restringir a tese àquilo que foi colocado como repercussão geral originariamente."

Na análise da proposta da Tese fora ressalvada a posição do Ministro Cristiano Zanin (página 153 de 156 do acórdão):

"Tivemos ainda a posição do Ministro Cristiano Zanin, que parava a tese apenas na específica situação do caso concreto, embora formulando uma tese, por uma preocupação específica de algumas situações excepcionais. E Sua Excelência mencionou uma de que tinha conhecimento, de que a companheira não gestante, embora mãe, estivesse fazendo um tratamento para ter condições de aleitamento.

Então, ajustou-se que o Ministro Luiz Fux incluirá, no corpo do voto, a possibilidade de situações excepcionais merecerem soluções excepcionais, como precisamente essa citada pelo Ministro Zanin. E o Ministro Fux também se comprometeu a inserir, no corpo do voto que, na hipótese de ambas terem direito ao salário-maternidade, caberá ao casal decidir quem fruirá o salário-maternidade e a equivalência com o salário-paternidade."

Assim, o caso em exame consubstancia-se em hipótese de situação excepcional e distinta em relação ao *leading case*, tendo em vista que a Reclamante realizou tratamento médico para estimulação da produção de leite, conforme documento de id f15724a e à sua companheira, mãe gestante, foi deferida a licença-maternidade.

Feito o devido contorno, passo a análise das razões recursais.

A Reclamada assevera que inexistente fundamento legal para a concessão de licença maternidade para as duas mães no caso de dupla maternidade. Suscita entendimentos relativos à licença maternidade oriunda de adoção que também só é concedida em favor de um dos adotantes.

No caso em exame, observo uma mãe não gestante que se submeteu a tratamento médico prévio para estimulação da produção de leite (id f15724a) com o objetivo de viabilizar o aumento da disponibilidade de amamentação para sua filha, bem como para estreitar os laços maternos com a recém-nascida.

Curial observar que a Constituição Federal preconiza a proteção à maternidade e a infância, além de garantir o direito à licença maternidade, com esteio no disposto no artigo 6º, artigo 7º, XVIII e artigo 201, inciso II.

A CLT também prevê a proteção à maternidade, sobretudo em seu artigo 392, porque reforça o direito da licença maternidade, sem prejuízo de seu emprego e salário.

Atualmente, diante das modificações sociais, observamos o reconhecimento da diversidade familiar consubstanciada em novas configurações, tais como, família matrimonial, monoparental, uniões homoafetivas com filhos, paternidade e maternidade socioafetivas, entre outras. Nessa esteira, resta indiscutível a importância da ADI 4277 e ADPF 132 que equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis em relações heterossexuais.

No entanto, a visão heteronormativa ainda prevalece e segrega as configurações familiares diversas do padrão imposto pela sociedade.

De fato, observa-se a omissão legislativa quanto à especificidade da dupla licença-maternidade em relações homoafetivas constituída por duas mulheres. A comunidade LGBTQIA+, de forma indiscutível, representa uma minoria social que enfrenta um cenário constante de preconceito e discriminação. As leis não são direcionadas às suas especificidades, motivo pelo qual essa parcela social busca o Judiciário para garantia de direitos constitucionais por meio de analogias às previsões legislativas de cunho heteronormativos.

Desse modo, extirpar da Reclamante o direito ao aleitamento e ao estreitamento dos laços com sua filha configura em afronta ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Pontuo ser relevante ao deslinde do caso em exame as determinações insertas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça.

Como bem salienta a sentença ora recorrida, resta flagrante a discriminação indireta ao se coibir a dupla maternidade a Reclamante, mãe não gestante, mas que também é mãe e possui claras condições ao aleitamento de sua filha.

Nos termos do Protocolo, a discriminação indireta:

"A discriminação indireta pode, muitas vezes, passar despercebida, ou então aparecer como um elemento neutro. Ou seja, o impacto diferenciado não ocorre por circunstâncias aleatorias ou pela vontade de indivíduos, mas por conta de desigualdades estruturais. Imaginemos, por exemplo, uma empresa na qual pouquíssimas mulheres assumem cargos de liderança. Um empregador pode justificar esse fato dizendo que isso ocorre porque mulheres produzem menos ou porque querem se dedicar mais à família." (página 53 de 132)

A discriminação indireta se observa no caso em exame mormente quando a Reclamada visa coibir a licença-maternidade da Reclamante pelo fato de ser mãe não gestante e pelo desamparo legislativo à dupla concessão da licença.

Trata-se de uma desigualdade estrutural que visa equiparar a relação homoafetiva da reclamante e de sua companheira a um casal heterossexual. À Reclamante são atribuídas características relacionadas ao estereótipo de um homem heterossexual: condição de provedora do lar, aquela que deve trabalhar, enquanto a mãe gestante permanece em casa cuidando da bebê.

Cabe distinguir conceitos básicos acerca de sexo, sexualidade e identidade de gênero. Para tal fim, destaco trecho do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: (páginas 16 e 19)

"O conceito de sexo está relacionado aos aspectos biológicos que servem como base para a classificação de indivíduos entre machos, fêmeas e intersexuais. Em nossa sociedade, seres humanos são divididos nessas categorias - em geral, ao nascer - a partir de

determinadas características anatômicas, como órgãos sexuais e reprodutivos, hormônios e cromossomos.

Atualmente, o conceito de sexo é considerado obsoleto enquanto ferramenta analítica para refletirmos sobre desigualdades. Isso porque deixa de fora uma série de outras características não biológicas socialmente construídas e atribuídas a indivíduos - muitas vezes em razão de seu sexo biológico - que tem maior relevância para entendermos como opressões acontecem no mundo real.

(...)

Quando falamos em gênero, estamos nos referindo a características socialmente construídas, atribuídas a indivíduos de acordo com o seu sexo biológico. Apesar de certas atribuições serem tão enraizadas a ponto de parecerem naturais e necessárias, elas são, em realidade, artificiais e, portanto, não fixas: muitas vezes, uma pessoa pode se identificar com um conjunto de características não alinhado ao seu sexo designado. Ou seja, é possível nascer do sexo masculino, mas se identificar com características tradicionalmente associadas ao que culturalmente se atribuiu ao sexo feminino e viceversa, ou então, não se identificar com gênero algum.

Pessoas que não se conformam com o gênero a elas atribuído ao nascer foram e ainda são extremamente discriminadas no Brasil e no mundo, na medida em que a conformidade entre sexo e gênero continua a ser a expectativa dominante da sociedade.

(...)

A sexualidade diz respeito às práticas sexuais e afetivas dos seres humanos.

Assim como aos gêneros são atribuídas cargas valorativas diferentes, o mesmo ocorre com as diferentes orientações sexuais. Em nossa sociedade, estabeleceu-se como "padrão" a heterossexualidade, enquanto orientações sexuais como a homossexualidade e a bissexualidade são consideradas "desviantes". Da mesma forma como

existem diversas expectativas socialmente construídas a respeito do comportamento de mulheres, existem também expectativas socialmente construídas sobre a quem a afetividade e o desejo sexual dos diferentes generos devem ser direcionadas. É isso que convencionou-se chamar de heteronormatividade - ou, normas que tornam compulsoria a heterossexualidade."

Importante pontuar que o fato de a Reclamante ser uma mulher homossexual não corresponde automaticamente ao reconhecimento de uma identidade de gênero masculino.

Nessa toada, destaco trecho do Protocolo para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho acerca das pessoas lactantes e gestantes (página 60 e 61):

"4.4 Pessoas gestantes e lactantes

No Brasil temos como modelo vigente o familismo, sistema em que as unidades familiares figuram como as principais responsáveis pelo cuidado e bem-estar de seus membros, respaldado no caput dos arts. 227 e 230 da CRFB88, naturalizando o trabalho doméstico e de cuidado, cabendo às mulheres exercê-lo, ainda que estejam inseridas no mercado de trabalho.

O primeiro ponto a ser observado é que a CLT possui seção específica denominada "Da proteção à maternidade", a qual desconsidera a transparentalidade enquanto composição familiar.

Nesta seção estão previstas algumas medidas de proteção, dentre elas: o afastamento de atividades insalubres durante a gestação e a lactação, sem prejuízo da remuneração, aí incluído o adicional de insalubridade ou, não sendo possível o afastamento, o pagamento do salário-maternidade durante todo o período de afastamento; a dispensa do horário de trabalho para consultas e exames prénatais; a estabilidade provisória; **a licença-maternidade**; a transferência de função quando as condições de saúde exigirem. **Tais medidas de proteção devem, portanto, ser observadas em relação a todas as pessoas trabalhadoras que gestam e amamentam**

bebês, ou seja, mulheres cis, homens trans, pessoas não binárias que gestam e mulheres trans que amamentam." (destaquei)

O mencionado Protocolo também abarca os direitos da população LGBTQIAP+ no trabalho e assim assevera acerca da parentalidade:

"4. PARENTALIDADE: a) que seja reconhecido o direito ao gozo dos dias legalmente conferidos à licença-maternidade e licença-paternidade para a população LGBTQIAP+, seja na condição de vínculo biológico ou adotante (Tema 782, STF); b) **sugere-se, também, a adoção de boas práticas pelas empregadoras, empregadores e empresas em que se reconheça o direito à licença parental ao conjunto da mão de obra, independente do sexo, gênero e orientação sexual.**" (fls. 71) (destaquei)

Nesse aspecto, entendo, assim como delineado pelo Ministro Cristiano Zanin, no julgamento da Tema 1072 e no Protocolo para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho, que as particularidades devem ser examinadas caso a caso e não ser fixado um estereótipo padrão e preconceituoso de que todas as relações homossexuais desenvolvem-se de maneira idêntica.

Destarte, trata-se de uma análise que deve se comunicar com o contexto social e familiar e não somente uma simples averiguação do direito estar ou não previsto em lei. Deve-se examinar as individualidades.

Não obstante o princípio constitucional da legalidade, resta necessário conceder efetividade aos direitos dessa trabalhadora que estão estatuídos pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, a lacuna legislativa não pode se constituir em vetor para indeferimento do pleito autoral.

Em seu parecer, o Ministério Público do Trabalho ressalta o entendimento firmado pelo STF no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em que fora estabelecido: "O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica." (id 8c39d93 - Pág. 4)

É inadmissível uma interpretação reducionista dos direitos dos casais homoafetivos. Conceder a licença-maternidade a apenas uma das mães, quando ambas estão aptas a amamentar a criança, estimula a distinção de direitos com simples fundamento no caráter biológico. Isso porque apenas se reconhece a proteção da maternidade em relação à mãe que gestou, condição essa que gera uma desigualdade jurídica.

Como bem salienta a sentença recorrida, a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, que concede amparo à licença-maternidade, abarca todas as mulheres e todas as lactantes, sem qualquer distinção:

"Artigo II

Para os fins da presente convenção o termo "mulher" designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo "filho" designa toda criança nascida de matrimônio ou não."

Dito isso, não vislumbro razões para reformas da sentença.

Nada a prover.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

A Reclamada vindica a reforma da sentença que deferiu o pagamento de honorários ao advogado da parte autora na razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor líquido que resultar da liquidação da sentença.

Pugna pela minoração dos honorários ao percentual de 5% sob o argumento de que *"Não há justificativa (nem fundamentação do Juízo) para que os honorários sejam fixados acima de 5%. Excelências, a Ebserh é uma empresa pública federal prestadora de serviço público essencial, que não exerce atividade econômica e não possui fins lucrativos, e que possui todas as atividades de assistência à saúde inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)."*

Ao exame.

Considero importante, para fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, examinar os requisitos do §2º do art. 791-A da CLT, ademais de vislumbrar a majoração pelo maior esforço desenvolvido em grau recursal, à luz do que autoriza o § 11 do art. 85 do CPC.

No caso, mantida a sentença, não há motivo para a redução do percentual estabelecido, até porque os 15% fixados se enquadram nas balizas do art. 85, §2º, CPC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso da Reclamada.

A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua **28ª Sessão Ordinária Virtual**, realizada no período de 12 a 20 de setembro de 2024, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 03 de setembro de 2024, sob a Presidência eventual do Excelentíssimo Desembargador **RENATO SIMÕES**, com a participação das Excelentíssimas Desembargadoras **ANA PAOLA DINIZ** e **LOURDES LINHARES**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,

por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso da Reclamada.

ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

Relatora

Acórdão do Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000689-64.2022.5.05.0016

RECORRENTE: ANTONIO JORGE COSTA DA CONCEICAO

RECORRIDO: CONDOMINIO SALVADOR PRIME

RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. AGENTE DE APOIO E SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. Conforme entendimento que se extrai da análise conjugada entre o inciso II do art. 193 da CLT e o item 2, b, do Anexo 3 da NR-16, que o regulamenta, o direito à percepção do adicional de periculosidade não é assegurado somente à categoria dos vigilantes, mas sim a todos aqueles empregados que, pela natureza da sua função, estão sujeitos a roubos ou outras espécies de violência física, como é o caso do agente de apoio e serviço.

DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nos termos do art. 1º da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 10.932 de 10 de Janeiro de 2022, discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais. As relações profissionais, por mais informal que seja o ambiente de trabalho, devem pautar-se pelo respeito às individualidades, não havendo espaço para adoção de práticas com conotação manifestamente discriminatória, hipótese ventilada, afetando aspecto sensível da individualidade, a raça. In casu, está demonstrado prática de injúria racial e discriminação por condômino, motivado por aspectos organizacionais do trabalho prestado pelo trabalhador, porque foi a sua mobilização, no exercício do seu mister, para contornar os problemas gerados pelo som alto em uma das unidades do condomínio, que gerou a reação agressiva e ilícita. Tendo havido afetação a direito imaterial do trabalhador há ensejo para condenação em dano moral.

CONDOMÍNIO EDILÍCIO. ATO ILÍCITO PRATICADO POR CONDÔMINO, RESPONSABILIDADE. Sendo o empregador condomínio edilício, não se desonera de responsabilidade por serem os ilícitos diretamente praticados por um dos condôminos e não pela administração regular. Não obstante o condomínio não tenha, a rigor, personalidade jurídica autônoma, para fins trabalhistas é equiparável ao empregador (art. 2º da CLT), de onde se extrai que os atos praticados por quaisquer dos condôminos são equiparáveis a atos do empregador e enseja responsabilidade do próprio condomínio. É preciso atentar que "cada condômino, ao tratar pessoalmente com os empregados do condomínio, está na posição de empregador, pois os condôminos são proprietários e, sendo a coisa de uso comum, cada um possui sua parte ideal do bem, o que lhe garante exercer determinados direitos sobre a parte que lhe cabe" (TST – RR: 14642720105200002 1464-27.2010.5.20.0002, Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 07/12/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2011).

Recurso parcialmente provido.

ANTONIO JORGE COSTA DA CONCEICAO, nos autos da ação em que litiga em face de **CONDOMINIO SALVADOR PRIME**, inconformado, interpõe RECURSO ORDINÁRIO, nos termos da manifestação constante dos autos. Apelo tempestivo e contrarrazoado.

Houve manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

Não se conforma o autor com o indeferimento do pleito de adicional de periculosidade.

Alega que os contracheques e os cartões de ponto juntados aos autos atestam que o reclamante esteve lotado no setor de "segurança" do condomínio réu, bem como que o "Manual de Normas e Procedimentos dos Cargos do

Condomínio Salvador Prime" estabelece que *"o agente de apoio e serviço deve fazer cumprir os procedimentos de segurança"* e que *"a missão desse grupo de funcionários é promover a sensação de 'segurança' e bem-estar 'dos moradores', 'mantendo os critérios de proteção de pessoas e bens patrimoniais'"*.

Pontua que *"o objetivo da empresa foi sempre contratar funcionários para a função de agente de apoio com o perfil de seguranças e exercendo tipicamente esta atividade"*.

Sustenta que *"Toda a organização dos cargos, nomenclatura e atribuições dos profissionais foi pensada com vistas a dar maior efetividade ao empreendimento em detrimento dos direitos trabalhistas, dos quais são detentores o reclamante e seus pares, desvirtuando e fraudando a aplicação dos preceitos laborais, consoante inteligência do art. 9º da CLT."*

Ressalta que *"o reclamante, durante o período contratual no qual estava exposto a risco, um dos locais do empreendimento de maior risco eram as agências bancárias e casa lotérica, as quais, apesar de possuírem seguranças próprios, após o horário de funcionamento comercial, das 09h às 18h, quem deveria fazer a fiscalização destas empresas eram os agentes de portaria, a exemplo do reclamante"*.

Aduz que do depoimento do preposto do reclamado se infere que a segurança do condomínio era feita pelos agentes de apoio, vez que informou que não há empresa de segurança contratada, a despeito de existir diversos segmentos econômicos de empreendimentos dentro do Condomínio.

Argumenta que *"Quanto à questão de que o recorrente e seus colegas deveriam acionar o CCO (Centro de Controle Operacional) em caso de emergência, merece chamar a atenção para o seguinte: obviamente que a empresa não deseja que ninguém coloque sua integridade física em risco, no entanto, em situações de tal magnitude, o primeiro profissional exposto, que se encontra na linha de frente e que deve agir com vistas à segurança coletiva é o agente de apoio e serviço, in casu, o recorrente, pois, conforme foram instruídos pelo manual de procedimentos interno do Salvador Prime, sua responsabilidade era exatamente esta, manter incólume todo o ambiente e cidadão."*

Refuta que as funções do reclamante se assemelhem ao de porteiro *"posto que muito maiores do que as citadas na peça defensiva, de modo que a descrição sumária do CBO 517410 é uma redação voltada para a função de porteiro, com conceitos indeterminados, abrangendo frases que podem ser*

aplicadas a muitas outras ocupações, a exemplo do segurança patrimonial, vide CBO 5173".

Acrescenta que "também fica impugnado a equiparação do reclamante a vigia, visto que a própria reclamada nunca assim o denominou, como também, até mesmo em se tratando desta classe de trabalhador, em situações peculiares, pode ser concedido o adicional de periculosidade, como se observa das recentes decisões que o Tribunal Superior do Trabalho".

Sobre o tema, assim entendeu o magistrado de primeiro grau:

"ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

Para dirimir a controvérsia sobre as condições de trabalho do Reclamante, houve a necessidade de produção de prova pericial na área de segurança de trabalho.

E após diligência de campo e avaliações técnicas pertinentes, a nomeada apresentou laudo elucidativo, fls. 621/637, no expert qual concluiu que o Reclamante não preenchia as condições técnicas estabelecidas na legislação para caracterizar suas atividades perigosas.

Homologo as conclusões da prova técnica e indefiro o pedido "b", relativo ao adicional de periculosidade, bem como os pedidos acessórios "c", "d" e "e." (ID. 39f4855)

Examino.

Do art. 193 da CLT se extrai a previsão específica, no inciso II, incluído pela Lei nº 12.740/2012, de pagamento do adicional de periculosidade também para os "profissionais de segurança patrimonial", consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, tendo em vista que, por sua natureza ou métodos de trabalho, implicam risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

O Ministério do Trabalho e Emprego, mediante Portaria nº 1.885/2013, que regulou o art.193, da CLT, aprovou o Anexo 3 da "Norma

Regulamentadora 16 - Atividades e Operações Perigosas", que descreve as atividades ou operações que implicam exposição dos profissionais de segurança pessoal ou patrimonial a situações consideradas perigosas. No item 2, alínea 'b', desse anexo, está estabelecido que:

"2. São considerados profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os trabalhadores que atendam a uma das seguintes condições: b) empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta."

Por sua vez, o item 3 complementa a norma, regulamentando que "As atividades ou operações que expõem os empregados a roubos ou outras espécies de violência física, desde que atendida uma das condições do item 2, relacionando e descrevendo as ATIVIDADES OU OPERAÇÕES dentre elas as de vigilância patrimonial, segurança patrimonial e/ou pessoal na preservação do patrimônio em estabelecimentos públicos ou privados e da incolumidade física de pessoas.

Fixadas tais premissas, no presente caso, em que pese conste na CTPS que o autor foi contratado para exercer o cargo de Agente de Apoio e Serviço, da análise probatória dos autos, entendo que, de fato, ao autor, no exercício da função referida, incumbia a atividade de vigilância e segurança patrimonial e/ou pessoal e preservação do patrimônio do condomínio réu.

Princípio examinando o laudo pericial produzido nos autos, no qual o perito assim consignou:

"4.3 - DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES

O Condomínio Salvador Prime conta com 03 torres residenciais e 01 torre mista (hotel e comércio). O Hall do Condomínio possui portarias de acesso aos condomínios residenciais e hotel, lojas, praça de alimentação, Banco Caixa Econômica Federal, pet shop, casa lotérica e outros empreendimentos.

O Reclamante foi admitido no dia 09/01/2017, como Agente de Apoio e Serviços, e até novembro de 2018,

realizava a atividade de ronda (termo referido na perícia para caracterizar a execução de vistorias efetuadas nas áreas, instalações e/ou edificações). Durante o período como Agente de Apoio e Serviços e que realizava a atividade de ronda, o reclamante desenvolveu as seguintes atividades:

Realizar rondas na área (hall) e vias de acesso;

Verificação de veículos;

Verificação de atividades suspeitas;

Anotar a placa de veículos de hóspedes e liberar acesso quando lotado no Posto P1.

O Reclamante realizava a ronda pelo hall e depois retornava para um ponto de vigia do condomínio. O obreiro utilizava rádio e alegou que caso ocorresse alguma intercorrência devia acionar a CCO (Centro de Controle Operacional).

OBSERVAÇÃO: O Reclamante no exercício de suas atividades não utilizava armas.

Após este período, permaneceu em posto fixo de trabalho, não realizando mais esta atividade.

A partir de dezembro de 2018 até o seu desligamento, o Reclamante passou trabalhar fixamente nas portarias/recepções que dão acesso aos apartamentos, identificadas por Home 1, Home 2, Home 3 e Work. Durante este período, o reclamante desenvolveu as seguintes atividades:

Identificar as pessoas que chegavam;

Liberar acesso de visitantes mediante autorização;

OBSERVAÇÃO: O Reclamante neste período não realizou mais a atividade de ronda." (ID. 045714e)

A *expert* concluiu que as atividades exercidas pelo reclamante não preencheram as condições técnicas estabelecidas na legislação para caracterização como periculosa, notadamente porque:

"(...) a Reclamada não é empresa prestadora de serviço nas atividades de segurança privada, nem possui serviço orgânico de segurança privada, registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça (item 2.a), tampouco, o reclamante exerce atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações, elencadas no item 2.b.

Dessa maneira, o Reclamante não enquadra em nenhuma das duas condições inicialmente estabelecidas pelo item 2 do Anexo 3.

E por fim, o Reclamante não preenche todas as condições para ser enquadrado como vigilante dispostas na lei 7.102/83.

O Anexo 3 da NR 16 se aplica aos empregados que exercem a função de vigilante, mas não se aplica àqueles que exercem a função de vigia. O primeiro desempenha uma função parapolicial que não pode ser confundida com as atividades de um vigia ou porteiro que exerce tarefas de fiscalização local e SEM uso de arma de fogo.

Durante o período que laborou para a Reclamada como Agente de Apoio e Serviços, exercendo rondas pelo hall, o Autor sinalizou que não fazia uso de arma de fogo, e que caso houvesse alguma intercorrência deveria acionar a CCO (Centro de Controle Operacional).

Dessa maneira, a partir das avaliações e vistorias realizadas, constatou-se que as atividades do Reclamante não são consideradas perigosas de acordo com o Anexo nº3 da NR-16." (ID. 045714e)

Registro que, nos termos do art. 479, do CPC, *"o juiz apreciará a prova pericial, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito"*. Ademais, está reservado ao magistrado o enquadramento jurídico dos fatos periciados, devendo, nesse particular, o laudo pericial ser considerado como mero opinativo.

Em depoimento, o postposto do reclamado assim declarou:

"que no condomínio não tem contratação de empresa de segurança, mas que tem apenas agentes de portaria contratados diretamente pelo condomínio; que estes são contratados para dar apoio ao cliente, informações, e que a parte de segurança, efetivamente, deixa para segurança pública, acionando a mesma em caso de emergência; que no condomínio não tem empresas de segurança contratada ou empregado contratado como segurança; que é condomínio misto, residencial e também empresarial; que o condomínio tem 4 torres; que o condomínio também tem parte de hotelaria; que na época de prestação de serviços do reclamante, havia lojas no condomínio de instituição bancária; que, salvo engano, no início de 2022, se recorda de roubo com uso de arma de fogo em uma loja do condomínio onde funcionava um pet shop; que os agentes de portaria utilizam rádio; que na torre WORK tem 3 postos para agente de portaria, sendo um interno, na recepção, um na galeria onde fica as lojas e um que fica na entrada do estacionamento, onde o agente fica circulando na calçada de acesso da garagem; que, por conta do controle de acesso, o agente de apoio/portaria tem que fazer abordagem de pessoas e veículos; (...) que os agentes de portaria não precisam entrar nos estabelecimentos durante as rondas, muito menos nas agências bancárias; (...) que, no máximo o síndico Antônio Medeiros, pedia para que algum agentes o acompanhasse para fazer abordagem a pessoas em situação de rua, que estivesse no torno do condomínio;" (ID. 7cb3437)

No mesmo sentido, as testemunhas ouvidas confirmaram que no condomínio havia estabelecimentos comerciais, incluindo instituições bancárias, e que na função de Agente de Apoio, o reclamante realizava rondas tanto internamente, quanto no perímetro externo do condomínio, realizava o controle de acesso de pessoas e veículos, zelando pela guarda patrimonial:

Testemunha do autor: "que trabalhou na reclamada de janeiro de 2019 até 2021, salvo engano; que foi contratado como agente de apoio, que era o mesmo

cargo que o reclamante; que estavam subordinados ao supervisor do condomínio o Sr. Roniglei; que, mesmo sem ser perguntado, a testemunha já informa que foi contratado como agente de apoio, mas que também fazia a atividade de vigilância patrimonial; que, na época tinha e ainda tem curso de vigilante e reciclagem, e que na época foi exigido do depoente que tivesse; que o reclamante também tinha curso de vigilante; **que tinha que fazer duas rodas em seu turno, tanto no perímetro externo quanto no perímetro como no interno do condomínio;**que trabalhava no mesmo turno do reclamante, das 19 às 07 horas;"

Testemunha do reclamado: "que trabalha para a reclamada desde 19/08/2015, atualmente como administrador de torre, há aproximadamente 3 anos, ocupando anteriormente o cargo de auxiliar de serviços gerais, depois encarregado da segurança e depois administrador de torre; que sempre trabalhou no turno diurno; que o reclamante trabalhava no turno noturno; (...) **que já foi agente de apoio,** mas não se recorda o período; que, para ser agente de apoio, nunca lhe exigiram curso específico, formação em vigilante ou reciclagem; (...) que nunca trabalhou armado e nenhum agente trabalhava armado; que, em caso de alguma intercorrência em alguma torre, a orientação do condomínio é de que o agente se afaste e entre em contato com a central de monitoramento, para que esta entre em contato com a polícia militar da região; que já foi encarregado de segurança, mas não se recorda o período e que não se recorda quem foi que o substituiu, já que já tem muito tempo; (...) que não havia empresa a fazer a segurança do condomínio; **que no local havia dois bancos, na época do reclamante, e que a orientação era de não fazer qualquer intervenção nestes estabelecimentos, já que os mesmos possuíam segurança própria;** que, **como encarregado de segurança, supervisionava o trabalho dos agentes de apoio do turno diurno;**

que no turno noturno havia encarregado de segurança, salvo engano, o Sr. Raimundo, que era quem supervisionava o reclamante" (ID. 7cb3437)

Com efeito, nos termos do art. 193, II da CLT, alterado pela Lei nº 12.740/2012, são consideradas atividades ou operações perigosas aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

[...]

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§1º. O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

[...]

Por sua vez, a Portaria nº 1.885/2013, do Ministério do Trabalho e Emprego, que alterou a NR 16, Anexo 3, trata da periculosidade, nos seguintes termos:

ATIVIDADES E OPERAÇÕES PERIGOSAS COM EXPOSIÇÃO A ROUBOS OU OUTRAS ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA FÍSICA NAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA PESSOAL OU PATRIMONIAL

1. As atividades ou operações que impliquem em exposição dos profissionais de segurança pessoal ou

patrimonial a roubos ou outras espécies de violência física são consideradas perigosas.

2. São considerados profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os trabalhadores que atendam a uma das seguintes condições:

a) empregados das empresas prestadoras de serviço nas atividades de segurança privada ou que integrem serviço orgânico de segurança privada, devidamente registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça, conforme lei 7102/1983 e suas alterações posteriores.

b) empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta.

Ora, nem a Lei nem a regulamentação do MTE, restringe o adicional de periculosidade à função de vigilante. Em verdade, a Portaria nº 1.885/2013, de forma ampla, considera como profissionais de segurança pessoal ou patrimonial todos empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta, assim como os vigilantes.

No caso, a despeito da denominação "Agente de Apoio e Serviço", restou demonstrado que, na verdade, o reclamante fazia a vigilância patrimonial, realizava rondas, verificava situações suspeitas, estando, portanto, presumindo-se sua exposição, durante o exercício dessas atividades, a roubos ou outras espécies de violência física, consoante previsão contemplada no artigo 193, da CLT.

Nesse sentido, se encontra, inclusive, a jurisprudência deste Regional:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LEI Nº 12.740/2012. VIGIA. CABIMENTO.

Conforme artigo 193, da CLT, com introduções efetuadas pela Lei nº 12.740/2012, são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação

aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. Já a portaria nº 1.885/2013 considera como profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta. Portanto, da dicção das normas supracitadas, resulta a compreensão que não só os vigilantes, mas outros profissionais que exercem atividade de segurança patrimonial para as entidades de direito público, como é o caso dos vigias, fazem jus ao mencionado adicional. Processo 0000047-03.2014.5.05.0621 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 226491/2014, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 23/03/2015.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGIA. LEI Nº 12.740/2012. Se o reclamante, como vigia, exerce a segurança patrimonial de bem público, contratado diretamente pela Administração Municipal, deve receber o pagamento do adicional de periculosidade, na forma do art. 193, inciso II, da CLT, com redação dada pela Lei nº 12.740/2012, e da Portaria nº 1.885/2013 do Ministério do Trabalho e Emprego, que alterou o Anexo 3 da NR 16, que trata da periculosidade. Processo 0001140-35.2013.5.05.0621 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 228754/2015, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, DJ 12/02/2015.

Da mesma forma se encontra a jurisprudência do c. Tribunal Superior do Trabalho que, de modo explícito, reconhece o direito de adicional de periculosidade a vigias e vigilantes, **independente da nomenclatura do cargo**, do porte de arma de fogo ou do treinamento específico. Vejamos:

VIGIA. DIREITO AO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PREVISTO NO ARTIGO 193, INCISO II, DA CLT , INSERIDO PELA LEI Nº 12.740/2012. ATIVIDADE DE VIGILÂNCIA PATRIMONIAL E DE SEGURANÇA DE BENS E DE PESSOAS. APLICAÇÃO IMEDIATA. DESNECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. Discute-se, no caso, o direito ao adicional de periculosidade para empregado que trabalha na função de vigia, tendo em vista o inciso II do artigo 193 da CLT, incluído pela Lei nº 12.740/2012, o qual instituiu o adicional de periculosidade para as atividades que exponham o trabalhador a risco de roubo ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal e patrimonial. Antes do advento da referida Lei, a jurisprudência trabalhista entendia que, por expressa ausência de previsão legal, não seria possível o deferimento do adicional de periculosidade ao vigia, exceto se comprovado, no caso concreto, que o empregado trabalhava nas mesmas condições dos vigilantes estando presentes os mesmos requisitos exigidos pela lei a esses profissionais, tais como, porte de armas e submissão a treinamento específico. A lacuna legal, no entanto, deixou de existir com a introdução do inciso II ao artigo 193 da CLT, que instituiu, expressamente, o direito ao adicional de insalubridade para os trabalhadores expostos a riscos de "roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial". Reconheceu o legislador que os trabalhadores que laboram nessas circunstâncias fazem jus a uma remuneração que compense financeiramente os riscos da atividade, como é o caso, por exemplo, dos vigias e dos vigilantes, sendo, a partir de então, irrelevante a nomenclatura dos cargos ocupados por empregados que laborem nas condições previstas no novo comando da CLT, bem como a utilização ou não de arma em serviço ou a submissão ou não a treinamento específico. Desde que comprovados os

requisitos legais para o seu deferimento, vigias e vigilantes têm direito ao adicional de periculosidade, indistintamente, pois a lei não determinou que esse adicional seja pago a uma categoria profissional específica, mas a todos os trabalhadores que, no exercício de suas funções, experimentem risco acentuado em virtude de exposição permanente a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. E não poderia ser diferente, pois o que a lei não fez não é dado ao intérprete fazê-lo. Se os vigilantes, que recebem treinamento adequado e têm porte de armas, estão expostos a perigo, o que se dizer do perigo que enfrentam os vigias, que desprovidos de qualquer instrumento de defesa exercem, cotidianamente, atividade de segurança de bens e de pessoas. Na realidade, essa circunstância o expõe, ainda mais, ao risco acentuado de que trata o artigo 193, inciso II, da CLT. Quando quis se referir a uma categoria específica, a lei o fez, ao introduzir o § 3º ao artigo 193, estabelecendo a possibilidade de serem descontados ou compensados do adicional de periculosidade outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo, como é o caso, por exemplo, do adicional de risco de vida. O que não significa que apenas esses profissionais sejam os destinatários da norma. Tanto é assim, que a NR 16 do Ministério do Trabalho e Emprego, que regulamenta as atividades e operações perigosas, em seu Anexo 3, aprovado pela Portaria MTE nº 1.885, de 2 de dezembro de 2013, definiu como destinatários da norma outros profissionais não expressamente nela inseridos. Mas, e embora a NR 16 faça referência expressa apenas a determinados empregados, entre eles os vigilantes (Lei nº 7.102/1983), não se pode entender que o vigias estejam excluídos do direito, porquanto a referência aos profissionais citados na norma regulamentadora é meramente exemplificativa e não afasta do seu alcance outros profissionais que exerçam em condições

semelhantes atividade sujeita aos perigos de que trata o inciso II do artigo 193 da CLT. Se a lei garante o adicional para aqueles que recebem treinamento adequado e portam armas, tendo capacidade e preparo para se defenderem, quanto mais àqueles que realizam atividade semelhante sem todo esse aparato. [...] (Processo: RR 5417820145120003 ; Relator(a): José Roberto Freire Pimenta; Julgamento: 25/11/2015; Órgão Julgador: 2ª Turma; Publicação: DEJT 04/12/2015)

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGIA. EXPOSIÇÃO A RISCO. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que as atividades desenvolvidas por vigias não se equiparas às dos vigilantes que atendem aos requisitos exigidos pela Lei 7.102/1983, pois não se enquadram na descrição do item 3 do Anexo 3 da Norma Regulamentadora 16 do MTE, pelo que não fazem jus ao adicional de periculosidade. 2. Por outro lado, na hipótese de permanente exposição do vigia a roubos e outras espécies de violência física no exercício da atividade profissional de segurança pessoal ou patrimonial, esta Corte vem entendendo pelo direito ao recebimento do adicional de periculosidade. Precedentes. 3. Na hipótese, o Tribunal Regional, com fundamento na prova testemunhal, deferiu o pagamento do adicional de periculosidade e reflexos, consignando que "é devido o pagamento do adicional de periculosidade ao vigia exposto a roubos e a outras espécies de violência física, o que decorre da atividade de segurança patrimonial em favor do Município, sendo despicenda a utilização de arma de fogo". 4. Comprovada a exposição do reclamante a risco de roubo ou violência física no exercício da atividade de vigia na preservação do patrimônio municipal, a decisão do Tribunal Regional, em que reconhecido o direito ao adicional de periculosidade harmoniza-se com a jurisprudência desta Corte. Inviável a admissibilidade do recuso de revista nos termos da Súmula 333/TST e

do art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 00000644220215120025, Relator: Alberto Bastos Balazeiro, Data de Julgamento: 13/10/2022, 3ª Turma, Data de Publicação: 14/10/2022)

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. VIGIA. EXPOSIÇÃO À RISCO ATESTADA EM LAUDO PERICIAL E REGISTRADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DEVIDO. SÚMULA 126/TST. Esta Corte tem entendido que o vigia, ao contrário do vigilante, não está exposto a risco de roubo ou violência física, não se enquadrando, portanto, nas atividades descritas no Anexo 3 da Portaria 1.885/2013 do Ministério do Trabalho. O Tribunal Regional manteve a condenação ao pagamento de adicional de periculosidade ao Autor que exercia a função de vigia, ao fundamento de que, "analisando demandas semelhantes, com a mesma situação fática, esta d. Primeira Turma teve acesso a laudo pericial realizado pela Engenheira de Segurança do Trabalho contratada pela própria MGS, que, após examinar detalhadamente as condições de trabalho a que se submetiam os empregados que exerciam a função de Vigia (Serviços de Portaria e Vigilância Desarmada), concluiu pela caracterização da periculosidade, por exposição de tais empregados ao risco de roubos ou outras espécies de violência física". Não obstante o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de ser indevido o adicional de periculosidade ao vigia, as premissas fáticas registradas no acórdão regional impossibilitam a adoção do referido posicionamento jurisprudencial. Assim, registrado pelo Tribunal Regional que o Reclamante fora contratado para exercer a função de vigia e que, no caso concreto, havia a exposição a risco de roubo ou violência física, resta devido o pagamento de adicional de periculosidade. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 100662920165030112, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 21/11/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2018)

Assim, não há como se afastar o direito ao adicional de periculosidade pelo simples fato de o reclamante possuir a função de Agente de Apoio e Serviços, cabendo ressaltar que, no caso de pagamento de adicional de periculosidade com base no art. 193, II, da CLT, faz-se completamente desnecessária a realização de perícia, tendo em vista que o pagamento do adicional decorre de imposição legal, pelo mero exercício da atividade. Saliento, contudo, nos termos do laudo pericial, que essa função somente foi exercida até novembro/2018, passando em dezembro/2018 a trabalhar na recepção, limitando-se a simples identificação das pessoas que desejavam acessar o condomínio.

Portanto, **reforma a sentença** para deferir o pagamento do adicional de periculosidade, da admissão até novembro de 2018, conforme declinado na exordial, com reflexos em aviso prévio, FGTS com 40%, férias com 1/3 e gratificação natalina.

ASSÉDIO MORAL. INJÚRIA RACIAL.

Não se conforma com o indeferimento da reparação por danos morais decorrentes da injúria racial sofrida.

Alega que *"a injúria racial, provada no documento arrolado pela reclamada no id. 472b465, é motivo suficiente para que seja o reclamante destinatário da reparação moral em virtude dos graves acontecimentos ali descritos"* bem como que *"A tomada de providências como dito na sentença por parte do condomínio não elide o ato consumado e que causou desconfortos que fugiram do campo material."*

A magistrada *a quo* julgou improcedente a pretensão reparatória sob o seguinte fundamento:

"DANO MORAL.

Dos fatos narrados na petição inicial como causadores de danos morais restou provado apenas que o Reclamante: 1) foi vítima de injúria racial praticada por um morador; e 2) teve uma garrafa de água furtada.

Entende este Juízo que a injúria perpetrada por um morador não constitui motivo para condenar o Reclamado ao pagamento de indenização, uma vez que a figura do agressor não se confunde com a do Condomínio, o qual não participou ou concorreu direta

ou indiretamente para o ilícito praticado por terceiro. Salienta-se ainda que os documentos de fls. 364/371 demonstram que o Reclamando de pronto adotou as medidas possíveis para tentar evitar novas ocorrências, aplicando multa ao infrator, bem como orientou o Reclamante a prestar queixa.

Quanto ao furto de uma garrafa d'água, entende este Juízo que não é fato capaz de lesar a honra subjetiva, causando apenas prejuízo material, o qual, conforme admitido pelo próprio ex-empregado, foi devidamente ressarcido.

Por todo o exposto, indefiro o pedido "f". (ID. 39f4855)

Merece reparo a decisão.

Restou incontroverso nos autos a ocorrência do episódio narrado na exordial, no qual o autor, além de outras ofensas, foi vítima de injúria racial, tendo o próprio reclamado juntado o relatório de ID. 472b465, que culminou com a imposição de multa aos condôminos da unidade 2206 da torre Home II do réu, consoante ID. 82434ea e boleto de ID. 34b00dd.

Recorto trecho da ocorrência lavrada:

"Ocorrência com som no volume alto: Aprt0 2206 Home II.

Foram várias reclamações de morador do Home HI e Home II. LteaimM

Às 16:50hs S2 Mansa vai ao local informar que está havendo várias reclamações de som no volume alto As 19:14hs moradora do 2301 do H3 ligou para o CCO, e também relato do agente Jorge recepção do ' Home 2, que houve hgação na recepção, morador ligou do 22º andar mais não quis se identificar reclamando se som alto do referido aprt0 2206 H2. Agente Jorge ligou para o apartº para informar da reclamação de som alto. Ao ligar o agente foi xingado, por alguém dizendo que o agente estava importunando o cliente dela, e queria saber o local de onde estava vindo as reclamações, o agente Jorqe nao deu essa informação suposta moradora, então a mesma veio na recepção acompanhado por Sr Canos Eduardo e Caio, ambos

inquilino do apto 2206 H2 e a senhora que identificou com Savana não e moradora, segundo a mesma ela é advogada do dois inquilinos, nenhuma delas estava usando máscara. **Chegaram na recepção gritando e xingando de palavras ofensivas de baixo escalão e palavras de racismo como porteinnho de merda, burro, e que só podia ser dessa raça, com os dedos apontando pro rosto do agente.** dizendo ser advogada dos dois senhores e que o nome dela era Savana, e ela alegando que o condomínio estava perseguindo o dia todo, isso ela alegando porque a segurança foi alertar a mesma referente ao som alto por duas vezes. Os três apresentando sintomas de consumo de bebidas alcoólicas inclusive um deles estava com uma garrafa de cerveja na mão. Eles alegava que podia fazer o que quisesse e não ligava mais pro apartamento seu neguinho. Agente Antônio Jorge

Às 21:20hs o agente Antônio Jorge acionou apoio do S2 Raimundo para comparecer na recepção e reforçado pelo CCO, chamado com brevidade ao local, chegando na recepção H2. o mesmo presenciou mOradQTf da Unidade 2206H2- senhores já citado acima, exaltados e proferindo às agressões já citado acima. S2 Raimundo."

Além disso, o preposto do reclamado confirmou que *"pelo que teve conhecimento, o reclamante foi vítima de injúria racial por parte de um morador do condomínio; que o condomínio adotou medidas administrativas contra o morador, com notificação e aplicação de multa"*(ID. 7cb3437)

Postos os fatos como ocorreram, é preciso examinar a sua repercussão jurídica sobre a esfera do empregador.

Não há dúvidas de houve injúria racial direcionada contra o reclamante e racismo praticado por integrante do condomínio empregador e no âmbito da relação de emprego. A injúria racial advém da ofensa diretamente lançada ao sujeito, utilizando elementos de raça e cor, o que se revela pelo uso de palavras depreciativas com objetivo de ofender. Os atos, por sua gravidade, resvalaram, também, para o racismo, ao fazer alusão à coletividade de pessoas da mesma

raça que o reclamante, desqualificando-os generalizadamente, inclusive em aspectos relacionados à posição social e intelecto.

Curial pontuar os conceitos introduzidos pelo artigo 1º da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 10.932 de 10 de Janeiro de 2022:

"1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.

A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

(...)

6. Intolerância é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos."

Nesse passo, a Lei nº 14.532 de 11.01.2023 acrescentou o art. 20-C à Lei nº 7.716/1989, estabelecendo alguns parâmetros e diretrizes para identificação e análise de condutas discriminatórias pelo Judiciário:

"Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência. (Artigo acrescido pela Lei nº 14.532, de 11/1/2023)"

Portanto, restaram incontroversas as ofensas de cunho discriminatório racial dirigidas ao reclamante pelos condôminos, comportamento inconciliável com as regras de urbanidade e respeito que devem pautar as relações laborais e intrinsecamente jungidas à concepção de abuso moral no trabalho.

Consoante leciona Luciano Martinez e Pedro Lino de Carvalho Júnior (In: Assédio Moral Trabalhista: ações coletivas e processo estrutural. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 18-20), *"o assédio moral no trabalho não comporta delimitação conceitual precisa, mesmo porque suas manifestações são proteiformes: assumem distintas modalidades de expressão. Em todas elas se constata a violência psicológica no meio ambiente laboral, consistente na exposição do trabalhador a condutas humilhantes, vexatórias, constrangedoras, repetitivas e prolongadas, tornando-o tóxico e nocivo. (...) As diversas condutas que o caracterizam já configuram agressões ao ordenamento jurídico, pois atentam contra várias normas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º IV), a solidariedade (art. 3º I), a proteção ao meio ambiente do trabalho sadio (art. 200, VIII e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º III). Ademais, as condutas assediosas violam princípios e regras da codificação civil (boa fé objetiva e abuso de direito), bem como o conjunto dos direitos da personalidade elencados na sua parte geral."*

A Convenção 190 da OIT, não obstante ainda pendente de ratificação, contribui para a conceituação do assédio moral, prevendo no art. 1º que:

"a) a expressão "violência e assédio" no mundo do trabalho designa um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças de tais comportamentos e práticas, manifestados apenas uma vez ou repetidamente, que tenham por objeto, que causem ou possam causar danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos, incluindo violência e assédio baseados em gênero, e

b) o termo "violência e assédio baseados em gênero" significa violência e assédio dirigidos a indivíduos por causa de seu sexo ou gênero, ou que afetam desproporcionalmente indivíduos de um determinado sexo ou gênero, e inclui o assédio sexual.

2. Sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do presente artigo, a violência e o assédio podem ser definidos na legislação nacional como um conceito único ou como conceitos separados."

Há relativo consenso na jurisprudência quanto aos aspectos reveladores do assédio moral numa relação trabalhista: a) conduta agressiva, intimidadora ou vexatória, suscetível de desencadear na vítima sentimentos ambíguos e invasivos de medo, revolta, raiva, ameaça, humilhação e vulnerabilidade, entre outros, abalando sua autoconfiança e o livre exercício da personalidade, nos diferentes âmbitos em que pode se expressar; b) a atuação psicológica do agressor pode ser repetitiva ou advir de ato único demarcado pela gravidade; c) a finalidade do assédio pode ser excluir a vítima do seu local de trabalho ou simplesmente intimidá-la, confrontá-la, subjugar-la, afetando sua autonomia no trabalho.

Nesse contexto, as condutas discriminatórias consideradas podem ser tidas como manifestação de assédio moral. As relações profissionais, por mais informal que seja o ambiente de trabalho, devem pautar-se pelo respeito às individualidades, não havendo espaço para adoção de práticas com conotação manifestamente discriminatória, hipótese ventilada, afetando aspecto sensível da individualidade, a raça, ou a condição social e econômica do trabalhador.

Evidente, portanto, o ato ilícito praticado no âmbito da relação laboral e motivado por aspectos organizacionais do próprio trabalho prestado, afinal, foi a mobilização feita pelo reclamante, no exercício do seu mister, para contornar os problemas gerados pelo som alto em uma das unidades do condomínio, que gerou a reação agressiva e ilícita.

Imperioso ressaltar que, sendo o empregador condomínio edilício, não se desonera de responsabilidade por serem os ilícitos diretamente praticados por um dos condôminos e não pela administração regular. Não obstante o condomínio não tenha, a rigor, personalidade jurídica autônoma, para fins trabalhistas é equiparável ao empregador (art. 2º da CLT), de onde se extrai que os atos praticados por quaisquer dos condôminos são equiparáveis a atos do empregador e enseja responsabilidade do próprio condomínio.

É preciso atentar que "cada condômino, ao tratar pessoalmente com os empregados do condomínio, está na posição de empregador, pois os

condôminos são proprietários e, sendo a coisa de uso comum, cada um possui sua parte ideal do bem, o que lhe garante exercer determinados direitos sobre a parte que lhe cabe" (TST - RR: 14642720105200002 146427.2010.5.20.0002, Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 07/12/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2011).

Nessa dinâmica, perante o trabalhador afetado pelo ato ilícito praticado por um condômino a responsabilidade integral do condomínio edilício é inafastável. Caberá aos demais integrantes do condomínio, na medida em que interessados na reversão do prejuízo que afetará a sua quota parte ideal, suscitar internamente e, nos moldes admitidos na convenção condominial, o redirecionamento do ônus econômico que terá o condomínio por ato ilícito praticado por um dos condôminos apenas, o que não está na esfera de competência deste juízo.

Recorto jurisprudência no mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO PELOS ATOS PRATICADOS POR CONDÔMINO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. Tal como consignado pelo Regional, o condomínio equipara-se a empregador (artigo 2º da CLT), responde pela higidez física e moral de seus empregados em ambiente de trabalho, e o condômino-agressor está na posição de empregador. Portanto, o condomínio responde diretamente pelos atos praticados pelo condômino, observado o direito de regresso, previsto no artigo 934 do CC e, consequentemente, na presente hipótese, não há falar em incompetência da Justiça do Trabalho. Incólume o art. 114 da CF/1988. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RECURSO DE REVISTA ADMITIDO PARCIALMENTE. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA POR MEIO DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA 40/TST. A decisão de admissibilidade do presente recurso de revista é posterior a 15/4/2016, portanto, segue a nova sistemática processual

estabelecida por esta Corte Superior a partir do cancelamento da Súmula 285/TST e da edição da Instrução Normativa 40/TST. Nessa senda, tem-se que é ônus da parte impugnar, mediante a interposição de agravo de instrumento, o tema constante do recurso de revista que não foi admitido, sob pena de preclusão. No caso, o Tribunal Regional não admitiu o recurso de revista quanto ao tema "indenização por dano moral", e a parte deixou de interpor agravo de instrumento em face de tal decisão, razão porque fica inviabilizada a análise do recurso em relação a tal matéria, ante a preclusão. Recurso de revista não conhecido.(TST RR: 5240620155120036, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 18/04/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018)

RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONDOMÍNIO EQUIPARADO A EMPREGADOR - AGRESSÃO PRATICADA POR CONDÔMINO. O condomínio equipara-se a empregador, conforme artigo 2º da CLT, de maneira que responde pela higidez física e moral de seus empregados, enquanto estiverem no ambiente de trabalho. Assim, se o empregado do condomínio sofrer dano físico e moral durante a jornada de trabalho, quando estava, pois, sob a tutela de seu empregador, deve o condomínio responder pelo dano causado. Cumpre ressaltar que cada condômino, ao tratar pessoalmente com os empregados do condomínio, está na posição de empregador, pois os condôminos são proprietários e, sendo a coisa de uso comum, cada um possui sua parte ideal do bem, o que lhe garante exercer determinados direitos sobre a parte que lhe cabe. Desta forma, ao agredir física e/ou verbalmente o empregado, o condômino abusa verdadeiramente da subordinação jurídica decorrente da relação de emprego, o que enseja a responsabilidade de indenização por dano moral, inclusive em face do disposto no art. 7º, XXVIII, da CF. Recurso

conhecido e provido. (TST - RR: 14642720105200002 1464-27.2010.5.20.0002, Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 07/12/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2011)

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. DANO MORAL. AMEAÇA DE AGRESSÃO FÍSICA COMETIDA POR CONDÔMINO CONTRA O EMPREGADO DO CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. DANO MORAL. AMEAÇA DE AGRESSÃO FÍSICA COMETIDA POR CONDÔMINO CONTRA O EMPREGADO DO CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Em razão do reconhecimento da transcendência jurídica da matéria, viabilizando-se o debate em torno da interpretação do alcance dado aos arts. 186 e 927 do Código Civil, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. DANO MORAL. AMEAÇA DE AGRESSÃO FÍSICA COMETIDA POR CONDÔMINO CONTRA O EMPREGADO DO CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. O TRT manteve a condenação do reclamado, condomínio residencial, diante do dano moral experimentado pelo reclamante com a ameaça de agressão física por parte de condômino. **De fato, o condomínio equipara-se a empregador, nos termos do disposto no art. 2º da CLT, segundo o qual "considera-se empregador a**

empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". Logo, o condomínio deve responder civilmente pelos danos sofridos pelo empregado no ambiente de trabalho, incluindo-se ato de condômino, assegurado o direito de regresso na forma do art. 934 do Código Civil. Precedentes de Turmas do TST . Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 0001312-41.2017.5.05.0037, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 01/11/2023, 5ª Turma, Data de Publicação: 10/11/2023)

Portanto, os argumentos relacionados ao "apoio" que teve o reclamante, tendo lhe sido orientado a registrar boletim de ocorrência contra o agressor, somente são contemplados em outro âmbito, quando da mensuração do dano moral e para afastar efeito punitivo do valor indenizatório fixado.

Portanto, a situação enseja responsabilização pelo ato ilícito, com fulcro nos arts. 927 e 953 do CC, o que encaminha para análise dos danos morais postulados.

É de se ressaltar ainda que o trabalhador, ao ser admitido pelo empregador, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição. Há dano moral quando o trabalhador é atingido no complexo de bens internos que estruturam sua personalidade. Consubstanciados estão tais bens na intimidade, vida privada, honra e imagem, previstos no inciso X do art. 5º da CF, mas também, na vida, integridade física, liberdade e dignidade do caput do mesmo dispositivo constitucional.

O dano moral incide em quaisquer das facetas da complexa personalidade humana. A definição há de ser suficientemente ampla para exaltar o homem em toda a sua dimensão, quer como corpo, quer como espírito, pondo sua dignidade como centro do sistema jurídico. Assim, há dano moral quando o homem é atingido em direitos físicos (vida e integridade física), em direitos psíquicos (integridade mental, a liberdade de expressão, a intimidade), e, finalmente, em direitos morais (atributos da pessoa face à sociedade em que vive, como a honra, a identidade).

O dano moral deriva do estado psicológico que afeta a vítima quando se depara com ameaças ou violações ao seu direito, faculdades ou situações jurídicas. O reconhecimento da lesão moral exige, fique provado ter o

empregador excedido o seu poder de direção, impondo condições vexatórias ou humilhantes; enfim, lesivas aos valores subjetivos do empregado, tornando insuportável a continuidade da prestação dos serviços ou gerando no trabalhador um sentimento de inadaptação, tolerando a permanência do contrato em face da necessidade material de subsistência.

Quanto isso ocorre, do dano à individualidade do empregado resvala para o assédio moral no trabalho se caracteriza por qualquer tipo de atitude hostil, individual ou coletiva, direcionada ao trabalhador por superior hierárquico, por colega do mesmo nível, subalterno ou até mesmo por terceiro relacionado com a empregadora, que provoque a degradação da atmosfera de trabalho, capaz de ofender a sua dignidade ou de lhe causar danos físicos ou psicológicos, bem como de induzi-lo à prática de atitudes contrárias à própria ética, que possam excluí-lo ou prejudicá-lo no progresso em sua carreira.

Desse modo, faz-se presente, no caso em enfoque, o dever de indenizar, porque presentes a conduta condenável, o dano e o nexo causal, estruturando-se os pressupostos dos artigos 927 e 186 do CC.

Quanto ao valor indenizatório, observo que o ilícito foi praticado ao tempo da vigência da Lei 13.467/17, o que enseja análise dos artigos 223-A e 223-G da CLT. É imperioso constatar que não cabe interpretação desses dispositivos desvencilhado da teoria geral da responsabilidade civil, sob risco de ruptura do sistema normativo que tem na Constituição Federal, em face do princípio da isonomia, um eixo essencial. Quando em foco direitos que emanam de alguns dos ricos conteúdos da dignidade humana, necessária e imprescindível é a equiparação dos critérios de mensuração do dano moral.

Para melhor orientação do julgador na fixação do valor de compensação devem ser examinados aspectos relacionados ao impacto da lesão sobre a condição pessoal do indivíduo, seja ele consumidor, empregado, trabalhador autônomo ou empresário, não merecendo relevo o valor fixado no contrato, qualquer que seja a natureza desse contrato ou a condição econômica do ofensor. Essa é a dimensão do princípio estruturante da reparação integral.

Assim como os danos materiais têm na medida do prejuízo material a sua extensão reparatória (art. 944 do CC), os danos morais devem contemplar a condição da vítima, somente assim sendo possível estabelecer-

se valor compensatório ajustado às efetivas consequências que a conduta lesiva trouxe para o lesado. Se na responsabilidade civil a condição do lesado assume relevância por influência decisiva da cláusula geral de dignidade do art. 1º da CF/88, mais ainda deve ocorrer quando o propósito é a fixação de uma indenização por danos morais. Para a vítima deve voltar-se a atenção do juízo ao fixar fundamentos racionais e amparados no caso concreto para justificar um valor indenizatório.

Portanto, assumem relevo, nesse contexto, não situações relacionadas à condição econômica do ofensor, intensidade do ânimo de ofender (igualmente não contemplados em face do dano material), mas aspectos ligados à vítima: posição social do ofendido, sua idade, estado cognitivo, a gravidade e a repercussão da ofensa sobre a sua vida pessoal e familiar, situação de dependência de outrem, etc. Há incongruência na mensuração do dano moral a partir da análise da conduta do ofensor, mesclando-a com alguns poucos critérios relacionados à vítima. Incongruência justamente porque na reparação do dano material, somente excepcionalmente a conduta do ofensor é sopesada, parágrafo único do art. 944 do CC.

Nesse sentido, os aspectos trazidos nos diversos incisos do art. 223-G ao serem contemplados no caso concreto devem ter como foco o impacto que a lesão ao direito ou a conduta do empregado tiveram sobre o empregado, sendo nuances relativas à grau de culpa ou dolo, reflexos sociais da conduta, a ocorrência de retratação e situação econômica das partes, utilizadas apenas para aferição da pertinência ou não do efeito punitivo do valor a ser fixado.

Nessa toada, os valores consignados no §1º do art. 223-G da CLT não podem ser tomados à conta de critério de tarifação. Apenas orientam o intérprete a categorizar uma lesão como leve, grave ou gravíssima, o que se dará após análise da condição do ofendido, sendo o padrão remuneratório apenas um ponto de partida, dentre tantos outros, para o julgador acercar-se da classe social na qual está inserido e, tendo isso como guia, melhor orientar-se quanto aos reflexos possíveis do ato lesivo sobre a sua vida pessoal.

Desse pensar não destoa o STF, consoante tese fixada nas ADIs 6.050, 6.069, 6.082 onde foi fixada a seguinte tese:

"1) As redações conferidas aos arts. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral

indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que julgavam procedente o pedido das ações. Plenário, Sessão Virtual de 16.6.2023 a 23.6.2023.

Conforme ressaltado por Maria Celina Bodin de Moraes (BODIN de MORAES, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2003) "de nada servirá produzir uma tabela, com montantes pré-determinados", tendo em vista que a reparação sempre envolverá aspectos do caso concreto, insuscetíveis que são de serem fixados em abstrato, justamente porque cada vida é tocada em sua individualidade de modo próprio, porque cada indivíduo tem uma energia própria, é o espelho das suas circunstâncias de vida, afigurando-se a busca de orientação a partir de um padrão remuneratório como monetarização da dignidade, trazendo distorções injustificáveis no seio social, transmitindo à sociedade a mensagem de que os que mais ganham têm mais dignidade, o que, com efeito, fere de morte toda a concepção atual da centralidade do homem no Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88).

À vista desses critérios definidos pela doutrina e focando na situação do reclamante, vejo um empregado que foi vítima de ofensas com teor discriminatório em razão da raça, prática, inclusive, tipificada como crime de injúria, nos termos art. 2º-A da Lei nº 7.716/1989 durante o desempenho de suas atividades no reclamado, perpetrado por morador de unidade habitacional. O ato, apesar de único, foi grave, contudo pelo encaminhamento que fez o condomínio, com aplicação de multa ao condômino, não há ensejo para aplicação do efeito punitivo que situações

correlatas ensejam. Portanto, reputo razoável e proporcional para fins compensatórios o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pela reforma.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Reformada a sentença que julgou improcedente a ação, invertida a sucumbência, com fundamento no art. 791-A da CLT, deverá a recorrida, ser condenada em honorários advocatícios, cujo percentual fixo em 10% sobre o valor que resultar da liquidação, considerando-se a complexidade da causa, o zelo profissional, o esforço necessário em sede recursal e a evidente importância da causa.

PARÂMETROS DE CÁLCULO EM FACE DAS ADC's 58 e 59 MC/DF e ADI's 5.867 e 6.021. QUESTÃO SUSCITADA DE OFÍCIO.

Princípio destacando que os juros e atualização monetária constituem pedidos implícitos (art. 322 §1º do CPC/15) e matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, não sujeita à preclusão, salvo se objeto de decisão anterior definitiva.

Considerando a reversão da improcedência da ação e que a matéria relacionada a juros de mora e atualização monetária não foram definidas expressamente até 27.06.2020, por decisão transitada em julgado, estão abrangidas na modulação fixada nas ADC's 58 e 59 MC/DF e ADI's 5.867 e 6.021, é necessário o ajuste do título executivo aos novos parâmetros fixados. A jurisprudência do STF é firme no sentido de reconhecer a aplicação imediata dos precedentes firmados pelo Tribunal Pleno, independentemente do seu trânsito em julgado ou, até mesmo, da sua publicação (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 18.09.2017)

Portanto, determino a aplicação dos mesmos índices de correção monetária e de juros de mora vigentes nas condenações cíveis em geral, quais sejam: a) na fase pré judicial a correção monetária será pelo IPCA-E e até a propositura da ação, incidindo juros de mora previstos no art. 39 da Lei 8.177/91; b) a partir de então prevalecerá a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), índice que contempla juros e correção monetária. A atualização do

crédito, contudo, persiste até o efetivo pagamento e não apenas com o depósito efetivado nos autos, é imperiosa a disponibilização do valor ao trabalhador, o que não ocorre com depósitos para garantia e que não estão destinados à quitação imediata do passivo.

Reformo.

DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - DANOS MORAIS.

Com os novos critérios fixados pelo STF há superação que afasta a aplicação da S. 439 do TST, porque ela traz a discrepância entre os momentos de incidência de juros e de correção monetária, o que não se coaduna com a SELIC, índice que engloba intrinsecamente atualização monetária e juros.

Pelo entendimento que expressa a Súmula, há incidência de correção monetária apenas a partir da fixação do valor indenizatório de danos morais, porém admitindo-se os juros de mora desde a inicial, o que traz obstáculo à incidência da SELIC.

A impossibilidade de cumulação da SELIC com outros índices consta no item 7 da ementa do acórdão das ADC's 58 e 59 e ADI's 5867 e 6021 do STF: "Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem".

Como o precedente do STF transpôs para os créditos trabalhistas os critérios cíveis de juros e correção monetária, desafia a observância do que preceitua o art. 397 do CC, a definir o momento de incidência da mora nas obrigações contratuais. O art. 398 do CC está reservado apenas às obrigações extracontratuais.

O caput do art. 397 do CC ao dispor que "o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor" tem incidência nas obrigações trabalhistas líquidas e com termo previamente

fixado, a exemplo do que ocorre com o salário, gratificação natalina, férias, etc. São obrigações desse jaez que justificam a incidência de juros e correção monetária na fase prévia à interpelação extrajudicial ou ajuizamento da ação, porque a mora ocorre "ex re", incidindo a SELIC após esse marco.

Já o parágrafo único do art. 397 do CC ao dispor que "não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial", está reservado às obrigações contratuais sem termo certo, dependentes da interpelação para a caracterização da mora do devedor e repercussões atinentes aos juros moratórios. São dessa natureza as obrigações inadimplidas que culminam em fixação de indenização por danos morais ou materiais, situações de mora "ex persona". Em casos tais não há condições legais para a incidência de juros moratórios prévios à interpelação judicial ou extrajudicial.

Portanto, como nessas obrigações contratuais os juros de mora fluem do ajuizamento da ação, em coerência, inclusive, com o que expressa o art. 883 da CLT, perante a definição da SELIC como critérios de juros e correção monetária, há impossibilidade legal e lógica de persistência do que preconiza a S. 439 do TST. A SELIC haverá de incidir do ajuizamento da ação, sob risco de confronto com norma legal que assegura que a mora nas obrigações contratuais produz efeitos do ajuizamento da ação, não havendo no precedente do STF qualquer desiderato de abonar os efeitos da mora em parte do seu lapso, o que ocorreria se a SELIC somente incidisse da fixação do quantum indenizatório. Assim, porque não há uma aderência fática estrita ao precedente paradigma do STF, ao se ponderar que, nos danos morais/materiais, não há mora no lapso anterior ao ajuizamento da demanda e, logo, os juros legais não encontram campo para a sua incidência, não há como aplicar a íntegra da decisão proferida em repercussão geral.

Ademais, considerando-se a impossibilidade de se deixar a descoberto o horizonte entre o ingresso em juízo e a decisão judicial definitiva do valor da indenização da lesão patrimonial ou extrapatrimonial, sob pena de inocuidade do art. 883 da CLT (que contém regra específica sobre a temática e não compôs objeto de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte), e também considerando-se que a SELIC é um índice composto, sendo o único definido pelo STF para atuar em quadra judicial, fase esta em que, justamente, se define o quantum indenizatório, filio-me à posição jurídica que vem sendo descortinada na diretriz de que, aos danos morais e

materiais, deve ser aplicada somente taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, nos moldes da ADC 58 do STF.

Em reforço argumentativo à premissa ora externada, trago a cotejo o seguinte aresto:

AGRAVO DO EXEQUENTE EM RECURSO DE REVISTA DO EXECUTADO. I) AUSÊNCIA DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO FIXANDO EXPRESSA E CONJUNTAMENTE PERCENTUAL DE JUROS DE MORA E ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR - ART. 404, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC - REPOSIÇÃO DA INFLAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA ADC 58 DO STF DESPROVIMENTO. 1.(...). II) INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS - TESE VINCULANTE FIXADA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 58 - INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC NA FASE PROCESSUAL - TERMO A QUO - EXPRESSA PREVISÃO DO MARCO INICIAL DOS JUROS DE MORA NO ART. 883 DA CLT - DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – DESPROVIMENTO. 1. Em relação aos questionamentos alusivos à aplicação da Taxa Selic no tocante à condenação imposta a título de danos materiais e morais, deve igualmente ser mantida a decisão agravada que expressamente determinou que, quanto à condenação indenizatória dos danos morais e materiais deve incidir apenas a Taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, de acordo com a Súmula 439 do TST. 2. Quanto ao marco inicial de incidência da Taxa Selic na hipótese de condenações indenizatórias, em face da responsabilidade civil ou extracontratual do empregador, de plano, é mister destacar que, como não se trata de descumprimento de obrigações previamente acordadas, não há de se falar em fase pré-processual de juros e de correção monetária. 3. Ademais, para a fase processual, a tese vinculante fixada pela Suprema Corte no julgamento da ADC 58 estabelece que deve ser aplicada, a todos os créditos trabalhistas, tão somente a Taxa Selic (que abrange

a correção monetária e os juros de mora), a partir do ajuizamento da ação. Vale dizer que a decisão proferida na ADC 58 não diferencia a indenização por danos extracontratuais das demais parcelas de natureza trabalhista, para a hipótese de condenação imposta aos que não usufruem dos privilégios da fazenda pública (Rel. 46.721, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 149, de 27/07/21). 4. No que diz respeito à compatibilização da Súmula 439 do TST (que promove a cisão temporal em relação à recomposição monetária das condenações impostas a título de dano moral) com a tese vinculante fixada pela Suprema Corte no julgamento da ADC 58, verifica-se que o termo inicial da atualização monetária fixado no mencionado verbete sumular desta Corte Superior (data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor) é resultado de construção jurisprudencial. No entanto, concernente aos juros de mora, há citação específica de artigo de lei (art. 883 da CLT), razão pela qual não é possível afastar a aplicação de dispositivo legal, na sua literalidade, por interpretação sistemática. Aliás, somente seria possível afastar o mencionado comando de lei, caso houvesse a declaração de sua inconstitucionalidade, não sendo esta a hipótese, uma vez que o disposto no art. 883 da CLT não foi afastado pela decisão do STF na ADC 58 e continua em vigor. Assim, conceber a existência de período a descoberto, entre o ajuizamento da ação e o arbitramento da indenização ou a modificação de seu valor, é fazer letra morta de dispositivo de lei. 5. Nesse sentido, diante da ausência de diferenciação, pela decisão vinculante proferida pela Suprema Corte na ADC 58, quanto à natureza da parcela trabalhista, se contratual ou extracontratual; da expressa previsão no art. 883 da CLT quanto à data do ajuizamento da ação como marco inicial da fluência dos juros de mora; assim como da inviabilidade de cisão dos parâmetros de juros moratórios e de correção monetária, ambos contemplados na Taxa Selic; não há outra conclusão senão a de que o marco inicial para a incidência da referida Taxa, nas condenações indenizatórias, em face da

responsabilidade civil ou extracontratual do empregador, é o ajuizamento da ação. 6. Assim, no agravo, o Exequente não trouxe nenhum argumento que infirmasse os fundamentos do despacho hostilizado, motivo pelo qual este merece ser mantido. Agravo desprovido, no particular. (TST - Ag-RRag: 01056007220095010056, Relator: Ives Gandra Da Silva Martins Filho, Data de Julgamento: 28/03/2023, 4ª Turma, Data de Publicação: 14/04/2023).

Recorto, também, fundamentos colhidos do ARR-376-68.2011.5.09.0084, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 10/11/2023):

"(...) Nos termos da Súmula 439 do TST, nas condenações por dano moral, os juros de mora incidem desde o ajuizamento da ação. VII. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADI 6.021 e 5.867 e das ADC 58 e 59, conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 879, § 7º, e 899, § 4º, da CLT (redação da Lei nº 13.467/2017) para determinar a aplicação, até que sobrevenha solução legislativa, dos " mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública ". A questão controvertida, nesse contexto, assume nova feição, que consiste em saber de que forma o entendimento consolidado na Súmula nº 439 do TST pode adequar-se à decisão vinculante proferida pelo STF no julgamento da ADC nº 58 . VIII. Em relação ao marco inicial da contagem dos juros e da correção monetária , a Súmula nº 439 do TST promove , no seu bojo, uma espécie de cisão em relação à recomposição monetária das condenações impostas a título de dano moral. Tal cisão se dá nos seguintes termos: 1) JUROS DE MORA: contados a partir do ajuizamento da reclamação trabalhista; 2) CORREÇÃO MONETÁRIA: que se dá a partir da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. IX. A decisão vinculante proferida na ADC nº 58, todavia, a um primeiro olhar, não se compadece com tal cisão , consoante se depreende da enfática afirmação, no seu bojo, " de que a incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a

aplicação de outros índices de atualização monetária ". Isso porque, como se sabe, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC é um índice que contempla exatamente juros de mora e correção monetária . Convém afastar , desde logo, a opção lógica em que se admite a aplicação de juros de mora de 1% ao mês, contados do ajuizamento da ação até a data da prolação da decisão em que se fixa o valor da indenização por dano moral, e se aplica, a partir dessa data , apenas e tão somente a SELIC . É que tal opção foi rechaçada de forma expressa pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação nº Rcl-46.721. Na ocasião, foi cassada decisão de idêntico teor, em que se determinou a aplicação de juros simples de 1% ao mês, desde a citação até a data da fixação do dano moral, e, a partir daí, fixou-se apenas da SELIC. X. Para o alcance desse desfecho, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que " inexistente diferenciação quanto à atualização monetária de créditos oriundos de condenação ao pagamento de indenização por dano moral e daqueles oriundos de condenação por dívidas trabalhistas comuns " (Rcl. 46.721, DJE nº 149, de 27/7/2021). Sobejam, assim, duas opções para dar cumprimento à decisão vinculante proferida na ADC nº 58: 1) a aplicação da taxa SELIC a partir do ajuizamento da reclamação trabalhista e 2) a aplicação da taxa SELIC a partir do arbitramento ou da alteração do valor da indenização por dano moral. XI. Considerando, pois, 1) Que a decisão vinculante proferida na ADC nº 58 não diferencia a indenização por dano moral das demais parcelas de natureza trabalhista , para o caso de condenação imposta aos que não gozam dos privilégios da fazenda pública; 2) Que o Ministro Gilmar Mendes externou tal conclusão no julgamento da Rcl. 46.721, asseverando que " inexistente diferenciação quanto à atualização monetária de créditos oriundos de condenação ao pagamento de indenização por dano moral e daqueles oriundos de condenação por dívidas trabalhistas comuns " (, DJE nº 149, de 27/7/2021); 3) Que a taxa SELIC tem estrita correlação com os juros, atuando somente de forma reflexa no controle de inflação (corolário da correção monetária), pela gestão da liquidez ; Que o

recurso de revista foi conhecido para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral e, reconhecendo-se a incompatibilidade parcial da Súmula nº 439 do TST em atenção à decisão vinculante proferida pelo STF na ADC nº 58, deve ser provido para promover a adequação da condenação imposta a título de dano moral à decisão vinculante proferida pelo STF na ADC nº 58, determinando-se a aplicação da taxa SELIC - que abrange os juros e a correção monetária - a partir do ajuizamento da reclamação trabalhista. XII. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (ARR-376-68.2011.5.09.0084, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 10/11/2023).

Outros Tribunais também têm orientado a sua jurisprudência sob essa perspectiva, vejamos:

AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Como consequência do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 58 e ADC 59, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, resta superado o entendimento da Súmula no 439 do TST em relação ao marco inicial da incidência de correção monetária para a indenização por danos morais, em relação à qual se aplica a SELIC desde o ajuizamento da ação. Agravo de petição provido. (TRT4 – AP: 00209984220225040014, Relator: JOAO BATISTA DE MATOS DANDA, Data de Julgamento: 28/07/2023, Seção Especializada em Execução).

AGRAVO DE PETIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATUALIZAÇÃO. ADC Nº 58. SÚMULA Nº 439, DO TST. Em sendo devidos os juros desde o ajuizamento da ação, na forma do art. 883, da CLT, e, considerando que a decisão do STF somente prevê correção monetária na fase pré-judicial, e após o ajuizamento a SELIC (conforme decisão de embargos de declaração), a qual engloba os juros e a correção,entendo que este índice (SELIC) deve ser aplicado desde o ajuizamento da ação, a

fim de atender ao determinado pela Corte Superior e não violar o artigo celetista referido. (TRT-1 - AP: 01011757320165010341 RJ, Relator: LEONARDO DIAS BORGES, Data de Julgamento: 11/02/2022, Décima Turma, Data de Publicação: 18/03/2022)

AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXEQUENTE. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS. JUROS DE MORA. SELIC. Por força de decisão proferida pelo STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 58 e 59, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, em se tratando de indenizações por danos morais e por danos materiais, a atualização monetária do valor deve ocorrer a partir do ajuizamento da ação, pela aplicação da taxa SELIC, que já abrange correção monetária e juros. Aplicável, de ofício, a taxa SELIC Receita Federal, conforme item 7 da ementa do acórdão das ADCs nºs 58 e 59 e Manual de Orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal. (TRT-4 - AP: 00205953220205040406, Relator: MARIA DA GRACA RIBEIRO CENTENO, Data de Julgamento: 05/10/2023, Seção Especializada em Execução).

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso do reclamante para deferir o pagamento de a) adicional de periculosidade, no período até 2018, com reflexos em aviso prévio, FGTS com 40%, férias com 1/3 e gratificação natalina; b) indenização por assédio moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e c) honorários advocatícios sucumbenciais no percentual de 10% do valor que resultar da liquidação. Por fim, em relação às verbas contratuais trabalhistas deferidas (inclusive as rescisórias), determino a aplicação dos mesmos índices de correção monetária e de juros de mora vigentes nas condenações cíveis em geral, quais sejam: a) na fase pré judicial a correção monetária será pelo IPCA-E e até a propositura da ação, incidindo juros de mora previstos no art. 39 da Lei 8.177/91; b) a partir de então prevalecerá a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), índice que contempla juros e correção monetária. Em relação à indenização por danos morais, determino a atualização monetária pela incidência da taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, sem o cômputo de correção monetária e juros de mora em fase préprocessual.

A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua 18ª Sessão Ordinária Virtual, realizada no período de 20 a 28 de junho de 2024, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 11 de junho de 2024, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador **ESEQUIAS DE OLIVEIRA**, com a participação das Excelentíssimas Desembargadoras **ANA PAOLA DINIZ** e **MARIZETE MENEZES**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,

por maioria, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso do reclamante para deferir o pagamento de: **a)** adicional de periculosidade, no período até 2018, com reflexos em aviso prévio, FGTS com 40%, férias com 1/3 e gratificação natalina; **b)** indenização por assédio moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e **c)** honorários advocatícios sucumbenciais no percentual de 10% do valor que resultar da liquidação. Por fim, em relação às verbas contratuais trabalhistas deferidas (inclusive as rescisórias), determino a aplicação dos mesmos índices de correção monetária e de juros de mora vigentes nas condenações cíveis em geral, quais sejam: **a)** na fase pré judicial a correção monetária será pelo IPCA-E e até a propositura da ação, incidindo juros de mora previstos no art. 39 da Lei 8.177/91; **b)** a partir de então prevalecerá a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), índice que contempla juros e correção monetária. Em relação à indenização por danos morais, determino a atualização monetária pela incidência da taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, sem o cômputo de correção monetária e juros de mora em fase préprocessual. **Custas pela reclamada, na base de 2% sobre o valor da condenação, ora arbitrada em R\$ 30.000,00 para este exclusivo fim.** Vencida a Exmª. Desª. MARIZETE MENEZES que, no tocante à correção monetária da indenização por danos morais, determinava a aplicação da taxa SELIC, a partir da data da publicação da decisão que arbitrou o montante indenizatório.

Obs.: A Exmª. Desª. MARIZETE MENEZES apresentou voto divergente, nos termos a seguir transcritos: "*Apresento divergência quanto a correção monetária da indenização por danos morais.*"

Com efeito, tendo em vista a decisão proferida pelo STF nas ADC,s 58 e 59, deve ser aplicada a taxa SELIC, para fins de juros e correção monetária, dada a natureza híbrida daquele indexador, a partir da data da publicação da decisão que arbitrou o montante indenizatório.

Nesse sentido, transcrevo decisão proferida por essa Turma Julgadora, nos autos do processo nº 0000510-66.2013.5.05.0010 (ROT) de Relatoria da Desembargadora Lourdes Linhares:

"No tocante à indenização por danos morais, contudo, a situação é diferente, haja vista que essa somente tem o condão de constituir o devedor em mora a partir da data da publicação da decisão que arbitrar o montante indenizatório.

Em face disso, somente a partir da publicação da decisão que fixar o valor da indenização é possível aplicar a atualização monetária do débito, com vistas a preservar o crédito do credor, mas sem perder de vista que o arbitramento feito pelo Juiz, na época da prolação do decisum leva em conta os valores indenizatórios atualizados.

Nesse esteio, em relação à indenização por danos morais, considerando a sua especificidade, aplica-se a taxa SELIC, para fins de juros e correção monetária, na forma prevista pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da data da publicação da decisão que arbitrou o montante indenizatório.

Outros Regionais também vêm se firmando nessa mesma linha, adotando, no tocante aos danos morais, a data da publicação da decisão que arbitrou o valor da indenização como termo inicial da correção monetária, como se colhe dos trechos da fundamentação esposada nos acórdãos abaixo transcritos:

"(...) A quantificação do valor da indenização por danos morais deve levar em conta a finalidade da indenização, a extensão do dano, o grau de culpa do ofensor e os aspectos econômicos e sociais das partes envolvidas.

"Observados esses critérios, e atentando-se às condições das partes, à natureza da lesão, ao tempo de serviço prestado à reclamada (4 anos), às consequências na vida profissional e pessoal da reclamante e ao grau de culpa da reclamada (100%), entendo que faz jus ao recebimento de indenização por danos morais que arbitro em R\$ 10.000,00.

"Sendo assim, dou provimento parcial ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00, observandose a Súmula nº 439 do TST quanto à data de início de cômputo da correção monetária e adotando-se a taxa Selic desde o arbitramento para fins de juros e atualização monetária" (TRT12 - ROT - 0000624-18.2019.5.12.0004, ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 02/02/2021)

"(...) Consta da sentença que o índice de correção monetária será fixado na fase de liquidação, incidindo a partir da data de publicação da decisão, e os juros a partir do ajuizamento da ação, a teor do disposto na Súmula 439 do TST.

"Tendo em vista a decisão do STF e considerando que a condenação se restringe ao pagamento da indenização por danos morais, com correção monetária a partir da data de publicação da sentença, determino que o crédito deferido seja atualizado pela taxa *SELIC*.. (...) " (TRT-3 – ROPS: 00104145220205030065 MG 0010414-52.2020.5.03.0065, Relator: Weber Leite de Magalhaes Pinto Filho, Data de Julgamento: 03/02/2021, Nona Turma, Data de Publicação: 04/02/2021.)

"Impende observar que a taxa SELIC compreende juros de mora e correção monetária, de forma que, com a sua incidência, resta vedada a cumulação com outros índices. Por consequência, afasta-se a aplicação do art. 39, §1º, da Lei 8.177/91, que trata de juros de mora no tocante aos créditos trabalhistas. Dito isto, deixam de subsistir os juros de 1% ao mês fixados na sentença, no tocante aos danos morais e, também, materiais.

"Nesses termos, para atender ao comando estabelecido na decisão do STF, a atualização do crédito deve ser feita nos termos acima fundamentados."

É como decido."

ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

Relatora

Acórdão do Recurso Ordinário Trabalhista 0000344-44.2024.5.05.0561

RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

Tramitação Preferencial

- Assédio Moral Sexual

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 17/06/2024

Valor da causa: R\$ 30.000,00

Partes:

RECORRENTE: CAROLINE DOS SANTOS SARTORIO

ADVOGADO: KAROLAYNE JOVITA SANTA FÉ SANTOS

ADVOGADO: LARISSA SOUZA DA SILVA AGUILAR

RECORRIDO: FIBRANET BRASIL TELECOMUNICACAO LTDA

ADVOGADA: ANA PAULA DE OLIVEIRA BRITTO

RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

CUSTUS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO
Segunda Turma

PROCESSO nº 0000344-44.2024.5.05.0561 (ROT)
RECORRENTE: CAROLINE DOS SANTOS SARTORIO
RECORRIDO: FIBRANET BRASIL TELECOMUNICACAO LTDA
RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA DE GÊNERO. ART. 7º DA CEDAW. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. A prova produzida evidencia que, em razão do divórcio de empregados e do tensionamento nas relações interpessoais no trabalho, a decisão da empresa foi pela despedida imediata da mulher, concedendo-lhe imediatamente férias e, logo a seguir despedindo-a, preservando o homem que exercia função de maior hierarquia na empresa. A situação torna patente a discriminação de gênero, porque minimizou-se a possibilidade técnica que tinha a mulher de permanecer trabalhando, exercendo com profissionalismo o seu trabalho, depreciou-se a sua condição emocional para manter relações interpessoais e profissionais necessárias ao bom desempenho do seu mister, inclusive com o ex-marido. É preciso notar que a empresa não deu mínimo tempo para a situação do casal se acomodar, perante o conflito conjugal, imediatamente providenciou a despedida. Ademais, sequer contemporizou ou avaliou a repercussão que a despedida abrupta, no contexto em que ocorreu, teria sobre a condição pessoal da trabalhadora. O divórcio sempre abala o casal, contudo, para a mulher, nesse momento particular, a autonomia financeira para seguir a vida sem o companheiro é imprescindível, mormente quando é mãe de uma criança de seis anos, autista e precisando de cuidados especiais.

Quando se vê sem emprego, sem renda, fica em situação de extrema vulnerabilidade perante o ex-companheiro, completamente às suas expensas no que toca aos cuidados materiais da filha, tencionando ainda mais uma situação pessoal e emocional em si já delicada e, em muitos casos, tornando-se vítima de abuso e violência pelo ex-cônjuge, sobretudo a violência econômica, na perspectiva dos meios de subsistência da família. Demandas dessa natureza impõe ao magistrado interpretar e aplicar o direito encarando a perspectiva da mulher, orientando-se pelos ditames do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero aprovado pelo Grupo de Trabalho (Portaria CNJ Nº 27/21), consoante está previsto na Resolução nº 492 do CNJ e refletindo sobre o direito de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na vida real. "A magistratura brasileira, inserida nesse contexto de diferenças estruturais, caso pautada na crença de uma atuação jurisdicional com a aplicação neutra da lei e sem a compreensão da necessidade de reconceitualização do direito, servirá apenas como meio de manutenção das visões heteronormativas, racistas, sexistas e patriarcais dominantes, em descompasso com os preceitos constitucionais e convencionais da igualdade substancial (Pag. 40 do Protocolo). O julgamento com a adoção do referido protocolo está em alinhamento com o que preconiza o art. 7º da CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, ao ditar a necessidade de "proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação."

Dado provimento ao apelo.

CAROLINE DOS SANTOS SARTORIO, nos autos da ação em que litiga em face de **FIBRANET BRASIL TELECOMUNICACAO LTDA**, inconformada com os termos da sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara do

Trabalho de Porto Seguro/BA, a qual julgou improcedentes os pedidos vindicados na inicial, interpõe Recurso Ordinário, consoante razões expendidas.

Apelo tempestivo.

Apresentadas contrarrazões.

Autos encaminhados ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAIS.

Investe a autora contra a sentença de origem, que indeferiu o pedido de reparação por danos morais em virtude da dispensa discriminatória.

Sustenta que *"a Reclamante foi despedida de forma discriminatória, sendo subordinada direta de seu ex-marido, gerente de TI da empresa, que utilizou de sua influência e amizade com o proprietário para efetivar sua dispensa. A Reclamada tinha pleno conhecimento dessa relação e da situação delicada que envolvia a Reclamante, configurando-se um claro caso de assédio moral. Importa ressaltar que, embora a Reclamada tenha dispensado outros funcionários, isso por si só não comprova que a dispensa da Reclamante não foi discriminatória"*.

Aduz que *"a jurisprudência pátria tem se consolidado no sentido de que, uma vez alegada a discriminação, cabe ao empregador o ônus de provar que a dispensa não se deu por razões discriminatórias, conforme preconiza o art. 373, II do CPC/2015, aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho"*.

Afirma que *"em casos de alegação de dispensa discriminatória, é possível a inversão do ônus da prova, conforme OJ nº 196 da SDI-I do TST. A Recorrente apresentou indícios suficientes para caracterizar a discriminação, cabendo à Recorrida o ônus de provar que a dispensa teve motivação diversa"*.

Por fim, pugna pela reforma da sentença a fim de reconhecer a ocorrência da dispensa discriminatória e pelo deferimento da indenização correspondente.

Analiso

O juízo *a quo* assim apreciou a questão relativa à despedida discriminatória:

"Modernamente, com a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor regente das

relações jurídicas, inclusive as de natureza trabalhista, consolidado como fundamento da República no art. 1º, inciso III, da CF /1988, o poder empregatício, sobretudo o da dispensa, deixou de ser meramente potestativo, reputando-se inválido quando eivado de discriminação.

A interpretação sistemática da Constituição da República e dos seus princípios e direitos fundamentais, notadamente, os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a melhoria das condições sociais do trabalhador e a função social da propriedade (artigo 1º, III e IV, 7º, caput e 170, III e VIII), determina a proibição veemente de discriminação de pessoas.

No que concerne à suposta despedida discriminatória, é necessário esclarecer que o empregador brasileiro possui o direito potestativo de despedir seus empregados, sem que necessite apresentar qualquer tipo de justificativa para tanto. O art. 7º, I da Constituição Federal, no entanto, limita tal poder preservando o trabalhador de dispensas arbitrárias ou sem justa causa.

Dentre as restrições do poder potestativo do empregado, pode-se citar a vedação à dispensa discriminatória prevista na Lei nº 9.029/95, segundo a qual "É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros".

Era ônus da reclamante comprovar nos autos que a dispensa ocorreu de forma discriminatória (art. 818, I da CLT), contudo, deste encargo não se desvencilhou.

Da análise da prova dos autos, verifica-se que a reclamada não só rescindiu o contrato com a reclamante, mas também com outros funcionários.

Desse modo, não restou demonstrada/comprovada no processo a discriminação, tampouco o alegado assédio.

Ante o exposto, por não ter a reclamante comprovado nos autos que a dispensa se deu por discriminação (art. 818, I da CLT), reputo legal a despedida do Reclamante, pelo que INDEFIRO os pedidos de reconhecimento da despedida discriminatória e, por conseguinte, a indenização por danos morais."

Considero que a decisão enseja revisão.

A narrativa da exordial é no sentido de que a reclamante foi admitida em 01.09.2022 como gerente de suporte técnico de tecnologia, sendo o seu marido (atualmente ex-marido) gerente. Com o fim do relacionamento conjugal em agosto/2023, recebeu a reclamante a notícia de que teria antecipação de suas férias, as gozando entre 21.08.2023 a 19.09.2023, contudo, ao retornar do trabalho em 20.09.2023 foi dispensada.

Aduz a autora, ainda na exordial, que a dispensa ocorreu por recomendação do gerente, sequer obtendo êxito no seu pedido de continuidade do trabalho em "home office", apesar de saber a reclamada das condições nas quais estava, sem casa para morar, porque fora expulsa dela com sua filha menor, que tem autismo, pelo ex marido, gerente da reclamada.

Contextualiza a despedida como discriminatória, porque decorreu do problema que teve em seu relacionamento conjugal com gerente da empresa, esclarecendo que foi constrangida e humilhada pelo gerente dois dias antes das férias, com pedido de reatamento do relacionamento, o que negou. Considera que a responsabilização da empresa decorre da condição de chefia que o ex-marido exerce e do protagonismo que esse teve na sua despedida.

A reclamada, na contestação, diz que "em hipótese alguma, efetuou o desligamento da autora por motivo de fim de relacionamento conjugal que tenha ocorrido com outro funcionário da Reclamada", discorrendo sobre a legalidade da despedida imotivada.

Explicou a empresa que não interfere e nem se envolve na vida íntima e particular dos empregados, "no entanto, no caso em tela, a Reclamada quando tomou conhecimento da situação pelos próprios envolvidos, a Reclamante e Ex marido da Reclamante, tendo em vista, que o problema pessoal da vida de ambos estava interferindo no ambiente de trabalho ali inseridos e consequentemente impactando o desenvolvimento produtivo de ambos e demais colegas, esta Contestante procurou da melhor maneira uma

solução profissional. No primeiro momento, o Gerente Geral da reclamada, Kaike Freire Luz, ao conversar com a Reclamante, este, ofereceu a esta, se a autora queria trabalhar em outra filial da empresa, esta, recusou. No segundo momento, a Reclamante entrou em contato com o representante da Reclamante e propôs trabalhar como Homeoffice, entretanto, a Reclamada informou que não haveria possibilidade, devido ao cargo exercido pela autora, a de supervisora do setor ao qual era responsável, pois a função exercida exigia a presença *in loco* da mesma, pois era necessário supervisionar os funcionários aos quais chefiava. Ressalta-se que, a decisão partiu do Proprietário da Empresa."

Também assinalou a empresa que "ao encerrar o período do gozo de férias da Reclamante, a Reclamada, com o corpo diretor da empresa, Gerente Geral e Proprietário, por uma decisão profissional, não havendo espaço para tomada de decisões influenciada por motivos pessoais, esta Contestante, optou por rescindir o contrato de trabalho da Reclamante e de outros funcionários no mês posterior e seguintes. Importante ressaltar, que a decisão de dispensar a Reclamante foi tomada com base nos critérios de profissionais disponíveis no mercado, para ocupar o cargo que a autora exercia na época, e como dito acima, a Reclamada estava ef demissões no seu quadro de funcionários."

Ainda na defesa consta a seguinte justificativa: "aliado a dificuldade para recrutar outro profissional para exercer o cargo de Gerente Técnico (coordenar toda a rede de internet em todas as cidades com os técnicos), função exercida pelo Ex-marido da Reclamante, é muito maior em comparação com o Cargo de Supervisor de Suporte Técnico (responsável por supervisionar as equipes técnicas, analisando e monitorando a fila de chamados), atrelado a diferença salarial existente entre os dois cargos." Mais adiante explica que "a quantidade de vagas para área de Gerente técnico é menor* *Média salarial: R\$9.000,00 mil reais*."

Conclui a empresa em sua contestação: "Portanto, a Reclamada ao tomar a decisão de dispensar a Reclamante, em nenhum momento se deixou influenciar por motivos pessoais conjugais de funcionário, pelo contrário, como dito anteriormente, procurou soluções justas, ao qual restou infrutífera. Deste modo, a Reclamada efetuou o desligamento da Reclamante, com base em critérios técnicos e corporativos, objetivando a minimização dos

impactos negativos que poderiam advir. Diante do quanto exposto acima, a Reclamada nega veemente ter dispensado a Reclamada por motivos discriminatórios, bem como, afirma que quitou todas as verbas rescisórias devidas ao contrato de trabalho a época, devendo, portanto, a presente demanda ser JULGADA TOTALMENTE IMPROCEDENTE."

Imprescindível ressaltar que ambas as partes se valem, para prova de suas alegações, de comunicações travadas por aplicativo de comunicação, trazendo prints de telas, sem haver impugnações relativas à forma ou licitude da prova documentação.

Não houve produção de prova testemunhal, dispensada pelo magistrado, sob protesto das partes, contudo, em recurso ordinário ou contrarrazões recursais nenhuma das partes suscitou nulidade.

A cuidadosa análise dos documentos colacionados, inclusive, as tratativas e diálogos travados por Whatsapp não deixam dúvidas quanto aos acontecimentos.

A certidão de casamento de fls. 28 prova a união conjugal entre Luís Fernando dos Santos, gerente técnico da reclamada e Caroline dos Santos Sartório, reclamante e supervisora de suporte técnico. As mensagens recortadas em "print" às fls. 36/57 evidenciam uma ruptura traumática do casamento, com referências a atos de traição, atribuição recíproca de culpa entre os cônjuges, pedido de reconciliação pelo marido e saída da mulher de casa, acompanhada de uma filha de seis anos (fls. 64), com relatório psicológico de fls. 58 acerca de sua condição de autista.

Também está claro que, pelo fato de os cônjuges trabalharem na mesma empresa, perante o desconforto inicialmente criado pela situação da separação, decidiu-se conceder férias à reclamante, rejeitando-se a solução inicialmente proposta de teletrabalho, seguindo-se ao final das férias a imediata demissão da reclamante. (fls. 29/30 e 119)

Houve confissão da empresa no sentido de que a despedida decorreu da constatação de que o problema gerado pela separação do casal estava afetando o ambiente de trabalho e impactando o desenvolvimento produtivo de ambos e dos demais colegas de trabalho, fazendo-se a opção pela dispensa da reclamante em razão da "suposta" maior dificuldade que teria para recrutamento de gerente técnico em comparação como o cargo de supervisor técnico, exercido pela reclamante, atrelado à diferença salarial existente entre os dois cargos. O argumento defensivo, também utilizado, de que a despedida

ocorrera num contexto de desligamento de outros trabalhadores é contraditória, porque a própria reclamada admite a necessidade que teria de contratação de outro profissional para ocupar o lugar da reclamante, argumentando ser mais fácil fazê-lo para o cargo dela do que para o cargo do seu ex-marido. Não há mínima referência nos diálogos travados quanto ao oferecimento de alternativa de trabalho em outra filial ou maiores explicações quanto ao teletrabalho, ao menos inicialmente, quando a tensão pela recente separação do casal era visível no ambiente do trabalho.

As dificuldades conjugais principiaram em agosto/2023, sendo natural fosse perceptível no ambiente laborativo o desgaste emocional que a situação enseja, mormente quando há uma relação de poder no ambiente laboral, o marido gerente técnico superior hierárquico da mulher, supervisora técnica.

Não há relatos de intervenção da empresa, ainda que com auxílio de profissional da área de psicologia, para auxiliar e apoiar o casal a evitar transpor, em demasia, para o ambiente laborativo, os sentimentos e emoções que as separações conjugais normalmente trazem. É plenamente possível, com o devido aparato psicológico e apoio, que, não obstante o fim do casamento, as pessoas consigam se relacionar profissionalmente e com a devida urbanidade.

A única iniciativa tomada pela empresa foi para desligamento da reclamante. Houve a antecipação de suas férias; negou-se o labor em teletrabalho, o que poderia ser um solução meramente momentânea; não houve atitude para a transferência de posto de trabalho, ainda que na mesma filial, em outra área e de modo momentâneo, o que é imanente ao poder diretivo. Em 20 de setembro/2023 a situação já estava totalmente resolvida com a demissão da reclamante. Sequer retornou ao trabalho ao fim das férias, pois a despedida ocorreu no dia exato do seu retorno e com o aviso prévio indenizado.

A única iniciativa tomada pela empresa foi para desligamento da reclamante. Houve a antecipação das férias da reclamante; negou-se-lhe o labor em teletrabalho, o que poderia ser um solução meramente momentânea; não houve atitude para a transferência de posto de trabalho, ainda que na mesma empresa, em outra área e de modo momentâneo, o que é imanente ao poder diretivo. Em 20 de setembro/2023 a situação já estava totalmente resolvida com a demissão da reclamante. Sequer

retornou ao trabalho ao fim das férias, pois a despedida ocorreu no dia exato do seu retorno e com o aviso prévio indenizado.

Se extrai claramente da defesa que a empresa não cogitou minimamente em adotar qualquer ajuste na situação funcional do outro cônjuge, ex marido da reclamante, sendo firme sua assertiva de que a opção desde o início era para despedir a reclamante, afinal o marido tinha um cargo mais elevado, ganhava mais e ficaria mais difícil encontrar outro substituto. Em relação à reclamante, o argumento era oposto, pelo cargo que ocupava, sua substituição seria mais fácil.

O discurso empresarial retrata claramente estereótipo de gênero, de cunho marcadamente discriminatório, porque parte da ideia de que é mais difícil substituir um alto empregado do gênero masculino. Um estereótipo de gênero é um conceito prévio, generalizado, sobre habilidades que os homens ou mulheres possuem ou deveriam possuir ou sobre as funções que desempenham ou deveriam desempenhar. Perante a situação do casal na empresa, o alto empregado do gênero masculino foi tido como insubstituível quando comparado à sua mulher, também exercendo cargo com alguma hierarquia. Fechou-se o olhar para inúmeros outros profissionais, inclusive do gênero feminino, com aptidão técnica e formação de excelência para tanto, alijadas dos altos postos de emprego também pelo estereótipo de que são menos capazes para a liderança e para, enquanto em postos de liderança, equilibrar as emoções e sentimentos em situações de crise pessoal. O discurso empresarial de fácil substituição da reclamante, apesar de também ocupar posição de relevância na empresa, supervisora em área técnica, deixa nítida a concepção prévia de que as mulheres não são tão qualificadas quanto os homens e portanto, sua substituição é mais fácil. Num ambiente corporativo impregnado de estereótipos dessa natureza, a reclamante, não teve a menor chance de permanência, sendo a sua condição de mulher, o aspecto que, claramente, determinou a sua despedida.

É preciso notar que a empresa não deu mínimo tempo para a situação do casal se acomodar, perante o conflito conjugal, imediatamente providenciou a despedida. Ademais, sequer contemporizou ou avaliou a repercussão que a despedida abrupta, no contexto em que ocorreu, teria sobre a condição pessoal da trabalhadora. O divórcio sempre abala o casal, contudo, para a mulher, nesse momento particular, a autonomia financeira

para seguir a vida sem o companheiro é imprescindível, mormente quando é mãe de uma criança de seis anos, autista e precisando de cuidados especiais. Quando se vê sem emprego, sem renda, fica em situação de extrema vulnerabilidade perante o ex-companheiro, completamente às suas expensas no que toca aos cuidados materiais da filha, tencionando ainda mais uma situação pessoal e emocional em si já delicada e, em muitos casos, tornando-se vítima de abuso e violência pelo ex-cônjuge, sobretudo a violência econômica, na perspectiva dos meios de subsistência da família.

Considero, portanto, que a despedida da reclamante decorreu da sua condição de mulher, sofreu discriminação de gênero quando, no ambiente laborativo, perante a situação de divórcio e necessidade de permanência na empresa, onde também trabalhava o ex-marido, minimizou-se a possibilidade técnica que tinha de lá permanecer, exercendo com profissionalismo o seu trabalho, depreciou-se a sua condição emocional para manter relações interpessoais e profissionais necessárias ao bom desempenho do seu mister, inclusive com o ex-marido.

A situação desses autos determina a adoção do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ nº 27/2021, consoante está previsto na Resolução nº 492 do CNJ.

Segundo o Protocolo, na interpretação e aplicação do direito é preciso atentar que "muitos dos conceitos jurídicos foram construídos e são aplicados de maneira abstrata, sem levar em conta como grupos subordinados de fato experienciam a realidade. Mulheres e outros grupos subordinados - a exemplo de povos e comunidades tradicionais, quilombolas e ribeirinhas; pessoas negras em geral - foram (e ainda são) historicamente excluídos da esfera política, o que impediu que suas experiências fossem levadas em consideração quando da conceitualização de danos juridicamente relevantes e da proposição de soluções jurídicas (ou políticas públicas) para saná-lo." (Pag. 37 do Protocolo)

Prossegue o Protocolo que "a resposta para esse problema - qual seja, o da aplicação do direito de maneira alheia à experiência de grupos subordinados - é muito simples: basta, justamente, refletir sobre o direito de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na

vida real. Essa é a recomendação àqueles que buscam julgar com perspectiva de gênero." (Pag. 39 do Protocolo)

Cogitando-se de despedida discriminatória é preciso referenciar a Lei 9.029/95 que assim expressa:

"Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, **por motivo de sexo**, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)(Vigência)"

(...)

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral..."

A isonomia de tratamento de que trata a norma, sob o viés do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, não pode desprender-se dos aspectos concretos e do contexto da situação sob análise.

"O princípio da igualdade substantiva pode nos servir de duas maneiras complementares em um julgamento: 1. Em primeiro lugar, como lente para olhar para problemas concretos. Quando confrontados com um problema, utilizar o princípio da igualdade substantiva significa buscar e tornar visíveis desigualdades estruturais que possam permear uma determinada controvérsia. Magistradas e magistrados preocupados com a igualdade podem sempre se perguntar: mesmo não havendo tratamento diferenciado por parte da lei, há aqui alguma desigualdade estrutural que possa ter um papel relevante no problema concreto?

2. Identificada a desigualdade estrutural, o princípio da igualdade substantiva deve servir como guia para a interpretação do direito. Ou seja, a resolução do problema deve ser voltada a desafiar e reduzir hierarquias sociais, buscando, assim, um resultado igualitário." (Pag. 40 do Protocolo)

A reclamante estava em situação de extrema desigualdade, seja pela condição hierárquica inferior na empresa, seja porque, enquanto mãe de uma

filha com deficiência, perdeu abruptamente o emprego, num contexto intrinsecamente ligado ao divórcio. Foi alijada do ambiente laborativo e culpabilizada, isoladamente, pelo repercussão que o seu divórcio teve no ambiente laborativo, esquecendo-se o empregador que numa situação dessa natureza o protagonismo de transferir os dramas pessoais para o local de trabalho é do casal, também houve participação masculina nessa interseção entre o pessoal e o trabalho, mas com ELE houve ampla tolerância e compreensão. Reproduziu-se, no ambiente laborativo, estigma há muito já superado no âmbito do direito de família que é a busca de um culpado pela ruptura da sociedade conjugal, habitualmente se atribuindo a mulher consequências econômicas quando ela tem a iniciativa de acabar com o casamento, seja porque encontrou um novo amor, seja porque não tolera mais a vida em comum ou porque não há mais afetividade que dê sustentação ao casamento.

Demandas dessa natureza impõe ao magistrado interpretar e aplicar o direito encarando a perspectiva da mulher, orientando-se pelos ditames do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero aprovado pelo Grupo de Trabalho (Portaria CNJ Nº 27/21), consoante está previsto na Resolução nº 492 do CNJ e refletindo sobre o direito de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na vida real. "A magistratura brasileira, inserida nesse contexto de diferenças estruturais, caso pautada na crença de uma atuação jurisdicional com a aplicação neutra da lei e sem a compreensão da necessidade de reconceitualização do direito, servirá apenas como meio de manutenção das visões heteronormativas, racistas, sexistas e patriarcais dominantes, em descompasso com os preceitos constitucionais e convencionais da igualdade substancial (Pag. 40 do Protocolo).

A CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres -, da qual o Brasil é signatário, no art. 7º preconiza dentre os deveres dos Estados aderentes: "adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher"; a "estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação"; e de "tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa".

Imperioso ressaltar que os dados fáticos examinados nesses autos advêm do conjunto probatório produzido por ambas as partes, segundo já assinalado, retratado pelas comunicações por aplicativo, juntadas por ambas as partes, agregando-se ao reconhecimento pela defesa de que o divórcio e a repercussão que teve no ambiente laborativo ensejaram a decisão de despedir a reclamante. Portanto, nesse contexto, pouca repercussão tem a questão da atribuição do ônus probatório, na medida em que provas foram fartamente produzidas.

É preciso pontuar que não há ensejo, com esteio no poder potestativo do empregador, para agasalhar-se como lícita a despedida, sobretudo sob argumento de não haver intenção do empregador de discriminação da empregada.

A questão posta a exame traz a reflexão a noção de discriminação indireta. A discriminação direta é proposital, intencional, o ilícito se manifesta pela vontade direta e clara de retaliar o trabalhador em razão de características pessoais que não se coadunam com as expectativas econômicas, crenças e valores do empregador. A indireta é não intencional, advém de atividades ou normas que aparentemente são inofensivas, mas na prática, perante a situação real do trabalhador são odiosas, porque excluem ele de um sistema de proteção mais amplo, frustrado pelo desligamento da empresa.

Pontua Roger Raupp Rios (Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pag. 117) que o "o conceito de discriminação, presente no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, abrange expressamente a ideia da discriminação indireta, quando faz referência a distinções, exclusões, restrições ou preferências que tenham o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade, entre os diversos indivíduos e grupos protegidos constitucionalmente, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública."

O Brasil promulgou (por meio do Decreto nº 62.150/1968) a Convenção nº 111, da OIT, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, que, por meio do seu artigo 1º, item 1, letra "b", estabeleceu que:

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

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

Portanto, sendo discriminatória a despedida há ato ilícito (art. 186 e 927 caput do CC). Como pretende a reclamante, apenas, a reparação de danos morais, passo ao exame desse aspecto da lide.

Há prejuízo moral quando o trabalhador é atingido no complexo de bens internos que constituem seu patrimônio moral. Consubstanciados estão tais bens na intimidade, vida privada, honra e imagem, previstos no inciso X do art. 5º da CF, mas também, na vida, integridade física, liberdade e dignidade do caput do mesmo dispositivo constitucional. O dano moral incide em quaisquer das facetas da complexa personalidade humana. A definição há de ser suficientemente ampla para exaltar o homem em toda a sua dimensão, quer como corpo, quer como espírito, pondo sua dignidade como centro do sistema jurídico. Assim, há dano moral quando o homem é atingido em direitos físicos (vida e integridade física), em direitos psíquicos (integridade mental), em direitos de liberdade e isonomia (a liberdade de expressão, a intimidade, discriminação), em direitos morais (atributos da pessoa face à sociedade em que vive, como a honra, a identidade) e, inclusive, em aspectos relacionados à solidariedade no âmbito das relações sociais e jurídicas (deveres de conduta emanados da boa-fé objetiva, abuso de direito).

In casu, considero vilipendiados os valores isonomia e solidariedade, porque alijada a reclamante do trabalho, em situação de desigualdade com colega de trabalho, seu ex-marido, num contexto de divórcio do qual ele foi igualmente partícipe, sendo conduzida, num momento de vulnerabilidade psíquica, à situação de dificuldade econômica que advém da condição de desemprego.

Quanto ao valor indenizatório, observo que o ilícito foi praticado ao tempo da vigência da Lei 13.467/17, o que enseja análise dos artigos 223-A e 223-G da CLT. É imperioso constatar que não cabe interpretação desses dispositivos desvincilhado da teoria geral da responsabilidade civil, sob risco de ruptura do sistema normativo que tem na Constituição Federal, em face do princípio da isonomia, um eixo essencial. Quando em foco direitos que emanam de alguns dos ricos conteúdos da dignidade humana, necessária e imprescindível é a equiparação dos critérios de mensuração do dano moral.

Para melhor orientação do julgador na fixação do valor de compensação devem ser examinados aspectos relacionados ao impacto da lesão sobre a condição pessoal do indivíduo, seja ele consumidor, empregado, trabalhador autônomo ou empresário, não merecendo relevo o valor fixado no contrato, qualquer que seja a natureza desse contrato ou a condição econômica do ofensor. Essa é a dimensão do princípio estruturante da reparação integral.

Assim como os danos materiais têm na medida do prejuízo material a sua extensão reparatória (art. 944 do CC), os danos morais devem contemplar a condição da vítima, somente assim sendo possível estabelecer-se valor compensatório ajustado às efetivas consequências que a conduta lesiva trouxe para o lesado. Se na responsabilidade civil a condição do lesado assume relevância por influência decisiva da cláusula geral de dignidade do art. 1º da CF/88, mais ainda deve ocorrer quando o propósito é a fixação de uma indenização por danos morais. Para a vítima deve voltar-se a atenção do juízo ao fixar fundamentos racionais e amparados no caso concreto para justificar um valor indenizatório.

Portanto, assumem relevo, nesse contexto, não situações relacionadas à condição econômica do ofensor, intensidade do ânimo de ofender (igualmente não contemplados em face do dano material), mas aspectos ligados à vítima: posição social do ofendido, sua idade, estado cognitivo, a gravidade e a repercussão da ofensa sobre a sua vida pessoal e familiar, situação de dependência de outrem, etc. Há incongruência na mensuração do dano moral a partir da análise da conduta do ofensor, mesclando-a com alguns poucos critérios relacionados à vítima. Incongruência justamente porque na reparação do dano material, somente excepcionalmente a conduta do ofensor é sopesada, parágrafo único do art. 944 do CC.

Nesse sentido, os aspectos trazidos nos diversos incisos do art. 223-G ao serem contemplados no caso concreto devem ter como foco o impacto que a lesão ao direito ou a conduta do empregado tiveram sobre o empregado, sendo nuances relativas à grau de culpa ou dolo, reflexos sociais da conduta, a ocorrência de retratação e situação econômica das partes, utilizadas apenas para aferição da pertinência ou não do efeito punitivo do valor a ser fixado.

Nessa toada, os valores consignados no §1º do art. 223-G da CLT não podem ser tomados à conta de critério de tarifação. Apenas orientam o intérprete a categorizar uma lesão como leve, grave ou gravíssima, o que se dará após análise da condição do ofendido, sendo o padrão remuneratório apenas um ponto de partida, dentre tantos outros, para o julgador acercar-se da classe social na qual está inserido e, tendo isso como guia, melhor orientar-se quanto aos reflexos possíveis do ato lesivo sobre a sua vida pessoal.

Desse pensar não destoa o STF, consoante tese fixada nas ADIs 6.050, 6.069, 6.082 onde foi fixada a seguinte tese:

"1) As redações conferidas aos arts. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que julgavam procedente o pedido das ações. Plenário, Sessão Virtual de 16.6.2023 a 23.6.2023.

Conforme ressaltado por Maria Celina Bodin de Moraes (BODIN de MORAES, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar,

2003) "de nada servirá produzir uma tabela, com montantes pré-determinados", tendo em vista que a reparação sempre envolverá aspectos do caso concreto, insuscetíveis que são de serem fixados em abstrato, justamente porque cada vida é tocada em sua individualidade de modo próprio, porque cada indivíduo tem uma energia própria, é o espelho das suas circunstâncias de vida, afigurando-se a busca de orientação a partir de um padrão remuneratório como monetarização da dignidade, trazendo distorções injustificáveis no seio social, transmitindo à sociedade a mensagem de que os que mais ganham têm mais dignidade, o que, com efeito, fere de morte toda a concepção atual da centralidade do homem no Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88).

Focando na situação particular da reclamante, consoante é essencial, haja vista a premissa basilar de aferição do impacto que o ilícito teve sobre sua condição pessoal e existencial, contemplo uma trabalhadora com vínculo de emprego de um ano, despedida num contexto de tratamento discriminatório e discrepante em relação a colega de trabalho, ex marido, igualmente participe do desgaste emocional que a situação gerou no ambiente laborativo, sendo depreciada sua condição de mãe e de mulher, em situação de maior vulnerabilidade, mormente porque a filha menor de seis anos tem condição de deficiência. Fixo o valor indenizatório em quinze mil reais, também contemplando o efeito pedagógico que a situação requer.

Nos termos do precedente do STF - ADC's 58 e 59 e ADI's 5867 e 6021 do STF- os juros e correção monetárias a serem observados são os seguintes: IPAC-E e juros de mora do art. 39 da Lei 8.177/91 na fase pré-judicial, incidindo a SELIC desde o ajuizamento da ação.

No tocante a indenização por danos morais, o critério é ligeiramente distinto.

Com os novos critérios fixados pelo STF há superação que afasta a aplicação da S. 439 do TST, porque ela traz a discrepância entre os momentos de incidência de juros e de correção monetária, o que não se coaduna com a SELIC, índice que engloba intrinsecamente atualização monetária e juros.

Pelo entendimento que expressa a Súmula, há incidência de correção monetária apenas a partir da fixação do valor indenizatório de danos morais,

porém admitindo-se os juros de mora desde a inicial, o que traz obstáculo à incidência da SELIC.

A impossibilidade de cumulação da SELIC com outros índices consta no item 7 da ementa do acórdão das ADC's 58 e 59 e ADI's 5867 e 6021 do STF: "Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria *bis in idem*."

Como o precedente do STF transpôs para os créditos trabalhistas os critérios cíveis de juros e correção monetária, desafia a observância do que preceitua o art. 397 do CC, a definir o momento de incidência da mora nas obrigações contratuais. O art. 398 do CC está reservado apenas às obrigações extracontratuais.

O caput do art. 397 do CC ao dispor que "o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor" tem incidência nas obrigações trabalhistas líquidas e com termo previamente fixado, a exemplo do que ocorre com o salário, gratificação natalina, férias, etc. São obrigações desse jaez que justificam a incidência de juros e correção monetária na fase prévia à interpelação extrajudicial ou ajuizamento da ação, porque a mora ocorre "ex re", incidindo a SELIC após esse marco.

Já o parágrafo único do art. 397 do CC ao dispor que "não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial", está reservado às obrigações contratuais sem termo certo, dependentes da interpelação para a caracterização da mora do devedor e repercussões atinentes aos juros moratórios. São dessa natureza as obrigações inadimplidas que culminam em fixação de indenização por danos morais ou materiais, situações de mora "ex persona". Em casos tais não há condições legais para a incidência de juros moratórios prévios à interpelação judicial ou extrajudicial.

Portanto, como nessas obrigações contratuais os juros de mora fluem do ajuizamento da ação, em coerência, inclusive, com o que expressa o art.

883 da CLT, perante a definição da SELIC como critérios de juros e correção monetária, há impossibilidade legal e lógica de persistência do que preconiza a S. 439 do TST. A SELIC haverá de incidir do ajuizamento da ação, sob risco de confronto com norma legal que assegura que a mora nas obrigações contratuais produz efeitos do ajuizamento da ação, não havendo no precedente do STF qualquer desiderato de abonar os efeitos da mora em parte do seu lapso, o que ocorreria se a SELIC somente incidisse da fixação do quantum indenizatório. Assim, porque não há uma aderência fática estrita ao precedente paradigma do STF, ao se ponderar que, nos danos morais/materiais, não há mora no lapso anterior ao ajuizamento da demanda e, logo, os juros legais não encontram campo para a sua incidência, não há como aplicar a íntegra da decisão proferida em repercussão geral.

Ademais, considerando-se a impossibilidade de se deixar a descoberto o horizonte entre o ingresso em juízo e a decisão judicial definitiva do valor da indenização da lesão patrimonial ou extrapatrimonial, sob pena de inocuidade do art. 883 da CLT (que contém regra específica sobre a temática e não compôs objeto de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte), e também considerando-se que a SELIC é um índice composto, sendo o único definido pelo STF para atuar em quadra judicial, fase esta em que, justamente, se define o quantum indenizatório, filio-me à posição jurídica que vem sendo descortinada na diretriz de que, aos danos morais e materiais, deve ser aplicada somente taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, nos moldes da ADC 58 do STF.

Sinalizo que já há precedente vinculante em recente julgado da SDI-1 do TST:

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS. CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA POR VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, II, DA CONSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. Encontra-se pacificado, na SBDI-1, o entendimento de que a pretensão de correção do índice de correção monetária e conformação dos termos do acórdão regional à tese

vinculante do STF sobre a matéria viabiliza o conhecimento do recurso de revista por violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal, violação que se dá de forma direta e literal, no termos do que preceitua o artigo 896, § 2º, da CLT. Precedentes . ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS E JUROS DE MORA. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. PARCELA ÚNICA. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC 58. Trata-se de condenação em indenização por danos morais e materiais, em parcela única . Para o caso em exame, esta Corte superior havia fixado o entendimento de que os juros de mora das condenações em danos morais e materiais deveriam ser contados da data do ajuizamento da ação , nos termos da Súmula 439 do TST, e a atualização monetária se daria a partir da decisão de arbitramento ou alteração de valores das referidas condenações, momento em que há o reconhecimento do direito à verba indenizatória. O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária realizada em 18 de dezembro de 2020, ao julgar o mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 5.867 e 6.021, em conjunto com as Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 58 e 59, julgou parcialmente procedentes as ações, a fim de, emprestando interpretação conforme à Constituição aos artigos 879, § 7º, e 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, definir, com efeito vinculante, a tese de que " à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil) " (redação dada após acolhidos embargos de declaração a fim de

sanar erro material). Ao julgar os primeiros embargos declaratórios esclareceu que: " Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991).". Houve modulação dos efeitos da decisão principal, fixando-se o entendimento segundo o qual todos os pagamentos realizados a tempo e modo, quaisquer que tenham sido os índices aplicados no momento do ato jurídico perfeito, assim como os processos alcançados pelo manto da coisa julgada, devem ter os seus efeitos mantidos, ao passo que os processos sobrestados, em fase de conhecimento, independentemente de haver sido proferida sentença, devem ser enquadrados no novo entendimento jurídico conferido pelo precedente vinculante, sob pena de inexigibilidade do título executivo exarado em desconformidade com o precedente em questão. Quanto aos processos em fase de execução, com débitos pendentes de quitação, e que não tenham definido o índice de correção no título executivo, também devem seguir a nova orientação inaugurada pelo precedente. Diante do decidido, é possível concluir, sucintamente, que, para todos os processos com débitos trabalhistas quitados até a data do referido julgado (18/12/2020), torna-se inviável o reexame da matéria, seja como pretensão executória residual, seja como incidente de execução, seja como pretensão arguível em ação autônoma, ainda que de natureza rescisória. Já para os processos em fase de execução que possuem débitos não quitados, há que se verificar o alcance da coisa julgada. Se o índice de correção monetária aplicável aos débitos trabalhistas foi fixado no título executivo, transitando em julgado,

não há espaço para a rediscussão da matéria, nos termos acima referidos. Ao contrário, se não tiver havido tal fixação no título executivo, aplica-se de forma irrestrita o precedente do Supremo Tribunal Federal, incidindo o IPCA-E até a data imediatamente anterior ao ajuizamento da ação, e desde então, a taxa SELIC. Com a fixação do precedente vinculante exarado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC nº 58, que afastou o critério previsto no art. 883 da CLT como base jurídica para o cômputo de juros de mora na Justiça do Trabalho, tem-se que incidirá a taxa SELIC - que engloba juros e correção monetária, desde a data do ajuizamento da ação nesta Justiça Especializada, e não mais pelo critério cindido a que faz alusão a Súmula 439 do TST, se amoldando, assim, ao precedente vinculante do STF. Tal conclusão decorre da própria unificação havida entre a disciplina dos juros moratórios e da atualização monetária dos débitos trabalhistas, cuja taxa SELIC passou a ser utilizada de forma geral para ambos os aspectos (correção e juros de mora), tornando impraticável a dissociação de momentos para a incidência do índice no processo trabalhista. Ainda, o STF não fez distinção quanto à natureza dos créditos deferidos para aplicação da decisão vinculante proferida na ADC nº 58. Em recentes reclamações, a Suprema Corte tem definido não haver " diferenciação quanto à atualização monetária de créditos oriundos de condenação ao pagamento de indenização por dano moral e daqueles oriundos de condenação por dívidas trabalhistas comuns " . (Reclamação nº 46.721, Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no Dje em 27/07/2021). Ainda, nesse sentido: Rcl 55.640/PI, Relator Ministro Edson Fachin, Dje de 01/06/2023; Rcl 56.478/ES, Relator Ministro Nunes Marques, Dje de 19/06/2023; Rcl 61.322/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Dje de 04/08/2023; Rcl 61.903/AM, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Dje de 30/08/2023; Rcl 62.698/SP, Relator Ministro Gilmar

Mendes, DJe de 29/02/2024. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido" (E-RR-202-65.2011.5.04.0030, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 28/06/2024). grifei

Dou provimento ao recurso e condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de quinze mil reais, com correção pela SELIC, desde o ajuizamento da ação.

A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua **24ª Sessão Ordinária Virtual**, realizada no período de 15 a 23 de agosto de 2024, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 06 de agosto de 2024, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador **ESEQUIAS DE OLIVEIRA**, com a participação dos Excelentíssimos Desembargadores **ANA PAOLA DINIZ** e **MARIZETE MENEZES**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,

por maioria, **DAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção pela SELIC, desde o ajuizamento da ação. VENCIDA a Exm^a. Des^a. MARIZETE MENEZES que fixava a indenização por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cujo marco inicial da correção monetária se daria com a data da publicação da decisão que arbitrou o quanto indenizatório.

Obs.: A Exm^a. Des^a. MARIZETE MENEZES apresentou voto divergente, nos termos a seguir transcritos: *"Apresento divergência ao voto condutor que acolheu o pedido de indenização por danos morais fixada em R\$15.000,00 porquanto reputo excessivo.*

No particular, ainda que não haja uniformidade entre os órgãos julgadores, buscam os tribunais pátrios parâmetros para adequar as indenizações. Por isso, o valor do dano moral tem sido enfrentado sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida.

Em casos que tais, a fixação do valor da indenização depende muito do caso concreto e, da mesma forma, da sensibilidade do julgador, sendo impossível, portanto, afastar um certo subjetivismo. A indenização não pode

ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa.

Outrossim, entendo que a concessão de elevadas indenizações pode ensejar a banalização do instituto jurídico da responsabilidade civil, cabendo, pois ao Judiciário não incentivar ações dessa natureza.

Logo, tendo em vista o padrão econômico da parte reclamada, a repercussão do dano sofrido, em razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa da parte postulante, fixo o valor da indenização por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Quanto a correção monetária, entendo que o seu marco inicial se dá com a publicação da decisão que arbitrou o quanto indenizatório.

É como decido."

ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

Relatora

Acórdão Ordinário Trabalhista nº 0001012-40.2023.5.05.0661

RECORRENTE: EVA SILVA BASTOS DA CRUZ

RECORRIDO: MAURICEA ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA

RELATORA: ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE DEMISSÃO. VALIDADE. TEMA 497 DO STF. ART. 7º DA CEDAW. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO.

O reconhecimento da validade da rescisão contratual da empregada gestante sem a observância das formalidades legais implica ofensa à garantia de emprego prevista no art. 10, II, "b", do ADCT. O art. 500 da CLT expressamente exige a assistência sindical como condição de validade do pedido de demissão do empregado estável. O STF, no RE 629.053 (tema 497) firmou tese no sentido de que "a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso. II, do ADC somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa." In casu, o pedido de demissão é incontroverso, contudo, o conhecimento do estado gestacional ocorreu posteriormente, ou seja, acreditada que estava se desligando do seu emprego anterior e, muito brevemente, partindo para uma nova experiência profissional. Era o natural raciocínio de uma mulher sem filhos encarando os ônus e bônus de suas decisões profissionais, suscetíveis de atingir somente a si. A decisão foi tomada pela reclamante sem saber da gestação, impossibilitando que ponderasse sobre todos os aspectos e consequências dessa decisão perante a maternidade que se avizinhava. Não há como apartar a dura realidade do mercado de trabalho que dificulta o acesso a emprego às mães e às gestantes. Demandas dessa natureza impõem ao magistrado interpretar e aplicar o direito encarando a perspectiva da mulher, orientando-se pelos ditames do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero aprovado pelo Grupo de Trabalho (Portaria CNJ Nº 27/21), consoante está previsto na Resolução nº 492 do CNJ e refletindo sobre o direito de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na vida real. "A magistratura brasileira, inserida nesse contexto de diferenças estruturais, caso pautada na crença de uma atuação jurisdicional com a aplicação neutra da lei e sem a compreensão da necessidade de reconceitualização do direito, servirá apenas como meio de manutenção das

visões heteronormativas, racistas, sexistas e patriarcais dominantes, em descompasso com os preceitos constitucionais e convencionais da igualdade substancial (Pag. 40 do Protocolo). O julgamento com a adoção do referido protocolo está em alinhamento com o que preconiza o art. 7º da CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, ao ditar a necessidade de "proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação."

EVA SILVA BASTOS DA CRUZ interpôs recurso ordinário nos autos da ação em que litiga com MAURICEA ALIMENTOS DO NORDESTE LTDA. O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos. Não houve apresentação de contrarrazões. Dispensada a manifestação prévia do d. Ministério Público.

É o relatório.

NULIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO. EMPREGADA GESTANTE.

Reage contra a sentença que indeferiu o pleito de nulidade do pedido de demissão sob a justificativa de inexistência de vício do consentimento e porque não postulada a reintegração.

Anota que na "documentação de id. 32a61f2, percebe-se que o filho da recorrente nasceu ao dia 19/01/2024, assim sendo, ao momento da rescisão a recorrente estava com pelo menos quatro meses de gestação."

Argumenta que "o pedido de demissão sem assistência sindical não pode ser considerado válido, independentemente de pedido de demissão, do tempo que perdurou o pacto laboral, da ciência do empregador acerca do estado gravídico da empregada ou da reintegração ou não da recorrente."

Assinala que à luz do que está pacificada na jurisprudência do TST e do que está previsto no art. 500 da CLT, "Não havendo a assistência sindical ou do Ministério do Trabalho, o que comprovadamente não houve, o ato de demissão deve ser considerado nulo, sendo devidas as verbas decorrentes de dispensa imotivada e indenização do período estabilitário."

Pontua que não há amparo legal ou doutrinário para condicionamento do direito da empregada gestante à proteção contra a despedida arbitrária à existência de pedido de reintegração ou concordância em voltar ao trabalho.

Aduz, por fim que " o abuso de direito traduz-se em ato jurídico praticado lícitamente em seu conteúdo e ilícitamente na sua extensão. Verifica-se, contudo, que o artigo 10, II, b, do ADCT é norma de eficácia plena e de conteúdo mínimo e somente pode ser alterada por meio da lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição Federal. Assim, temos que a aludida garantia provisória no emprego, enquanto não advier a lei complementar sob comento, não comporta exceções, razão pela qual a recusa de retorno ao emprego no período de estabilidade da gestante não pode caracterizar abuso de direito."

O juízo de primeiro grau assim decidiu a lide:

"PEDIDO DE NULIDADE DA DESPEDIDA. A reclamante, sob a alegação que não teve seu pedido de demissão homologado pelo sindicato, na forma do art. 500, da CLT, pleiteia pagamento de parcelas rescisórias e indenização pelo período estável. Após compulsar os autos, entendo não merecer razão a reclamante. A partir de uma interpretação teleológica do art. 500 da CLT, é possível depreender que o referido dispositivo legal traz a necessidade de homologação sindical da rescisão contratual do detentor de estabilidade, para que não haja vício de consentimento na decisão de por fim ao vínculo empregatício e, por conseguinte, à garantia provisória de emprego. Ora, no caso em exame, a reclamante sequer alega a existência de vício de consentimento no momento em que decidiu extinguir o vínculo de emprego e, mesmo tendo ajuizado a presente ação somente quatro meses após o referido pedido de demissão, não pleiteou a reintegração ao trabalho, restringindo-se a requerer sem qualquer justificativa plausível sua conversão em indenização pelo período estável. Observa-se, assim, manifesto abuso de direito, uma vez que a autora, sob o argumento de se tratar de "uma questão de direito", formula pedidos relativos a uma estabilidade que sabidamente renunciou, violando a boa fé objetiva que deve reger os contratos de trabalho, com a

intenção de obter vantagem financeira que não faz jus. Ante ao exposto, tendo em conta a inexistência de vício de consentimento no pedido de demissão realizado, entendo por válida a renúncia à garantia provisória de emprego, sendo por isso improcedentes os pedidos formulados."

A decisão enseja revisão.

Está posto na petição inicial que a reclamante, admitida em 09.09.2020 pediu demissão em 24.07.2023, movida pelas graves faltas cometidas pelo empregador e sem conhecimento de seus direitos como gestante, suscitando nulidade do ato porque não ocorreu a assistência sindical prevista no art. 500 da CLT e postulando, além da nulidade do pedido de demissão, o pagamento indenizado do período estabilitário.

Ultrassonografia obstétrica feita em 16.09.2023 (fls. 19 do pdf) retrata, aquela altura, gestação de 21 semanas e 5 dias, o que confirma a condição gestacional de aproximadamente 13 semanas ao tempo da ruptura contratual.

Na contestação assinala-se que ao tempo de ajuizamento da ação a reclamante já estava com aproximadamente sete meses de gestação, tendo sido proposta quatro meses após o pedido de demissão, iniciativa não contaminada por vício do consentimento, o que, portanto, não daria ensejo ao reconhecimento do direito previsto no art. 10, II, "b" do ADCT. Pontua a empresa que com o pedido de demissão a reclamante renunciou à estabilidade provisória, caracterizando como abusiva a pretensão da reclamante, substancialmente porque voltada ao recebimento de indenização substitutiva, representando simples monetização da garantia de emprego e obstando ao empregador beneficiar-se da mão de obra.

O documento de fls. 90 do pdf retrata pedido de demissão lavrado de próprio punho pela autora e solicitando o desligamento por motivos pessoais.

Imperioso ressaltar que o direito à estabilidade da empregada gestante pressupõe apenas, consoante estatuído no art. 10, II, "b" do ADCT da CF/88, o fato objetivo da concepção, sendo o prévio conhecimento pelo empregador e, inclusive, pela própria trabalhadora, irrelevante. Consubstancia-se em direito fundamental, inserto em norma de ordem pública.

O STF, no RE 629.053 (tema 497), com repercussão geral, firmou tese no sentido de que "a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso, II, do ADC somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa."

Nesse julgamento o Min. Alexandre de Moraes, em voto divergente que prevaleceu, observa que "a proteção contra dispensa arbitrária da gestante, caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais - licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável-; quanto da criança (...), ao efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura - econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego -, consagrada com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador)."

A estabilidade gestacional é, como visto, um direito de dupla titularidade, a mulher e a criança (nascituro), sintetizando o reconhecimento social da situação de fragilidade da gestante, que se exterioriza num plexo de cuidados e preocupações consigo e com o nascituro para a gravidez chegar a bom termo e, logo após o nascimento, a situação de vulnerabilidade do recém-nascido, o que se expressa pelo esforço da mãe no atendimento às suas necessidades físicas e psicológicas, essenciais para que se desenvolva plenamente, contexto no qual a estabilidade econômica que o direito a estabilidade traz faz toda a diferença.

O escopo da norma sempre foi o de conferir garantia objetiva de emprego à gestante desde a confirmação da gravidez, sendo certo que ao fazer uso da expressão "confirmação", em verdade, quis o legislador constituinte referir-se à concepção. Com efeito, o objetivo maior da garantia constitucional é a proteção da maternidade e da infância, e não apenas resguardar a gestante da dispensa arbitrária.

Não há como negar o direito à estabilidade provisória a partir do argumento da autonomia da vontade ou pela inexistência de vício do consentimento, por ter sido da trabalhadora a iniciativa de desligamento, afinal, em questão, direito indisponível e irrenunciável destinado também a garantir amparo ao nascituro.

Ressentindo-se o feito de uma instrução processual (as partes não foram ouvidas e não apresentaram testemunhas) sequer há informações precisas quanto a ter conhecimento a reclamante do seu estado gestacional ao tempo em que teve esse iniciativa, o que parece ter ocorrido quando realizou os

exames médicos colacionados aos autos. O curto tempo de gestação ao tempo do desligamento, pode ser tido como indicativo desse desconhecimento.

Sendo o conhecimento do estado gestacional ao tempo da demissão uma incerteza, é preciso raciocinar que a trabalhadora estava se desligando do seu emprego anterior e confiando que, muito brevemente, partiria para uma nova experiência profissional. Era o natural raciocínio de uma mulher sem filhos encarando os ônus e bônus de suas decisões profissionais, suscetíveis de atingir somente a si. Se a decisão foi tomada pela reclamante sem saber da gestação, não tinha como ponderar sobre todos os aspectos e consequências dessa decisão perante a maternidade que se avizinhava.

Consoante observa a magistrada Adriana Manta em aula proferida na Escola Judicial do TRT 5ª Região, tendo como tema Protocolo de Julgamento sob Perspectiva de gênero, os dados do mercado de trabalho estampam de forma suficientemente clara as restrições que destampam para a mulher após a maternidade. "A gestação é fator de discriminação no mercado de trabalho, dificultando a recolocação profissional da mulher. Retratando a reação do mercado de trabalho à maternidade, um estudo realizado pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV EPGE) apontou que após 24 meses 48% das mulheres que tiram licença-maternidade está fora do mercado de trabalho, um padrão que se perpetua inclusive 47 meses após a licença[1]. O relatório do IBGE "Estatísticas de Gênero - Indicadores Sociais das mulheres no Brasil (2ª edição)"[2], citado alhures, apontou que no ano de 2019 a taxa de participação das mulheres com 15 anos ou mais de idade foi de 54,5%, enquanto entre os homens esta medida chegou a 73,7%, uma diferença de 19,2 pontos percentuais. A diferença se acentua nos lares em que existem mulheres de 25 a 49 anos vivendo com crianças de até 3 anos de idade, onde o nível de ocupação foi de 54,6%, enquanto o dos homens, na mesma situação, foi de 89,2%. Percebe-se, facilmente, que a existência de uma criança na primeira infância em uma residência, gera efeitos diversos para homens e mulheres quanto à inserção produtiva, aumentando a participação deles e diminuindo a participação delas.[1] MACHADO, Cecilia; PINHO NETO, Valdemar Rodrigues de. The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil. 2016.[2] IBGE. Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2ª Edição. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 2021. Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf.
Acessado em 05 out 2022."

A situação desses autos determina a adoção do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ nº 27/2021, consoante está previsto na Resolução nº 492 do CNJ.

Segundo o Protocolo, na interpretação e aplicação do direito é preciso atentar que "muitos dos conceitos jurídicos foram construídos e são aplicados de maneira abstrata, sem levar em conta como grupos subordinados de fato experienciam a realidade. Mulheres e outros grupos subordinados - a exemplo de povos e comunidades tradicionais, quilombolas e ribeirinhas; pessoas negras em geral - foram (e ainda são) historicamente excluídos da esfera política, o que impediu que suas experiências fossem levadas em consideração quando da conceitualização de danos juridicamente relevantes e da proposição de soluções jurídicas (ou políticas públicas) para saná-lo." Não, há portanto, como analisar um pedido de demissão de empregada gestante, quando ainda não se sabia nessa condição, sem enfrentar a realidade do mercado de trabalho e as dificuldades que, junto com a maternidade, nascem para as mães. " (Pag. 37 do Protocolo)

Por isso o Protocolo em referência explicita que "a resposta para esse problema - qual seja, o da aplicação do direito de maneira alheia à experiência de grupos subordinados - é muito simples: basta, justamente, refletir sobre o direito de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na vida real. Essa é a recomendação àqueles que buscam julgar com perspectiva de gênero." (Pag. 39 do Protocolo)

Assim, nesse caso concreto, que traz a autonomia da vontade e ausência de vício de consentimento como o fundamento central para a negação ao pedido da estabilidade gestacional, resvalou a sentença na observância da igualdade. Uma vez mais, à luz do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, assinalo que "Se o gênero, como visto anteriormente, é uma construção cultural, as desigualdades de gênero são um fato. E qualquer atuação jurisdicional que se pretenda efetiva no enfrentamento das desigualdades de gênero vai pressupor a compreensão de como atuam as formas de opressão, buscando a desconstrução do padrão normativo vigente (homem/branco/hetero/cristão). A magistratura brasileira, inserida nesse contexto de diferenças estruturais, caso pautada na

crença de uma atuação jurisdicional com a aplicação neutra da lei e sem a compreensão da necessidade de reconceitualização do direito, servirá apenas como meio de manutenção das visões heteronormativas, racistas, sexistas e patriarcais dominantes, em descompasso com os preceitos constitucionais e convencionais da igualdade substancial. (Pag. 40 do Protocolo)"

É preciso assinalar, ademais, que na exordial a reclamante pede a declaração de nulidade da sua despedida. Ora, o pleito de nulidade absoluta de um ato traz implícito o efeito retroativo, qual seja, de restabelecimento do contrato de trabalho. Não é imprescindível haja expressa menção ao direito à reintegração, porque, reitero, também implícito na nulidade absoluta requerida. Consoante admite a própria defesa, quando do ajuizamento da ação a reclamante ainda contava sete meses de gestação, era absolutamente factível o retorno ao trabalho, sendo suficiente o reconhecimento da nulidade do pedido de demissão para que esse efeito operasse imediatamente, sem que a reclamante pudesse obstá-lo. Contudo, não extraio da defesa qualquer iniciativa nesse sentido, de disponibilizar o imediato retorno ao trabalho, resultando dessa inércia o esgotamento do lapso de garantia do emprego e estabilidade gestacional previsto no art. 10, II, 'b' do ADCT da CF/88, a ensejar aplicação da segunda solução postulada pela autora, o pagamento da indenização substitutiva de sua estabilidade.

Portanto, não vislumbro abuso da reclamante na persecução do seu direito ao reconhecimento da estabilidade acidentária. Tendo conhecimento, posteriormente ao pedido de demissão, do seu estado gestacional e, até mesmo, vislumbrando as dificuldades decorrentes de iniciativa nesse sentido para recolocação no mercado de trabalho, em detrimento dos direitos e garantias legalmente oferecidos ao seu filho, deve valer-se do Poder Judiciário para efetivação do seu direito.

É justamente nessa perspectiva que não há como atestar plena validade de pedido de demissão de empregado estável sem observância do art. 500 da CLT que assim dispõe:

"O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho" (grifei).

Ressalto, por oportuno, que embora o referido dispositivo esteja sistematicamente inserido no capítulo da CLT referente à antiga estabilidade decenal, não há nenhum motivo razoável para afastar a sua aplicação em relação às demais hipóteses de garantia de emprego previstas no ordenamento justabalhista. Afinal, o escopo da norma é resguardar a lisura da demissão, de modo a assegurar que o empregado estável não esteja sob nenhuma forma de coação, prevenindo, também, erro na manifestação de sua vontade. Tal entendimento é válido tanto para a estabilidade decenal, quanto para as chamadas "estabilidades provisórias", pois o empregado em tal condição necessita de uma maior proteção, o que justifica ser chamado de estável.

Em complemento a esse raciocínio, destaco que o item I da Súmula nº 244 do Eg. TST preceitua que "O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.2004)".

Essa Súmula se alinha com a CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres), da qual o Brasil é signatário, merecendo referência o art. 7º que preconiza: "adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher"; a "estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação"; e de "tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa".

Acerca dessa matéria, o Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, tem entendido que o pedido de demissão da empregada gestante, com direito à estabilidade provisória (artigo 10, II, "b", do ADCT e Súmula nº 244 do TST), por se tratar de direito irrenunciável, independente da duração do pacto laboral e somente tem validade se acompanhado de assistência sindical, ou, inexistindo, se formulado perante autoridade competente. Nesse sentido os seguintes julgados:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA - INTERPOSIÇÃO SOB A REGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE GESTANTE - PEDIDO DE DEMISSÃO - TERMO DE RESCISÃO NÃO HOMOLOGADO PELO SINDICATO - INVALIDADE 1. Esta Corte firmou o entendimento de que o pedido de demissão da empregada gestante, portadora de estabilidade provisória (artigo 10, II, "b", do ADCT e Súmula nº 244 do TST), por se tratar de direito irrenunciável, independente da duração do pacto laboral, somente tem validade se acompanhado de assistência sindical, ou, inexistindo, se formulado perante autoridade competente, nos termos do artigo 500 da CLT. 2. Estando o acórdão embargado em sintonia com a jurisprudência deste tribunal, inviável o conhecimento dos Embargos. Embargos não conhecidos. (E-ED-RR - 22-25.2016.5.09.0001 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 18/10/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018)

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. GESTANTE. PEDIDO DE DEMISSÃO. CONTRATO DE TRABALHO INFERIOR A UM ANO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. VALIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. No caso, o Tribunal a quo concluiu pela validade do pedido de demissão de empregada gestante com menos de 1 ano no emprego, não obstante a ausência de homologação sindical. Nos termos dos artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal, e 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, assegura-se a estabilidade provisória à empregada gestante, desde a ocorrência da gravidez, no curso do contrato de emprego, até cinco meses após o parto. O objetivo disso foi garantir à empregada gestante a continuidade da relação de emprego e a manutenção das condições econômicas necessárias ao desenvolvimento e proteção do nascituro, restringindo a possibilidade de

que seja resilida por iniciativa patronal. Por outro lado, o artigo 500 da CLT dispõe ser válido o pedido de demissão do empregado estável somente quando efetuado com a assistência do Sindicato de sua categoria profissional ou autoridade competente. Assim, por ser incontroverso que a Reclamante já se encontrava na condição de gestante no momento em que efetuou o pedido de demissão, a validade do seu pedido de demissão dependeria da assistência do sindicato, o que, no caso, não ocorreu, independente da duração do contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 90-64.2017.5.12.0030 , Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 26/9/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 5/10/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. (..). GESTANTE. PEDIDO DE DEMISSÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE VÍCIO DE VONTADE. CONTRATO DE TRABALHO COM DURAÇÃO INFERIOR A UM ANO. EMPREGADA ESTÁVEL. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL COM ASSISTÊNCIA SINDICAL OU DE AUTORIDADE COMPETENTE. A discussão dos autos envolve pedido de demissão de empregada gestante, com menos de um ano de contrato de trabalho, sem assistência sindical ou de autoridade competente. É condição essencial para que seja assegurada a estabilidade à reclamante o fato de a gravidez ter ocorrido durante o transcurso do contrato de trabalho, como no caso. O artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Incidência ainda da Súmula nº 244 do TST. O artigo 500 da CLT, por sua vez, estabelece que o pedido de demissão de empregado estável só é válido quando efetuado com assistência sindical ou autoridade competente. Desse modo, tem-se

que, por se tratar de empregada gestante portadora de estabilidade provisória, o reconhecimento jurídico do seu pedido de demissão só se completa com a assistência do sindicato profissional ou de autoridade competente, independentemente da duração do contrato de trabalho (precedentes). Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 1462-64.2014.5.10.0012 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 7/2/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 9/2/2018)

Portanto, merece provimento o recurso da reclamante, ainda que parcialmente, para reconhecimento da nulidade do pedido de demissão e concessão dos direitos postulados.

Como o lapso da estabilidade gestacional previsto no art. 10, II, "b" da ADCT está transcorrido, a única solução aplicável concerne ao pagamento dos direitos incidentes nesse período. Assim, considerando-se o nascimento da criança em 19.01.2024 (fls.99 do pdf), há projeção do termo final do contato de trabalho para 19.06.2024, sendo devidos pleitos relativos à retificação do tempo de serviço na CTPS e pagamento de salário do período estábitário e desde o desligamento, aviso prévio com integração ao tempo de serviços, diferenças de férias com 1/3 (simples e proporcionais), diferença de gratificação natalina (integral e proporcional), diferença de FGTS, multa de 40% do FGTS e multa do art. 477§8º da CLT. Em razão da matéria controvertida não incide a multa do art. 467 da CLT.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS

Com a reversão da improcedência da ação e deferimento dos direitos postulados pela reclamante há, também, reversão do ônus da sucumbência, cabendo à reclamada, com fundamento no art. 791-A da CLT, suportar o pagamento dos honorários advocatícios devidos ao patrono da reclamante e fixados no percentual de 10%, não mais prosperando a condenação nesse sentido, imposta à reclamante na sentença.

De igual sorte, caberá à reclamada o pagamento das custas processuais.

DOU PROVIMENTO ao recurso da reclamante para, modificando a sentença, julgar procedente a ação trabalhista, reconhecendo a nulidade do pedido de demissão face ao direito à estabilidade gestacional previsto no art. 10, II, "b" da ADCT, do que decorre a projeção do termo final do contato de

trabalho para 19.06.2024, e deferimento dos pleitos relativos à retificação do tempo de serviço na CTPS e pagamento de salário do período estável e desde o desligamento, aviso prévio com integração ao tempo de serviços, diferenças de férias com 1/3 (simples e proporcionais), diferença de gratificação natalina (integral e proporcional), diferença de FGTS, multa de 40% do FGTS e multa do art. 477§8º da CLT. Ônus de sucumbência invertido, atribuindo-se ao reclamado o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, no percentual de 10%, devidos ao advogado da reclamante.

A 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua **18ª Sessão Ordinária Virtual**, realizada no período de 20 a 28 de junho de 2024, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 11 de junho de 2024, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador **ESEQUIAS DE OLIVEIRA**, com a participação das Excelentíssimas Desembargadoras **ANA PAOLA DINIZ** e **MARIZETE MENEZES**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,

à unanimidade, **DAR PROVIMENTO** ao recurso da reclamante para, modificando a sentença, julgar procedente a ação trabalhista, reconhecendo a nulidade do pedido de demissão face ao direito à estabilidade gestacional previsto no art. 10, II, "b" da ADCT, do que decorre a projeção do termo final do contrato de trabalho para 19.06.2024, e deferimento dos pleitos relativos à retificação do tempo de serviço na CTPS e pagamento de salário do período estável e desde o desligamento, aviso prévio com integração ao tempo de serviços, diferenças de férias com 1/3 (simples e proporcionais), diferença de gratificação natalina (integral e proporcional), diferença de FGTS, multa de 40% do FGTS e multa do art. 477§8º da CLT. Ônus de sucumbência invertido, atribuindo-se ao reclamado o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, no percentual de 10%, devidos ao advogado da reclamante.

ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ

Relatora

Acórdão do Recurso Ordinário Trabalhista nº 0010106-36.2022.5.15.0057

RELATORA: TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

DATA DA AUTUAÇÃO: 05/07/2023

VALOR DA CAUSA: R\$ 200.000,00

PARTES:

RECORRENTE: POTENSAL NUTRICAÇÃO E SAÚDE ANIMAL LTDA

ADVOGADO: LUIS FERNANDO TREVISAN

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

ACÓRDÃO**1ª TURMA - 1ª CÂMARA****RECURSO ORDINÁRIO****PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N.º 0010106-36.2022.5.15.0057****ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE PRESIDENTE VENCESLAU****RECORRENTE: POTENSAL NUTRIÇÃO E SAÚDE ANIMAL LTDA.****RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO -
PROCURADORIA DO TRABALHO NO MUNICÍPIO DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP****JUIZ SENTENCIANTE: MERCIO HIDEYOSHI SATO**

TUTELA INIBITÓRIA. OBJETIVO É COIBIR O ATO ILÍCITO EM SI. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO DANO.

A tutela inibitória visa coibir o ato ilícito em si. Assim sendo, desnecessária a ocorrência do dano para justificar sua implementação. Inteligência do parágrafo único do artigo 497 do Código de Processo Civil, aplicável por compatível com o direito trabalhista. A constatação de valor acima do nível de ação justifica a exigência de controle sistemático, a fim de minimizar a probabilidade de que ultrapassem os limites de exposição, conforme prevê a NR 9 (9.6.1.2)- Portaria 3.214/78- assim respaldando a imposição de *astreintes*, com cominação de multa em caso de descumprimento.

DANO MORAL COLETIVO. A exposição ao risco à saúde e segurança dos trabalhadores, provocado pela maneira como é organizada a atividade produtiva, configura dano moral *in re ipsa*, assim justificando a estipulação de indenização com finalidade reparatória e pedagógica, a fim de minimizar a probabilidade de que as exposições ocupacionais ultrapassem os limites legais.

Inconformada com a r. sentença (ID 4fa3043) que julgou a presente ação civil pública **parcialmente procedente**, recorre a **requerida** (ID 43156c7). Pugna pela reforma do julgado que deferiu o pedido de tutela inibitória e determinou que a recorrente mantenha o cumprimento de todas

as obrigações listadas nos itens 1 a 5 da petição inicial, atinentes à eliminação, minimização e controle dos riscos no ambiente de trabalho, sob pena de aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por item descumprido. Pretende, ainda, a exclusão da condenação ao pagamento da indenização de R\$30.000,00 (trinta mil reais) a título de dano moral coletivo ou, sucessivamente, caso mantida a condenação, a redução do valor arbitrado pela decisão de Origem. Por fim, alega ser indevida a condenação ao pagamento dos honorários periciais.

Contrarrazões (ID e82e017).

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Presente os pressupostos de admissibilidade, decido **conhecer** do recurso.

2. Do cumprimento e normas de saúde, segurança e higiene do trabalho. Da tutela inibitória e fixação de multa em caso de descumprimento das obrigações de fazer/ não fazer. Dos honorários periciais.

2.1. Do descumprimento de normas de saúde, segurança e higiene do trabalho.

A presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da empresa POTENSAL NUTRIÇÃO E SAÚDE ANIMAL LTDA, tendo por objeto o cumprimento das normas de saúde, segurança e higiene do trabalho.

Dos autos consta que, antes do ajuizamento desta ação, a empresa reclamada foi autuada em duas oportunidades por *"Deixar de adotar medidas necessárias e suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos ambientais"* (autos de infração n.º 21.797.1806 e n.º 21.177.846-2).

Instaurado o Inquérito Civil n.º 000126.2027.15.005/2-62 para apuração dos fatos, a conclusão desfavoreceu a investigada.

Infrutífera a tentativa de solução extrajudicial (Termo de Ajuste de Conduta - TAC), foi ajuizada a presente demanda.

Na peça de ingresso o Ministério Público do Trabalho afirma que foram apuradas as seguintes irregularidades: **a)** existência de poeiras em dispersão no ambiente laboral; **b)** inexistência de sistema de exaustão durante os processos de produção e de ensacamento; **c)** processo de limpeza, mediante varrição, potencializador da disseminação de poeiras em todo o ambiente de trabalho; **d)** planta industrial sem divisão entre os setores; **e)** PPRA sem avaliação quantitativa dos riscos químicos.

Alegando que as irregularidades permaneciam, ante a conduta omissiva da reclamada que, mesmo notificada, deixou de saná-las, o Ministério Público do Trabalho pleiteou a condenação da empresa ao cumprimento das seguintes obrigações:

*"1. **ADOTAR** todas as medidas necessárias e suficientes para a eliminação, a minimização e o controle dos riscos ambientais (físicos, químicos e biológicos), conforme previsto no subitem 9.3.5.1 da Norma Regulamentadora (NR) nº 09 do Ministério do Trabalho (MTb); 2. **INSTALAR** sistemas de exaustão diretamente na fonte geradora de poeiras, de forma a eliminar, minimizar e controlar os riscos químicos no ambiente de trabalho, conforme previsto na NR nº 09 do MTb; 3. **INSERIR** em seu Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) a avaliação quantitativa e qualitativa dos riscos químicos, conforme previsto na NR nº 09 do MTb; 4. **ADOTAR** sistema de proteção coletiva capaz de eliminar, minimizar e controlar os riscos químicos no ambiente de trabalho, conforme previsto na NR nº 09 do MTb; e 5. **INSERIR** em seu PPRA medidas administrativas para evitar o derramamento de produtos no chão, bem como para evitar a varrição dos produtos químicos no ambiente de trabalho, conforme previsto na NR nº 09 do MTb."*
(ID 1dc39b3 - pág. 13-14)

Requeru, ainda, a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Ao se defender a reclamada impugnou as pretensões deduzidas na exordial. Alegou, em suma: que nunca foi omissa quanto à observância das

normas de segurança do trabalho; que sempre forneceu todos os equipamentos de proteção individual necessários e adequados aos seus empregados; que as supostas irregularidades foram apontadas em fiscalizações antigas, datadas de 2019 e 2021; que na oportunidade sequer foram realizadas medições a fim de apurar, de forma segura, a existência do agente físico poeira acima dos limites de tolerância fixados pela NR; que nenhum empregado foi afastado por problemas respiratórios decorrentes de exposição à poeira; e que houve significativa transformação da sua planta industrial e consequente melhoria das condições de trabalho dos seus empregados.

A ação foi julgada parcialmente procedente

Contra tal decisão, recorre a reclamada. Busca a reforma do julgado alegando, em síntese, o seguinte: que a perícia técnica realizada nos autos apurou, em relação à poeira mineral, índice abaixo do limite de tolerância previsto na respectiva norma regulamentadora; que nenhum empregado foi afastado por problemas respiratórios; que nas fiscalizações que precederam o ajuizamento da ação nunca foi realizada medições a fim de apurar, objetivamente, o índice de poeira química presente no ambiente de trabalho, de sorte que sequer o auto de infração poderia ter sido lavrado; que inexistente fundamento fático ou jurídico para amparar a concessão da tutela inibitória, uma vez que *"jamais existiu descumprimento das normas de segurança"*; que a despeito da controvérsia acerca da existência de irregularidades à época das fiscalizações pretéritas, fato é que atualmente todas as obrigações elencadas pelo Ministério Público do Trabalho foram e estão sendo cumpridas, de acordo com as normas regulamentadoras, conforme apurado pela prova técnica; que a tutela inibitória, no caso dos autos, perpetua a litigiosidade gerando insegurança jurídica, além de ensejar dupla obrigação (uma decorrente da Lei e outra do título judicial); que inexistente indício, tampouco prova de risco de descumprimento das medidas, já adotadas pela empresa; que não há prova da ocorrência do dano moral coletivo, sendo indevida a condenação ao pagamento de indenização; e que como não foi sucumbente no objeto da perícia, indevida a condenação ao pagamento dos respectivos honorários.

Sucessivamente, caso mantida a condenação, a recorrente pugna pela redução dos valores arbitrados a título de astreintes e indenização por dano moral coletivo.

Pois bem.

A requerida tem como objeto social *"a fabricação, importação e exportação de sal mineralizado, produtos alimentícios e nutritivos para animais, defensivos, produtos veterinários e comércio atacadista de alimentos para animais, prestação de serviços de armazenamento, beneficiamento e comércio atacadista de cereais in natura, compra e venda, importação e exportação de soja, milho, arroz, feijão, aveia, trigo e demais cereais"* (contrato social => ID 80acf82 - pág. 07).

Restou demonstrado nos autos que, mesmo após a mudança das suas instalações em 2019, antes do ajuizamento da presente ação a recorrente foi autuada 02 (duas) vezes pelo órgão de fiscalização competente, que apurou a existência das seguintes irregularidades:

O Auto de Infração n.º 21.797.180-6, lavrado em 30/07/2019 (documento juntado aos autos sob ID 1693c08 - pag. 01 e seguintes), consignou o seguinte:

"(...)

Em ação fiscal mista iniciada em 23/04/2019 e em curso até a presente data foi constatado que - (...). - embora a autuada - após a última fiscalização ocorrida em 17/08 /2016 - tenha alterado significativamente o processo produtivo, inclusive com alteração da planta industrial para outro estabelecimento e tenha consignado no PPRA, adendos e anexos apresentados a existência de coletores de pó, exaustores de teto, exaustores de linha, sistema de transporte pneumático e filtros instalados na tubulação, o fato é que as medidas adotadas NÃO foram SUFICIENTES para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos químicos.

Em inspeção física no estabelecimento da fiscalizada, embora o processo produtivo se encontre paralisado, constatou-se evidências da existência de poeiras geradas pelo processo produtivo e já assentadas no piso, nos silos, no estoque de matéria-prima, etc.

As entrevistas realizadas com os trabalhadores também revelaram a existência de poeiras geradas pelo processo produtivo e dispersas no ambiente de trabalho.

Por sua vez, as análises quantitativas dos produtos químicos (anexo VIII) revelam a existência de poeiras em dispersão no ambiente de trabalho.

Além disso, ainda em inspeção física constatou-se a inexistência de exaustão na alimentação das matérias primas que são adicionadas manualmente ao processo produtivo. Foi constatada, ainda, a inexistência de exaustão no ensaque dos produtos acabados que embora seja realizado de modo automatizado, dispersam poeira em todo o ambiente de trabalho, pois trata-se de planta industrial sem divisão física entre os setores.

(...)

Fácil perceber, portanto, que a autuada NÃO adotou as medidas necessárias (instalação de sistema de exaustão na alimentação ad matéria prima - esvaziamento de sacos e no ensaque de produto acabado - enchimento de sacos) para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos químicos (imagens anexas).

(...)

As análises quantitativas dos agentes químicos realizadas recentemente (2019) no setor misturador (premix), no setor de expedição (carregamento), no setor de produção (paletização) e no setor de produção de proteinado (ensacadeira) revelam que o limite previsto no item 9.3.6.2, alínea "a" da NR-09, qual seja, metade do limite de exposição ocupacional previstos na ACGIH, NÃO foram reduzidos a ponto de ser desnecessária a adoção de medidas de ação por parte da fiscalizada, conforme relatórios de ensaio de agentes químicos anexos.

Registre-se, por oportuno, que NÃO consta do PPRA apresentado e seus anexos comprovação de

inviabilidade técnica para adoção de proteção coletiva (sistema de exaustão).

Portanto, considerando que a exposição dos trabalhadores aos diversos riscos químicos existentes no processo produtivo coloca em risco a saúde dos trabalhadores e a fiscalizada NÃO adotou medidas necessárias e suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos ambientais, não restou outra alternativa senão a lavratura do presente auto de infração.

(...) (ID 1693c08 - pag. 01-02)

Já no **Auto de Infração n.º 22.177.846-2**, lavrado em 31/08/2021 (documento juntado aos autos sob ID 7fc2118 - pag. 01 e seguintes), constou o seguinte:

"Em ação fiscal mista iniciada em 24/08/2021 e em curso até a presente data foi constatado que - (...). - em que pesa a autuada - desde a última fiscalização ocorrida em 23/04/2019 - tenha mantido a consignação no PPRA a existência de coletores de pó, exaustores de teto, exaustores de linha, sistema de transporte pneumático e filtros instalados na tubulação, o fato é que as medidas adotadas pela autuada NÃO foram SUFICIENTES para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos químicos.

Em inspeção física no estabelecimento da fiscalizada, na linha de produção mineral, constatou-se a atividade de ensaque manual de parte da produção. Segundo informações colhidas com os trabalhadores envolvidos na atividade, esse processo ocorre diariamente em decorrência de embalagens furadas/rasgadas. O produto inicialmente ensacado mecanicamente, é peneirado e despejado manualmente em um equipamento (tipo funil) e reensacadas manualmente, pesadas e lacradas. O processo gera poeira que é nitidamente vista a olhos nus.

Além da constatação visual, é possível constatar evidências da existência de poeiras geradas no processo produtivo já assentadas no piso, nos silos, no

estoque de produtos, etc. NÃO foi constatado qualquer tipo de sistema de exaustão diretamente na fonte geradora de poeiras, a instalação de qualquer tipo de sistema de exaustão.

Ademais, o processo de limpeza do ambiente mediante varrição, potencializa a disseminação de poeiras em todo o ambiente de trabalho.

E mais. Ainda no processo de ensaque mecanizado (tanto na linha de produção mineral quanto na linha de produção de proteinados), foi possível constatar que o sistema de coletores de pó, exaustores de linha e filtros NÃO são suficientes para eliminar, minimizar ou controlar a emissão de poeira no ambiente de trabalho, já que dispersam poeira em todo ambiente de trabalho por NÃO haver divisão física entre os setores.

Além disso, ainda em inspeção física, constatou-se a inexistência de sistema de exaustão na alimentação das matérias primas que são adicionadas manualmente ao processo produtivo através de bags de 1000 kg.

Nesse sentido, a FUNDACENTRO publicou manual AVALIAÇÃO QUALITATIVA DE RISCOS QUÍMICOS - orientações básicas para o controle da exposição a produtos químicos no qual, verifica-se às páginas 72/73, no tópico destinado à medida de controle para enchimento de saco e às páginas 75/77, no tópico destinado à medida de controle de esvaziamento de sacos, que há de existir sistema de exaustão na fonte geradora de poeira.

Fácil perceber, portanto, que a autuada NÃO adotou as medidas necessárias (instalação de sistema de exaustão na alimentação de matéria prima - esvaziamento de sacos e no ensaque de produto acabado - enchimento de sacos) para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos químicos.

(...)

Registre-se, por oportuno, que o PPRA, embora reconheça a existência de risco químico (poeiras e particulados respiráveis) para diversos grupos homogêneos de exposição, DEIXOU de avaliar quantitativamente os riscos químicos no PPRA vigente em 2020. Apesar disso, o PPRA considerou que o EPI fornecido é eficiente sob a justificativa de que o fator de proteção atribuído ao EPI é maior que o fator de proteção requerido. Ora, se o fator de proteção requerido consiste na divisão do nível de concentração do agente químico pelo limite de tolerância do agente químico, como seria possível chegar ao resultado do fator de proteção requerido somente com a avaliação qualitativa?

Destaque-se, ainda, que NÃO consta do PPRA apresentado comprovação de inviabilidade técnica para adoção de proteção coletiva efetiva (sistema de exaustão ou isolamento dos setores com fonte geradora de poeira) capaz de eliminar, minimizar ou controlar os riscos químicos.

Também NÃO se verificou do PPRA apresentado, a adoção de medidas administrativas para evitar o derramamento de produto no chão e, por consequência a varrição dos produtos químicos que acaba gerando poeira em todo ambiente de trabalho.

Portanto, considerando que a exposição dos trabalhadores aos diversos riscos químicos existentes no processo produtivo coloca em risco a saúde dos trabalhadores e a fiscalizada NÃO adotou medidas necessárias e suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos químicos, não restou outra alternativa senão a lavratura do presente auto de infração.

Consigne-se, por fim, que a fiscalizada já foi autuada pela mesma irregularidade em 2019, entretanto, NÃO se verificou modificação significativa no processo produtivo capaz de eliminar, minimizar ou controlar os riscos químicos existentes no ambiente de trabalho.

(...)" (ID 7fc2118 - pag. 01-02)

A própria requerida reconhece que a lavratura dos autos de infração (AI n. 21.797.180-6 de 30/07/2019 - ID 9ed15a4. pág. 06-07 e AI n.º 22.177.846-2 de 31/08/2021 - ID 7fc2118. pag. 01 e seguintes), ocorreu após a mudança de sua planta industrial, o que torna inafastável a conclusão de que as condições de trabalho ali referidas foram constatadas nas novas instalações da recorrente.

Ademais o documento ID 5a1a182 comprova que, além da fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho (Autos de Infração referidos), a Assessoria Técnica em Medicina do Trabalho do autor (Ministério Público do Trabalho) periciou as dependências físicas da requerida e também apurou a existência de irregularidades.

Portanto, antes do ajuizamento da presente ação em 2022 foram constatadas irregularidades que estavam ocorrendo desde 2017, restando demonstrado que a recorrente não vinha adotando as medidas necessárias para a devida proteção coletiva da saúde de seus empregados como, por exemplo, a implementação de efetivo sistema de exaustão e isolamento dos setores /fonte geradora de poeira.

Destarte, não prosperam as alegações recursais de que nunca houve qualquer irregularidade e que as conclusões fiscalizatórias estariam maculadas pela ausência de medições dos índices de poeira química, pois a prova dos autos demonstra que foi constatada a dispersão de poeiras no ambiente de trabalho (vide, ilustrativamente, ID 5a1a182 - pág. 03 a 05 e 11), pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.2. Da tutela inibitória

Ao disciplinar a tutela inibitória o § único do artigo 497 do CPC, subsidiariamente aplicável por compatível com o direito trabalhista, estabelece:

"Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a

continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo"

Neste sentido caminha a jurisprudência do C. TST:

"RECURSO DE REVISTA DO AUTOR - INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA INIBITÓRIA - SATISFAÇÃO DE PARTE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER NO CURSO D A AÇÃO.1. A priorização da tutela específica na ação civil pública, que é consectário das previsões contidas nos arts. 3º e 11 da Lei nº 7.437/1985, mais do que assegurar às partes o acesso ao bem da vida efetivamente perseguido por meio do processo, traz consigo valiosa possibilidade por se buscar tanto a tutela reparatória - que se volta à remoção do ilícito já efetivado - quanto a tutela inibitória - consistente na qualidade da prestação jurisdicional que busca evitar a consumação do ilícito ou a sua reiteração. 2. No caso dos autos, o Tribunal Regional manteve a sentença que indeferiu parcialmente a tutela inibitória, quanto a medidas que objetivam a eliminação, minimização ou o controle dos riscos ambientais, notadamente relacionadas a irregularidades verificadas dos Programas de Prevenção de Riscos e Acidentes da empresa, porquanto durante o curso da ação a reclamada cumpriu parte das obrigações pretendidas. 3. Nos termos do art. 497, parágrafo único, do CPC, a tutela inibitória destina-se a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, e para a sua concessão não há necessidade de demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. 4. Nesse diapasão, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, ainda que constatada no curso do processo a cessação do dano ou o cumprimento da obrigação de fazer pretendida, justifica-se o provimento jurisdicional com o intuito de prevenir o eventual descumprimento de decisão judicial reparatória e a repetição da prática de ofensa a direito material e, possivelmente, de dano, razão pela qual o

acórdão recorrido merece reforma a fim de se adequar à jurisprudência desta Corte sobre a matéria. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (ARR - 69286.2014.5.03.0070, Relatora Desembargadora Convocada: Margareth Rodrigues Costa, Data de Julgamento: 14/09/2022, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2022)

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI No 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. REQUISITOS. NATUREZA PREVENTIVA. 1. A Eg. 8ª Turma não conheceu do recurso de revista do autor: Adotou a tese do Tribunal Regional no sentido de que não é possível o acolhimento de tutela inibitória " em face de situações meramente abstratas e hipotéticas " e que não há, nos autos, " elementos de prova que indiquem concretamente qualquer violação ou ameaça de violação por parte dos réus, levando em consideração os instrumentos coletivos firmados nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação ". 2. A tutela inibitória possui natureza preventiva e tem por escopo evitar a prática, repetição ou continuação do ilícito, do qual, potencialmente, surgirá o dano a direitos fundamentais. Como em todo provimento jurisdicional de natureza preventiva - que se volta para o futuro -, a tutela inibitória não dispensa o julgador de juízo de probabilidade. Entretanto, não há marco temporal que defina o juízo de probabilidade, como entendeu a Turma . 3. Efetivamente, a rigor, e considerando-se a teoria mais pura acerca da tutela inibitória, sequer seria necessária prévia violação de direito para se instalar o juízo de probabilidade. Também o caráter genérico ou abstrato da determinação não é obstáculo à concessão da tutela inibitória. Cabível, portanto, a tutela pretendida, em caráter preventivo . Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR - 683900-65.2009.5.09.0024 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11/04/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 24/05/2019)

O preceito legal e a jurisprudência majoritária convergem no entendimento de que a tutela inibitória visa coibir o ato ilícito em si, de sorte que a demonstração da ocorrência do dano deixa de ser necessária para tanto.

Destarte, a alegação de que nenhum empregado foi acometido/afastado por problemas respiratórios não é suficiente para elidir as provas que demonstram ter ocorrido o descumprimento reiterado de normas de saúde, segurança e higiene do trabalho pela requerida antes do ajuizamento da presente ação.

Ademais, como bem observou a decisão primeva, embora a perícia realizada nestes autos não tenha verificado a existência de agente insalubre acima dos limites de tolerância, constatou a existência de valores que estavam acima do nível de ação, assim respaldando a implementação de ações de controle sistemático, com o objetivo de minimizar a probabilidade de ultrapassar os limites de exposição, conforme preceitua o item 9.6.1.2 da NR 9 (Portaria 3214/78), ao estabelecer:

"Considera-se nível de ação, o valor acima do qual devem ser implementadas ações de controle sistemático, de forma a minimizar a probabilidade de que as exposições ocupacionais ultrapassem os limites de exposição".

Assim sendo, como se trata de manter a proteção da saúde e segurança do trabalhador, em cumprimento ao disposto nos artigos 7º XXII, 200, VII e 225 da CF/88, assim como arts. 157 e 200 da CLT, a despeito da prova pericial, realizada nestes autos, ter constatado que posteriormente houve o cumprimento das exigências legais, não se pode desconsiderar ter a própria recorrente expressamente admitido que *"a poeira é inerente ao seu processo de produção"* (ID 88fcc73 - pag. 01), de sorte que inequívoca a importância do monitoramento constante do sistema de exaustão e das condições de trabalho, para que seja mantida a observância dos limites de tolerância, haja vista a constatação de índices acima do "nível de ação", o que justifica a concessão da tutela inibitória pela decisão primeva nos seguintes termos:

"Tutela inibitória

(...)

Portanto, julgo procedente o pedido de tutela inibitória de modo a determinar que a reclamada mantenha o cumprimento de todas as obrigações listadas nos itens 1 a 5 da petição inicial, sob pena de suportar o pagamento da multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por item descumprido, quais sejam:

1. ADOPTAR todas as medidas necessárias e suficientes para a eliminação, a minimização e o controle dos riscos ambientais (físicos, químicos e biológicos), conforme previsto no subitem 9.3.5.1 da Norma Regulamentadora (NR) nº 09 do Ministério do Trabalho (MTb);

2. INSTALAR sistemas de exaustão diretamente na fonte geradora de poeiras, de forma a eliminar, minimizar e controlar os riscos químicos no ambiente de trabalho, conforme previsto na NR nº 09 do MTb;

3. INSERIR em seu Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) a avaliação quantitativa e qualitativa dos riscos químicos, conforme previsto na NR nº 09 do MTb;

4. ADOPTAR sistema de proteção coletiva capaz de eliminar, minimizar e controlar os riscos químicos no ambiente de trabalho, conforme previsto na NR nº 09 do MTb; e

5. INSERIR em seu PPRA medidas administrativas para evitar o derramamento de produtos no chão, bem como para evitar a varrição dos produtos químicos no ambiente de trabalho, conforme previsto na NR nº 09 do MTb.

Por certo que a multa poderá ser majorada caso não surta o efeito esperado

A fim de garantir o efetivo cumprimento destas obrigações de fazer/ não fazer, bem decidiu a Origem ao estabelecer multa (astreintes), em conformidade com o disposto no § 1º dos artigos 536 e 537, ambos do CPC, in verbis:

"Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

(...)

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito."

Destarte deve ser mantida a sentença que decidiu com fundamento nos dispositivos legais em vigor, inclusive quanto ao valor da multa, razoavelmente fixada em R\$ 5.000,00 por item descumprido, cominada com o objetivo de compelir à observância das obrigações estabelecidas, que somente será aplicada em caso de descumprimento.

Conforme bem observou a decisão primeva, "se a empresa cumpre as normas como está fazendo crer, assim como implementa as ações com vistas a redução dos riscos, não há porque temer, pois certamente não haverá multas a serem aplicadas".

Ante o exposto, decido **negar provimento** ao recurso, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.3 - Dos honorários periciais

Em relação à matéria, decidiu o Juízo de Origem:

"Honorários periciais

Em razão da qualidade e a complexidade do trabalho técnico apresentado, arbitro os honorários periciais em R\$ 3.500,00, a cargo da reclamada."

Insurge-se a requerida, alegando que o artigo 790-B da CLT estabelece que *"a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita"*. Não havendo sucumbência da Recorrente, a r. sentença merece reforma para excluir a condenação a título de honorários periciais".

Pois bem.

No caso dos autos, a perícia foi designada pelo Juízo a fim de apurar a atual realidade das condições de trabalho. Realizada diligência nas dependências da empresa, foi elaborado o respectivo laudo (ID de1a236), que constatou e concluiu o seguinte:

"CONCLUSÃO TÉCNICA

O presente trabalho tem como objetivo único, o auxílio técnico ao Juízo e que após minucioso levantamento das atividades e das condições ambientais da área de trabalho da empresa Reclamada no novo barracão, concluímos este trabalho técnico, embasado no Anexo 12 da NR 15, Portaria 3.214/78, dizendo que o barracão avaliado NÃO É UM LOCAL INSALUBRE conforme avaliação de análise química de poeira mineral de SÍLICA CRISTALINA, descrito no item número 12 deste laudo técnico." (ID de1a236)

Quanto aos honorários periciais, nos termos do artigo 790-B da CLT a responsabilidade pelo pagamento *"é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia"*.

Portanto, como a conclusão pericial foi favorável à requerida, restou demonstrado que a recorrente não foi sucumbente no objeto da perícia, de sorte que inexistente fundamento jurídico para manter sua condenação ao pagamento dos honorários periciais.

Sucumbente o Ministério Público do Trabalho no objeto da perícia, de rigor a requisição de valores à União para pagamento dos honorários periciais, conforme disposto na Súmula 457 do C. TST:

"HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. 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 n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho- CSJT. Observação: (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014"

Neste sentido tem decidido a jurisprudência do C. TST:

"(...) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS PERICIAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA NA DECISÃO AGRAVADA. A condenação do parquet ao pagamento de honorários periciais decorreu da aplicação do art. 91 do CPC, embasado em posicionamento já exarado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil originária, na qual se concluiu pela aplicabilidade do citado dispositivo do processo civil às ações coletivas, ao fundamento de que "o dispositivo foi redigido para vigorar também no processo coletivo, provocando uma releitura do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública para conferir maior responsabilidade ao Parquet no ingresso das ações coletivas, por meio de incentivos financeiros voltados a esta finalidade."Em tal contexto, não se verifica a alegada violação dos arts. 18 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e 87 do CDC (Lei nº 8.078/1990), sendo justa e adequada a condenação do parquet em honorários periciais, em contexto no qual a perícia teve como causa a própria ação por ele interposta, e na qual foi sucumbente no objeto pericial. Os arestos transcritos

a título de divergência, por sua vez, são inespecíficos, porquanto não abordam, isolada ou conjuntamente, todas as premissas trazidas no acórdão recorrido (Súmula nº 296, I, do TST). O entendimento do Regional, aliás, deflui do próprio caput do artigo 790-B da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/17, declarado inconstitucional pelo STF apenas na fração que atribuía ao beneficiário da justiça gratuita tal encargo, o qual dispõe que: Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Assim, considerando a improcedência da ação civil pública, a condenação do Ministério Público do Trabalho ao pagamento dos honorários periciais está em sintonia tanto com o dispositivo invocado pelo Regional (art. 91 do CPC), quanto com o art. 790-B, caput, da CLT, o que conduz à conclusão de que, em que pese a transcendência jurídica da questão reconhecida na decisão agravada, não há mesmo hipótese cabível de prosseguimento do recurso obstado, sobretudo em face dos acréscimos de fundamentação contidos na presente decisão. Logo, não tendo sido apresentados argumentos suficientes à reforma da r. decisão impugnada, deve ser desprovido o agravo. Agravo não provido" (Ag-RRAg-569-89.2018.5.12.0008, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 27/05/2022).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. HONORÁRIOS PERICIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 18 DA LEI N.º 7.347/85. Caracterizada a violação dos arts. 33 do CPC e 18 da Lei n.º 7.347/85, merece ser processado o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS PERICIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 18 DA LEI N.º 7.347/85. Conforme redação do art. 33 do CPC, os honorários periciais serão devidos

por quem requerer a produção da prova técnica ou pelo autor, caso ambas as partes tenham requerido ou determinada de ofício pelo juiz. Observa-se, contudo, que, embora sejam devidos os honorários pela parte autora, o art. 18 da Lei n.º 7.347/85 isenta a associação autora da Ação Civil Pública, neste caso o Ministério Público, do pagamento das despesas processuais, salvo se comprovada má-fé. Em outras palavras, o Ministério Público, instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, ao propor Ação Civil Pública, por mandamento constitucional, gozará de isenção legal do pagamento de custas processuais, a exemplo dos honorários periciais, no caso de sair vencido na demanda e ter agido de boa-fé. Nestes casos, caberá à Fazenda Pública, a que estiver vinculado o Ministério Público, a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais. Precedentes do TST e do STJ. Recurso de Revista conhecido e provido " (RR-13980080.2008.5.04.0372, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 08/04 /2016).

Ante todo o exposto, decido **dar parcial provimento** ao recurso para excluir a condenação da recorrente ao pagamento dos honorários periciais, determinando a requisição de valores à União, conforme disposto na Súmula 457 do C. TST, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3 - Do dano moral coletivo

Em relação à matéria, decidiu a Origem:

"Reparação por danos morais coletivos

(...)

Assim, com fundamento nos artigos 1º, III e IV, 5º, V e X, da Constituição Federal, 71 da CLT, 1º, e IV e 13, da Lei nº 7.347/1985 caput e 6º, VI, do CPC (Lei nº 8.078/1990), condeno a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$30.000,00, que deverá ser revertida em prol de entidade filantrópica oportunamente indicada pela

parte autora. A atualização monetária deverá ocorrer, nos moldes da Súmula 439 do C.TST."

A prova dos autos demonstrou que, antes do ajuizamento desta ação em 2022, desde 2017 a organização produtiva da recorrente expunha seus empregados à condições gravosas de risco à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, o que configura o dano moral coletivo *in re ipsa*.

Isto porque o aumento da exposição ao risco, criado pela forma como eram organizadas as atividades produtivas da recorrente, afeta os interesses extrapatrimoniais da coletividade dos trabalhadores.

Como bem pontua Marcelo Freire Sampaio Costa, é *"possível conceituar dano moral coletivo como a violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em direitos extrapatrimoniais relevantemente coletivos, abrangendo as modalidades difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, cuja consequência será a intolerável violação da ordem jurídica"* (Dano Moral Coletivo nas relações laborais - 3ª ed - São Paulo - LTr 2020. pg. 99)

A jurisprudência também tem caminhado neste sentido, admitindo a caracterização do dano moral coletivo em caso de descumprimento das normas de saúde e segurança no trabalho.

Confira-se:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. O Tribunal Regional manteve a sentença que reconheceu o descumprimento da legislação trabalhista consistente na falta de elaboração e implementação do PPRA, do PCMSO e dos atestados de Saúde Ocupacional - ASO, "revelando que passou mais de 1 ano sem qualquer atualização no PPRA, tendo a atualização sido procedida tão somente após a lavratura do auto de infração". Contudo, afastou a condenação da indenização título de danos morais coletivos no valor de valor de R\$ 452.000,00 (quatrocentos e cinquenta e dois mil reais). A

jurisprudência desta Corte tem decidido, reiteradamente, que os danos decorrentes do descumprimento reiterado de normas referentes à segurança e saúde de trabalho extrapolam a esfera individual, ensejando dano moral coletivo a ser reparado, uma vez que atentam também contra direitos transindividuais de natureza coletiva. Assim, levando em consideração a natureza, gravidade, a situação econômica e o grau de responsabilidade do ofensor, mostra-se razoável condenar a reclamada ao pagamento de indenização a título de danos morais coletivos no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR 4501-02.2015.5.12.0005 Data de Julgamento: 23/05/2018, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/06/2018)."

Assim sendo, além da natureza reparatória, a indenização por dano moral coletivo também tem finalidade pedagógica, pois visa estimular a requerida a organizar sua atividade produtiva de modo a evitar a exposição de seus trabalhadores às situações de risco à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, de sorte que a manutenção da condenação é medida que se impõe, sendo que o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), estabelecido pela r. sentença a tal título, mostra-se razoável diante da situação fática apurada, de sorte que não merece guarida o pleito de redução do valor fixado, pelo que decido **negar provimento** ao recurso, nestes termos fixando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido **conhecer e dar parcial provimento** ao recurso para excluir a condenação da POTENSAL NUTRIÇÃO E SAÚDE ANIMAL LTDA ao pagamento dos honorários periciais, determinando a requisição de valores à União, conforme estabelece a Súmula 457 do C. TST, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitro o valor da condenação em R\$ 30.000,00 e custas no importe de R\$ 600,00 pela requerida.

Em sessão realizada em 20 de fevereiro de 2024, a 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região julgou o presente processo.

Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho Tereza Aparecida Asta Gemignani.

Tomaram parte no julgamento os(as) Srs. Magistrados:

Desembargadora do Trabalho Tereza Aparecida Asta Gemignani (relatora)

Desembargador do Trabalho Fábio Bueno de Aguiar

Desembargador do Trabalho Paulo Augusto Ferreira

Compareceu para sustentar oralmente, pelo recorrente: POTENSAL NUTRIÇÃO E SAÚDE ANIMAL LTDA., o Dr. ANTÔNIO GIURNI CAMARGO.

Julgamento realizado em Sessão Híbrida, conforme os termos da Portaria Conjunta GP-CR n.º 02/2022 deste E. Regional.

RESULTADO:

ACORDAM os Magistrados da 1ª Câmara - Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região em julgar o processo nos termos do voto proposto pelo (a) Exmo (a). Sr (a).

Relator (a).

Votação unânime.

Procurador ciente.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Desembargadora do Trabalho

Relatora

Votos Revisores

Acórdão do Recurso Ordinário Trabalhista nº 0011798-33.20.2022.5.15.0037

RELATORA: TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 19/07/2023

Valor da causa: R\$ 400.000,00

Partes:

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRENTE: OUROESTE BIOENERGIA LTDA

ADVOGADO: LUIZ VICENTE DE CARVALHO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRIDO: OUROESTE BIOENERGIA LTDA

ADVOGADO: LUIZ VICENTE DE CARVALHO

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

ACÓRDÃO

1ª TURMA - 1ª CÂMARA

RECURSOS ORDINÁRIOS

PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N.º 0011798-33.2022.5.15.0037

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE FERNANDÓPOLIS

1ª RECORRENTE: OUROESTE BIOENERGIA LTDA.

2º RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (ADESIVO)

JUIZ SENTENCIANTE: ALESSANDRO TRISTÃO

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. TRANSPORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR ACIMA DOS LIMITES DE PESO PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DESTINADAS À PROTEÇÃO DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. SÚMULA 736 DO STF

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação civil pública, que tenha como causa de pedir o descumprimento de normas relativas ao meio ambiente do trabalho. O transporte de cana-de-açúcar, acima dos limites de peso fixados pela legislação, além de colocar em risco a saúde e segurança dos trabalhadores, que se ativam no setor, sujeita o motorista à autuação por conduzir veículo com excesso de carga que, sendo reiterada, pode levar à suspensão da CNH, impossibilitando o exercício da profissão, restando patente a competência material desta Justiça Especializada para processar e julgar a ação.

TUTELA INIBITÓRIA CONTRA ATO ILÍCITO. DANO INEXISTENTE. POSSIBILIDADE.

A ausência de dano não impede a concessão de tutela inibitória que, visando a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores quanto à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, estabelece

obrigações de fazer e não fazer a fim de coibir a prática do ato ilícito em si.

A antijuridicidade da conduta, que viola direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no artigo 7º *caput* e inciso XXII da CF/88, desatendendo a função social da propriedade ao descumprir o artigo 170 da CF/88, que disciplina a exploração da atividade econômica, respalda a concessão da tutela inibitória. Inteligência do § único do artigo 497 do CPC, aplicável por compatível com o processo trabalhista.

DANO MORAL COLETIVO. TRANSPORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR ACIMA DOS LIMITES DE PESO FIXADOS NA LEGISLAÇÃO. AUMENTO SIGNIFICATIVO DO RISCO DE ACIDENTES.

A confessada exigência da recorrente, quanto ao transporte de carga acima dos limites de peso permitidos pela legislação, aumenta significativamente o risco de acidentes, ainda que as especificações técnicas de alguns dos veículos utilizados certifiquem sua capacidade de transportar carga acima dos limites previstos na legislação pertinente, pois a análise não pode ficar circunscrita apenas ao veículo em si, devendo abranger todas as condições que cercam sua operabilidade no meio ambiente de trabalho.

Mesmo em condições mais favoráveis de trafegabilidade, o excesso de carga tem impacto direto na frenagem do veículo, aumentando significativamente o tempo de desaceleração e a distância percorrida até a parada total.

Assim sendo, patente a violação das normas voltadas à proteção dos motoristas, dos demais trabalhadores e de terceiros, que interagem de forma constante no mesmo meio ambiente de trabalho, restando inequívoca a violação de direitos coletivos, o que configura o dano moral *in re ipsa*, assim respaldando a condenação quanto ao pagamento de indenização, revestida de natureza reparatória e pedagógica, que visa evitar a continuidade da prática de ato ilícito.

DA DESTINAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO

Estando pendente de julgamento a ADPF 944, na qual se alega violação do preceito fundamental da separação de Poderes na dimensão orçamentária, quando da não destinação, pela Justiça do Trabalho, das condenações pecuniárias, em ações civis públicas, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD) ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, imperioso determinar que a destinação do valor referente a indenização por dano moral coletivo deverá cumprir o que for decidido pelo STF na ADPF 944

Inconformadas com a r. sentença (ID 0cf74ea) que julgou a presente ação civil pública **parcialmente procedente**, recorrem as **partes**.

A **reclamada** OUROESTE - BIOENERGIA LTDA. (ID 139b0b5) argui, em preliminar: incompetência da Justiça do Trabalho, sobrestamento do feito, cerceamento de defesa, negativa de prestação jurisdicional, ilegitimidade ativa e inadequação da via eleita, ilegitimidade passiva e litisconsórcio necessário, inobservância ao artigo 840, §1º da CLT, aplicação do disposto no artigo 104 do CDC, inaplicabilidade do artigo 2º-A da Lei n.º 9.494/97, impossibilidade de cumulação de pedidos de natureza inibitória e condenatória. Defende, ainda, a aplicação da prescrição total ou, sucessivamente, da prescrição quinquenal. No mérito propriamente dito, pretende a reforma do julgado quanto ao cumprimento de inúmeras obrigações de fazer e não fazer atinentes ao transporte de cana-de-açúcar, tais como à observância do peso máximo da carga transportada e das configurações/dimensões dos veículos homologadas pela autoridade competente, bem como a implantação e manutenção de sistema que contenha informações detalhadas dos veículos utilizados para o transporte da cana-de-açúcar e das cargas transportadas, insurgindo-se contra a cominação de multa em caso de descumprimento das obrigações. Alega ser indevido o pagamento da indenização por dano moral coletivo ante a ausência de nexo causal, pretendendo a redução do valor fixado em caso de manutenção da condenação e a alteração da destinação para o FDDD ou FAT. Por fim, questiona os parâmetros fixados para o cálculo dos juros e correção monetária.

Contrarrazões (ID 5e69d0c).

O **autor** MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (ID 7ea2f77), adesivamente, busca a majoração da indenização arbitrada a título de dano moral coletivo.

Contrarrazões (ID 35d3c52).

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. DO CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido **conhecer** dos recursos.

Tendo em vista as matérias recorridas, os apelos serão analisados conjuntamente.

2. DAS PRELIMINARES

2.1. Da incompetência da Justiça do Trabalho

A reclamada reitera a tese defensiva de incompetência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente ação.

Alega a recorrente, em suma: **que** as pretensões deduzidas na inicial não têm como fundamento o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores e sim regras previstas na legislação de trânsito, abrangendo questões cíveis e administrativas relacionadas à segurança viária (ilustrativamente, normatizações do CONTRAN e SENATRAN); **que** o entendimento exarado pelo STF no julgamento da ADI 3811 corrobora a tese de incompetência da Justiça do Trabalho; **que** a análise de questões atinentes ao transporte rodoviário de cargas não é de competência da Justiça do Trabalho, conforme já decidido pelo E. STF no julgamento da ADC 48, ADPF 324 e RE 958.252; **que** o transporte de cana-de-açúcar da reclamada é totalmente terceirizado e a relação estabelecida entre recorrente o transportador é comercial, de natureza civil (ADC 48), o que corrobora a tese de competência da Justiça Comum; **que** no julgamento - Relator Min. Luiz Fux), o STF reconheceu a possibilidade de organização da divisão do trabalho não só pela terceirização, mas de outras formas desenvolvidas por agentes econômicos; **que** o STJ já fixou entendimento de que a Justiça

Comum é competente para decidir acerca de questões relacionadas ao excesso de peso no transporte de cargas (Tema 1104); **que** as Resoluções do CONTRAN não se aplicam em áreas não asfaltadas nem ao espaço rural de propriedade das usinas; **e que** há inúmeros precedentes julgados por este E. TRT reconhecendo a incompetência da Justiça do Trabalho.

Pois bem.

Na petição inicial, o autor delimitou a causa de pedir nos seguintes termos:

*"No âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região - Procuradoria do Trabalho no Município de São José do Rio Preto - foi instaurado, de ofício, o Inquérito Civil (IC) n. 000290.2020.15.007/4 - 90 para apurar possíveis irregularidades relacionadas ao excesso de peso dos caminhões canavieiros da requerida USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. A investigação teve gênese a partir do recebimento de denúncia de ofício ofertada pelo Exmo. Procurador do Trabalho José Fernando Ruiz Maturana, lotado na Procuradoria do Trabalho do Município de Bauru /SP, relatando que as empresas do setor sucroenergético instaladas no Estado de São Paulo adotam, como praxe, o transporte de cana-de-açúcar em caminhões com volume de carga superior ao patamar máximo de peso permitido. A problemática do sobrepeso no transporte de cargas ocasiona grandes danos a várias esferas de interesses, desde os riscos à saúde e segurança dos motoristas de carga, até problemas relativos à trafegabilidade em condições normais, à vida e à saúde das pessoas, impondo maior custeio aos cofres públicos com a recuperação da malha rodoviária e com o pagamento de indenizações, seguros, saúde e previdência social, decorrentes de acidentes de trânsito por defeitos na via. **Dentre todas as consequências danosas, ressaltam-se as que agredem à saúde e segurança do trabalhador, o que atrai a atuação do Ministério Público do Trabalho.**"* (ID cfd5c1d - pág. 02) g.n.

Assim sendo, diferentemente do alegado pela recorrente, as decisões proferidas pelo STF na ADI 3811 (*Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em que se busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.735 do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de março de 2006, que dispõe sobre segurança no trabalho, por violação aos arts. 21, XXIV, 22, I e VIII, 170, IV, 174 e 200, VIII, da Constituição Federal*), no julgamento da ADC 48 (*"Constitucionalidade dos artigos 1º, caput, 2º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 5º, caput, da Lei 11.442/2007, que dispõe sobre transporte rodoviário de cargas. Permissão legal para a contratação de autônomos para a realização do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC) sem a configuração de vínculo de emprego"*), ADPF 324 (*"Licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços"*) e RE 958.252 (Tema 725 - *"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante."*) tratam de situação jurídica diversa do objeto da presente ação, sendo inaplicáveis ao caso sob análise.

Acerca dos REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN (Tema Repetitivo 1.104 do STJ), melhor sorte não tem a recorrente. Conforme bem pontuou a decisão recorrida, *"os REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN, afetados como paradigmas do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, foram ajuizados pelo Ministério Público Federal visando à responsabilização civil objetiva decorrente de danos causados à malha viária em razão do excesso de peso no transporte de insumos diversos, com prejuízo ao patrimônio da União e cofres públicos."*, ou seja, situação jurídica diversa do objeto desta ação, em que se pleiteia a tutela da saúde e segurança no meio ambiente de trabalho.

Com efeito, a presente ação civil pública foi ajuizada em face da reclamada OUROESTE BIOENERGIA LTDA. tendo como causa de pedir a constatação, pelo Ministério Público do Trabalho, do descumprimento de normas de saúde e segurança em relação ao trabalhador, que atua na atividade de transporte de cana-de-açúcar em benefício da recorrente.

A Constituição Federal assegura, como fundamento da República brasileira, o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e, como direito fundamental, a garantia da *"redução dos riscos inerentes ao trabalho, por*

meio de normas de saúde, higiene e segurança" em relação a todos os trabalhadores (artigo 7º caput e inciso XXII).

Ademais, o artigo 170 da CF/88 dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, assim exigindo a proteção do meio ambiente de trabalho, notadamente quanto aos impactos que podem ser provocados pelos sistemas organizacionais no âmbito empresarial.

Assim sendo, a despeito da alegação defensiva de que o transporte é realizado por empresa terceirizada, a cana-de-açúcar transportada pertence à requerida OUROESTE BIOENERGIA LTDA que, na sua incontroversa condição de embarcadora, exercia efetiva ingerência na organização e logística de tais serviços de transporte, como demonstrou a prova dos autos, assim atraindo a aplicação do disposto no § 3º do artigo 5º A da Lei 6019/74, norma de natureza trabalhista que disciplina a responsabilidade da tomadora, restando inequívoco que a causa de pedir se refere a matéria trabalhista, assim atraindo a aplicação do disposto no artigo 114 caput e inciso VI da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer :

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

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Neste sentido trago à colação recente decisão do C. TST:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. LEI Nº 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS RELATIVAS À SAÚDE E SEGURANÇA DOS MOTORISTAS DE CAMINHÕES QUE CARREGAM CANA-DE-AÇÚCAR. TRANSPORTE DA CARGA EM QUANTIDADES SUPERIORES AO MÁXIMO PERMITIDO PELA LEI DE TRÂNSITO. DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO E SAUDÁVEL COMO UM DOS PRINCÍPIOS E

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E TUTELADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA RECONHECIDA. Em relação à transcendência econômica, esta Turma estabeleceu como referência, para o recurso do empregado, o valor fixado no artigo 852-A da CLT (também aplicado aos recursos interpostos pelo Ministério Público do Trabalho) e, na hipótese dos autos, há elementos a respaldar a conclusão de que os pedidos rejeitados e devolvidos à apreciação desta Corte ultrapassam o valor de 40 salários mínimos. Assim, admite-se a transcendência da causa. No mérito, trata-se de ação civil pública que visa a impedir que os trabalhadores motoristas das rés trafeguem com os caminhões em vias públicas com carga de cana-de-açúcar que exceda ao limite de peso previsto nas normas de trânsito. O cerne da controvérsia, portanto, consiste em saber se a pretensão repousa tão somente sobre normas de regulação do transporte, do ponto de vista da permissão para o tráfego do veículo, ou se, de alguma forma, tangencia a compreensão do meio ambiente de trabalho. A nova ordem inaugurada a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 deve merecer do intérprete a adoção de conduta propositiva, no sentido de torná-la eficaz. Se o desejo foi de ampliar a competência desta Justiça Especializada, que seja ampliada. No contexto criado desde então, um tema despertou atenção especial: a competência para o julgamento de ações acidentárias. Em 29 de junho de 2005, uma decisão mudaria a história da Justiça do Trabalho e daria novos e definitivos rumos ao tema. Nessa data, em julgamento histórico, o STF, ao decidir o Conflito de Competência nº 7204, sob a relatoria do Exmo. Ministro Carlos Ayres Britto, firmou a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer e julgar ações propostas por empregados, cujo objetivo consistisse na reparação de

danos causados em virtude de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, com modulação de efeitos, no sentido de manter sob a apreciação da Justiça Comum estadual as causas em que já houvesse sido proferida sentença de mérito. Posteriormente, o STF editou a Súmula Vinculante nº 22 e, definitivamente, espancou quaisquer controvérsias a respeito do tema. É nesse contexto histórico, social e jurídico que se insere o debate da competência para julgamento de ações sobre danos ao meio ambiente do trabalho. Com efeito, no sistema jurídico contemporâneo, uma das mais relevantes normas dirigida à proteção e à saúde do empregado está prevista no artigo 7º, XXII, da Constituição da República, que assegura o direito à proteção dos riscos que o trabalho proporciona. Trata-se de direito multiforme, de natureza individual simples, individual homogêneo e até mesmo coletivo ou difuso, em que se busca estabelecer diretriz a ser observada por tantos quantos a quem a norma se dirija, no sentido de serem promovidas ações em concreto para prevenir ou minimizar as consequências que o labor propicia. São os chamados direitos de terceira dimensão, que ultrapassam a individualidade do ser humano, interessando a toda uma coletividade. Não só os indivíduos têm direitos; os grupos também os têm. Nesse panorama jurídico encontra-se o dever atribuído ao empregador de proteção ao meio ambiente (nele incluído o meio ambiente do trabalho - artigos 200, VI, e 225 da Constituição Federal) com assento constitucional (artigo 170, VI) e materializado, entre outros, no vetusto dever de cumprimento das normas de proteção ao trabalho, delineado no artigo 157 da CLT, especialmente nos incisos I e II, que lhe impõe a obrigação genérica de atendimento às normas relativas à segurança e medicina do trabalho, além de também incluir o dever de informação - ou de "instrução", como preferiu o legislador - no tocante aos procedimentos preventivos a serem adotados na execução do labor. Evidente que tais normas se dirigem

primordialmente às relações de emprego, mormente porque previstas na CLT ao lado de outras, a exemplo do disposto nos artigos 160, 162, 163, 165 e 168. Acrescente-se, também, a jurisprudência consolidada na Súmula nº 736 do STF, em que se reconhece a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das "ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores". Por esses fundamentos, não há mais lugar para a rasa interpretação de que o cenário da competência outorgada à Justiça do Trabalho permanece restrito ao embate direto entre empregado e empregador ou, após a EC nº 45/2004, ao trabalhador e tomador dos serviços. A conjugação dos preceitos contidos nos incisos I e VI do artigo 114 da Constituição Federal autoriza concluir que o constituinte reformador ampliou sobremaneira tais horizontes, razões pelas quais incumbe à Justiça do Trabalho a competência para julgar ações dirigidas ao cumprimento de normas de saúde, medicina e segurança do trabalho, ou voltadas à proteção do meio ambiente do trabalho, ou mesmo dirigidas a propiciar a redução dos riscos do trabalho, propostas pelo ou contra o responsável pelo respectivo cumprimento, ainda que se trate da Administração Pública ou envolva trabalhadores terceirizados ou autônomos. Na mesma linha, importa salientar que a compreensão do meio ambiente do trabalho como sistema é interessante e se relaciona diretamente com o caso em análise, por envolver normas de naturezas distintas da laboral, mas que se interligam naquilo que representam proteção à saúde do trabalhador; verdadeira "LABOSFERA", na expressão de Wagson Lindolfo José Filho. (PROCESSO Nº TST-RR-12366-36.2015.5.15.0056 - Relator Ministro Cláudio Brandão) (g.n.)

Neste passo seguiu a diretriz traçada pelo E. STF que, ao analisar a questão atinente à competência da Justiça do Trabalho para julgar ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas

relativas à segurança, higiene e saúde **dos trabalhadores (e não apenas dos empregados)**, fixou o seguinte entendimento na Súmula 736:

"Súmula 736 do STF - Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores".

Assim sendo, ao contrário do que quer fazer crer a requerida, na presente ação civil pública a causa de pedir e o bem jurídico objeto de tutela é proteção da saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, ante a constatação de que o transporte de cana-de-açúcar está sendo realizado acima dos limites de peso permitidos pela legislação, colocando em risco a saúde e segurança dos trabalhadores que se ativam no setor, restando inequívoca, portanto, a competência desta Justiça Especializada para o processamento e julgamento da ação.

Ante todo o exposto, não merece guarida a tese defensiva de incompetência material desta Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente ação civil pública, pelo que decido **rejeitar a preliminar**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.2. Do sobrestamento do feito

A recorrente pugna pelo sobrestamento do feito com fundamento nas decisões proferidas pelo STF no julgamento da ADPF 944 e STJ no julgamento do REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN (Tema 1104 do STJ).

Sem razão.

Conforme pontuado pela decisão recorrida, os REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN (Tema Repetitivo 1.104 do STJ) "*foram ajuizados pelo Ministério Público Federal visando à responsabilização civil objetiva decorrente de danos causados à malha viária em razão do excesso de peso no transporte de insumos diversos, com prejuízo ao patrimônio da União e cofres públicos.*", ou seja, tratam de situação jurídica diversa da presente ação, cujo objeto é a tutela da saúde e segurança do meio ambiente de trabalho, conforme exposto no item anterior desta fundamentação.

Acerca do sobrestamento do feito ante o constante da ADPF 944, melhor sorte não tem a recorrente.

Na indigitada ação, que trata da destinação de valores decorrentes de condenações por danos morais coletivos em ações civis públicas julgadas pela Justiça do Trabalho, não houve qualquer determinação para suspensão dos processos que envolvam a matéria.

Destarte, inexistente respaldo para o sobrestamento pretendido, pelo que decido **rejeitar a preliminar**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.3. Da ilegitimidade ativa e inadequação da via eleita (Ação Civil Pública)

A recorrente defende a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho aduzindo que a ação civil pública não é o meio processual adequado, uma vez que *"não se está diante de direito coletivo, há singularidade de cada trabalhador na hipótese"*. Aduz que *"a petição inicial - e a sentença - não demonstram quais seriam as consequências uniformes da medida à categoria de trabalhadores supostamente tutelada"*. sendo que *"o conceito de homogeneidade, decorrente do disposto no art. 81, III, do CDC, envolve situação que permita quantificação coletiva. Em outras palavras, a homogeneidade reclama identidade de realidade fática entre os trabalhadores."*

Pois bem.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 127, que cabe ao Ministério Público *"a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"*.

O art. 129, III, também da CF/88 estabelece que uma das atribuições institucionais do Ministério Público consiste em *"promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos"*. O inciso IX do mesmo artigo prevê expressamente a possibilidade de extensão desse rol pelo legislador ordinário, ao estabelecer, *in verbis*:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe

vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas." (g.n.).

Seguindo a mesma diretriz, o art. 6º, VII, "d", da Lei Complementar nº 75/93, que trata da *"organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União"*, assim dispõe:

"Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: (...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos".

Como bem leciona Hugo Nigro Mazzilli, *"não cabe ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário negar a intervenção institucional exigida por lei; se o fizessem estariam a negar a existência do interesse já reconhecido pela norma que confere a atuação ministerial."* (g.n. - in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos - 13. Ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2001 - p. 260).

Acrescente-se que o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à ação civil pública por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85, alçou os direitos individuais homogêneos, *"assim entendidos os decorrentes de origem comum"* ao patamar de interesses que podem ser defendidos a título coletivo.

Ao tratar do tema, Rodolfo de Camargo Mancuso explica que *"essencialmente, são individuais, sendo que apenas é coletiva a forma processual como podem vir tratados, dada a homogeneidade que lhes advém da origem comum"* (g.n. - in Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999).

Na presente ação civil pública, o principal bem jurídico objeto da tutela é meio ambiente de trabalho, tendo sido ajuizada após o Ministério Público do Trabalho ter constatado o descumprimento das normas relacionadas ao transporte de cana-de-açúcar, realizado por meio de caminhões próprios ou de terceiros, acima dos limites de peso

legalmente permitidos pela legislação, comprometendo a saúde e segurança dos trabalhadores.

Destarte, como o objeto da lide se refere a interesses que ultrapassam as limitações de uma pretensão individual, pois se referem a todos os trabalhadores que, submetendo-se aos mesmos métodos organizacionais estabelecidos, atuam nas mesmas condições de transporte no meio ambiente de trabalho da requerida, assim devem ser tutelados pela via processual coletiva.

Como bem pondera Ricardo Negrão, *"não devemos deixar de reconhecer o grande passo que deu nosso legislador; ora, se a satisfação dos direitos materiais consagrados na lei depende, como[se sabe, de uma jurisdição eficaz e efetiva, a possibilidade de, com apenas uma ação de conhecimento, distribuir justiça a um número grande de pessoas prejudicadas, esse pode ser considerado um instrumento dessa efetividade"* (in *Ações Coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 253).

Ademais, tratando especificamente da atuação do Ministério Público perante a Justiça do Trabalho, o art. 83, III, da mesma LC 75/93 prevê:

"Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...)

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos (g.n.).

Destarte, como o objeto da lide se refere a interesses que ultrapassam os limites de uma pretensão patrimonial individual e visa conferir efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores, garantindo saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, nos termos dos art. 5º e 7º da CF/88, restou plenamente configurada a hipótese prevista na norma legal constante dos artigos 6º, VII, "d" e 83, III da LC75/93, assim como na Lei 7.347/85, de sorte que correta a sentença ao reconhecer a adequação da via eleita (ação civil pública) e a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para figurar no polo ativo desta ação,

pelo que decido **rejeitar as preliminares**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.4. Da ilegitimidade passiva. Do litisconsórcio passivo necessário. Da aplicação do artigo 104 do CDC.

A reclamada alega ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, aduzindo que não possui empregados que atuam diretamente no transporte da cana-de-açúcar, pois a atividade que está totalmente terceirizada, existindo entre reclamada e empresa transportadora relação estritamente comercial, de natureza civil.

Acrescenta que *"não pode ser condenada a alterar a configuração de veículos que não lhe pertencem, como fez a decisão ao refutar o pedido atinente ao litisconsórcio"*. Por fim, insiste na aplicação do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 114 do CPC dispõe que *"o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devem ser litisconsortes"*, ou seja, situação jurídica diversa destes autos.

Com efeito, a presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face de empresa responsável pelo cumprimento das normas relacionadas à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, ante a constatação de que o serviço por ela logisticamente organizado e contratado para o transporte da cana-de-açúcar, tanto dentro de sua propriedade, quanto nas vias públicas, coloca em situação de risco a saúde e a segurança dos motoristas, por não observar os limites de peso permitidos pela legislação em vigor,

Neste contexto, considerando que a eficácia da sentença não depende da inclusão de outras empresas no polo passivo da presente demanda, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário.

Por fim, como o objeto da lide se refere a interesses que ultrapassam as limitações de uma pretensão patrimonial individual, não merece guarida o pleito recursal, amparado no artigo 104 do CDC, de limitação dos efeitos da decisão proferida na presente demanda aos *"trabalhadores que não possuam demandas individuais"*.

Ante o exposto, decido **rejeitar a preliminar**, nestes termos fixando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.5. Do cerceamento de defesa. Da negativa de prestação jurisdicional.

A reclamada pugna pela *"nulidade do processo"* alegando que houve *"flagrante cerceio ao exercício do direito do contraditório e ampla defesa"*. Aduz que, embora tenha oposto embargos declaratórios a fim de sanar omissões e contradições da r. sentença, o MM Juízo de origem não os acolheu, restando configurada a negativa de prestação jurisdicional.

Alega que o indeferimento do pedido de produção da prova pericial, a fim de infirmar as alegações do Ministério Público do Trabalho de que o transporte de cana-de-açúcar acima do limite de tonelagem, fixado pela legislação, oferece risco aos trabalhadores e terceiros, cerceou o seu direito de defesa, impedindo o amplo contraditório e causando-lhe inequívoco prejuízo.

Acrescenta que, ao contrário do entendimento exarado pela decisão recorrida, a existência de risco não é questão incontroversa, sendo indispensável que constem dos autos todos os elementos fáticos probatórios necessários para a elucidação da controvérsia, reiterando que *"as consequências fáticas do transporte de cana acima das 74 toneladas não estão provadas nos autos"*.

Acerca da negativa de prestação jurisdicional, afirma que as omissões, contradições e obscuridades apontadas nos embargos declaratórios não foram sanadas.

Pois bem.

Consigne-se, inicialmente, que ao juiz cabe a direção do processo, nos termos dos artigos 370 do CPC e 765 da CLT, podendo indeferir as provas desnecessárias à solução da lide.

A presente ação civil pública foi precedida do Inquérito Civil n.º 0002902020.15.007/4-90, através do qual foram apuradas irregularidades no transporte da cana-de-açúcar de propriedade da requerida que, como tomadora mantém notória ingerência na logística organizacional da atividade, que coloca em risco a segurança dos trabalhadores, que se ativam como motoristas canavieiros.

A reclamada não nega que o transporte da cana-de-açúcar é realizado acima dos limites de peso fixados pela legislação pertinente, restando tal fato incontroverso nos autos.

A tese defensiva se concentra, desde a abertura do Inquérito Civil, na alegação de que a tonelagem transportada estaria de acordo com os limites e especificações técnicas do fabricante dos modernos veículos utilizados no transporte e, por isso, ainda que superior ao limite instituído pelo CONTRAN, não oferece risco aos trabalhadores envolvidos.

Em relação às questões técnicas que envolvem o caso sob análise, foi devidamente oportunizado à requerida o exercício do contraditório e da ampla defesa, tendo sido juntado aos autos, pela ora recorrente, *"estudos técnicos"* subscritos por engenheiros de sua confiança, visando comprovar que o transporte de cana-de-açúcar, da maneira como vem sendo praticado atualmente (acima dos limites de peso fixados pela legislação), não oferece riscos aos trabalhadores envolvidos nesta atividade.

Como visto, ao contrário do que assevera, a requerida teve ampla oportunidade para a produção da prova, inexistindo o alegado cerceamento de defesa.

O pedido de nulidade, por negativa de prestação jurisdicional, também não merece guarida, tendo o MM Juízo de Origem analisado as questões relevantes atinentes ao transporte da cana-de-açúcar (em vias públicas, vias terrestres rurais e vias internas localizadas na propriedade privada da recorrente; transporte realizado por veículos de propriedade da empresa terceirizada; e Autorização Especial de Trânsito), inexistindo as alegadas omissões e contradições.

Inexiste, ainda, o erro material apontado em relação ao cumprimento da obrigação disposta no item "e", tendo a r. sentença fixado de forma clara e expressa que *"a obrigação indicada no item "e" supra será **cumprida a partir do ano de 2024**, com as informações da safra do ano corrente a partir do término do prazo anteriormente fixado para o cumprimento da obrigação do item "d" supra. Referida obrigação indicada no item "e" supra será **cumprida até o ano de 2029**".*

Frise-se, por oportuno, que os recursos trabalhistas são dotados de efeito devolutivo em profundidade, possibilitando à Câmara Revisora, a análise de

todos os fundamentos e questões relevantes suscitadas pelas partes, de sorte que não há falar em nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Ante todo o exposto e estando a sentença devidamente fundamentada, inexistente a alegada violação ao disposto no inciso IX do artigo 93 da CF/88, pelo que decido **rejeitar as preliminares**, nestes termos consignando as razões de decidir, para fins de prequestionamento.

2.6. Da aplicação do artigo 840, §§ 1º e 3º da CLT

Alega a recorrente que *"a petição inicial não veio acompanhada do indispensável cálculo de liquidação, o que atrai a aplicação do art. 840, § 3º, da CLT. A sentença, todavia, indeferiu o pedido"*. Pugna pela reforma do julgado sob tal aspecto.

Sem razão.

A inicial observou devidamente o constante do § 1º do artigo 840 da CLT, sendo importante ressaltar que, em conformidade com o ordenamento processual em vigor, o importe atribuído à causa possui mera função estimativa, demonstrando o valor aproximado em relação às pretensões formuladas, de modo a possibilitar o enquadramento no rito processual adequado.

Acrescente-se que os artigos 141 e 492 do CPC/15, ao estabelecerem que o "juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte" e é defeso "proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado", apenas dispõem sobre a limitação à análise dos pedidos formulados na petição inicial, sem fazer referência aos valores que tais pleitos representam.

Nesse sentido, trago colação acórdãos do C. TST quanto à questão:

"LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES ATRIBUÍDOS AOS PEDIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. AÇÃO AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. MENÇÃO EXPRESSA NA INICIAL DE QUE OS VALORES ERAM MERAMENTE ESTIMATIVOS.1 - Há transcendência jurídica quando se constata em exame preliminar a controvérsia sobre questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. No caso concreto se discute a interpretação

a ser dada ao artigo 840, § 1º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, c/c artigos 141 e 492 do NCPC. 2 - A reclamação trabalhista foi ajuizada na vigência da Lei nº 13.467/2017 e a ela se aplicam as diretrizes do artigo 840, § 1º, da CLT, segundo o qual 'sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante'. 3 - O artigo 141 do Código de Processo Civil, por seu turno, preceitua que 'o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte'. Por sua vez, o artigo 492 do CPC dispõe que 'é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado'. 4 - Não se ignora que a jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte Superior é no sentido de que, na hipótese em que há pedido líquido e certo na petição inicial, eventual condenação deve se limitar aos valores atribuídos a cada um desses pedidos. Julgados citados. 5 - Contudo, no caso concreto, o TRT deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para excluir da condenação a determinação de limitação das verbas a serem apuradas aos valores indicados na inicial, assinalando que os valores indicados na inicial não eram líquidos e certos, e foram 'indicados na inicial como meras estimativas, como expressamente alertado pelo autor ('valor meramente estimativo')'. 6 Desse modo, considerando que houve expressa menção na inicial de que os valores eram meramente estimativos, não há que se falar em limitação da condenação, estando incólumes os artigos 141 e 492 do NCPC e 884 do CCB. Há julgados. 7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR-10141-36.2019.5.15.0110, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 09/04/2021).

LIMITAÇÃO DE VALORES. Não há que se falar em afronta ao art. 460 do CPC quando não observados os valores indicados na inicial. O limite de pedido deve ser observado no que diz respeito às parcelas efetivamente pleiteadas, não alcançando os valores, que variam, inclusive, em razão da evolução monetária. Recurso de revista não conhecido (Processo: RR - 189700-65.2004.5.03.0092 Data de Julgamento: 04/06/2008, Relator Ministro: Alberto Bresciani, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 27/06/2008).

Ademais, conforme bem observou a decisão de origem, *"tratando-se de ação civil pública, cujo objeto é a obrigação de fazer e não fazer, com efeitos prospectivos, que atingirão empregados atuais e futuros da empresa ré, de seus prestadores de serviço e de terceiros, conforme fatos claramente indicados pela autora em seu libelo (fls. 02/95), os pedidos da forma como formulados às fls. 86/94 encontram-se certos e determinados, com indicação dos valores de multas e respectivos prazos e critérios, permitindo a escorreita apresentação de defesa pela parte reclamada às fls. 843/943."*

Por tais razões, não merece guarida o pleito de reforma sob tal aspecto, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.7. Da inaplicabilidade do artigo 2º-A da Lei n.º 9.494/97

A recorrente alega que *"não se pode falar, na hipótese, em aplicação do art. 2º-A, da Lei n.º 9.494/97", uma vez que "a CLT possui normatização própria a respeito da competência territorial".* Requer, portanto, a não abrangência da r. sentença em relação *"àqueles que não prestaram serviços no local do foro de ajuizamento da demanda (Fernandópolis/SP)".*

Diferentemente do alegado, não consta do julgado de origem nenhuma determinação para aplicação do disposto no artigo 2º-A da Lei n.º 9.494/97, não tendo a r. sentença sequer enfrentado tal questão, de sorte que inexistente matéria passível de reforma sob tal aspecto, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

2.8. Da cumulação de pedidos de natureza inibitória e condenatória

A USINA BIOENERGIA aduz que ante o disposto nos artigos 3º e 11º da Lei 7347/85 há impossibilidade de cumulação, na mesma ação, dos pedidos de natureza inibitória e condenatória. Assevera que a *"lei é clara ao usar a conjunção coordenativa alternativa: "ou". Como o próprio nome já antecipa, essas conjunções estabelecem relação de alternância entre os elementos conectados. Assim, um elemento é a alternativa em relação ao outro, seja no sentido de optar-se por um deles, seja no sentido de mudança de um para o outro."*

Sem razão.

Os artigos 3º e 11 da Lei n.º 7.347/85 dispõem:

"Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer

(...)

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor."

Ao contrário do alegado pela recorrente, não há vedação legal de cumulação dos pedidos de natureza inibitória e condenatória, inexistindo supedâneo jurídico para amparar a interpretação conferida pela recorrente aos dispositivos legais suso transcritos.

Como bem ressaltou a origem acerca da matéria, *"reputa-se patente a possibilidade de cumulação dos pedidos de obrigação de fazer e não fazer e de indenizar em sede de ação civil pública, tendo em vista o disposto nos art. 21, da Lei 7.347/85 e art. 83, do CDC, segundo o qual "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela"*.

Destarte, não prospera o pleito de reforma sob tal aspecto, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3. DO MÉRITO

RECURSO DA REQUERIDA OUROESTE BIOENERGIA LTDA

3.1. Da prescrição total. Da prescrição quinquenal.

A reclamada pretende o reconhecimento da prescrição total ou, sucessivamente, quinquenal, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Pois bem.

Como bem pontuou a sentença, *"nenhuma prescrição nuclear ou parciária se vislumbra no caso em tela, eis que em se tratando de direito coletivo e portanto, lato sensu indisponível, não está sujeito à prescrição"*.

Na presente ação, o que se busca é a imposição de obrigações de fazer e não fazer com o fim de ajustar a prática irregular, até então adotada pela reclamada, em relação ao transporte de cana-de-açúcar acima dos limites de peso fixados pela legislação, não sendo aplicável, pois, a prescrição prevista no artigo 7º, inciso XXIX da CF/88.

Destarte, não há amparo para acolher a pretensão recursal neste aspecto, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3.2. Das obrigações de fazer e não fazer relacionadas ao transporte de cana-de-açúcar. Da multa em caso de descumprimento das obrigações. Do alegado erro material no dispositivo da r. sentença.

A reclamada OUROESTE - BIOENERGIA LTDA. se insurge contra a r. sentença que a condenou ao cumprimento de inúmeras obrigações de fazer e não fazer relacionadas ao transporte de cana-de-açúcar, tais como a observância da legislação quanto ao peso máximo da carga transportada, configurações/dimensões dos veículos homologadas pela autoridade competente, bem como implantação e manutenção de sistema, que contenha informações detalhadas dos veículos utilizados para o transporte da cana-de-açúcar e das cargas transportadas.

Como fundamentos do pedido de reforma a ora recorrente assevera, em suma: **que** cabe ao Ministério Público do Trabalho o ônus da prova de suas alegações, as quais, no caso dos autos, não restaram comprovadas, tendo o MM Juízo de origem decidido com base nas *"ilações"* do MPT; **que** a interpretação e aplicação das diretrizes do Direito do Trabalho, notadamente aquelas relacionadas ao meio ambiente do trabalho, foi realizada de forma equivocada pelo julgador primevo sob o pretexto de aplicar o princípio da proteção; **que** ao contrário do decidido pela origem, o transporte de cana-de-açúcar realizado atualmente não oferece riscos, uma vez que a capacidade de carga dos veículos utilizados para o transporte pode chegar a 120 toneladas, conforme demonstram os respectivos manuais; **que** a contratação das empresas responsáveis pelo transporte é criteriosa, observando rigorosamente as questões relacionadas à segurança, meio ambiente do trabalho e redução dos riscos inerentes ao trabalho; **que** as diretrizes de trânsito são regulamentadas por resoluções administrativas (CONTRAN) e não por lei, sendo dever do Estado a atualização de tais normas no prazo de 90 (noventa) dias *"a cada avanço tecnológico"*, a fim de que se mantenham adequadas à realidade; **que** *"o poder público e as concessionárias têm se isentado dos deveres de criar faixas de rolamento para veículos lentos (v.g., caminhões), bem como omitem-se na adoção de manta asfáltica de melhor qualidade e totalmente adequada às tonelagens das atuais composições"*; **que** a r. sentença baseou-se em parâmetro regulatório de 1980 para regular situação fática caracterizada pela utilização de veículos modernos, produzidos em 2023, restando evidente a lacuna normativa; **que** a prestação de serviços no âmbito do transporte de cargas possui regulamentação própria (ilustrativamente, Lei n.º 11.442/2017 e Lei n.º 13.103/2018), não cabendo aplicação ao caso sob análise do disposto na Norma Regulamentar - NR 31; **que** a tolerância relacionada à tonelagem deve ser verificada com base na capacidade técnica real dos modernos veículos /composição utilizados no transporte; que *"o sistema de freios é usado em situações de emergência e no controle da velocidade no trânsito e o desempenho mínimo de cada veículo que compõem a CVC é regulado pela Resolução do CONTRAN 519 e pelas normas da ABNT 10966 de 1 a 7. Há um processo formal de homologação de cada veículo que compõem a CVC no DENATRAN. Suas combinações de veículos de carga com seus respectivos limites de pesos legais e dimensões são homologadas na Portaria n.º 268/2022,*

do Ministério da Infraestrutura da Secretaria Nacional de Trânsito"; **que** a atividade da recorrente não é de risco, não havendo falar em aplicação de responsabilidade objetiva; **que** a responsabilidade civil somente decorreria da comprovação do descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, as quais, no caso dos autos, não foram desrespeitadas; **que** *"ainda que admitida a manutenção da condenação, há que limitá-la e se considerar o que são vias terrestres para fins de aplicação da Lei"*, nos moldes do CTB que expressamente consigna o local de sua incidência normativa ao expor o que são as denominadas *"vias terrestres"*; **e que** as obrigações de fazer e não fazer são inconstitucionais, nos termos das decisões do STF na ADI 3811, ADPF 324 e ADC 48.

Acerca das multas impostas em caso de descumprimento das obrigações, a reclamada alega que são indevidas, uma vez que referida medida está prevista no CPC no capítulo do cumprimento da sentença e a CLT possui regramento próprio a respeito da execução. Aduz que *"só haverá a possibilidade de se imputar multas se houver a prévia e específica intimação da reclamada, à luz da Súmula 410 do STJ"*. Por fim, caso seja mantida a condenação sob tal aspecto, pugna para que o valor das multas seja limitado ao valor atribuído ao pedido.

Pois bem.

A presente ação civil pública foi ajuizada ante a constatação do descumprimento das normas de saúde e segurança aos trabalhadores que atuam no transporte da cana de açúcar

O Ministério Público do Trabalho aduziu na inicial que no *"âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região - Procuradoria do Trabalho no Município de São José do Rio Preto - foi instaurado, de ofício, o Inquérito Civil (IC) n. 000290.2020.15.007/4 - 90 para apurar possíveis irregularidades relacionadas ao excesso de peso dos caminhões canavieiros da requerida USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. A investigação teve gênese a partir do recebimento de denúncia de ofício ofertada pelo Exmo. Procurador do Trabalho José Fernando Ruiz Maturana, lotado na Procuradoria do Trabalho do Município de Bauru/SP, relatando que as empresas do setor sucroenergético instaladas no Estado de São Paulo adotam, como praxe, o transporte de cana-de-açúcar em caminhões com volume de carga superior ao patamar máximo de peso permitido (...) o que ocasiona grandes danos a várias esferas de interesses,*

desde os riscos à saúde e segurança dos motoristas de carga, até problemas relativos à trafegabilidade em condições normais, à vida e à saúde das pessoas (...). Dentre todas as consequências danosas, ressaltam-se as que agredem à saúde e segurança do trabalhador" (ID cfd5c1d - pág. 02) g.n.

Patente, portanto, que a pretensão deduzida na exordial visa tutelar a proteção à saúde e a segurança no meio ambiente de trabalho, especialmente dos trabalhadores que se ativam no transporte de cana-de-açúcar, carecendo de suporte a alegação defensiva de que *"a sentença encampa a defesa de interesses alheios às relações de trabalho"* e de que houve *"má interpretação e aplicação das diretrizes do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental (inclusive do Trabalho)"*.

A Constituição Federal assegura como fundamento da República o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e como direito social fundamental a garantia da *"redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"* (artigo 7º, inciso XXII).

O artigo 170 da CF/88, por seu turno, dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, o que implica na manutenção da saúde e segurança no ambiente de trabalho, a fim de evitar dano aos trabalhadores durante a execução de suas tarefas.

Conforme constou do Inquérito Civil, a *"demonstração objetiva das irregularidades decorre da documentação apresentada pela própria inquirida, quais sejam, os relatórios de pesagem, portanto, não há que se afirmar que o MPT aferiu os dados ex nihilo, antes, porém, pautouse exclusivamente na legislação vigente e nos dados fornecidos pela própria empresa."* (ID dd32c2e -pág. 181).

Acerca das irregularidades constatadas, a reclamada não nega que o transporte da cana-de-açúcar de sua propriedade é realizado acima dos limites de peso fixados na legislação pertinente, restando tal fato incontroverso.

A tese defensiva se concentra, desde a abertura do Inquérito Civil, na alegação de que a tonelagem é transportada em conformidade com as condições estabelecidas pelos fabricantes, dos veículos utilizados no transporte da cana de açúcar.

Neste sentido se manifestou a requerida à época do Inquérito Civil, *in verbis*: *"(...) oportuno mencionar que os modernos equipamentos utilizados*

pela Inquirida no transporte de matéria-prima, têm capacidade de tração e segurança muito superiores aos índices indicados na regulamentação do CONTRAN (Resolução nº 211/06), ou seja, ainda que hipoteticamente os caminhões operassem no seu limite máximo de pesagem, conforme especificação de fábrica, a segurança dos motoristas permaneceria plenamente preservada. Dito isto, diversamente das presunções contidas em Ata de Audiência Coletiva, o peso dos caminhões carregados, desde que observadas as especificações técnicas do fabricante, não trazem qualquer prejuízo à saúde e segurança dos motoristas, ainda que eventualmente trafeguem acima do limite de 74T (setenta e quatro toneladas). Assim, considerando-se os avanços tecnológicos na área de transporte de carga, é certo que o limite de 74T (setenta e quatro toneladas) instituído em 2.006 pelo CONTRAN (Resolução nº 211/06), se mostra consideravelmente baixo, dada a capacidade de tração e frenagem dos novos caminhões. Logo, observadas as especificações técnicas, inexistente instabilidade dos veículos, desempenho dos pneus, frenagem, tração e subidas ou ultrapassagens, ou seja, todo o argumento inicial se esvai" (Inquérito Civil => ID 173ee7f – pág. 28-29).

Nos termos das Resoluções n.º 640/2016, 663/2017, 872/2021, 882/2021 e Deliberação nº 267/2023 verifica-se que o CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), órgão máximo normativo e consultivo do Sistema Nacional de Trânsito (artigo 7º, I, da Lei n.º 9.503/1997), autoriza a circulação de Combinações de Veículos de Carga (CVC) com Peso Bruto Total Combinado (PBTC) superior a 74 toneladas, mas desde que seja **inferior ou igual a 91 toneladas e mediante Autorização Especial de Trânsito (AET), concedida pelo órgão competente quando atendidos os requisitos estabelecidos nas referidas normas administrativas.**

Em relação à matéria, dispõem os artigos 1º e 2º da Resolução CONTRAN n.º 872 (de 13 de setembro de 2021):

"Art. 1º Esta Resolução estabelece os requisitos necessários à circulação de Combinações de Veículos de Carga (CVC) com Peso Bruto Total Combinado (PBTC) superior a 74 toneladas e inferior ou igual a 91 toneladas destinadas ao transporte de cana-de-açúcar.

Art. 2º As CVC de que trata o art. 1º só podem circular nas vias portando Autorização Especial de Trânsito (AET), em conformidade com esta Resolução.

§ 1º A AET de que trata esta Resolução tem validade de um ano.

§ 2º O órgão ou entidade com circunscrição sobre a via pode adotar prazos de validade inferior ao disposto no § 1º, desde que devidamente justificado.

§ 3º O órgão com circunscrição sobre a via deve disponibilizar prioritariamente o serviço de concessão da AET por meio eletrônico.

§ 4º Os documentos exigidos nesta Resolução podem ser apresentados pelo interessado em formato digital ou em formato físico para posterior digitalização, conforme Decreto nº 10.278, de 18 de março de 2020."

Apesar de alterar parcialmente a Resolução CONTRAN nº 872/2021, a Deliberação n.º 267, de 27 de fevereiro de 2023 passou a admitir a modificação de veículos para inclusão de eixo veicular, em implemento rodoviário que apresente chassi com plano reto designado a compor CVC, mas manteve a exigência do PBTC "superior a 74 toneladas e **inferior ou igual a 91 toneladas** destinadas ao transporte de cana-de-açúcar."

Neste contexto, é importante ressaltar que, apesar de alegar a recorrente não comprovou possuir a necessária Autorização Especial de Trânsito (AET), tampouco demonstrou ter solicitado a referida autorização junto ao órgão competente.

Além disso, **confessa que o transporte de cana-de-açúcar é reiteradamente realizado além do limite máximo de 91 toneladas:** "*Com isso, reafirma-se o uso dos veículos dentro das suas capacidades operacionais, limites indicados pelos seus fabricantes, corroborando a afirmação de que os veículos, dentro dos limites técnicos, são seguros.*" (contestação => ID 9c0de38 - pág. 67) - "*A configuração técnica do veículo, no entanto, revela que podem ser transportados mais de 120 toneladas - e é incontroverso que a recorrente obedece a esse limite, mantendo-se sempre dentro das especificidades técnicas do veículo.*" (recurso ordinário => ID 139b0b - pág. 73 - ID). g.n.

Conforme bem observou a r. sentença, "*a análise dos relatórios de pesagem de cana, anexados aos autos (fls.380/514), demonstraram que vários desses veículos rodavam com pesos superiores a 100t (vide, por exemplo, a viagem nº 58920, cuja combinação veicular atingiu o peso bruto total de 111,4 toneladas no dia 05/11/2019 - fl. 473; viagem nº 70275, cuja combinação veicular atingiu a somatória de 122,4 toneladas no dia 27/06/2020 - fl. 507)*" (sentença => ID 0cf74ea).

Ante o sustentado em razões defensivas, é importante ressaltar que a especificação do fabricante se refere ao veículo em si, despartado da análise das condições reais em que é operado pelo motorista nas vias pelas quais transita, ou seja, não basta como referencial para justificar e avaliar os riscos causados pelo transporte de carga em tonelagem superior aos limites fixados pela legislação pátria, cuja ocorrência restou devidamente comprovada nos autos, seja através do Inquérito Civil que precedeu o ajuizamento da presente ação, seja pelos "*estudos técnicos*" juntados aos autos pela própria recorrente.

Com efeito, os dados constantes dos "*estudos técnicos*" (ID a50af7e até ID 0f1f7e3), colacionados pela própria requerida, militam em desfavor da defesa, na medida em que corroboram a constatação de que a sobrecarga aumenta os riscos da atividade, favorecendo a ocorrência de acidentes. Consigna, por exemplo, que o aumento da tonelagem eleva, de forma significativa, o tempo e a distância de frenagem dos veículos.

Confira-se:

"(...)

Frenagem asfalto seco com ABS

*Considerando a **PBTC de 74 t**, a Composição Veicular de Carga (CVC), sobre pavimento asfáltico e velocidade inicial de aproximadamente **80 km/h**, desempenha frenagem, até a parada total, **percorrendo um espaço de 48,78 m em, 3,93 s, resultando na desaceleração de 5,1 m/s²** (figura abaixo).*

*Considerando a **PBTC de 74 t**, a Composição Veicular de Carga (CVC), sobre pavimento asfáltico e velocidade inicial de aproximadamente **60 km/h**, desempenha frenagem, até a parada total, **percorrendo um espaço***

de 30,05 m em, 3,07 s, resultando na desaceleração de 4,62 m/s² (figura abaixo).

*Considerando a **PBTC de 100 t**, a Composição Veicular de Carga (CVC), sobre pavimento asfáltico e velocidade inicial de aproximadamente **80 km/h**, desempenha frenagem, até a parada total, **percorrendo um espaço de 68,59 m em, 6,07 s, resultando na desaceleração de 3,6 m/s² (figura abaixo).***

*Considerando a **PBTC de 100 t**, a Composição Veicular de Carga (CVC), sobre pavimento asfáltico e velocidade inicial de aproximadamente **60 km/h**, desempenha frenagem, até a parada total, **percorrendo um espaço de 31,6 m em, 3,13 s, resultando na desaceleração de 4,39 m/s² (figura abaixo).**" (estudo técnico => ID dd3df52 - pág. 137-140 - g.n.).*

Como visto, mesmo em pista seca, ou seja, em condições mais favoráveis de trafegabilidade, o excesso de carga tem impacto direto na frenagem do veículo, aumentando significativamente o tempo de desaceleração e a distância percorrida até a parada total.

Portanto, ainda que a cana-de-açúcar seja transportada por veículos modernos, fabricados recentemente, e que a contratação das empresas transportadoras seja realizada de forma criteriosa como alega a recorrente, fato é que o transporte de carga acima dos limites de tonelage aumenta significativamente o risco de acidentes, ainda que as especificações técnicas dos veículos certifiquem sua capacidade de transportar carga acima dos limites previstos na legislação pertinente, pois a análise não pode ficar circunscrita ao objeto em si, devendo abranger todas as condições que cercam sua operabilidade no meio ambiente de trabalho.

Mas não é só.

Conforme muito bem observado pela decisão primeva "*os testes efetuados* em campo foram realizados apenas em asfalto seco (fl.1477), sem levar em consideração outros aspectos que influenciam significativamente as condições de trafegabilidade, como, por exemplo, o transporte em pista molhada. Com efeito, é notório que no tráfego em pista molhada há aumento do risco de derrapagem e diminuição da capacidade de frenagem. De igual sorte, também aumentam consideravelmente o risco

de acidentes a existência de areia, detritos, lama ou curvas acentuadas. Ademais, as normas de trânsito relacionadas ao peso levam em conta diversos aspectos muito além das especificações técnicas do fabricante dos veículos de transporte, como o estado de conservação das estradas, a visibilidade do motorista, a segurança dos demais transeuntes e a intensidade de tráfego *médio*". (sentença => ID 0cf74ea).

Os "estudos técnicos" esclarecem, ainda, que as rotas, talhões, rodovias e estradas de terra utilizadas pela Usina Ouroeste para o transporte da cana-de-açúcar, somados, totalizam aproximadamente 1.168Km de extensão", incluindo *"241,63 km de rodovias e 927,25 km de estradas de terra, 20,67 % e 79,33 % do total, respectivamente"* (ID 8c9bfdd - pág. 31), de sorte que cabia à requerida o cumprimento da legislação que rege a matéria e a comprovação de que obteve do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), órgão máximo normativo e consultivo do Sistema Nacional de Trânsito (artigo 7º, I, da Lei n.º 9.503/1997), a autorização (AET) para trafegar em suas vias rurais internas acima dos limites de peso.

No entanto, em nenhum momento demonstrou ter solicitado ou obtido do CONTRAN, a referida a Autorização Especial de Trânsito - AET (artigo 101 do CTB e Resolução n.º 872 /2021) para trafegar com veículos que não se enquadram nos limites de peso e dimensões estabelecidos.

Ademais, a questão atinente ao nível de segurança em razão do peso transportado não pode ser analisada considerando tão somente as especificações técnicas dos "cavalos mecânicos" que, conforme alega a recorrente, são modernos e fabricados por empresas mundialmente renomadas (Volvo, Scania e Mercedes Benz), quando a prova documental por ela encartada nos autos demonstra realidade diversa.

Com efeito, à época do Inquérito Civil a requerida juntou aos autos a *"relação de equipamentos de transporte utilizados na safra de 2019"* (vide => ID 173ee7f - pág. 33 e pág. 55 e seguintes). Referido documento demonstra que na safra de 2019 foram utilizados, dentre outros veículos, "reboques" ou "semi reboques" **fabricados nos anos de 2002 e 2005 (à época com aproximadamente 17 e 15 anos de uso, respectivamente)**, ou seja, equipamentos não tão modernos quanto os cavalos mecânicos que a reclamada alega utilizar. Ilustrativamente, cito os seguintes exemplos => *Semi reboque: Marca: Randon - Modelo: Randon Semi Reb Cana - Placa:*

*CWP 0729 - **Fabricação: 2002**; Semi reboque: Marca: Galego - Modelo: Galego Semi Reb Cana - Placa: GRP 0286 - **Fabricação: 2005**; Semi reboque canavieiro: Marca: Randon - Modelo: Randon Semi Reb Cana - Placa: DSQ 4531 - **Fabricação: 2005**; => ID 173ee7f - pág. 55).*

Acrescente-se que, nos "estudos técnicos", carreados aos autos pela própria requerida, **estão relacionados inúmeros veículos fabricados entre 2008 e 2013, atualmente** com mais de 10 anos de uso, ou seja, equipamentos não tão modernos como alegado pela defesa.

Confira-se:

*- **Cavalo Canavieiro** - Marca: SCANIA G420 - Placas: OUR 9734 e OUR 9719 - **Fabricação: 2012** (ID 8c9bfdd).*

*- **Cavalo Canavieiro** - Marca: SCANIA G440 - Placas: OUR 4006, OUR 9739 e OUR 9719 - **Fabricação: 2013, 2012 e 2012** respectivamente (ID 8c9bfdd - ID b5e34ab)*

*- **Reboque** - Marca: Galego - Placa: GZV 8750 - **Fabricação: 2008** (ID b5e34ab).*

*- **Reboque** - Marca: Galego - Placas: HJD 4013 e HJD 4014 - **Fabricação: 2009** (ID b5e34ab).*

*- **Semi Reboque** - Marcas: Galego e Randon - Placas: GZV 8760, HDJ 4007 e HNP 5428 - **Fabricação: 2008, 2009 e 2012** respectivamente (ID b5e34ab).*

Assim, a alegação de que a alta capacidade de tração e frenagem dos modernos cavalos mecânicos fabricados atualmente são suficientes para garantir a segurança dos trabalhadores, envolvidos no transporte rodoviário de cana-de-açúcar, padece de fragilidade ante a realidade fática demonstrada pelo conjunto probatório dos autos.

Neste passo, relevante destacar que os documentos (ID 48d0bf0 – págs. 2526) demonstram que a sobrecarga pode acarretar, ainda, o superaquecimento dos freios e, em casos mais graves, dar início a um incêndio no veículo.

Portanto, inafastável a constatação de que o transporte de carga, acima dos limites legais de tonelagem, aumenta significativamente o risco à saúde

e segurança dos trabalhadores, não merecendo guarida a alegação recursal de que o MM Juízo de origem *"deixou de analisar aspectos técnicos específicos e imprescindíveis para a compreensão das consequências fáticas do aumento da temperatura no freio ou do aumento da distância da frenagem"*.

Também não merece amparo a alegação defensiva de que *"não caberia falar na aplicação da NR-31 às atividades de transporte, eis que o seu âmbito de aplicação é delimitado pela própria Norma"*, pois a indigitada NR 31 fixa expressamente, no item 31.2.3, como dever do empregador rural ou **equiparado**, dentre outros, o cumprimento das normas sobre segurança e saúde no trabalho, nos seguintes termos:

"31.2 Campo de Aplicação - Obrigações e Competências - Das Responsabilidades

31.2.1 Esta Norma se aplica a quaisquer atividades da agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura, verificadas as formas de relações de trabalho e emprego e o local das atividades.

(...)

31.2.2 Esta Norma também se aplica às atividades de exploração industrial desenvolvidas em estabelecimentos rurais.

*31.2.3. Cabe ao empregador rural ou **equiparado**: (...) - a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho rural, de forma a garantir adequadas condições de trabalho, higiene e conforto, e adotar medidas de prevenção e proteção para garantir que todas as atividades, locais de trabalho, máquinas, equipamentos e ferramentas sejam seguros*

(...)

31.2.5 São direitos dos trabalhadores:

a) ambientes de trabalho seguros e saudáveis, em conformidade com o disposto nesta Norma Regulamentadora;

(...)

31.3 Programa de Gerenciamento de Riscos no Trabalho Rural - PGRTR

31.3.1 O empregador rural ou equiparado deve elaborar, implementar e custear o PGRTR, por estabelecimento rural, por meio de ações de segurança e saúde que visem à prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho nas atividades rurais.

(...)

31.3.3 O PGRTR deve incluir, no mínimo, as seguintes etapas:

(...)

d) implementação de medidas de prevenção, de acordo com a seguinte ordem de prioridade:

I - eliminação dos fatores de risco;

II - minimização e controle dos fatores de risco com a adoção de medidas de proteção coletiva;

III - minimização e controle dos fatores de risco com a adoção de medidas administrativas ou de organização do trabalho; e

IV - adoção de medidas de proteção individual;

(...)

31.14.1 O levantamento, o transporte, a carga, a descarga, a manipulação e o armazenamento de produtos e materiais devem ser executados de forma que o esforço físico realizado pelo trabalhador seja compatível com sua segurança, saúde e capacidade de força." (g.n.)

Conforme bem observado pela decisão primeva, "a norma não pode ser interpretada de modo isolado, mas sim de forma sistemática e interdisciplinar com outros dispositivos normativos, pois a tutela da saúde e segurança no trabalho exige seja privilegiada a prevenção e a precaução para se evitar acidentes ou danos à integridade física e à vida do trabalhador. Portanto, ainda que a frota contratada pela demandada suporte até 160 toneladas de carga, conforme padrões de segurança

garantidas pelas mais competentes empresas de fabricação de caminhões, como defende, tal fato não exime a ré do cumprimento do limite legal do peso máximo de transporte estabelecido pelos órgãos nacionais de trânsito, por uma questão de segurança. Aliás, a tal conclusão converge, por analogia, a questão da velocidade nos veículos de passeio, pois em que pese fabricados com potencial para atingir altas velocidades, nem por isso os condutores estão autorizados a exceder o limite legal de velocidade, conforme a via trafegada."

No que diz respeito à alegada ausência de responsabilidade ante a terceirização dos serviços de transporte, melhor sorte não tem a reclamada.

Com efeito, o artigo 4º- C, inciso II, assim como o artigo 5º- A, §3º, ambos da Lei n.º 6.019/74 dispõem, *in verbis*:

"Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

(...)

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

"Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato."

Restou incontroverso que a recorrente figura como contratante /embarcadora da cana-de-açúcar transportada. Ademais, os autos também demonstram, de forma inequívoca, a ingerência da recorrente na organização da atividade logística do transporte prestado em seu benefício.

Neste contexto, não se sustenta a alegação defensiva de que o objeto do processo se refere apenas ao cumprimento das leis de trânsito, sendo oportuno trazer a colação as preciosas reflexões consignadas em razões de decidir de recente julgado do C.TST:

"No caso das pessoas que atuam na condução de veículos, não se pode negar que o desatendimento das normas que regulam o limite de cargas, conquanto possa representar, de proêmio, violação das regras do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.504/1997), põe em risco uma infinidade de indivíduos, mas também representa, de modo direto, risco direto, específico e mais acentuado de acidentes para aquele que se encontra na direção, maior interessado na preservação de sua saúde física e mental. Trata-se de verdadeira interseção de normas, pois o limite fixado pela lei de trânsito se vincula à capacidade do veículo, à segurança do motorista e das demais pessoas que trafegam nas rodovias por ele percorridas, como também de toda a sociedade, seja pelo risco em si, seja pela conservação das rodovias, seja pelo custeio do sistema previdenciário, em caso de concessão de benefícios etc. Pensar que o tema só interessa ao Poder Público para fins de aplicação de sanções de trânsito é negar que, para o motorista, o meio ambiente do trabalho resulta das circunstâncias em torno das quais o seu trabalho é realizado, o que, por certo, inclui as condições de manutenção do veículo, limites à jornada de trabalho, concessão de intervalos intra e interjornadas, proibição de utilização de substâncias psicoativas, entre outras, todas elas componentes da higiene, saúde e segurança do trabalho. Se o veículo trafega com carga acima do limite de tonelagem fixado pelas normas de trânsito, é inegável afirmar que potencializa e amplia o risco da ocorrência de acidentes. Estudos comprovam tal afirmação. Portanto, o excesso de peso como fator de risco para os acidentes envolvendo caminhões decididamente não é um tema exclusivamente afeto ao cumprimento das regras de trânsito. Muito ao contrário, autoriza reconhecer a maior probabilidade de que eventos

danosos à saúde possam acontecer, circunstância que atenta de modo direto contra o Princípio da Prevenção, um dos mais importantes no Direito Ambiental, inclusive do Trabalho, consagrado expressamente pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (a Rio92) - Princípio 15 -, diante da alta probabilidade do infortúnio laboral, ou, quando menos, contra o Princípio da Precaução. É inegável que tais princípios encontram aplicação no Direito Ambiental do Trabalho, em especial pela correlação existente entre os artigos 170, 200, VIII, e 225, da Constituição, e a previsão contida na Convenção nº 155 da OIT. É dever do empregador, oriundo do contrato de trabalho, proteger a saúde, nele incluídos o bem-estar físico, mental e social do empregado e a preservação de condições dignas de trabalho. Assinale-se que essa competência não seria afastada ainda que viessem a ser utilizadas para a solução da controvérsia normas inseridas no Código de Trânsito Brasileiro. Essa compreensão, desde muito tempo, foi afirmada pelo STF (CC nº 6.959, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 23 de maio de 1990). Ademais, o direito a um meio ambiente de trabalho seguro e saudável passou a integrar o rol dos Princípios e Direitos Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Logo, a matéria em discussão é sim da competência desta Justiça Especializada, por envolver questão referente ao meio ambiente de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido." (PROCESSO Nº TST-RR-12366- 36.2015.5.15.0056 - Relator Ministro Cláudio Brandão) (g.n.)

Ao apreciar a matéria, julgamento proferido pela 7ª Câmara deste Tribunal no Processo n.º 0010347-28.2021.5.15.0127, que teve como Relator o Juiz Manoel Luiz Costa Penido e contou com preciosas reflexões trazidas pelo voto convergente do Desembargador Renan Ravel Rodrigues Fagundes, ressaltou os reflexos contratuais trabalhistas a que está sujeito o motorista que conduz veículos, em que o peso da carga é superior ao limite legal permitido.

Com efeito, ao conduzir veículos com excesso de peso o motorista está sujeito a multa, retenção do veículo e perda de pontos na Carteira

Nacional de Habilitação (artigo 231, V, do Código de Trânsito Brasileiro), sendo que punições reiteradas podem ocasionar a suspensão do direito de dirigir (artigo 261 do CTB), impossibilitando que o motorista continue a exercer sua profissão, além de expô-lo ao risco da dispensa por justa causa, nos termos do artigo 482 "m" da CLT :

"Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

(...)

m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado"

Inequívoco, portanto, que atribuir ao motorista a tarefa de dirigir veículo com peso superior aos limites estabelecidos pela legislação, não configura apenas violação às leis de trânsito, mas exposição do motorista a riscos maiores a sua saúde e segurança no meio ambiente de trabalho (as vias privadas/internas e públicas em que trafega), além da possibilidade de perda de sua CNH, o que prejudica o seu próprio direito ao trabalho, por comprometer a continuidade do exercício de sua profissão, restando patente a conduta omissa, pela qual cabe à recorrente responder como embarcadora/tomadora, por violação do direito fundamental albergado no inciso XIII do artigo 5º da CF /88, *in verbis*:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;"

Neste contexto, importante ressaltar que a alegação de que não há notícia de acidentes causados por excesso de peso envolvendo motoristas que transportam cana-de-açúcar, não é suficiente para amparar o pleito de reforma, pois a tutela inibitória é concedida contra o ilícito em si, independentemente de ter ocorrido o dano.

Com efeito, nos termos do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. Assim sendo, o configurado risco concreto à saúde e segurança dos trabalhadores, que atuam em benefício da recorrente, que mantém total ingerência na organização logística dos serviços de transporte,

configura a conduta antijurídica da tomadora, que viola direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no artigo 7º *caput* e inciso XXII da CF/88, desatendendo a função social da propriedade ao descumprir o artigo 170 da CF/88, que disciplina os limites constitucionais para a exploração da atividade econômica, assim respaldando a concessão da tutela inibitória nos termos do § único do artigo 497 do CPC, aplicável por compatível com o processo trabalhista, que estabelece, *in verbis*:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Como bem pondera Luiz Guilherme Marinoni:

"Surge aqui a necessidade de repensar o conceito de ilícito civil e, especialmente, de tutela contra o ilícito. O ilícito civil sempre foi associado ao ato contrário ao direito que produz dano. Nesse sentido, o elemento dano constitui componente essencial para a configuração do ilícito civil. Porém, há aí uma mistura entre o ato contrário ao direito e o dano ou uma falta de distinção entre o ato em si (o ilícito) e sua consequência (o dano). Nem sempre o ato contra o direito e o dano ocorre no mesmo instante, sendo possível que o dano surja após a prática do ilícito e até mesmo frequentes os casos em que o dano se intensifica com o passar do tempo. Aliás, é possível que exista ato contrário ao direito que não provoque dano. O dano não é apenas uma consequência, mas na verdade uma consequência eventual do ilícito. Por isso, não há como negar a separação entre ilícito e dano. Nem mesmo é possível dizer que o dano, apesar de não se confundir com o ato contrário ao direito, é imprescindível para se outorgar tutela ao direito. Isso seria confundir tutela contra o ilícito com tutela ressarcitória ou imaginar

que jamais haverá interesse de agir em uma ação civil voltada a proteger um direito contra a prática de um ilícito que não produziu dano. (...). Ora, não é possível admitir, dentro da realidade contemporânea, que o ressarcimento seja a única forma de tutela contra o ilícito. É certo que a admissão de outra forma de tutela contra o ilícito implica a superação de um dogma que vem desde o direito romano. A assimilação entre ilícito e dano é o resultado de um processo histórico que levou a doutrina a admitir que a tutela contra o ilícito seria apenas o pagamento do equivalente ao valor da lesão ou, quando muito, a aceitar que determinados danos poderiam ser reparados in natura. Contudo, na dimensão do Estado constitucional, em que avulta o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais mediante a proibição ou a imposição de condutas, a necessidade de tutela contra o ilícito exige uma nova postura dogmática, voltada a explicar a necessidade de outra forma de tutela, derivada da existência de normas de natureza protetiva, características a um Estado que sabe que, para permitir o digno desenvolvimento da organização social, tem que tutelar os direitos fundamentais (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Manual do processo civil. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 - p.132-133).

Assim sendo, o fato de ainda não existir dano não afasta a tutela inibitória que, visando a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quanto à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho (que inclui as vias internas da propriedade da requerida e as vias públicas), estabeleceu obrigações de fazer e não fazer ante a comprovada conduta ilícita da recorrente, ao descumprir limites legais estabelecidos.

Acerca do transporte nas vias internas (propriedade privada da reclamada), o pleito de reforma, apresentado com esboço no constante do OFÍCIO N.º 31/2020/CGNFDENATRAN/SNTT, também não prospera.

Isto porque nesta ação o autor não pretende que seja implementada a fiscalização de trânsito, de sorte que a impossibilidade desta ocorrência, nas vias internas de propriedade da recorrente, não implica em autorizar o

transporte de cana-de açúcar em condições que coloquem em risco a saúde e segurança dos trabalhadores que se ativam no setor.

O direito de propriedade e a atividade empresarial devem ser exercidos de maneira a atender a sua função social, ou seja, em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, a fim de que sejam preservados, dentre outros, a saúde e a segurança do meio ambiente de trabalho (artigos 1º, IV, 5º, XXII e XXIII, e 170 da Constituição Federal).

Acerca da matéria, pontua Gilmar Ferreira Mendes:

"Não existe, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico. Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, com os parâmetros fixados pela legislação ordinária (...). Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade. A afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de ocorrer, pois, de uma cuidadosa ponderação sobre os bens e valores em questão." (Curso de Direito Constitucional, 4ª Edição, Editora Saraiva - págs. 481/482)

Sob tal princípio se revela insustentável admitir que, a fim de obter maior lucratividade, possa ser admitido que a requerida coloque em risco a segurança do motorista e de terceiros que com ele interagem não só nas vias públicas, mas também nas vias internas da propriedade.

Nos termos dos artigos 3º e 17 da Convenção 155 da OIT ("*Sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho*"):

"Artigo 3 - (...) - c) a expressão "local de trabalho abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem

permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controles, direito ou indireto, do empregador;

(...)

Artigo 17 - (...) - Sempre que duas ou mais empresas desenvolverem simultaneamente atividades num mesmo local de trabalho, as mesmas terão o dever de colaborar na aplicação das medidas previstas na presente Convenção"

Portanto, o transporte realizado nas vias internas da propriedade da requerida não a exime da obrigação de observar os limites de peso fixados pela legislação, remanescendo o dever legal de proporcionar um ambiente de trabalho saudável e seguro.

Assim, o pleito recursal para que as obrigações impostas não sejam exigidas em relação ao transporte de cana-de-açúcar realizado nas vias terrestres rurais, tampouco nas vias terrestres localizadas no interior das propriedades rurais da reclamada, não merece guarida, eis que se trata de proteger o meio ambiente de trabalho, que é compartilhado com outros trabalhadores e terceiros, que igualmente tem direito à preservação das condições de segurança, considerando as especificidades que marcam a atividade do transporte de cargas.

Destarte, seja qual for a via utilizada pelo motorista para o transporte da cana de açúcar (via terrestre rural, via localizada dentro da propriedade privada da reclamada e via pública), os riscos decorrentes do transporte de cana-de-açúcar, acima dos limites de tonelage previstos na legislação, permanecem presentes e assim devem ser considerados.

Ainda, no que tange às vias públicas, não se pode admitir que, para obter maior lucratividade, as empresas danifiquem as estradas, assim aumentando o risco de acidentes e o custo de recapeamento e restauração, que acabam sendo transferidos e suportados por toda sociedade.

Importante pontuar que as próprias alegações recursais corroboram a ingerência da recorrente na logística e organização dos serviços de transporte, ao demonstrar que determinava às empresas contratadas o cumprimento de inúmeras exigências:

"Exige-se dos contratados a instalação, individualizada, de computador de bordo, sensor para abastecimento e

outros dispositivos tecnológicos que estejam alinhados à necessidade de proteção das pessoas e das cargas transportadas. A prestadora dos serviços não pode prescindir de estrutura mínima que conte com: encarregado e líder de operação; estrutura de oficina volante mecânica, borracharia, oficina elétrica e abastecimento de arla. Proíbe-se a utilização, nos eixos dianteiros, de pneus recauchutados. A telemetria exige, no mínimo: a) Registrar, no mínimo, as horas de condução, velocidade (pista seca e pista molhada), aceleração brusca ou desaceleração brusca e acionamento dos freios do veículo; b) Deve ser ligado diretamente à bateria de forma que o desligamento da chave geral, quando houver, não interrompa o seu funcionamento; c) O sistema tem que ser espelhado para a demandada, que terá acesso aos dados da condução do motorista e acesso aos parâmetros utilizados para a avaliação. A demandada não terá acesso para fazer alteração no sistema; d) Apresentar periodicamente, conforme definição da demandada, relatórios gerenciais sobre a condução dos motoristas (excessos de velocidade, jornada de trabalho etc.); e) O sistema deve ser em plataforma web; f) É necessário que o condutor faça sua identificação no veículo que estiver utilizando para registro nos relatórios gerenciais do sistema. Exige-se, ainda, que o veículo esteja equipado com câmeras e sensor de fadiga. No mínimo 2 câmeras, posicionadas para avaliação da via (frontal) e para avaliação do condutor (lateral). Uma câmera situada à frente do motorista, capaz de identificar possíveis sinais de fadiga, que possua aviso sonoro de alerta e gravação de imagem do evento" (recurso ordinário => ID 139b0b5).

Portanto, a notória ingerência da recorrente em relação aos contratos de prestação dos serviços de transporte reforçam a conclusão de que as obrigações de fazer e não fazer a ela impostas são exequíveis, já que podem ser incluídas no rol dos requisitos que são por ela exigidos da empresa transportadora contratada.

Destarte, devidamente comprovado nos autos o transporte de cana-de-açúcar acima dos limites de tonelage fixados pela legislação, bem como que tal prática potencializa sobremaneira a ocorrência de acidentes, colocando em risco a saúde e segurança dos trabalhadores que se ativam no transporte da cana-de-açúcar em benefício da reclamada, inexistente supedâneo fático ou jurídico para amparar o pleito de reforma.

Por fim, a fixação de multas em caso de descumprimento das obrigações de fazer e não fazer (*astreintes*), encontra respaldo no artigo 537 do CPC, *in verbis*:

"Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito"

O referido preceito legal respalda a possibilidade do Juiz impor multa em valor suficiente e compatível, visando o cumprimento da obrigação fixada em prazo razoável, como ocorre nos autos, além de conferir às *astreintes* finalidade dissuasória, de sorte que não podem ser limitadas aos valores iniciais, como pretende a recorrente.

Ademais, também não prospera a irresignação recursal quanto ao disposto na Súmula 410 do STJ (*"A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."*), tendo em vista os termos da sentença, que já fixou o prazo de 90 (noventa) dias, contados *"a partir da intimação desta decisão"*, para cumprimento das obrigações impostas à reclamada.

Ante o exposto, inexistente supedâneo fático ou jurídico para amparar os pleitos de reforma, pelo que decido **negar provimento** ao recurso, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3.3. Dos juros e correção monetária

Acerca dos juros e correção monetária assim decidiu a Origem:

"Tendo em vista os efeitos da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, em 18/12 /2020, com

eficácia erga omnes e efeito vinculante, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 58 e 59, bem como nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade 5867 e 6021, que conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, deve-se aplicar à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e a incidência da taxa SELIC na fase judicial. Ademais, nos termos do Acórdão publicado, haverá a incidência de juros de mora na fase pré-judicial, com base no caput do art. 39 da Lei 8.177/91, ou seja, pela TRD acumulada a partir do vencimento da obrigação."

Contra tal decisão recorre a reclamada. Aduz que *"mesmo antes da ADC 58 e 59, os juros eram aplicados somente após o ajuizamento da reclamação e que, atualmente, foi englobado pela SELIC na fase judicial. Destarte, devem ser excluídos os juros da fase pré-judicial."*

Pois bem.

Conforme decisão proferida pelo E. STF nos autos da ADC 58-DF, em julgamento conjunto com a ADC 59 e ADIs 5867 e 6021, dotada de efeito vinculante, a atualização (correção monetária e juros de mora) das verbas objeto da condenação deverá observar os critérios estabelecidos nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do

IPCA-E na fase préjudicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil) (...). Por fim, por maioria, modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais) (...)"

Opostos embargos de declaração contra a decisão suso, o E. STF os acolheu parcialmente *"tão somente para sanar o erro material constante da decisão de julgamento e do resumo do acórdão, de modo a estabelecer a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), sem conferir efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator"* (g.n.).

O Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Reclamação 46.023 reforçou que após o ajuizamento somente a taxa SELIC deveria ser aplicada, pois já tem embutida a correção monetária mais os juros de mora.

"A decisão proferida por esta CORTE no julgamento conjunto da ADC 58, ADC 59, ADI 6021 e ADI 5867 (Rel. Min. GILMAR MENDES) conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil). Ocorre que, ao determinar também o pagamento de juros de mora equivalentes aos índices de poupança, a partir do ajuizamento da ação, o ato reclamado viola, em parte, o quanto assentado pelo referido julgado. Isso porque a taxa SELIC é um índice composto, isto é, serve a um só tempo como indexador de correção monetária e também de juros moratórios, nos termos do art. 406 do Código Civil (Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional). Assim, a determinação conjunta de pagamento de juros de mora, equivalentes aos índices da poupança, e de atualização monetária pela taxa SELIC, como consta do ato ora reclamado - implica em violação ao quanto decidido na ADC 58, ADC 59, ADI 6021 e ADI 5867 (Rel. Min. GILMAR MENDES).

Quanto ao dano moral, estabelece a Súmula 439 do C. TST :

"DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT".

A sentença já observou estes critérios ao determinar: "*Quanto às eventuais indenizações deferidas por danos, eis que não dizem respeito à obrigação contratual stricto sensu e considerando que a respectiva apuração e arbitramento já indicam valores fixados em expressão monetária atual, devem ser corrigidas a partir data da prolação desta decisão (Súmula 439 do TST).*"

Destarte, tendo sido observados pela decisão primeva os parâmetros fixados na decisão da ADC 58-DF em julgamento conjunto com a ADC 59 e ADIs 5867 e 6021 (observando-se, inclusive, a decisão proferida em embargos declaratórios na ADC 58-DF e na Reclamação 46.023), assim como o disposto na Súmula 439 do C. TST, quanto aos critérios de atualização da indenização referente ao dano moral coletivo, nada há para ser reformado, pelo que decido **negar provimento** ao recurso, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

4. RECURSO DE AMBAS AS PARTES

Da indenização por dano moral coletivo. Da destinação.

Acerca da matéria em destaque, a requerida OUROESTE BIOENERGIA LTDA recorre alegando que inexistente direito a indenização por dano moral coletivo, por se tratar de violação a direitos individuais heterogêneos, cujos titulares são pessoas determinadas. Mantida a condenação, pretende a redução do valor arbitrado pela origem e que a destinação da indenização seja revertida ao FDDD ou FAT.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, por seu turno, pugna pela majoração do *quantum* indenizatório.

Pois bem.

Inicialmente, é importante estacar o disposto no art. 1º, IV, da Lei 7.347/85 ao estabelecer, *in verbis*:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo"

O artigo 186 do Código Civil imputa o dever de reparação àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, **violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.**

Nos termos do artigo 187 do Código Civil, *"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*.

Nesta senda, importante ressaltar que, em conformidade com o disposto no artigo 421 do Código Civil, a atuação da recorrente deve ser balizada pelos limites da função social do contrato que celebrou na condição de tomadora, sendo que a exploração de sua atividade econômica deve ser pautar pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1988, notadamente o constante do inciso III, ao estabelecer que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, entre seus princípios, a função social da propriedade;

A confessada exigência da recorrente, quanto ao transporte de carga acima dos limites de peso permitidos pela legislação, aumenta significativamente o risco de acidentes, ainda que as especificações técnicas de alguns dos veículos utilizados certifiquem sua capacidade de transportar carga acima dos limites previstos na legislação pertinente, pois a análise não pode ficar circunscrita apenas ao veículo em si, devendo abranger todas as condições que cercam sua operabilidade no meio ambiente de trabalho.

Mesmo em condições mais favoráveis de trafegabilidade, o excesso de carga tem impacto direto na frenagem do veículo, aumentando significativamente o tempo de desaceleração e a distância percorrida até a parada total.

Assim sendo, cabalmente demonstrado o descumprimento de normas de saúde e segurança do motorista, a quem é atribuída a exigência de dirigir veículos com tonelagem superior à permitida por lei, resta patente a violação das normas voltadas à proteção dos motoristas, dos demais trabalhadores e de terceiros, que interagem de forma constante no mesmo meio ambiente de trabalho, restando inequívoca a violação de direitos coletivos, o que configura o dano moral *in re ipsa*, assim respaldando a condenação quanto ao pagamento de indenização, revestida de natureza reparatória e pedagógica, que visa evitar a continuidade da prática de ato ilícito.

Quanto ao valor da indenização, é preciso atentar para a dimensão dos fatos ocorridos, assim como a observância dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade para a fixação do valor compensatório, pois o escopo da lei não é inviabilizar ou comprometer o desempenho da atividade econômica, mas

provocar efeito pedagógico e dissuasório da prática de ato contrário à lei em vigor, de modo que o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais) fixado pela origem mostra-se suficiente para tanto, sendo indevida a pretensão da requerida quanto a redução e também do MPT quando ao aumento do valor estipulado.

Acerca da destinação dos valores, dispõe o artigo 13 da Lei n.º 7.347/1985. *in verbis*:

"Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010).

§ 2o Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1o desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)"

Destarte, estando pendente de julgamento a ADPF 944, na qual se alega violação do preceito fundamental da separação de Poderes na dimensão orçamentária, quando da não destinação, pela Justiça do Trabalho, das condenações pecuniárias, em ações civis públicas, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD) ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, decido **dar parcial provimento** ao recurso da OUROESTE BIONERGIA LTDA para determinar que a destinação do valor referente a indenização por dano moral coletivo deverá cumprir o que for decidido pelo STF na ADPF 944 e negar

provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido conhecer, rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso do autor MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e dar parcial provimento ao recurso da requerida OUROESTE BIOENERGIA LTDA. para determinar que a destinação do valor referente a indenização por dano moral coletivo deverá cumprir o que for decidido pelo STF na ADPF 944, tudo nos termos da fundamentação.

Mantenho o valor já arbitrado quanto à condenação e custas.

Em sessão realizada em 20 de fevereiro de 2024, a 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região julgou o presente processo.

Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho Tereza Aparecida Asta Gemignani.

Tomaram parte no julgamento os(as) Srs. Magistrados:

Desembargadora do Trabalho Tereza Aparecida Asta Gemignani (relatora)

Desembargador do Trabalho Fábio Bueno de Aguiar

Desembargador do Trabalho Paulo Augusto Ferreira

Compareceu para sustentar oralmente, pelo recorrente: OUROESTE BIOENERGIA LTDA., o Dr. ANTÔNIO CARLOS AGUIAR.

Julgamento realizado em Sessão Híbrida, conforme os termos da Portaria Conjunta GP-CR n.º 02/2022 deste E. Regional.

RESULTADO:

ACORDAM os Magistrados da 1ª Câmara - Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região em julgar o processo nos termos do voto proposto pelo (a) Exmo (a). Sr (a).

Relator (a).

Votação unânime.

Procurador ciente.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora

Votos Revisores

Tutela Cautelar Antecedente nº 0042919-59.2023.5.15.0000

RELATORA: TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 19/06/2024

Valor da causa: R\$ 1.000,00

Partes:

REQUERENTE: OUROESTE BIOENERGIA LTDA

ADVOGADO: LUIZ VICENTE DE CARVALHO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

1ª TURMA - 1ª CÂMARA**TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE****PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N.º 0042919-59.2023.5.15.0000**

(PROCESSO PRINCIPAL N.º 0011798-33.2022.5.15.0037)

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE FERNANDÓPOLIS**REQUERENTE: OUROESTE BIOENERGIA LTDA.****REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

Trata-se de tutela provisória de urgência, de natureza cautelar, ajuizada por USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. postulando a concessão de liminar para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto em face da r. sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 0011798-33.2022.5.15.0037, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e condenou a reclamada, ora requerente, no cumprimento de obrigações de fazer e não fazer atinentes à observância do peso máximo da carga transportada, não permitindo o transporte de cana em veículo, ou combinado de veículos, com configurações não homologadas pela autoridade competente ou com dimensão superior ao limite legal permitido, bem como promover a implantação e manutenção de sistema contendo informações detalhadas dos veículos utilizados para o transporte da cana-de-açúcar e das cargas transportadas.

A r. sentença fixou o prazo máximo de 90 (noventa) dias para cumprimento das obrigações, a contar da data da intimação da sentença, sob pena de incidência de multa de R\$1.000,00 (por veículo irregular), R\$10.000,00 (caso não seja implementado o sistema informatizado) e R\$100,00 (diária - até regularização).

A requerente sustenta, em suma: **que** "*há possibilidade concreta de que o TRT acolha as teses defensivas da recorrente, notadamente a incompetência*" **que** "*o CTB é expresso ao afirmar que compete ao CONTRAN, órgão máximo consultivo e normativo do Sistema Nacional de Trânsito (SNT), autorizar as viagens nas estradas rurais*"; **que** não há risco "*de dano ou de perigo concreto para os motoristas*"; **e que** "*a adequação do transporte, além de exigir modificações no modo como se realiza o transporte (atualmente terceirizado e, portanto, impossível de ser*

gerenciado pela recorrente), implica em vultoso investimento. Considerado o valor médio dos caminhões e o volume de cana transportado, a adequação pretendida exigiria, em curtíssimo espaço de tempo, um investimento de aproximadamente 400 milhões de reais. É notório que mesmo diante da capacidade econômico-financeira da recorrente, é impossível realizar, de chofre e sub vara, esse tipo de aporte", fatores tais que, segundo a requerente, evidenciam a probabilidade do seu direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, razão pela qual requer a suspensão dos efeitos da decisão.

Indeferida a liminar e determinada a citação do requerido (ID 286e70a).

Apresentada defesa pelo requerido Ministério Público do Trabalho (ID 225ab2e).

Interposto Agravo interno (ID 4d933ba), que foi regularmente processado, com intimação do agravado (ID aa9ee8e) e juntada de manifestação (ID 08a2350).

Não acolhida a retratação, o processo foi encaminhamento para inclusão em pauta para julgamento pelo Órgão Colegiado.

É o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Regularmente processada, reputo **cabível** a tutela provisória de urgência, que passo a julgar em conjunto com o agravo interno (ID 4d933ba), interposto em face da decisão liminar.

2. Da liminar e do agravo interno

A agravante se insurge contra a decisão que indeferiu a liminar requerida em tutela provisória de urgência, de natureza cautelar, reiterando as alegações anteriormente deduzidas.

Pois bem

Prevê o artigo 300 do CPC/2015 que a "*tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*".

A ação Civil Pública n.º 0011798-33.2022.5.15.0037 (processo principal) foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho ante a constatação do descumprimento de normas de segurança do trabalho pela

USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. relacionadas ao transporte de cana-de-açúcar em limites de peso superiores ao patamar legalmente permitido.

A petição inicial revela que houve a instauração de Inquérito Civil (000290-2020.15.007/4-90), tendo sido apuradas irregularidades no transporte da cana-de-açúcar, colocando em risco a segurança dos trabalhadores, notadamente aqueles que se ativam como motoristas transportando cana-de-açúcar: *"a empresa ré apresentou os arquivos requisitados e, após análise, fora constatado pelo Parquet que, em várias viagens, os pesos dos caminhões utilizados para transporte de cana-de-açúcar excediam ao limite máximo tolerado pela legislação vigente - (...) - O excesso de carga, que é situação de aumento de riscos de acidentes para os condutores, constitui prática comum na empresa, ao passo que o seu dever é adotar medidas para eliminar ou minimizar os riscos de acidentes (art. 7º, XXII, CF/88) e obedecer às disposições legais."*

A Constituição Federal assegura como fundamento da República o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e como direito social fundamental a garantia da *"redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"* (artigo 7º, inciso XXII).

Nos termos da Súmula 736 do STF, *"Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores"*.

Diferentemente do alegado pela recorrente, as decisões proferidas pelo STF na ADI 3811 (*Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em que se busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.735 do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de março de 2006, que dispõe sobre segurança no trabalho, por violação aos arts. 21, XXIV, 22, I e VIII, 170, IV, 174 e 200, VIII, da Constituição Federal*), no julgamento da ADC 48 (*"Constitucionalidade dos artigos 1º, caput, 2º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 5º, caput, da Lei 11.442/2007, que dispôs sobre transporte rodoviário de cargas. Permissão legal para a contratação de autônomos para a realização do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC) sem a configuração de vínculo de emprego"*), ADPF 324 (*"Licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim*

da empresa tomadora de serviços") e RE 958.252 (Tema 725 - "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.") tratam de situação jurídica diversa do objeto da presente ação, sendo inaplicáveis ao caso sob análise.

Acerca dos REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN (Tema Repetitivo 1.104 do STJ), melhor sorte não tem a recorrente. Conforme bem pontuou a decisão recorrida, *"os REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN, afetados como paradigmas do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, foram ajuizados pelo Ministério Público Federal visando à responsabilização civil objetiva decorrente de danos causados à malha viária em razão do excesso de peso no transporte de insumos diversos, com prejuízo ao patrimônio da União e cofres públicos.", ou seja, situação jurídica diversa do objeto desta ação, em que se pleiteia a tutela da saúde e segurança no meio ambiente de trabalho.*

Conforme fundamentado na r. sentença proferida na ação principal (Ação Civil Pública n.º 0011798-33.2022.5.15.0037) *"a demandada, em nenhum momento, nega que os veículos que realizam o transporte de cana-de-açúcar até a sede da usina, por meios próprios, contratação ou de forma autônoma, trafegam com excesso de peso, além do limite máximo permitido de 74 toneladas, conforme previsto no art. 19, inciso I, "a", da Resolução CONTRAN 882, de 13/12/2021 (que revogou a Resolução CONTRAN 211/2006). Nesse sentido, aliás, os relatórios de pesagem de cana apresentado pela própria parte ré no bojo do inquérito civil (fls. 380/514), a despeito das especificações dos veículos e o tipo de CVC (combinação de veículos de carga) composta totalmente do tipo "rodotrem", demonstram o descumprimento reiterado dos limites de peso legalmente estabelecidos".*

Também consignou que *"ainda que os serviços de transporte de cana-de-açúcar sejam realizados por empresas especializadas (conforme contratos de prestação de serviços anexados no bojo do inquérito civil às fls. 336/341, 342/372 e relação anexada com a defesa à fls. 956 /1037), não há como negar que a parte ré USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA participa de forma efetiva da logística desses serviços, os quais são realizados de acordo*

com diretrizes previamente avençadas, restando patente a ingerência da demandada na prestação de serviços pelas empresas de transporte".

Depreende-se, portanto, que foram apuradas irregularidades no transporte de cana-de-açúcar, dentre elas o descumprimento reiterado dos limites de peso da carga transportada.

Conforme bem pontuou o MM Juízo sentenciante: *"o risco a que os trabalhadores são expostos quando efetivamente trafegam com excesso de peso não são meras conjecturas ou presunções. O próprio laudo pericial técnico, firmado por engenheiro mecânico de confiança da empresa demandada, aponta que a sobrecarga de insumos no caminhão aumentou em a distância até 27% (vinte e sete por cento) percorrida após a frenagem até a sua mobilização, na velocidade de 60km/h, e de até 20% (vinte por cento), na velocidade de 80km/h."*

Ademais, ao contrário do alegado, não se vislumbra impossibilidade de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer ante a necessidade de "vultuoso investimento", uma vez que, nos dizeres da própria requerente, trata-se "de uma das maiores empresas do mundo" (ID ab62ffe - pág. 25.), dotada de recursos suficientes para garantir saúde e segurança no meio ambiente de trabalho.

Por tais razões, fica mantida integralmente a decisão agravada, pelo que decido **negar provimento** ao agravo interno, nos termos da fundamentação.

3. Da concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário

A ação Civil Pública n.º 0011798-33.2022.5.15.0037 (processo principal) foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho ante a constatação do descumprimento de normas de segurança do trabalho pela USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. relacionadas ao transporte de cana-de-açúcar em limites de peso superiores ao patamar legalmente permitido.

A petição inicial revela que houve a instauração de Inquérito Civil (000290-2020.15.007/4-90), tendo sido apuradas irregularidades no transporte da cana-de-açúcar, colocando em risco a segurança dos trabalhadores, notadamente aqueles que se ativam como motoristas transportando cana-de-açúcar: *"a empresa ré apresentou os arquivos requisitados e, após análise, fora constatado pelo Parquet que, em várias viagens, os pesos dos caminhões utilizados para transporte de cana-de*

açúcar excediam ao limite máximo tolerado pela legislação vigente - (...) - O excesso de carga, que é situação de aumento de riscos de acidentes para os condutores, constitui prática comum na empresa, ao passo que o seu dever é adotar medidas para eliminar ou minimizar os riscos de acidentes (art. 7º, XXII, CF/88) e obedecer às disposições legais."

A Constituição Federal assegura como fundamento da República o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e como direito social fundamental a garantia da *"redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"* (artigo 7º, inciso XXII).

Nos termos da Súmula 736 do STF, *"Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores"*.

Diferentemente do alegado pela recorrente, as decisões proferidas pelo STF na ADI 3811 (Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em que se busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei 4.735 do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de março de 2006, que dispõe sobre segurança no trabalho, por violação aos arts. 21, XXIV, 22, I e VIII, 170, IV, 174 e 200, VIII, da Constituição Federal), no julgamento da ADC 48 (*"Constitucionalidade dos artigos 1º, caput, 2º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 5º, caput, da Lei 11.442/2007, que dispôs sobre transporte rodoviário de cargas. Permissão legal para a contratação de autônomos para a realização do Transporte Rodoviário de Cargas (TRC) sem a configuração de vínculo de emprego"*), ADPF 324 (*"Licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços"*) e RE 958.252 (Tema 725 - *"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante."*) tratam de situação jurídica diversa do objeto da presente ação, sendo inaplicáveis ao caso sob análise.

Acerca dos REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN (Tema Repetitivo 1.104 do STJ), melhor sorte não tem a recorrente. Conforme bem pontuou a decisão recorrida, *"os REsp 1.913.392/MG e 1.908.497/RN, afetados como paradigmas do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, foram ajuizados pelo Ministério Público Federal visando à responsabilização civil objetiva*

decorrente de danos causados à malha viária em razão do excesso de peso no transporte de insumos diversos, com prejuízo ao patrimônio da União e cofres públicos.", ou seja, situação jurídica diversa do objeto desta ação, em que se pleiteia a tutela da saúde e segurança no meio ambiente de trabalho.

Conforme fundamentado na r. sentença proferida na ação principal (Ação Civil Pública n.º 0011798-33.2022.5.15.0037) *"a demandada, em nenhum momento, nega que os veículos que realizam o transporte de cana-de-açúcar até a sede da usina, por meios próprios, contratação ou de forma autônoma, trafegam com excesso de peso, além do limite máximo permitido de 74 toneladas, conforme previsto no art. 19, inciso I, "a", da Resolução CONTRAN 882, de 13/12/2021 (que revogou a Resolução CONTRAN 211/2006). Nesse sentido, aliás, os relatórios de pesagem de cana apresentado pela própria parte ré no bojo do inquérito civil (fls. 380/514), a despeito das especificações dos veículos e o tipo de CVC (combinação de veículos de carga) composta totalmente do tipo "rodotrem", demonstram o descumprimento reiterado dos limites de peso legalmente estabelecidos".*

Também consignou que *"ainda que os serviços de transporte de cana-de-açúcar sejam realizados por empresas especializadas (conforme contratos de prestação de serviços anexados no bojo do inquérito civil às fls. 336/341, 342/372 e relação anexada com a defesa à fls. 956/1037), não há como negar que a parte ré USINA OUROESTE - AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA participa de forma efetiva da logística desses serviços, os quais são realizados de acordo com diretrizes previamente avençadas, restando patente a ingerência da demandada na prestação de serviços pelas empresas de transporte".*

Depreende-se, portanto, que foram apuradas irregularidades no transporte de cana-de-açúcar, dentre elas o descumprimento reiterado dos limites de peso da carga transportada.

O transporte de carga acima dos limites de peso, permitidos pela legislação em vigor, coloca em risco a segurança dos trabalhadores. Conforme bem pontuou o MM Juízo sentenciante: *"o risco a que os trabalhadores são expostos quando efetivamente trafegam com excesso de peso não são meras conjecturas ou presunções. O próprio laudo pericial técnico, firmado por engenheiro mecânico de confiança da empresa demandada, aponta que a sobrecarga de insumos no caminhão aumentou em a distância até 27% (vinte e sete por cento) percorrida após a frenagem*

até a sua mobilização, na velocidade de 60km/h, e de até 20% (vinte por cento), na velocidade de 80km/h."

Ademais, ao contrário do alegado, não se vislumbra impossibilidade de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer ante a necessidade de "vultuoso investimento", uma vez que, nos dizeres da própria requerente, trata-se "de uma das maiores empresas do mundo" (ID ab62ffe - pág. 25.), dotada de recursos suficientes para garantir saúde e segurança no meio ambiente de trabalho.

Portanto, no caso sob análise, a antecipação dos efeitos da tutela e condenação no cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, sob pena de multa, tem como objetivo precípuo a redução dos riscos à saúde e segurança dos trabalhadores, de sorte que deve ser mantida.

Ante todo o exposto, decido julgar **improcedente** a tutela cautelar antecedente, ratificando a decisão que indeferiu, em sede liminar, efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pela requerente.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido **conhecer e negar provimento** ao agravo interno (ID 4d933ba), reputar **cabível** e julgar **improcedente** a tutela cautelar antecedente, ratificando a decisão que indeferiu, em sede liminar, a concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pela requerente, tudo nos termos da fundamentação.

Custas pela requerente, no importe de R\$20,00 calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$1.000,00).

Em sessão realizada em 20 de fevereiro de 2024, a 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região julgou o presente processo.

Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho Tereza Aparecida Asta Gemignani.

Tomaram parte no julgamento os(as) Srs. Magistrados:

Desembargadora do Trabalho Tereza Aparecida Asta Gemignani (relatora)

Desembargador do Trabalho Fábio Bueno de Aguiar

Desembargador do Trabalho Paulo Augusto Ferreira

Compareceu para sustentar oralmente, pelo recorrente: OUROESTE BIOENERGIA LTDA., o Dr. ANTÔNIO CARLOS AGUIAR.

Julgamento realizado em Sessão Híbrida, conforme os termos da Portaria Conjunta GP-CR n.º 02/2022 deste E. Regional.

RESULTADO:

ACORDAM os Magistrados da 1ª Câmara - Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região em julgar o processo nos termos do voto proposto pelo (a) Exmo (a). Sr (a).

Relator (a).

Votação unânime.

Procurador ciente.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora

Votos Revisores

ENUNCIADOS

ENCONTRO BAIANO DE
PROCESSO DO TRABALHO (EBPT)
2ª EDIÇÃO. SALVADOR. 26 E 27 DE
ABRIL DE 2024

CARTA DE SALVADOR

Nos dias 26 e 27 de abril de 2024, em Salvador, na Bahia, realizou-se o 2º Encontro Baiano de Processo do Trabalho (EBPT), sob a coordenação de Juliane Dias Facó e Carolina Barbosa Heim.

O evento foi destinado aos estudiosos do tema (professores, advogados, juízes, procuradores, assessores e estudantes) que se reuniram para discutir proposições interpretativas do Processo do Trabalho de forma isonômica, plural, aberta, respeitosa e técnica.

Durante o evento, adotou-se a mesma metodologia empregada nos encontros do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho, usados como inspiração para a criação do EBPT. Utilizou-se da mesma premissa filosófica: somente emitir enunciados aprovados por unanimidade no grupo temático e aprovados também por unanimidade na plenária. Uma única objeção justificada de algum participante, seja no grupo ou na plenária, enseja a rejeição do enunciado.

A unanimidade, a despeito da extrema dificuldade de atingi-la, já que do Encontro participam processualistas de diferentes escolas de pensamento e profissionais de diferentes áreas do Direito, confere expressiva legitimidade aos enunciados.

Para fortalecer o estudo do Direito Processual do Trabalho, o Encontro busca firmar-se como espaço adequado para construção de consensos sobre regras que são aplicadas na Justiça do Trabalho, auxiliando intérpretes e aplicadores do tema.

O evento dividiu-se em dois momentos.

No dia 26 de abril os participantes reuniram-se em 5 grupos temáticos:

1. Precedentes e Recurso. Relatores(as): Juliane Facó, Léa Nunes e Cyntia Possídio;
2. Audiência e Direito Probatório. Relatores(as): Carolina Heim, Carla Mascarenhas e Danilo Gaspar;
3. Normas, gerenciamento e vícios processuais. Relatores(as): Marcos Gurgel, Cíntia Barreto, Felipe Brandão e Tércio Souza;
4. Execução. Relatores(as): Angélica Ferreira, Antonio Lapa e Edmille Santos;
5. Direito Processual andiscriminatório. Relatores(as): Joana Rodrigues, Christianne Gurgel e Silvia Teixeira do Vale;

No dia 27 de abril foi realizada a Sessão Plenária, com a presença de todos os participantes, ocasião em que foram aprovados 37 enunciados.

O EBPT é uma iniciativa livre e independente de qualquer instituição. O propósito é discutir o Processo do Trabalho a partir de um debate qualificado, pluralizado e sob diferentes perspectivas.

Abaixo, seguem os enunciados aprovados por unanimidade no 2º Encontro Baiano de Processo do Trabalho (EBPT).

Salvador, 26 e 27 de abril de 2024.

Juliane Facó e Carolina Heim
(Coordenadoras)

II ENCONTRO BAIANO DE PROCESSO DO TRABALHO (II EBPT)

2ª EDIÇÃO. SALVADOR. 26 E 27 DE ABRIL DE 2024

ENUNCIADOS APROVADOS

PRECEDENTES E RECURSOS

38. (arts. 10, 357 e 982, § 1º, do CPC) O/a magistrado/a responsável pelo processo judicial antes de acatar a suspensão comunicada em razão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), se for o caso, deve: (a) determinar o saneamento dos vícios processuais existentes; (b) decidir sobre a nulidade processual arguida por uma das partes, assegurado o contraditório; (c) examinar o cabimento de julgamento parcial imediato do mérito de um ou mais pedidos da petição inicial; e (d) analisar se há ausência de identidade da matéria do IRDR com o caso concreto em decisão fundamentada.

39. (art. 93, IX, da CF, c/c art. 489, §1º, V da CPC) Em caso de ampliação da ratio decidendi, para aplicar, por analogia, determinado precedente, não basta invocar a fundamentação per relationem, é preciso analisar o caso concreto, justificando a subsunção.

40. (súmula 126 do TST) Quando o recorrente se vale do quadro fático-probatório expressamente delineado no acórdão, a exemplo de trecho de

depoimento pessoal, de testemunha ou de documento, não incorre no óbice erigido pela súmula 126 do TST, sendo vedado o juízo negativo de admissibilidade com base nesse fundamento.

41. (art. 897-A da CLT; arts. 1022 e 1024, §2ª, do CPC; art. 1º, §1º da IN 40 do TST) A hipótese de cabimento de embargos de declaração contra despacho denegatório não se restringe à omissão de tema, sendo cabível também nas demais hipóteses legais.

42. (art. 897, §1º, da CLT) A delimitação justificada das matérias e dos valores impugnados no bojo do Agravo de Petição, desde que indicado expressamente o montante incontroverso, dispensa a juntada de planilha de cálculos como requisito ao conhecimento do Recurso.

43. (art. 980 do CPC) A suspensão do processo afetado por um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) pode ser mantida mesmo não havendo decisão de prorrogação após o prazo de 01 ano, a fim de privilegiar a uniformização da jurisprudência, a segurança jurídica, economia processual e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados.

44. (art. 896, “a” e “c”, da CLT; art. 927, V, do CPC; art. 15, I, da IN 39/2016 do TST) A contrariedade ao entendimento pacificado na SDI do TST configura violação à precedente para fins do que dispõe o art. 927, V, do CPC. Neste caso, cabe recurso de revista por violação à lei e divergência jurisprudencial.

45. (art. 5º, LIV e LV, da CF; arts. 9º e 10 do CPC) Antes da decisão acerca do sobrestamento do feito, decorrente da pendência de julgamento de precedente vinculante, o julgador deverá conceder prazo às partes para manifestação específica quanto ao enquadramento do caso à hipótese descrita no precedente analisado, como forma de evitar decisão surpresa e prejuízo ao contraditório.

46. (art. 5º, LV da CF; art. 167, §6º, do Regimento Interno do TRT5) Na sustentação oral a ser realizada por advogados de litisconsortes diversos, é matéria relevante para fins do parágrafo 6º do art. 167 do RITRT5, que justifica a prorrogação do tempo de sustentação oral para até 30 minutos, a defesa, pelos litisconsortes, de interesses distintos, ainda que não conflitantes.

47. (art. 896, §1º-A, IV, da CLT) De acordo com o entendimento prevalecente no TST, o recorrente tem que transcrever o trecho do acórdão de Recurso

Ordinário, além do trecho dos Embargos de Declaração e do acórdão que o julgou para configurar a nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

48. (art. 926 do CPC) A observância e a aplicabilidade de precedentes judiciais afiguram-se essenciais para qualquer sistema jurídico que busque atingir segurança jurídica, isonomia e previsibilidade, razão pela qual não é possível ao Regional deixar de seguir precedente judicial que ele próprio estabeleceu para casos idênticos, ante o teor do art. 926 do CPC.

49. (art. 896 da CLT; Lei 13467/2017) O recurso de revista que discute a aplicação intertemporal da reforma trabalhista, no que diz respeito às normas relativas à duração de trabalho, cumpre o requisito de admissibilidade do prequestionamento, se demonstrada, a partir das razões do acórdão, a aplicação da Reforma Trabalhista e que o contrato de trabalho é anterior à vigência da Lei nº 13.467/2017.

AUDIÊNCIA E DIREITO PROBATÓRIO

50. (art. 848 da CLT; art. 765 do CPC) Tratando-se de ação que envolva acidente de trabalho ou doença ocupacional, após o recebimento da contestação em audiência, o juízo, em cooperação para garantir a celeridade processual, poderá utilizar o convênio PREVJUD para obtenção imediata dos dossiês médico e previdenciário do trabalhador, a partir da base de dados do INSS, com a sua juntada em sigilo, assegurando-se às partes o contraditório e a ampla defesa, observadas, sob pena de responsabilidade, as regras de proteção de dados.

51. (art. 769 da CLT; art. 385, §2º, do CPC) O art. 385, §2º, do CPC, se aplica ao processo do trabalho, sendo vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte, exceto em caso de concordância, ainda que tácita, da parte a quem aproveitaria a regra, ressalvado o jus postulandi do réu, quando a ordem dos depoimentos deve ser invertida.

52. (art. 769 da CLT; art. 385, §3º, do CPC; art. 1º da Lei n. 7.115/83) A declaração assinada por pessoa natural e sob as penas da lei é, salvo prova em sentido contrário, suficiente para provar que o interessado reside em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo de modo a viabilizar que seu depoimento seja colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

53. (art. 2º, V, b, da Lei 13.103/2015) Tratando-se de motorista profissional que exerça atividade de transporte rodoviário de passageiros e cargas, é obrigatório o controle de jornada, independentemente da quantidade de empregados/as da empresa, nos termos do artigo 2o, inciso V, alínea b, da Lei 13.103/2015.

54. (art. 5º, XXXV e LV da CF; art. 791 CLT) Considerando as dificuldades de exercício do Jus Postulandi em audiência, deve o/a magistrado/a envidar esforços para que seja atendido plenamente o exercício do contraditório e da ampla defesa, podendo nomear defensor ad hoc para atuar em favor da parte desacompanhada de advogado/a, garantido ao interessado o direito de recusa.

55. (art. 6º do CPC) Havendo possibilidade efetiva, pode o/a Juiz/a durante a audiência de instrução realizar a oitiva de testemunha referida usando meio virtual, observada a possibilidade de acesso simultâneo às partes, a ampla defesa e contraditório.

56. (arts. 464 e 473 do CPC; art. 2º da Resolução nº 2323/2022 do Conselho Federal de Medicina) Em caso de alegação de prejuízo à saúde mental do trabalhador, é necessário que a perícia analise os fatores de risco psicossociais relacionados ao trabalho.

57. (arts. 156, 465 e 475 do CPC) Diante da multifatorialidade dos agravos mentais, as perícias relacionadas ao tema devem ser realizadas, preferencialmente, por médicos/as do trabalho com formação em psiquiatria, podendo ser acrescidas de avaliações de outros profissionais com especialidade na área da investigação, tais como psicólogos/as, fisioterapeutas, ergonomistas, assistentes sociais etc.

58. (art. 5º, inciso LXXVIII da CF; arts. 6º e 362 do CPC) O direito de participar remotamente de uma audiência não se limita àqueles que residam fora da jurisdição, aplicando-se também às pessoas que, comprovadamente, estejam fora da jurisdição no momento da audiência, desde que haja requerimento prévio e a parte assuma o ônus da escolha feita.

NORMAS, GERENCIAMENTO E VÍCIOS PROCESSUAIS

59. (art 6º do CPC) É possível a divulgação integral da proposta de voto. No momento em que essa é divulgada, tem início o exame do feito, o que impossibilita a desistência do recurso e atrai a regra do art. 793-A da CLT.

60. (arts. 6º e 937, §4º, do CPC) Na hipótese de haver motivo ponderoso, devidamente comprovado, é possível realizar sustentação oral por meio de videoconferência, ou outro meio telemático, por advogado/a que tenha domicílio profissional na sede do Tribunal.

61. (art. 487, II, b, do CPC) Firmado o acordo pelas partes, devidamente assistidas por advogados constituídos com poderes específicos para tanto, os autos devem ser encaminhados para decisão judicial, dispensando-se a remessa prévia ao CEJUSC.

62. (art. 831, CLT; art. 190 CPC) Em negócio jurídico processual firmado entre as partes para a apresentação de razões finais na forma de memoriais se presume dispensada a segunda tentativa de conciliação sem a designação de audiência.

63. (arts. 790-B e 819, §2º, da CLT, arts. 7º, 162 do CPC; art. 5º, XXXV, CF) A parte poderá requerer a designação de intérprete ou perito para traduzir documento em língua estrangeira, sendo a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiário da justiça gratuita.

EXECUÇÃO

64. (art. 789 do CPC) É cabível a penhora de criptoativos, desde que o requerente indique as diligências pretendidas.

65. (art. 5º, a, XIV e XXXIV da CF e art. da 765 da CLT) Desde que frustradas as ferramentas básicas de busca patrimonial, a pesquisa judicial no módulo CEP (Central de Escrituras e Procurações) da CENSEC (Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados) não pode ser indeferida sob o fundamento de que o credor pode ter acesso às informações do órgão de maneira extrajudicial, sob pena de ferir os princípios da cooperação e efetividade.

66. (art. 11 da CLT; art. 98 do CDC; arts. 5º e 489, §3º, do CPC) Iniciada a liquidação dos cálculos na ação coletiva e determinado, posteriormente, o seu desmembramento, o termo inicial da prescrição para ajuizamento das execuções individuais é a data da ciência da decisão que determinou o desmembramento e não a data do trânsito em

julgado da ação coletiva. Impossibilidade de aplicação do entendimento da Súmula 877 do STJ, em atenção ao princípio da boa-fé processual.

67. (art. 28, §5º, do CDC; arts. 2º, caput, e 10-A, da CLT da CLT) Admite-se o incidente de desconsideração da personalidade nas hipóteses de sócio oculto, sócio interposto (de fachada ou “laranja”), associação ilícita de pessoas jurídicas ou físicas ou injuridicidades semelhantes, desde que verificados indícios nos autos.

68. (art. 5º, XXXV e LXXVIII da CF; art. 765 e 878 da CLT) Iniciada a execução, o impulso oficial está autorizado pelo art. 765 da CLT e permite ao juiz/a a utilização dos mecanismos de pesquisa e de constrição de bens, com a utilização de ferramentas básicas, sendo esse mero procedimento para garantia da efetividade da execução.

69. (arts. 6º, 139, IV, 489, §1º, 805 do CPC) É cabível o deferimento de medidas atípicas, a exemplo de retenção de passaporte e CNH, desde que exista indícios de patrimônio expropriável, bem como que tais medidas sejam requeridas de modo subsidiário, observando-se ainda o contraditório e, por fim, decisão fundamentada do juízo, para deferimento das medidas mencionadas.

DIREITO PROCESSUAL ANTIDISCRIMINATÓRIO

70. (art. 5º, XXXV da CF; arts. 332 do CPC e 369 do CPC; art. 22, §3º, da Lei n. 8.212/91) A prova estatística não é capaz de estabelecer juízos objetivos de verdade, mas de elevar a probabilidade de que os fatos relevantes sejam verdadeiros, de modo que pode ser admitida no processo do trabalho como meio de prova, em especial para a comprovação de discriminação direta e indireta, em ações individuais e coletivas.

71. (art. 227 da CF; arts. 500 e 818, §1º, da CLT; art. 7º da CEDAW; art. 10, II, b da ADCT; tema 497 STF) É ônus do empregador, ciente da gestação, comprovar que o pedido de demissão de empregada grávida se deu acompanhado do Sindicato da categoria ou, na sua ausência, do Ministério do Trabalho e Emprego, aplicando-se, por analogia, o art. 500 da CLT.

72. (Convenção. 190 da OIT; art. 10, b, da Recomendação 206 da OIT; parágrafo 15, g, da Recomendação CEDAW n. 33; art. 7º do CPC; art. 818, §1º, da CLT; art. 6º do CDC) A inversão do ônus da prova nas ações que

versam sobre assédio sexual no trabalho constitui garantia de acesso à justiça do trabalho, bastando a existência de elementos indiciários, na forma estabelecida pelos parágrafos 1º e 2º do art.818 da CLT.

73. (Resolução 492/2023 CNJ; art 10, I, b, IV da Convenção 190 da OIT) Nas ações que versem sobre assédio moral ou sexual na Justiça do Trabalho, será facultado a parte ser ouvida em sala apartada e na presença apenas dos advogados/as e do Juiz/a, ainda que a audiência seja em formato telepresencial, com o propósito de se evitar a revitimização e a retaliação.

74. (arts. 6, 190 e 357, II do CPC) Em casos que envolvem violência de gênero, é possível firmar negócio jurídico processual com vista a juntada de prints de aplicativos de conversa, dispensando a apresentação da cadeia de custódia.

75. (arts. 1º, III, 3º, IV, da CF; arts .1º, 6º e 8º, do CPC e Legislação trabalhista antidiscriminatória) Em face da sua dimensão estrutural, a decisão judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, que tenha por objeto violação ao direito antidiscriminatório, ainda que se trate de reparação individual, deve ser encaminhada para o Ministério Público do Trabalho e Sindicato da respectiva Classe Trabalhadora.

