

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO TRABALHO
FUNDADA EM 1991**

ANPT

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO



COMISSÃO EDITORIAL

José Claudio Monteiro de Brito Filho — Presidente

Andrea Nice Silveira Lino Lopes

Ronaldo José de Lira

Zélia Maria Cardoso Montal

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO TRABALHO

EDITADA PELA LTr EDITORA, EM CONVÊNIO
COM A PROCURADORIA-GERAL DO TRABALHO
E COM A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS
PROCURADORES DO TRABALHO

OS ARTIGOS PUBLICADOS SÃO DE
RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES

REV. MPT — BRASÍLIA, ANO XX — N. 39 — MARÇO 2010

Redação
Procuradoria-Geral do Trabalho

SBS Quadra 2, Bloco S, Salas 1103/1105 — 11º andar — Empire Center
CEP 70070-904 — Brasília — DF
Telefone: (61) 3325-7570 — FAX (61) 3224-3275
e-mail: anpt@anpt.org.br

Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho — Ano 1, n. 1 (mar., 1991) — Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 1991 — v. Semestral.

1. Direito do trabalho. 2. Justiça do Trabalho. I. Procuradoria-Geral do Trabalho (Brasil).

ISSN 1983-3229

CDD 341.6

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **R. P. TIEZZI**

Capa: **FÁBIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados



EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 — CEP 01224-001 — Fone (11) 2167-1101

São Paulo, SP — Brasil — www.ltr.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
--------------------	---

ESTUDOS

O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO COMO PRESSUPOSTO PARA UMA GESTÃO ESTRATÉGICA CAPAZ DE CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	13
Otavio Brito Lopes	
LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA ATUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS — BREVE ESTUDO À LUZ DO ESTADO SOCIAL, DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS E DO EMPIRISMO	28
André Luís Spies	
A EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO	69
Marcos Antonio Ferreira Almeida	
PAGAMENTO POR TONELADA: A ILICITUDE DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS CORTADORES DE CANA-DE-AÇÚCAR	106
Luiz Carlos Michele Fabre	
ASPECTOS SOCIOAMBIENTAIS DA EXPANSÃO DA LAVOURA CANAVIEIRA NO BRASIL	124
Marcello Ribeiro Silva	
EFEITOS DO ACORDO JUDICIAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS AÇÕES DE CUMPRIMENTO	160
Enoque Ribeiro dos Santos	
PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO	175
Luís Fabiano de Assis	

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	194
João Filipe Moreira Lacerda Sabino	
A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA UNIVERSALIZANTE DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO	214
Lorena Vasconcelos Porto	
A JUSTIÇA DO TRABALHO E A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE CAUSAS ENVOLVENDO TRABALHADORES VINCULADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUMAS REFLEXÕES	246
Carlos Eduardo de Azevedo Lima	
MEIO AMBIENTE DO TRABALHO HÍGIDO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR	285
Gustavo Filipe Barbosa Garcia	
NATUREZA JURÍDICA TRANSACIONAL DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO	306
Luis Fabiano Pereira	
TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM <i>DWORKIN</i>	340
Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda	
ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO)	366
Evanna Soares	
TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — HARMONIZAÇÃO DAS SÚMULAS NS. 363 E 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	395
Annelise Fonseca Leal Pereira	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL, OS NOVOS CAPITALISTAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO	429
Carolina Pereira Mercante	
EM BUSCA DE UMA MAIOR EFETIVIDADE NA NOSSA ATUAÇÃO JUDICIAL: ALGUMAS SUGESTÕES PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO	443
Pedro Lino de Carvalho Júnior	
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MATÉRIA SINDICAL E DE RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO	466
Ricardo José Macedo de Britto Pereira	

DIREITO AO TRABALHO DIGNO E AS FRENTES DE TRABALHO: PARADOXOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO	481
Juliane Caravieri M. Gamba	

INQUÉRITOS, TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, AÇÕES E DEMAIS ATIVIDADES

Recurso de revista — Órgão interveniente — Intimação pessoal — Prazo ..	509
Reclamação — Conselho Nacional de Justiça — Tribunal de Justiça do Estado do Pará — Admissão de servidores temporários	521
Recurso de revista — Órgão interveniente — Renúncia de direito por sindicato substituto processual	537
Ação civil pública — Estatal — Cargo em comissão, terceirização e contratação temporária	551
Ação civil pública — <i>Shopping center</i> — Cobrança pelo estacionamento de veículos de empregados e trabalhadores terceirizados	571
Ação civil pública — Declaração de nulidade de Constituição e funciona- mento de sindicato — Dissolução de entidade sindical	590

JURISPRUDÊNCIA

Recurso de revista. Ministério público. Não conhecimento de embargos declaratórios por intempestivos. Necessidade de intimação pes- soal do Ministério Público	621
CNJ — Procedimento de controle administrativo — servidor público — contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX) — Impossibili- dade de sua aplicação para admissão de servidores exercerem funções burocráticas ordinárias e permanentes	626
Atuação do Ministério Público do Trabalho — Legitimidade — Improcedência de medida cautelar do sindicato	640
Sentença — Estatal — Cargo em comissão, terceirização e contratação temporária	645

Liminar em ação civil pública — <i>Shopping center</i> — Cobrança pelo estacionamento de veículos de empregados e trabalhadores terceirizados	656
Membros do Ministério Público do Trabalho	661

APRESENTAÇÃO

A Comissão Editorial, em nova composição, tem a satisfação de apresentar a Revista n. 39 do Ministério Público do Trabalho, que abre o 20º ano de publicação sem qualquer interrupção em suas atividades.

Já consolidada como veículo de divulgação das atividades institucionais do Ministério Público do Trabalho, a Revista cumpre também o papel de apresentar aos leitores o pensamento de articulistas que pesquisam, principalmente, sobre o mundo do trabalho.

A propósito, nesse número são 19 artigos, com os mais variados temas, e um recorde, a revelar a importância que a Revista alcançou dentre os que discutem, no plano científico, os problemas do Direito e do trabalho humano.

Começamos com artigo do Procurador-Geral do Trabalho, que apresenta texto a respeito do novo momento que passa a Instituição, de uma gestão estratégica, planejada, e que pretende a racionalização dos esforços de todos na busca do cumprimento das missões constitucionais do Ministério Público do Trabalho.

Temos ainda as contribuições doutrinárias dos três primeiros colocados do Prêmio Evaristo de Moraes Filho, e diversos outros artigos que discutem, especialmente, os direitos fundamentais dos trabalhadores e os diversos problemas para a realização de seus direitos.

Nas seções de inquéritos e outras peças e de jurisprudência, destaque-se a Reclamação feita perante o Conselho Nacional de Justiça, já com decisão definitiva, contra o uso irregular do trabalho de servidores temporários, em detrimento de servidores aprovados em concurso público, abrindo nova possibilidade de atuação no campo da moralidade na administração pública, assim como ação civil pública,

que pretende impedir a cobrança abusiva de taxas de estacionamento utilizado por empregados, com decisão liminar concedida em 3 de dezembro de 2009, o que mostra a atualidade das peças publicadas.

Finalizando, nossa expectativa é de que a Revista, no número 39, mantenha seu dever de informar e de contribuir para que o conjunto de normas que formam o que se convencionou chamar de *trabalho decente* possa cada vez mais transpor as barreiras que separam o Direito meramente formal do Direito vivo.

A Comissão Editorial

ESTUDOS

O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO COMO PRESSUPOSTO PARA UMA GESTÃO ESTRATÉGICA CAPAZ DE CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Otávio Brito Lopes^(*)

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio da eficiência; 3. A construção do planejamento estratégico do Ministério Público do Trabalho; 4. A implantação de uma Gestão Estratégica no Ministério Público do Trabalho; 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 se constituiu em importante marco no processo de redemocratização do Brasil, avançando significativamente no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.

Dentre as instituições encarregadas da defesa e promoção da democracia material está, inegavelmente, o Ministério Público, que foi alçado à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a importante e complexa missão de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF).

O desempenho da missão confiada ao Ministério Público brasileiro não poderia ser levado adiante sem que a instituição e seus membros

(*) Procurador-Geral do Trabalho.

fossem dotados dos poderes, garantias e prerrogativas necessários, valendo citar como exemplos a autonomia, a unidade e a independência funcional. Após mais de vinte anos o Ministério Público brasileiro se tornou uma referência mundial na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, realizando importantes ações em prol da sociedade brasileira.

A importância do Ministério Público nestes últimos anos não é desconhecida de ninguém, sendo inegável que, até bem pouco tempo atrás, a nossa atuação parecia suficiente aos olhos da sociedade e dos membros do *parquet*. Ocorre, entretanto, que nada é estático no mundo moderno, muito menos no Brasil, onde a velocidade alucinante das informações, o dinamismo dos avanços tecnológicos e o amadurecimento paulatino da democracia vêm aumentando de forma irreversível o senso crítico e o padrão de exigências de nosso povo em relação aos órgãos estatais. A sociedade brasileira contemporânea clama por cidadania, por transparência e por resultados. O custo das instituições públicas é do conhecimento de todos e a exigência de contrapartida é compreensível e legítima, devendo ser uma busca constante por parte do Estado. O atendimento às demandas sociais tornou-se um imperativo de legitimação para qualquer instituição pública.

O Ministério Público do Trabalho não é uma exceção. Deve trabalhar com competência e, antes de tudo, com honestidade e transparência. A busca da excelência na prestação dos serviços não é uma opção, mas uma exigência constitucional e social.

Parece elementar que o aumento no nível de exigência da sociedade em relação às instituições do Estado não exclui o Ministério Público, mas a verdade é que alguns setores do *parquet* desconhecem ou repudiam tal realidade, e lutam obstinadamente para manter posições, invocando os feitos do passado e do presente, sem que se detenham a refletir sobre a compatibilidade dos resultados atuais com a crescente demanda da sociedade por democracia, transparência e direitos fundamentais, resultado de um amadurecimento democrático que tende a evoluir ainda mais.

Por outro lado, não é menos elementar que, se a sociedade brasileira está mudando, a demanda por democracia, cidadania e

exercício dos direitos fundamentais está aumentando, o Ministério Público brasileiro precisa mudar, pelo menos para se tornar mais eficiente e ampliar sua capacidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Desde 1988 o Ministério Público do Trabalho vem desempenhando a sua missão constitucional com a mesma dinâmica de trabalho e a mesma organização interna. Em linhas gerais, o membro do *parquet* trabalha isolado em seu gabinete, sem objetivos, metas ou planejamento institucionais. Normalmente o procurador realiza suas funções preocupado em prestar contas à Corregedoria quanto aos prazos, com pouco foco no resultado final de sua atividade. Até então não nos perguntávamos quantas pessoas com deficiência havíamos incluído no mercado de trabalho, quantas crianças havíamos retirado do trabalho precoce, quantos contratos de trabalho havíamos regularizado, quantos acidentes e doenças profissionais havíamos evitado e quejandos. Como disse, o foco sempre foi muito mais interno que externo, satisfazíamos com algumas atuações relevantes mais isoladas, que mereciam alguns destaque na mídia.

O Ministério Público, se pudesse ser observado externamente, poderia perfeitamente ser descrito como um grande arquipélago, onde cada ilha é representada por um membro que se sente e se porta como se fosse a própria instituição. Ao longo dos últimos vinte anos, o princípio da unidade foi quase totalmente olvidado e a independência funcional se tornou um megaprincípio. Foi tão expandido que em certos momentos extrapolou seus verdadeiros lindes, chegando a ser deturpado. Sob outro aspecto, sem qualquer planejamento institucional, navegávamos totalmente sem rumo certo.

O grande desafio do Ministério Público brasileiro atualmente é, sem perder sua essência, vencer a cultura do individualismo e do voluntarismo empírico, transformando a instituição em verdadeira organização cujo objetivo maior é servir à sociedade com efetividade, eficiência e transparência. Não podemos mais nos contentar com o trabalho meramente reativo às denúncias e atomizado, pois essa fórmula já exauriu sua capacidade de produzir resultados, é preciso buscar novos rumos e partir para um sistema de gestão planejada, profissional e eficiente. Nesse sentido, o planejamento estratégico se

constitui em ferramenta de gestão da maior importância, verdadeiramente imprescindível.

Sem um plano de gestão, qualquer instituição será como uma nau sem rumo, conduzida ao sabor dos ventos e das pressões de parte da sociedade organizada, da mídia e do voluntarismo empírico, o que está longe de atender ao princípio da eficiência.

A força e a efetividade plena da atuação do Ministério Público brasileiro não surgirá como consequência da mera soma das individualidades que integram a instituição, mas de algo mais. Esse “algo mais” é a plena integração de todos os membros e servidores do Ministério Público em torno de objetivos comuns previamente definidos por todos.

Não podemos repetir vetustas fórmulas mágicas, que condicionavam a eficiência e a eficácia ao aumento dos quadros de procuradores e servidores. O custo é elevado, as carências da sociedade são imensas e o orçamento público é finito.

No dinâmico e complexo mundo do trabalho, se o Ministério Público do Trabalho não for capaz de combater as crescentes ameaças aos direitos dos trabalhadores com organização, eficiência e posturas inovadoras, tenderá a ficar ultrapassado e obsoleto, em uma sociedade cada dia mais madura, complexa e exigente.

Não podemos olvidar que a exploração, legítima ou ilegítima, do trabalho humano ocorre sempre por organizações, formais ou informais, que planejam, se organizam, executam, têm metas, objetivos e sabem exatamente onde pretendem chegar. Não é mais possível enfrentar tal mundo sem organização.

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Em 1998, a Emenda Constitucional n. 19, dentre outras alterações, incluiu no art. 37, *caput*, do texto magno, dentre os princípios norteadores da Administração Pública brasileira, o da eficiência, explicitando o que a nosso ver já estava perfeitamente implícito, que o cidadão tem o direito subjetivo a um serviço público eficiente e de qualidade, capaz

de gerar resultados positivos para a sociedade, com otimização dos recursos humanos e materiais disponíveis.

Segundo o escólio de *Alexandre de Moraes*, o princípio da eficiência “é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível de recursos públicos, de maneira que se evitem desperdícios e se garanta maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnologia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação de serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis à satisfação do bem comum”⁽¹⁾.

Como se pode perceber, a eficiência não é uma opção do administrador ou do agente público, mas uma obrigação que tem foro no texto constitucional. Assim, é preciso que a administração pública se profissionalize, procure novas técnicas de administração que otimizem os recursos humanos e materiais disponíveis, sempre insuficientes, e alcance a excelência na prestação do serviço público.

Não foi sem razão que o Tribunal de Contas da União (TCU), em 13 de agosto de 2008, nos autos do Processo n. 8.380/2007-1, recomendou “ao Conselho Nacional de Justiça — CNJ e ao Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP que, nos órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário Federal e do Ministério Público da União, respectivamente, promovam ações com o objetivo de disseminar a importância do planejamento estratégico, procedendo, inclusive mediante orientação normativa, ações voltadas à implantação e/ou aperfeiçoamento de planejamento estratégico institucional, planejamento estratégico de TI e comitê diretivo de TI, com vistas a propiciar a alocação dos recursos públicos conforme as necessidades e prioridades da organização.

(1) *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

Como é óbvio, toda mudança traz dificuldades, e no Ministério Público do Trabalho isso não seria diferente, já que ao longo de vinte anos as pessoas se acostumaram a fazer as coisas de uma mesma forma, e as mudanças imporão novos modelos de conduta, novas obrigações e novos métodos de trabalho. Não foi sem razão a advertência de *Maquiavel*: “não existe nada mais difícil de fazer, nada mais perigoso de conduzir, ou de êxito mais incerto do que tomar a iniciativa de introduzir uma nova ordem de coisas, porque a inovação tem inimigos em todos aqueles que têm se saído bem sob as condições antigas, e defensores não muito estusiásticos entre aqueles que poderiam sair-se bem na nova ordem das coisas”.

Não se pode negar que nos últimos anos o Ministério Público do Trabalho se saiu muito bem, ampliando significativamente sua atuação, principalmente como órgão agente, e conquistando o respeito de uma parcela significativa da sociedade. Não se pode negar também que alguns procuradores se saíram melhor que outros no sistema atual, onde predominam o individualismo, o voluntarismo empírico das atuações, a atuação quase exclusivamente reativa às denúncias que chegam direta ou indiretamente à instituição, pouca audiência da sociedade, em especial a parcela inorganizada e a completa ausência de indicadores da atuação, de resultados e mesmo a ausência de dados como, *v. g.*, o número de ações ajuizadas, as partes envolvidas, as decisões favoráveis, os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmados etc.

É difícil compatibilizar tal quadro com o princípio constitucional da eficiência, máxime quando cotejamos com a lição de *Fábio Medina Osório*: “a eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-os não apenas com a legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e soluções de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe eficácia, qualidade, compromissos com resultados, abarcando os paradigmas da chamada Nova Gestão Pública, nos tempos da pós-modernidade”⁽²⁾.

(2) *Teoria da improbidade administrativa* (má gestão pública — corrupção — ineficiência). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Diante deste quadro alguns poderiam perguntar por que não deixar as coisas como estão? Não seria mais fácil? Sem dúvida, o movimento inercial é sempre mais simples que qualquer tipo de mudança, mas, e os resultados da inércia a médio e longo prazos, quais serão? Será que a sociedade brasileira do século XXI está disposta a aceitar um Ministério Público do Trabalho do século XX? É importante observar que estamos apenas no início do novo Século. Sem mudanças, o Ministério Público do Trabalho será capaz de acompanhar o dinamismo crescente da sociedade a que deve servir? A instituição, permanecendo como está, terá condições de atender à crescente demanda social por cidadania e democracia? E como conviver com instituições, como a nova Defensoria Pública, que a cada dia procuram avançar e se aproximar da sociedade, invadindo inclusive atribuições do Ministério Público do Trabalho? Será que a inércia atende a grave questão da eficiência da Administração Pública, que tem total pertinência com a busca incessante da melhoria, da excelência e da efetividade na prestação do serviço público?

Acreditamos firmemente que só há uma resposta para grande parte das questões suscitadas: Não. Quanto às demais, precisamos construir um novo rumo para ser trilhado pelo Ministério Público do Trabalho ao longo do novo século.

Apenas para não deixar em branco a questão, devemos destacar que o princípio da eficiência não será suprido apenas com a criação de novos quadros de procuradores e de servidores e com o aporte de mais e mais recursos orçamentários e materiais. Essa solução simplista, preconizada por muitos ao longo do século passado, não tem mais espaço no atual. É claro, e não desconhecemos, que o Ministério Público do Trabalho necessita com urgência de novos quadros de servidores e de procuradores, já que a situação é, no mínimo, calamitosa, mas a solução das graves questões tratadas não pode nem deve parar por aí. A sociedade quer prestação de contas, quer saber dos resultados produzidos e das ações implementadas para a otimização em grau máximo dos recursos humanos, orçamentários e materiais colocados à disposição do Ministério *parquet*.

3. A CONSTRUÇÃO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Não temos dúvidas de que precisamos mudar, precisamos concretizar o princípio da eficiência, precisamos prestar contas à sociedade, com informações precisas de nossos gastos e também de nossa atuação e dos resultados concretos produzidos.

É necessário que a administração burocrática e ineficiente seja substituída por uma gestão pública eficiente e técnica, que não se constranja em buscar na esfera privada, com as devidas adaptações, técnicas e modelos de gestão que tenham foco no resultado, na excelência, na economicidade dentre outros valores.

É importante frisar que, quando falamos em resultados, temos em mira principalmente o objetivo maior do Ministério Público que é *a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 da CF). Tal missão, sob o ponto de vista da sociedade, é muito genérica e abstrata; sob o ponto de vista dos membros do *parquet*, além de genéricas e abstratas, pouco esclarecem quanto à forma de concretização de desiderato tão extenso e complexo.

Tal dilema nos conduz inexoravelmente à ideia de planejamento, com definição de prioridades, metas e objetivos mais concretos e realistas, de aferição de resultados e prestação de contas à sociedade.

No âmbito privado não é novidade o planejamento estratégico, que não é nada mais nada menos que uma técnica de gestão, que só recentemente foi incorporada ao jargão de gestores públicos e é imprescindível para a efetivação da eficiência na administração pública.

Foi com essa crença que introduzimos no Ministério Público do Trabalho o Planejamento Estratégico e estamos tentando a introdução de uma gestão estratégica, o que importa em uma série de mudanças, das mais simples às mais complexas, e que quebra de forma bastante decisiva o movimento inercial a que nos referimos no tópico anterior.

É importante deixar registrado, como alerta e nunca com desencorajamento, que o caminho do planejamento e, principalmente, da gestão estratégica e da eficiência não é feito apenas de flores; os espinhos são mais comuns do que pode parecer aos incautos. Por isso estava certo *Maquiavel* no trecho anteriormente citado. E é a pura verdade; nada é mais difícil que a mudança de cultura em uma instituição, pois ela traz consigo uma mudança nas estruturas de poder reinantes e nas centenas de rotinas pessoais sedimentadas ao longo de anos, mas em certos casos a mudança representa a própria sobrevivência, e não é à toa que as instituições com maior longevidade são exatamente as mais flexíveis, capazes de perceber as mudanças ao seu redor e de se adaptar.

Quando nos referimos à sobrevivência do Ministério Público do Trabalho, fazemos em relação ao Ministério Público pós-88, independente e autônomo, pois sobreviver sem tal feição é pior que ser eliminado por completo.

Em uma instituição como o Ministério Público, onde reina a independência funcional, nenhum planejamento estratégico será exitoso se for elaborado e imposto de cima para baixo, pois não será aceito e o boicote inevitável. É preciso envolver membros e servidores no processo, para que o êxito seja possível, mas não garantido, já que no momento de implantar o que foi planejado por todos é que começam a aparecer os espinhos a que fiz alusão alhures. Tais espinhos adquirem a forma de boicotes e resistências, algumas passivas outras nem tanto, mas em comum têm o fato de serem apresentadas sob as mais respeitáveis roupagens, v. g. independência funcional, princípio do promotor natural, democracia interna etc., e sempre com um único objetivo, não executar o que foi pela maioria planejado.

Por outro lado, o planejamento estratégico não é um fim em si mesmo, mas um instrumento indispensável para uma gestão eficiente. De nada adianta um plano estratégico que não seja implantado.

Antes de qualquer outro ramo do Ministério Público da União, o Ministério Público do Trabalho já completou o primeiro passo, já realizou seu planejamento estratégico, já tem um bom plano, que é voltado, em sua essência, ao atendimento das demandas sociais no dinâmico e complexo mundo do trabalho.

Estamos agora adentrando a etapa mais difícil e espinhosa, que é a implementação do planejamento estratégico, exatamente onde as maiores dificuldades se apresentam, e que voltaremos a abordar mais adiante.

Em que consiste o Plano Estratégico do Ministério Público do Trabalho? É preciso conhecê-lo.

Em agosto de 2008 demos início ao nosso planejamento estratégico, e com o envolvimento de membros e servidores partimos em busca de dois objetivos iniciais, procuramos conhecer a instituição no momento presente e buscamos uma visão de futuro, voltada para a situação interna e o ambiente político, social, jurídico futuro em que estaríamos inseridos.

Buscamos um assessoramento externo, já que não possuíamos a expertise necessária à sua realização e com essa indispensável ajuda criamos as instâncias necessárias ao desiderato proposto:

— o Decisor Estratégico — formado pelo Procurador-Geral do Trabalho e pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, com função primordialmente deliberativa;

— o Grupo de Controle — formado por oito servidores e presidido por um membro do Ministério Público do Trabalho, com função executiva;

— o Comitê de Planejamento — formado por mais de 60 procuradores, representando quase todas as unidades do MPT (Procuradoria-Geral do Trabalho, Procuradorias Regionais do Trabalho e Procuradorias do Trabalho nos Municípios) e os nossos Grupos Temáticos (Coordenadorias Temáticas), com função consultiva e em determinado nível deliberativa;

— o Colégio de Procuradores do Trabalho, formado por todos os membros do Ministério Público do Trabalho, que contribuiu com informações, críticas e sugestões, principal fonte para a realização dos diagnósticos necessários à conclusão do planejamento estratégico.

Ainda colaboraram com o planejamento estratégico do Ministério Público do Trabalho mais de uma centena de Peritos, especialistas das mais diversas áreas do conhecimento, que buscaram a visão de futuro, a partir de cenários traçados pelo Comitê de Planejamento.

A visão de presente, obtivemos por meio de uma pesquisa nacional com todos os membros do Ministério Público do Trabalho que puderam opinar sobre os pontos fortes e fracos da instituição, as oportunidades e ameaças, seus objetivos e estratégias etc.

Todo esse exaustivo e gratificante trabalho resultou em um Planejamento Estratégico composto por um breve histórico do Ministério Público do Trabalho, a definição de sua missão, visão e valores. Foram apontados, ainda, os fatores críticos de sucesso institucional, definidas as políticas institucionais e os objetivos, estratégias e iniciativas estratégicas.

Finalmente, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho e o Procurador-Geral do Trabalho, na condição de decisores estratégicos, aprovaram e normatizaram o Planejamento Estratégico do Ministério Público do Trabalho.

4. A IMPLANTAÇÃO DE UMA GESTÃO ESTRATÉGICA NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Como já afirmáramos, nosso real desafio consiste em implantar no Ministério Público do Trabalho uma gestão estratégica, baseada no planejamento estratégico elaborado.

De nada vale um bom plano se a instituição não tiver a capacidade de implementá-lo, tirá-lo do papel e o transformar em realidade.

É no desenrolar da gestão estratégica que as pessoas começam a perceber as mudanças de paradigmas, de forma de atuação, com a redução do voluntarismo empírico e do individualismo exacerbado. É nesta fase que algumas situações de comodidade pessoal começam a aparecer e desaparecer; as rotinas pessoais ficam ameaçadas; e é quando as estruturas de poder começam a mudar. Não é preciso dizer mais nada. Neste momento os espinhos aparecem por inteiro, a partir

da reação dos que vinham se saindo bem sob as condições antigas, cujos costumes e rotinas funcionais e pessoais não eram ameaçados. Por outro lado, aqueles que acreditam na necessidade de mudança, mas não sabem bem como isso pode ser feito, ou que poderiam se sair bem na nova ordem das coisas, não têm conhecimento suficiente do que vem a ser o planejamento estratégico e a gestão estratégica, para reforçar a convicção pessoal.

O engajamento da maioria não ocorre instantaneamente, mas paulatinamente, desde que haja obstinação dos órgãos dirigentes da instituição e dos membros que desde o primeiro momento se agregaram ao projeto. Só obstinação não é suficiente, é preciso manejar de forma eficiente os instrumentos de comunicação interna e externa, para manter a mobilização e informar a todos o que está acontecendo, para que a rede de boatos não contamine todo o processo. As iniciativas não param por aí, já que a mudança de cultura institucional e mudanças na forma de atuar e de trabalhar são inevitáveis, é necessário capacitar membros e servidores para a gestão estratégica. As pessoas envolvidas e atingidas pelo processo precisam de conhecimento técnico e teórico. É preciso aprender a trabalhar com planejamento.

É necessário compatibilizar o princípio da independência funcional com o da unidade, aprender a trabalhar a partir de informações técnico-científicas que apontem as verdadeiras demandas sociais, deixando de lado o amadorismo e o voluntarismo empírico, que durante certo tempo até fez prosperar algumas individualidades, mas que a médio e longo prazos representarão a estagnação e obsolescência da instituição ministerial e o descrédito da sociedade.

A partir do planejamento estratégico iniciamos a gestão estratégica no Ministério Público do Trabalho e realizamos o mapeamento e redesenho de processos nas áreas meio e finalística, aceleramos a implantação do MPT Digital e iniciamos a etapa de alinhamento de instrumentos de gestão (orçamento, produtividade, desempenho e sistemas de informação). Em 2010 implantaremos a inteligência estratégica, com a qualificação de membros e servidores, a criação de uma doutrina de inteligência do Ministério Público do Trabalho e a implantação do respectivo órgão. Vamos criar a unidade de Planejamento e o escritório de processos.

A importância de mapear e redesenhar os processos existentes consiste na possibilidade de reavaliá-los e buscar sua simplificação e racionalização, mantendo a atenção voltada para as novas tendências e a necessidade constante de evolução. Por outro lado, a partir do redesenho dos processos, será possível implantar, em um futuro muito próximo, o processo virtual, tanto na área-meio quanto na área-fim.

O mapeamento e o redesenho dos processos finalísticos foram elaborados com a participação de procuradores e o resultado final do trabalho foi aprovado e normatizado pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, já que servirá de base para os instrumentos de Tecnologia da Informação — TI, que embasarão o processo virtual no âmbito no Ministério Público do Trabalho.

Ainda na área finalística, cada coordenadoria (corresponde aos núcleos nos Ministérios Públicos estaduais) ficou encarregada de elaborar projetos de atuação coordenada e estabelecer metas e indicadores. Os projetos já apresentados estão sendo submetidos ao Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho para aprovação e normatização interna, e os resultados alcançados estão sendo disponibilizados no portal da transparência.

Com o MPT-Digital, pela primeira vez todo o Ministério Público do Trabalho estará integrado em um sistema único nacional que possibilitará o cadastramento de todas as atividades desenvolvidas por seus membros, resultando em um banco de dados capaz de gerar todo tipo de informação possível sobre a atuação do *parquet*, coletiva e individualmente. No futuro próximo poderemos disponibilizar às partes, pela internet, o andamento dos procedimentos e o resultado concreto de cada atuação ministerial, se resultou em arquivamento, em TAC, em sentença etc. Em uma etapa posterior, agregaremos uma nova e importante informação, o número de trabalhadores beneficiados pela atuação ministerial e o benefício auferido concretamente, além das metas institucionais e do resultado alcançado.

Acreditamos que só assim realizaremos o princípio da eficiência e o da transparência, prestando contas à sociedade brasileira do trabalho realizado. A opacidade não terá mais lugar no Ministério Público do Trabalho. Tenho certeza de que a sociedade brasileira agradecerá

e deve ser colocada sempre em primeiro lugar, já que só existimos para servir à população, e é só assim que poderemos nos legitimar no século que abre suas portas.

Como se pode ver, a gestão estratégica tem começo, mas não tem fim, é um processo dinâmico e complexo, em constante aperfeiçoamento, mas voltado para a consecução do nosso objetivo mais caro, que é o de concretizar os valores da cidadania e da democracia.

5. CONCLUSÕES

Antes das conclusões finais, desculpas são necessárias, pois o presente trabalho é totalmente desprezioso. Está longe de ser científico, já que o exercício do cargo de Procurador-Geral oferece poucas oportunidades para pesquisas. Também está longe de exaurir o tema, já que o tempo, ou a sua falta, é um inimigo implacável de quem se aventura a exercer o papel de doutrinador em um campo que não é o seu, a não ser por período certo e limitado de tempo.

Estou na realidade atendendo ao pedido-ordem de um grande amigo e colega, dr. *José Claudio Monteiro de Brito Filho*, que por isso mesmo assume a condição de corresponsável por eventuais acertos dessa verdadeira aventura literária que foi escrever este artigo, sem tempo para pesquisas e revisões e com a escrita sendo constantemente interrompida para atender aos deveres do cargo. Não deixa de ser, também, um desabafo de quem procura realizar apenas aquilo que acredita ser o melhor para a sociedade brasileira e, por via de consequência, para o Ministério Público, e que sabe que os desgastes, até pessoais, são inafastáveis, o mesmo se pode dizer do isolamento imposto pelo cargo, já que os êxitos, por uma questão de justiça, são o resultado de um esforço coletivo, mas os erros e malogros, inevitáveis para qualquer ser humano, são parte do ônus do cargo.

Diante do exposto, podemos resumir este trabalho conclamando membros do Ministério Público do Trabalho a trabalhar com independência, mas com unidade, tendo em mente que o Ministério Público do Trabalho não é um fim em si mesmo, mas uma instituição cuja legitimação não é uma obra concluída, mas em perene construção por todas as gerações de procuradores que por aqui passaram, que estão

ou que estarão um dia em seus quadros. Por outro lado, temos que ter em mente que uma sociedade dinâmica e exigente só pode ser bem servida por uma instituição igualmente dinâmica e exigente consigo mesma, capaz de mudar, já que a eficiência impõe mudanças constantes. Só os tolos e arrogantes creem que já alcançaram a excelência máxima.

Vamos juntos construir o Ministério Público do Trabalho do futuro.

LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA ATUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS — BREVE ESTUDO À LUZ DO ESTADO SOCIAL, DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS E DO EMPIRISMO

André Luís Spies^()*

Resumo: O artigo analisa a presença de legitimidade do Ministério Público do trabalho para atuar nas políticas públicas sociais, a partir de sua contextualização em um Estado Democrático de Direito de característica social, da dogmática dos direitos sociais, e das primeiras experiências já vivenciadas pela Instituição.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direitos Sociais. Estado de bem-estar social. Direitos sociais. Ministério Público do Trabalho.

Abstract: The article analyzes the possibility of the Ministério Público do Trabalho to work with policies, some the study of the Welfare State, the social rights theory, and the first experiences of the institution in this area.

Key words: Policies. Social rights. Welfare State. Labour public prosecution.

Sumário: 1. Introdução ao tema; 2. Contornos do Estado social; 3. Dogmática dos direitos fundamentais sociais em geral; 4. Políticas públicas sociais; 5. Judicialização dos direitos sociais e das políticas públicas; 6. Ministério Público e políticas públicas; 7. Ministério Público do Trabalho como indutor e/ou fiscal de políticas públicas; 8. Conclusão; 9. Referências.

(*) Procurador Regional do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

Existe farta produção científica sobre os chamados direitos econômicos, culturais e sociais, ou simplesmente direitos sociais⁽¹⁾. Presentes ou ao menos mencionados nos diversos ordenamentos jurídicos, constitucionalistas de variadas latitudes têm buscado desvendar sua justificação, e enfrentar a complexa problemática de sua efetividade. A discussão do tema pode tomar em conta a experiência do Welfare State, como demonstra *Pedro Cruz Villalón* ao definir tais direitos como “una de las variadas formas de manifestar el Estado social”,⁽²⁾ ainda que este não possua exatamente o mesmo cariz, por exemplo, na Lei Fundamental de Bonn, ou nas Constituições italiana ou portuguesa.⁽³⁾

Num tempo em que os direitos ostentam “gerações”⁽⁴⁾ os sociais são comumente entendidos como da segunda, na medida em que reconhecidos universalmente num momento posterior àquele do aparecimento das chamadas *liberdades*, estas constitucionalizadas como direitos fundamentais clássicos. Os direitos sociais podem ser entendidos como direitos do homem enquanto “ser necessitado”, e a partir da concepção de tais necessidades como “direitos”, mais tarde erigidos ao predicamento constitucional como direitos “sociais”, como “princípios reitores”, ou como “objetivos básicos” — dependendo do ordenamento jurídico estudado — é que sobre eles tem-se prospectado juridicamente, com pretensão científica.

(1) Verifica-se que a expressão mais sintética tem sido a preferida nos âmbitos nacionais, ao passo que a mais ampla, no Direito Internacional. Em termos de Nações Unidas, reza o art. 22 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948: “Cada pessoa tem, como membro da sociedade, direito à (...) obter o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis para a sua dignidade e o desenvolvimento livre de sua personalidade” (art. 22).

(2) VILLALÓN, Pedro Cruz. Los derechos sociales y el estatuto de autonomía. In: VILLAR, Gregório Cámara; BUESO, Juan Cano (coords.). *Estudios sobre el Estado social*, p. 102.

(3) O renomado professor espanhol chama atenção para a diferença entre a tópica menção ao Estado social, no art. 20 da Constituição alemã, e as extensas declarações de direitos sociais das Constituições da Itália ou de Portugal.

(4) João Luiz Esteves, em seu *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 24, atribui a expressão “gerações de direitos” a Karel Vasak, cunhada em fins de anos 70, a partir de estudos de T. H. Marshall. Refere, também que, no Brasil, Paulo Bonavides, acompanhado de Ingo Sarlet, prefere o termo “dimensões de direitos”.

Luigi Farrajoli, em prefácio do denso “Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles”, anota⁽⁵⁾ que os direitos à saúde, educação, subsistência e assistência social têm sido objeto de restrições crescentes, em que pese serem “a conquista mais importante da civilização jurídica e política do século passado”. O italiano argumenta que essa debilidade política também é fruto de uma debilidade teórica, na medida em que não poucas vezes sustentam que eles não constituem propriamente direitos, porquanto sua violação configuraria simples omissão estatal. Teria surgido “uma classe de direitos cuja tutela não parece existir”: a dos direitos sociais, segundo um quase perplexo *José Reinaldo de Lima Lopes*⁽⁶⁾.

Nesse contexto controvertido da eficácia e efetividade desses direitos, destaca-se no Brasil uma instituição governamental, genuinamente nacional, com potencial para contribuir para a solução de parte das graves questões sociais locais: o Ministério Público do Trabalho (MPT), com o perfil constitucional que lhe foi conferido pela Constituição de 1988. Aqui reside o tema do presente trabalho: uma análise de seu papel promocional, exercitável no “campo minado” do planejamento, implementação e fiscalização das políticas públicas.

Uma doutrina nacional sobre os direitos sociais, a permitir uma boa base reflexiva sobre a realização deles, no Brasil, já se encontra disponível. E essa construção dogmática deve muito, no particular, aos estudos (críticos) do Direito Constitucional alemão. Como adverte *Andreas Krell*, “doutrinas germânicas disseminaram-se através de doutrinadores da Espanha e de Portugal, países que, por sua proximidade cultural e linguística, exerceram forte influência nas ciências jurídicas brasileiras, sobretudo no âmbito do direito público”⁽⁷⁾. É igualmente encontrada abundante literatura sobre essa figura evolutiva do Estado, apelidado de social, providência, ou de bem-estar. E como os direitos sociais, em sua dimensão prestacional, encontram-

(5) ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo.

(6) LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, p. 113.

(7) KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 43.

-se intimamente ligados às tarefas daquele — cuja função é zelar por adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes⁽⁸⁾, afigura-se condizente com os lindes do presente ensaio um olhar sobre suas características e trajetória histórica.

Assim, desenvolvem-se primeiras linhas por uma incursão ao Estado social, do qual são produtos os direitos sociais. Estes, por seu turno, são abordados a seguir, à luz da dogmática mais atual, e que se pode dizer relativamente bem estabelecida nacionalmente; contextualizamos, depois, as políticas públicas, a princípio assunto dos Poderes Executivo e Legislativo, mas que cada vez mais vêm sendo, para nossa alegria ou nossa tristeza, judicializadas. As seções finais são dedicadas ao Ministério Público enquanto defensor dos direitos sociais e, conseqüentemente, como partícipe ou “novo ator” na cena da politização do Judiciário, destacando-se uma abordagem específica do MPT — o qual, estrategicamente, dá os primeiros passos na arena da discussão das políticas públicas, um tema relativamente pouco explorado, até o momento⁽⁹⁾.

Essa divisão esquemática não é fruto do aleatório. Para bem abordar a questão da ampla salvaguarda dos direitos sociais pelo MPT, como indutor de *policies*, nada melhor que situá-lo a partir de uma reflexão sobre o Estado Democrático de Direito de matiz social, constitucionalmente estabelecido (ao menos “no papel”) também no Brasil. A dogmática, que costuma ser ponto de partida da investigação jurídica, não foi esquecida, tampouco “seu” inseparável e complementar empirismo — aqui representado pelo direito positivo posto (constitucional ou não), e pelas primeiras e exitosas experiências que vivencia o MPT, ao lograr pioneiras vitórias no âmbito das políticas públicas sociais — no Judiciário, ou fora dele.

(8) SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, *apud* ESTEVES, João Luiz. *Direitos fundamentais sociais*, p. 25.

(9) É da Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko de Castilho o prefácio do livro *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*, da Procuradora Regional da República Luiza Cristina Frischeisen: “A autora defende, de um lado, o uso da ação civil pública para o suprimento de ações de governo, adentrando num campo minado de controvérsia, no qual se conduz com habilidade. De outro lado, discorre sobre a via de atuação extrajudicial (...) O tema é importante e pouco estudado”.

2. CONTORNOS DO ESTADO SOCIAL

Como é sabido, escravatura, feudalismo e capitalismo diferem frontalmente⁽¹⁰⁾. No pré-capitalismo, a “obtenção do excedente” dava-se ideologicamente, vale dizer, com a manutenção do trabalho escravo, ou do trabalho servil. Tal realidade é alterada com o capitalismo, na medida em que sob sua égide o excedente se obtém “pelo mercado”. Terminada a Segunda Guerra, as possibilidades de acumulação capitalista e suas exigências (do capital), por um lado, e as demandas da luta de classes, por outro, tencionarão o Estado duplamente, produzindo o que se convencionará denominar “Estado social”⁽¹¹⁾. E ele intervirá (“Estado-interventor”) para satisfazer pretensões do capital e do trabalho. Dual a pressão, dupla por igual a intervenção: no econômico para fomento da produtividade. Ou seja, em áreas onde o capital, em princípio, não investe, porque fora de sua lógica (transportes, comunicações, infraestrutura ou investigação)⁽¹²⁾. A lógica é a seguinte: elevada a produtividade, estão criadas condições para “concessões ao social”, ou para a “conciliação objetiva” entre o capital e o trabalho — imprescindível para funcionamento do “sistema”. Nesse campo da intervenção econômica, o Estado social ainda fará, eventualmente, as vezes de “cruz vermelha” do capitalismo — absorvendo empresas em crise, auxiliando setores, etc.

Quanto à intervenção no campo social, consistirá no custeio da reprodução da força de trabalho (seguridade, saúde, habitação, etc.), na qualificação dela (ensino), e em políticas de aumento de demanda inspiradas no modelo keynesiano. Os direitos sociais como produto da intervenção estatal no campo social atuam, então, como “legitimadores do Estado” — porque dão a impressão de que ele “é de todos” —, e

(10) MARTÍN, Carlos de Cabo. La crisis del Estado social. In: VILLAR, Gregório Cámara; BUESO, Juan Cano (coords.). *Estudios sobre el Estado social*, p. 13.

(11) Beatriz Gonzales Moreno realça, em seu *El Estado social — naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, certa dificuldade de caracterização do Estado social diante da utilização generalizada da expressão em diferentes etapas históricas, condensando muitas diversas leituras da questão social, como a do socialismo revolucionário. Sem embargo, Moreno aclara que a fórmula acomodou-se nas modernas Constituições.

(12) MARTÍN, Carlos de Cabo. La crisis del Estado social. In: VILLAR, Gregório Cámara; BUESO, Juan Cano (coords.). *Estudios sobre el Estado social*, p. 15.

como “integradores” (apenas quem se dispõe a aceitar, ao menos por um tempo razoável, as condições do mercado laboral, terá condições de pleitear benefícios de prestação, como seguro-desemprego).

Outro importante papel ainda estará reservado aos direitos sociais: absorver tensão da luta de classes, enquanto transformadores de possíveis intuitos de mudança radical, em reivindicação concreta de benefícios específicos — sem ameaçar paz ou estabilidade sociais.

Nesse concerto, a relação entre o econômico e o social passa a ocorrer, basicamente, através do Estado — “um lugar privilegiado da luta de classes”. Por outro lado, se antes o econômico e o político seguiam mais ou menos estanques (primeiros estágios do capitalismo “liberal”), agora aparecem visceralmente interdependentes, o que vai exigir uma transformação do Estado para as sempre novas exigências do capitalismo⁽¹³⁾.

Mas o Estado de bem-estar nunca constituiu uma completa unanimidade, nem mesmo nos anos do “milagre econômico” europeu do pós-guerra⁽¹⁴⁾. Social-democracia e forças conservadoras, ideologicamente, sempre divergiram quanto aos temas sociais: a primeira defendendo a provisão coletiva de serviços básicos, e a segunda, a provisão do mercado. Sem embargo, o pragmatismo político nunca permitiu mesmo aos governantes mais conservadores ousarem pregar a devolução total ao mercado dos serviços básicos de saúde, educação, ou previdência. Assim, o pleno emprego, os serviços básicos universais e a luta contra a miséria traduziram-se em uma parte fundamental da

(13) *Ibidem*, p. 17. Como bem explica Martín, as crises do capitalismo são recorrentes obstáculos que surgem ao processo de acumulação. Na medida em que o Estado social passa a socorrer ou até absorver empresas em crise (no livre mercado cedo ou tarde apareceria alguém para comprá-las por baixo valor, rebaixando também os salários como efeito colateral do aparecimento do “exército de reserva” formado por desempregados), e a ofertar benefícios como prestações de desemprego (fazendo com que esse “exército” resista melhor aos momentos difíceis), ele passa a atrapalhar as saídas naturais da crise, utilizadas pelo sistema. Some-se a isso o custo do Estado social, e teremos como resposta as políticas neoliberais dos anos 80, nos EUA e na Inglaterra. Contudo, as providências dos Governos do mundo desenvolvido, com relação à recente crise econômica de 2008/2009, e que dizem respeito à injeção de grandes somas em empresas com dificuldades, sugerem outro câmbio em curso no comportamento estatal, mais protecionista, cuidadoso com fronteiras, e, enfim, “neomoderno”.

(14) MISHRA, Ramesh. *El Estado social de bienestar en crisis*, p. 24.

sociedade do pós-guerra, que converteu esses postulados em algo praticamente irreversível⁽¹⁵⁾.

Dentre as críticas ao Estado social, merece menção a forjada na Inglaterra dos anos 50, quando ele foi questionado pelo discurso da denominada “sociedade opulenta”. Pleno emprego e crescimento econômico da época, notórios, conferiam à sociedade “opulenta” uma espécie de autossuficiência que, em tese, dispensaria um intervencionismo estatal. Entretanto, intelectuais daquele tempo, como Galbraith, alertavam para um suposto traço “residual” da pobreza⁽¹⁶⁾: a sociedade do pós-guerra seria “menos benigna e igualitária do que se pensava”⁽¹⁷⁾. A investigação social dos anos 60 revelou, portanto, que na Inglaterra, nos Estados Unidos e em outros lugares, no que se referia à desigualdade, a promessa do Estado de bem-estar estava longe de ser cumprida. Logo, em vez de desmantelamento dos serviços sociais, eles deveriam ser intensificados e melhorados. Se nos anos 50 foram vivenciadas idas e vindas quanto às ideias do Estado de bem-estar, na década seguinte pesou com folgas o argumento a seu favor. Se na

(15) Sobre a irreversibilidade das conquistas sociais, cf. Beatriz Gonzáles Moreno, p. 219 de seu *El Estado social* — natureza jurídica e estrutura dos direitos sociais. Moreno resume que a teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*) é criação alemã de Konrad Hesse, como um corolário de sua posição sobre a “realização da Constituição”, sempre condicionada por dois fatores: grau de conexão entre seu conteúdo e as circunstâncias históricas, e vontade dos implicados no processo em realizá-la: “Su fuerza normadora depende de la disposición para considerar como vinculantes sus contenidos y de la resolución de realizar estos contenidos incluso frente a resistências”. Moreno também sublinha que a teoria, como não poderia deixar de ser, leva em conta o contexto alemão, qual seja, de que o Estado social germânico não é detalhado na Constituição, mas na legislação ordinária, e uma vez editada esta, os direitos sociais restariam irreversíveis. A teoria da irreversibilidade, porém, é objetada na própria Alemanha, onde também surgiu a ideia do que veio a denominar-se “a reserva do possível”. Assim, não teriam sido incluídos direitos sociais materiais na Lei Fundamental de Bonn “para evitar a exigência de manutenção, em momentos de recessão, do mesmo nível de prestações factíveis em períodos de ampla disponibilidade financeira”. No Brasil, Andreas Krell, em seu *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 45, esclarece que a atual Constituição da República Federal da Alemanha “não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais (...) fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar (...) para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta fracassada que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933”.

(16) Ainda que, nesta mesma época, Harrington surpreendesse a América ao revelar que, mesmo após uma década dourada da economia, um entre cada cinco americanos era pobre. Tanto Harrington quanto Galbraith são citados por Ramesh Mishra na p. 25 de seu *O Estado de bem-estar em crise*.

(17) MISHRA, Ramesh. *El Estado do bienestar em crisis*, p. 25.

“Meca da livre empresa”⁽¹⁸⁾ os Estados Unidos estavam preparados para abraçá-lo, o futuro dos antioletivistas estaria sentenciado. E, com efeito, a superação dos desequilíbrios mediante programas sociais tornou-se política quase unívoca. A segunda metade da década de 60 demarca, portanto, o auge do modelo do Estado de bem-estar.

As colunas mestras do Estado social do pós-guerra eram duas: um pilar keynesiano; outro, *Beveridgiano*⁽¹⁹⁾. Duas novas formas de pensamento na economia e na teoria social. *Keynes* sustentava a capacidade do governo em controlar (e elevar) a demanda aumentando o gasto público (nas recessões), com o objetivo básico de manter a empregabilidade dos cidadãos. É a feição econômica do Estado de bem-estar. Já *Beveridge* traçou um minucioso conceito de seguridade social ampla e universal (inovando os antigos mecanismos de proteção social dos tempos de *Bismarck*, na Alemanha). Para ambos, determinados mecanismos intervencionistas complementariam à economia de mercado (para torná-la mais produtiva, estável e harmoniosa), corrigindo-lhe desequilíbrios derivados do *laisser-faire*, enquanto mecanismo de integração social, de matiz corretivo e inclusive “legitimador” social da economia de mercado (os marxistas o consideraram um fruto do desenvolvimento lógico do capitalismo)⁽²⁰⁾.

Outro “fator de legitimação” do Estado social era a visão de Esquerda de que ele serviria como um instrumento para se chegar a uma sociedade socialista. O desenvolvimento dos serviços básicos universais, por um lado, e a equalização de rendas mediante imposição progressiva, por outro, poderiam conduzir ao regime. Assim, o Estado social foi a “residência temporal” do socialismo. Apresentava-se subjacente, ainda, a ideia de uma “engenharia social”: uma nova ciência social resolveria problemas sociais fornecendo bem-estar de forma “apolítica e científica”. Se na Europa a política social havia sido sempre mais um exercício de política estatal⁽²¹⁾, agora lançar-se-ia mão de “tecnologia social”.

Nos anos 70, contudo, os quesitos legitimantes do Estado social, a saber, a pujança da economia do pós-guerra; a racionalidade das

(18) *Ibidem*, p. 27.

(19) *Ibidem*, p. 30.

(20) *Ibidem*, p. 38.

(21) *Ibidem*, p. 41.

ideias intervencionistas; a promessa de uma “ciência da sociedade”, e a crença na possibilidade de que ele seria um caminho até o socialismo, todos se encontravam debilitados. O crescimento econômico cedeu passo a um estancamento, acompanhado de inflação. A presença simultânea de recessão e inflação colocou em xeque os postulados keynesianos, e os crescentes déficits governamentais induziam redução de gastos. A racionalidade econômica do Estado social desacreditou-se, e os programas sociais garantidores (ou pretensamente garanti-dores) de um mínimo de nível de vida e a paz social passaram a ser o único argumento de justificação do Estado de Bem-Estar.

Nesse momento, os acontecimentos do “maio francês de 1968” marcam o “fim das ideologias”, e perde credibilidade a crença na inevitabilidade do Estado social como produto da industrialização e da modernidade. A imagem da sociedade como uma ordem social industrial que evoluía de forma suave, e irreversivelmente “pós-capitalista”, perdeu o brilho. O cenário de um futuro otimista cedeu passo à incerteza.

Nos anos 80 sobrou pouco da promessa de uma “ciência da sociedade”, e a economia, que se entendia ter alcançado maturidade como ciência social, enfrentava dilemas internos. Debilitou-se o antigo quase consenso com respeito à economia mista e ao keynesianismo, os quais serviram tanto como guia prático para o intervencionismo, como de substrato intelectual⁽²²⁾. Como resume com maestria *Ramesh Mishra*, ao comentar a virada do século:

La historia ha barajado de forma cruel los que se pueden considerar como los principales paradigmas intelectuales con los que contamos — liberalismo, marxismo, y socialdemocracia.

Durante algún tiempo, ha coronado a todos y cada uno de estos

(22) A crise dos 70 gerou uma outra solução transformadora para o Estado, que passou a apresentar dois tipos de políticas: uma liberal, outra social-democrata — ainda que as diferenças entre elas contenham uma simbologia mais destinada ao jogo político. A saída social-democrata, ideada pelos setores que historicamente apoiaram o Estado social, inclina-se por um intervencionismo “técnico”, de racionalidade econômica, e não mais “ideológico”. Já a genuína política neoliberal apregoa o fim da intervenção, salvo atuações pontuais em aspectos “funcionais” do mercado (política fiscal e monetária, por exemplo). Martín sublinha, entretanto, as coincidências das “respostas” dos anos 80: fim da função de “cruz vermelha” do Estado (passa a funcionar pela “lógica do benefício”, com o que se assiste, na realidade, a um grande processo de privatizações); diminuição dos gastos sociais em geral, e flexibilização da legislação laboral.

“reyes”, tan solo para destronarlos con posterioridad y substituirlos por un paradigma rival. Así, pues, una lección que se podría aprender de la historia es que parece que los tres — la tesis del liberalismo de *laisser-faire*, la antítesis del socialismo marxista, y la síntesis de la socialdemocracia — son intrínsecos a la construcción social y espiritual (esto es, intelectual y moral) de las sociedades occidentales. Los valores de individualismo y libertad, cuyo sustrato institucional es el libre mercado, la propiedad privada y el imperio de la ley, y los valores de solidaridad y comunidad, cuyo sustrato institucional es la propiedad pública, la democracia política y los servicios colectivos, están detrás de la tensión existente en nuestras sociedades, tensión que se ha tratado de reducir, más que eliminar, desde la socialdemocracia, mediante su intento de reconciliar (...) valores en pugna⁽²³⁾.

Atualmente, o capitalismo vive uma crise (“financeira”) que vem sendo enfrentada com injeções bilionárias de recursos públicos junto ao “mercado”, dentre outras medidas. Contra essa providência, vozes já se levantam quanto a um suposto equívoco de aplicação de velhas fórmulas keynesianas⁽²⁴⁾. Tais circunstâncias revelam a precisão e atualidade dos ensinamentos de *Mishra* (1984):

Las hipótesis acerca del comportamiento de un fenómeno concreto sujeto a un proceso de evolución — y en las ciencias sociales son muy comunes este tipo de hipótesis — exigen de un

(23) ISHRA, Ramesh. *El Estado do bienestar en crisis*, p. 238.

(24) Cf. EDWARDS, Chris. *El error keynesiano de Barack Obama*. Disponível em: <www.elcato.org/node/4050>. Edwards sustenta que diante da atual crise financeira os planos de estímulo do governo Obama não funcionarão a contento, porque derivam mais de conveniência política do que da moderna teoria econômica ou da experiência histórica. O estímulo fiscal como propulsor da economia em recessão foi tese de John Maynard Keynes nos anos 30, apoiada na evidência de que o desemprego teria como causa o caráter estático dos salários. Edwards infere que essa circunstância nunca foi demonstrada, mas que mesmo assim o aumento artificial da demanda como receita ao desemprego, com efeito secundário de alguma inflação, foi amplamente aceito, até os anos 70 — marcados por desemprego e inflação em alta. Argumenta que o Estado não pode “enganar” continuamente os mercados privados, porque o comportamento micro-econômico — o comportamento das pessoas — baseado em expectativas, é ajustado para “combater” o plano. Ainda que o estímulo estatal fosse boa ideia, políticos geralmente tardam com as medidas cabíveis (paradoxalmente visualizarem sempre um curto prazo — tem pressa para solucionar as crises), não bastasse muitos deles não buscarem servir diligentemente o interesse público.

período de espera durante el cual la aceptación de la teoría depende de la confianza que se tenga en ella. Además, en las ciencias sociales, muchas de las afirmaciones de naturaleza universal son difíciles de rechazar basándose en los hechos. El resultado es que los paradigmas nunca mueren, simplemente van perdiendo importancia — para volver a florecer cuando la historia los hace revivir⁽²⁵⁾.

O marxismo foi o protagonista nos anos 30. Nos anos 50 a sorte se voltou contra o Marxismo, e em menor medida contra o liberalismo de mercado. A partir daí, foram os melhores anos da social-democracia, da economia mista e do Estado de bem-estar. A natureza e a história desses paradigmas mostra como cada um incorpora uma parte de verdade, o que lhes confere certa plausibilidade.

Enquanto isso, no Brasil, uma primeira experiência de positivação constitucional dos direitos sociais surgiu na Carta de 1934; sem embargo, a ela se seguiram “regimes de sufocação”, a partir de 1937 e 1964. Apenas com a redemocratização do país, cujo marco inicial foi movimento social por eleições diretas (1984), criaram-se condições para edição de uma Constituição (1988) identificada com a cidadania social típica do Estado social:

O movimento ocorrido após a Segunda Guerra na Europa, de abandono do juspositivismo com a possibilidade de reencontro do Direito com o compromisso ético, de realização da justiça social, somente chega ao Brasil já quase no final do século XX⁽²⁶⁾.

Todavia, apesar de atualmente o país constituir-se em uma potência econômica (emergente, já que a participação percentual do Brasil nas trocas comerciais internacionais legais permanece acanhada), e deter uma legislação avançada em termos de direitos sociais, dados oficiais⁽²⁷⁾ revelam que setenta e cinco milhões de pessoas “não encontra um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de

(25) ISHRA, Ramesh. *El Estado do bienestar en crisis*, p. 240.

(26) ESTEVES, João Luiz. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 38.

(27) Dados do IBGE indicavam que em 1998, 14% (21 milhões) da população brasileira gravitava abaixo da linha da indigência, e 33% (50 milhões), da linha da pobreza.

habitação, alimenta-se mal ou passa fome”⁽²⁸⁾. Poderíamos incluir nesse rol inúmeras outras chagas,⁽²⁹⁾ como o fato de muitos brasileiros não encontrarem trabalho decente. Assim, assume relevo a advertência de que o ordenamento jurídico precisa ser eficaz, tendo respaldo na realidade fático-social para ser obedecido. Promessas fantasiosas podem levar a uma frustração perigosa, típicas de uma Constituição “nominal”, isto é, desacompanhada do processo político dinâmico.

A expressão conquistas sociais evoca uma ideia de luta, e neste sentido possui evidente ressonância com a construção de um Estado social, como antes se buscou edificar um Estado de Direito⁽³⁰⁾. No Terceiro Mundo, as lutas todas parecem travar-se ao mesmo tempo, seja a luta por um regime democrático, a batalha pelo império da lei, ou a cruzada pela diminuição das desigualdades sociais. Ao membros de cada comunidade jurídica, em especial, também está destinada a tarefa de realização e concretização, na vida diária, do texto constitucional, o que pressupõe um seu mínimo de exequibilidade⁽³¹⁾. A construção de uma dogmática dos direitos sociais é um primeiro e inquestionável passo nessa direção.

3. DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM GERAL

Os cada vez mais numerosos juristas que vislumbram fundamentalidade nos direitos sociais contam com aportes como os

(28) KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 17.

(29) José Eduardo Faria traça seu quadro da situação real do Brasil, identificando uma sociedade marcada pelo contraste entre pobreza urbana massiva e alguns bolsões de riqueza, e marcada por três grandes crises estruturais. No plano socioeconômico, a crise da hegemonia dos setores dominantes; no político, de legitimidade do regime representativo; e no jurídico-institucional, na própria matriz organizacional do Estado, que teria atingido um limite de sua flexibilidade na imposição do modelo atual, contraditório. A primeira traduziria a perda de capacidade de direção política e ideológica dos grupos dominantes, que deixam de forjar a unidade social ou obter consenso; a segunda ocorre quando a condição social passa a ser inaceitável pelos distintos grupos sociais; e a terceira emerge quando essa condição social, desestabilizada, passa a exigir das instituições algo para o qual elas simplesmente não detêm condições de oferecer resposta rápida e eficaz. O Estado perde a capacidade de oferecer políticas públicas, bem como de expressar a razão histórica da própria sociedade, ou seja, a vontade coletiva em torno de um projeto comum.

(30) MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado social* — naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, p. 218.

(31) KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 29.

de *Pérez Luño*, para quem a função dos direitos fundamentais no Estado social de Direito “deixa de ser de mero limite da atuação estatal para transformar-se em instrumento jurídico de controle de sua atividade positiva”⁽³²⁾. Como corolário disso, para *Beatriz Gonzáles Moreno*, deveriam ser incluídos no sistema de direitos fundamentais não apenas as liberdades clássicas, mas também os direitos sociais como categorias acionáveis, e não como meros postulados programáticos⁽³³⁾. A propósito, arremata *Krell*: “(...) é importante que aqueles que aceitam e até apreciam um certo conteúdo utópico de um texto constitucional não esqueçam que o seu poder de integração depende (...) de sua realização e concretização na vida diária, o que pressupõe (...) exequibilidade jurídica”⁽³⁴⁾.

Desde os anos 80 foi intenso o debate doutrinal alemão sobre a possibilidade de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais. Advirta-se que essas discussões foram travadas na observância dos lindes constitucionais daquele país: a Lei Fundamental de Bonn não arrola direitos sociais de maneira explícita. *Alexy* arrola os argumentos a favor e contra uma teoria dos direitos fundamentais sociais: os primeiros têm que ver com a chamada liberdade “real”: somente o indivíduo que conta com a garantia de um “mínimo vital” pode fazer as “escolhas” para sua existência e desfrutar das demais liberdades, ou seja, desenvolver-se dignamente. Os segundos convergem para a impossibilidade de tornar os direitos sociais vinculantes e exigíveis judicialmente, sob pena de anômalo traslado de foro por excelência da política orçamentária, o parlamento. Esse autor alemão propõe um modelo de direitos fundamentais sociais, a partir da ideia central de que a cada integrante da comunidade lhe correspondem “posições de prestações jurídicas” com esse *status*, ou seja, insuscetíveis de serem alteradas por eventuais maiorias parlamentares. E mais, saber quais são esses direitos, no caso concreto, é exercício para uma “ponderação de princípios”. De um lado, o princípio da liberdade fática; de outro, o da competência para decidir do legislador eleito, e o da separação dos Poderes, entre outros. *Robert Alexy* oferece, portanto, uma “pauta geral

(32) LUÑO, Perez. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, *apud* MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado social* — naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, p 127.

(33) *Ibidem*, p. 128.

(34) *Ibidem*, p. 29.

de ponderação”, asseverando que uma posição de prestação jurídica está garantida se o exige a liberdade fática, e se a afetação dos demais princípios colidentes ocorre de maneira reduzida⁽³⁵⁾.

Beatriz Gonzáles Moreno chama atenção para uma dificuldade do traslado dessa construção, por exemplo, para o sistema constitucional espanhol, pois a Carta de 1978 do país ibérico distingue a eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, preconizando que só os primeiros possuem um “conteúdo essencial”, e mais, que somente eles têm proteção reforçada através do recurso de amparo⁽³⁶⁾.

(35) Para ver em detalhes a lei da ponderação de Alexy (e conceitos de outros intelectuais do tema, como Dworkin ou Arango), são preciosos os esforços de Paulo Gilberto Cogo Leivas, cuja dissertação de mestrado, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, é uma incursão aprofundada na dogmática da subjetivação dos direitos sociais, oferecendo, segundo o prefácio de Luís Afonso Heck, “uma pré-compreensão para interpretação do art. 6º da constituição federal”. O art. 6º é justamente aquele que arrola, na Carta brasileira, os direitos sociais. Sobre as ideias de Alexy, discorre Cogo Leivas (p. 38s): “Para R. Alexy, as disposições de direitos fundamentais caracterizam-se por regularem, de uma maneira extremamente vaga, questões sumamente discutidas da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, como é o caso dos direitos à dignidade, à igualdade e à liberdade. Essa vagueza vem a exigir uma espécie normativa que permita o reconhecimento da normatividade e da justiciabilidade dos direitos fundamentais, levando em consideração as frequentes colisões entre si. Diz Alexy que a teoria dos princípios possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. Diversos critérios têm sido utilizados para a distinção entre regras e princípios. Dentre eles, encontramos aqueles que não permitem reconhecer nos princípios qualquer normatividade. Para Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas porque dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deontológicas básicas, como o mandado, a permissão e a proibição. Em um dos critérios utilizados para distinguir princípios e regras, os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras são normas com nível relativamente baixo de generalidade. Um exemplo de norma de grau relativamente alto é a liberdade religiosa, enquanto a norma segundo a qual todo preso possui o direito a converter outros presos tem um grau relativamente baixo de generalidade”. Prossegue, aludindo à ponderação: “(...) a resposta sobre quais são os direitos fundamentais sociais definitivos é tarefa da dogmática dos distintos direitos fundamentais sociais. Porém, é possível dar uma resposta geral. O autor estabelece, então, três condições para que uma posição de prestação jurídica seja garantida definitiva e jusfundamentalmente — (1) o princípio da liberdade fática exige a prestação muito urgentemente; (2) os princípios da democracia e da separação de poderes (que incluem a competência orçamentária do parlamento) e (3) os princípios materiais contrários (...) são atingidos em medida relativamente pequena. A seguir, afirma que essas condições estão, em todo caso, cumpridas junto aos direitos sociais mínimos, por exemplo, nos direitos ao mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional, e a um padrão mínimo de assistência médica” (sem grifo no original).

(36) MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado social* — naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, p. 147. O recurso de amparo tem origem mexicana, e na Espanha é linha direta de acesso ao Tribunal Constitucional, quando em jogo a violação de direitos fundamentais (liberdades clássicas). É cada vez mais restrito o funil jurisprudencial de admissão, desde a democratização espanhola materializada com a Carta de

No Brasil, podem ser sintetizadas em duas as doutrinas ligadas aos direitos fundamentais: uma de concepção liberal, que os vincula, basicamente, às liberdades políticas e individuais, restringindo, portanto, sua subjetividade; e outra ligada ao Estado de concepção social, que busca oferecer também aos direitos sociais efetivação plena⁽³⁷⁾. *Ricardo Lobo Torres*⁽³⁸⁾, com base nos estudos de *Jellinek*, *Häberle* e *Isensee*, sustenta que o direito fundamental da liberdade (direito sobre o qual se debruça para embasar suas reflexões) reclama não somente um *status negativus*, mas também um *status positivus*, vale dizer, o Estado deve evitar interferência na vida do cidadão, bem como garantir que os demais assim o façam, protegendo-o, se for o caso. A liberdade também exigiria o *status ativus processualis*, ou seja, a garantia da efetivação do direito, e ainda o *status positivus socialis*, relacionado com o denominado “mínimo existencial”. Assim, os direitos sociais somente existiriam como condição para o exercício da liberdade. Noutras palavras, para que o cidadão possa exercer a liberdade, necessitaria certas condições mínimas de vida, a serem oportunizadas pelo Estado. Torres, portanto, não se preocupa com condições de vida ligadas à cidadania reivindicatória, mas somente com a liberdade, para ele um direito fundamental detentor de maior significado. Assim, seu entendimento de “mínimo existencial” é diferenciado daqueles de *Ana Paula Barcelos* ou de *Daniel Sarmiento* (para quem ele guarda relação com a dignidade da pessoa). *Barcelos*, todavia, reconhece limites ao “mínimo” quando o relaciona com a chamada “reserva do possível”⁽³⁹⁾

1978, e a entrada em funcionamento “del TC”. O amparo também é popular noutros países da América Espanhola.

(37) TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, *apud* ESTEVES, João Luiz. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 39.

(38) *Ibidem*, p. 43. Essa concepção restritiva, segundo a advertência do próprio Torres, é construção teórica fruto da doutrina estrangeira, mais especificamente da alemã do pós-1949.

(39) Andreas Krell, em seu *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha* (p. 5), enfrenta com percuciência o problema da importação não filtrada da exceção doutrinária estrangeira da “cláusula do possível” para o Brasil: “podemos aceitar a cautela de partes da doutrina e da jurisprudência na construção de direitos subjetivos na base de certos preceitos constitucionais. Todavia, em relação aos direitos à saúde e à educação, a situação fática se apresenta diferente. Há vários países — inclusive na América Latina — que conseguiram estabelecer serviços de saúde preventiva e curativa e sistemas escolares que atendem às necessidades básicas da população. A questão aqui parece ser muito mais de vontade política e organização administrativa. Nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte de municípios, dos Estados e da União deveria ser corrigida e compelida por parte dos Tribunais. Na base do acima exposto, fica claro que uma transferência mal refletida do conceito da

e questões de orçamento; Sarmiento, por sua vez, também defende a “ponderação de bens” no caso de conflitos entre direitos fundamentais, e conecta umbilicalmente o “mínimo” à dignidade da pessoa humana⁽⁴⁰⁾.

A concepção que serve de contraponto para a teoria liberal (restritiva) dos direitos fundamentais sociais parte de outras premissas. No Brasil, *Sarlet* questiona a própria distinção entre direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, pois para ele são todos de “titularidade individual”. Esse autor também controverte sobre um pretense falso dogma de que direitos sociais sempre reclamariam apenas prestações positivas do Estado, e os individuais, sempre um agir negativo. Exemplifica com o direito de greve e à livre organização sindical, típicos direitos sociais não prestacionais, mas “de defesa”, ou “de abstenção”. Poderia ser acrescentado, ainda, que o próprio direito à liberdade exige do Estado atos comissivos no sentido de garantir o ir e vir dos cidadãos, ou a incolumidade física⁽⁴¹⁾.

José Carlos Vieira de Andrade anota, por essencial, que na ordem jurídica brasileira, “diferentemente da Constituição portuguesa, não ficou definida a distinção de regimes jurídicos entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais clássicos, para dar-lhes dimensão objetiva e subjetiva, respectivamente”⁽⁴²⁾. Já a Constituição brasileira confere aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, “e as tentativas doutrinárias de descaracterizar essa pretensão, mesmo buscando argumentos de cunho jurídico-dogmático e modelos constitucionais de outros países, demonstram comprometimento com um tipo ideológico de Estado que não é o substancializado no texto constitucional brasileiro”⁽⁴³⁾. Com efeito, o constituinte dividiu a Carta brasileira em Títulos, sendo o Título II denominado “Dos direitos e Garantias Fundamentais”. Ora, esse Título II está dividido, por sua vez,

reserva do possível e do entendimento dos direitos sociais como mandados (e não legítimos direitos fundamentais) constituiria uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as necessidades materiais do país, que, há muitas décadas, pode ser observada na organização judiciária brasileira”.

(40) TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, *apud* ESTEVES, João Luiz. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 42.

(41) *Ibidem*, p. 45.

(42) ANDRADE, Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, *apud* ESTEVES, João Luiz. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 46.

(43) *Idem*.

em capítulos, dentre eles o Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos” — art. 5º), e o Capítulo II (“Dos direitos sociais” — arts. 6º ao 11), sendo que no art. 5º, § 1º, está expressamente advertido que “as normas definidoras dos direitos e *garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. E, como é corrente, um sistema jurídico deve ser interpretado conforme o modelo de Estado socialmente aceito e declarado, e nenhum esquema lógico-jurídico deve sobrepor-se a essa declaração.

Andreas Krell resume que “a teoria engenhosa que liga a prestação do mínimo social aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn”. *Krell* sustenta, ainda, que é quase unânime na Alemanha o rechaço à ideia de direito subjetivo a prestações positivas do Estado, ou à tese da possibilidade de o Judiciário examinar políticas públicas⁽⁴⁴⁾ (ante o dogma da separação de Poderes), mas que também é consenso entre os germânicos que o Estado Social deve garantir o mínimo social. Assim, o Judiciário alemão acabou extraindo o “mínimo de existência” dos valores dignidade, vida e integridade física, mediante interpretação sistêmica da cláusula social — esta existente na Constituição Alemã, que o prevê, sem maiores especificações⁽⁴⁵⁾.

(44) Sobre a não sindicabilidade da política social em razão do princípio da separação dos Poderes, já que a fixação e execução dessa política seria trabalho para os Poderes Legislativo e executivo, cf. a reflexão de João Luiz M. Esteves, ao comparar realidades francesa e brasileira (*A concretização dos direitos fundamentais no STF*, p. 85): “(...) deve observar o fato de que o Legislativo (no Brasil) tem uma história de clara submissão ao Executivo, mesmo nos períodos em que não estivemos sob o governo de regimes ditatoriais. As majorias favoráveis aos projetos do Executivo são obtidas mediante negociações que envolvem desde o preenchimento de cargos em comissão — da órbita do Executivo —, com indicações de parlamentares acolhidas pelo Chefe do Executivo, até a liberação de verbas orçamentárias de interesse individual dos parlamentares. Tudo em troca de total submissão a programas e políticas governamentais traçadas pelo Executivo, as quais dependem de aprovação legislativa. E, portanto, mostra-se vulnerável qualquer argumentação tendente a defender a existência de uma separação de Poderes que confira legitimidade absoluta ao Parlamento na conformação discricionária de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Se o sistema construído dogmaticamente não funciona e não se opera em um lado, também não se pode exigir que o dogma permaneça como discurso (...) Mas há que se encontrar o equilíbrio. Na existência de um Parlamento submisso ao Executivo, criam-se distorções na sua atividade, as quais podem impedir a efetividade da Constituição (...).”

(45) KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 60-61.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

A utopia da “sociedade justa”, como leciona *Luiza Cristina Fonseca Frischeisen*, não prescinde da implementação das chamadas políticas públicas, cujo conteúdo finalístico tem relação com os direitos sociais, direitos que consubstanciam os instrumentos para consecução da cidadania e para a construção da igualdade⁽⁴⁶⁾. E a presença do Estado no estabelecimento e gerenciamento das políticas públicas será decisivo, tendo em vista a concentração de recursos oriundos dos impostos, e a necessidade do estabelecimento de diretrizes de médio e longo prazo⁽⁴⁷⁾.

Frischeisen anota, oportunamente, o crescimento do terceiro setor, chamado a cumprir um papel importantíssimo, ainda que coadjuvante, principalmente no que se refere ao meio ambiente. Com efeito, é no campo da degradação ecológica do planeta que as ações das ONGs têm chamado mais atenção, alertando a opinião pública para uma certa inação dos poderes públicos constituídos em defesa da natureza. E as organizações da sociedade civil também vêm atuando no combate à pobreza e às carências relacionadas à saúde, algo já conhecido como *Il welfare dei privati*: espontâneo, pós-moderno, fulcrado no voluntariado e numa nova forma de caridade⁽⁴⁸⁾.

Políticas públicas podem ser definidas como “diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”⁽⁴⁹⁾. *Eros Grau* relaciona a realização das políticas públicas à própria legitimidade do Estado Social, enquanto provedor, gerenciador ou fiscalizador⁽⁵⁰⁾. Já *Fábio Konder Comparato* que vê a essência do Estado contemporâneo na capacidade de realização de objetivos predeterminados⁽⁵¹⁾. *Maria Paula Dallari Bucci*,

(46) FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 75.

(47) *Idem*.

(48) Ver artigo *Facciamo la Carità*, publicado na edição de 6.4.2009 do periódico romano *La Repubblica*. Disponível em: <www.caritas.it> ou <www.bancoalimentari.org>.

(49) GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado, *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 78.

(50) GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto, *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 78.

(51) COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas, *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 46.

por seu turno, refere que as políticas públicas detêm maior amplitude que serviço público, porque englobam também funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados. O denominador comum de todas elas é a existência de um processo político de eleição de prioridades. Bucci exemplifica com a política nacional de educação, que pode calçar-se no ensino fundamental ou no profissionalizante. As políticas instrumentais deverão, necessariamente, guardar respeito à política principal, direcionando meios para sua consecução⁽⁵²⁾.

Na verdade, política, entendida como programa de ação, é objeto de estudo recente no Direito, porque antes da Revolução Industrial ela inexistia como “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”⁽⁵³⁾. Para *José Reinaldo de Lima Lopes*, uma política pública, juridicamente, é um feixe de decisões e normas de diversa natureza. E a falta de reflexão sobre tais normas possui efeitos deletérios. Avulta em importância, portanto, um certo desconhecimento ou desinteresse da comunidade jurídica brasileira em geral quanto a passagens constitucionais chave, como o Título V (“Da Tributação e do Orçamento”), Capítulo II (“Das Finanças Públicas”), arts. 163 a 169. *Lopes* insiste que “para compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar”⁽⁵⁴⁾.

O Poder Executivo não apenas executa as normas legislativas. Ele elabora as políticas (policies) e os programas pertinentes, ou seja, planeja e implementa, o que se reflete na prestação dos serviços. A não alocação dos recursos necessários, ou a falta de empenho dos recursos destinados às políticas, também determinará o fracasso destas⁽⁵⁵⁾. Nesse contexto, sobleva a importância do orçamento, que,

(52) BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, apud FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 79.

(53) COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso A. Bandeira de (org.). *Direito administrativo e constitucional*, 1997, apud KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 101.

(54) LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, p. 132.

(55) KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 99.

se não contempla o conteúdo da Constituição, necessita ser alterado para o ano seguinte. O orçamento público é o “documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”⁽⁵⁶⁾.

O ponto central das políticas públicas é localizar as necessidades comunitárias, com subsequente distribuição do recurso financeiro. As normas ditas “programáticas” limitam as escolhas dos centros de decisão estatal, e exatamente por isso *Celso Fernandes Camilongo* sustenta a necessidade do controle judicial⁽⁵⁷⁾. *Carlos Alberto Salles*, por seu turno, aduz que onde o processo político (não apenas o Poder Executivo portanto, mas também o Legislativo) erra ou é omissivo na implementação ou gerenciamento da política pública, cabe ao judiciário a correção⁽⁵⁸⁾.

Lopes propõe uma classificação das políticas públicas por gêneros. Assim existiriam, basicamente, as “políticas sociais”, de prestação de serviços públicos (saúde ou educação, por exemplo), as “políticas sociais compensatórias” (previdência e assistência social, seguro-desemprego), as “políticas de fomento” (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola), as “reformas de base” (reforma urbana, agrária), e “políticas de estabilização monetária”. Muitas um conjunto vasto de leis, contratos, atos de execução, atos de poder de política, etc.⁽⁵⁹⁾.

5. JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

José Eduardo Faria assina a apresentação do denso “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, coletânea de ensaios escritos

(56) TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Teoria dos direitos fundamentais, 1999, *apud* KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 100.

(57) CAMILONGO, Celso Fernando. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FÁRIA, José E. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1998, *apud* KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 100.

(58) SALLES, Carlos Alberto. Execução judicial em matéria ambiental, 1999, *apud* KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 101.

(59) LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, p. 133.

por professores de sociologia e fruto da aproximação deles, intelectuais da Universidade de São Paulo, com magistrados brasileiros, e ali assinala, com precisão, que:

Com a redemocratização do País, na primeira metade dos anos 80, com o agravamento da crise econômica, a partir da segunda metade dessa década, e com a explosão da crise social, nos anos 90, evidenciada pela existência de 32 milhões de pessoas vivendo em estado de miséria absoluta, o Judiciário voltou a exercer um papel decisivo no País. Num período histórico fortemente marcado por instabilidades (...) a magistratura foi desafiada a aplicar, em conflitos inéditos na história dos tribunais brasileiros, uma ordem legal fragmentada entre muitos institutos jurídicos anacrônicos, e algumas novas leis de caráter social. Ao enfrentar esse desafio num momento de explosão de demandas (...) por parte dos segmentos marginalizados da população, os magistrados se viram diante de tarefas difíceis, para cuja execução sofriam todo tipo de limitações — da insuficiência crônica de recursos a estruturas organizacionais comprovadamente obsoletas, passando por uma formação técnico-profissional (...) formalista⁽⁶⁰⁾.

Faria sustenta que o Judiciário brasileiro necessita ultrapassar um desafio, pois interage em uma sociedade em contínua transformação, estigmatizada por muitas tensões, onde o Direito não cabe mais no figurino de uma mera técnica de controle e organização social, mas necessita ser entendido como um “instrumento de direção e promoção social”. Para tanto, necessita uma reflexão de seus operadores, que num processo de autoanálise precisam reconhecer sua função social, bem como a instrumentalidade da dogmática, e da influência ideológica na “formação do conhecimento jurídico”. Assim, terão os magistrados condições de enfrentar o gravíssimo desequilíbrio social brasileiro, marcado “pela crescente incapacidade do setor público de mobilizar os recursos necessários à implementação de políticas sociais, pela fragmentação da unidade organizacional do Estado, pelo

(60) FÁRIA, José E. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1998. Apresentação da obra.

subsequente congestionamento das agendas governamentais, e pela volatilidade da legitimidade obtida por vias eleitorais⁽⁶¹⁾.

José Afonso da Silva vai mais além: o Estado brasileiro é incapaz de formular políticas públicas, devido a sua privatização por grupos sociais determinados e ao sistema de representação congressional que transforma os legisladores em agenciadores de verbas públicas⁽⁶²⁾.

Ao avaliar as esperanças que ora se depositam no Judiciário, *Lopes* refere que a discussão judicial “amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes”⁽⁶³⁾. E mais, o que estaria em jogo nas demandas populares perante os tribunais brasileiros, ou seja, nas demandas por políticas públicas sociais, coloca em questão o processo de apropriação de riqueza na sociedade contemporânea⁽⁶⁴⁾. A complexidade desses julgamentos estaria contida no dilema: quem deve ficar mais rico, e quem deve ficar mais pobre?⁽⁶⁵⁾

Para o autor nem só de ineficiência, corrupção ou falta de políticas promocionais viveria a crise do Estado — e do Judiciário — no Brasil, mas está claro que este, no momento atual, “transforma-se em arena de uma luta que o transcende. Suas decisões têm hoje a importância política de dar visibilidade às consequências concretas desta disputa social e econômica em que se encontra a sociedade brasileira”. Nesse papel, tanto pode auxiliar a reprodução das distorções sociais existentes, como em nome de uma atuação “progressista”, mas sem meios para agir globalmente, corre o risco de ser mal compreendido como instância sinalizadora de um voluntarismo irracional⁽⁶⁶⁾.

Streck evidencia que na ausência de políticas sociais referendadas na Constituição, deve o Judiciário impor-se para resgatar os respectivos direitos. Assume, portanto, a tese da “politização do

(61) *Ibidem*, p. 26.

(62) SILVA, José Afonso da. A Constituição e sua revisão. *Cadernos Liberais*, IV/XCI, apud LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José E. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1998. p. 133. De leitura indispensável, segundo Lopes.

(63) *Ibidem*, p. 137.

(64) *Ibidem*, p. 138.

(65) *Ibidem*, p. 140.

(66) *Ibidem*, p. 142.

jurídico”, ou “jurisdicização da política”⁽⁶⁷⁾. A propósito, *Krell* raciocina que o princípio da separação dos Poderes já é visto sob um novo enfoque, por parte dos muitos operadores do Direito. Cita como evidência caso judicial emblemático da Justiça do Rio Grande do Sul, onde o Tribunal de Justiça rejeitou alegações de insuficiência orçamentária do Governo Estadual, que não poderia furtar-se à implantação de determinado programa destinado a adolescentes infratores, tudo à luz da Constituição Federal⁽⁶⁸⁾. Já *Flávia Piovesan*, arrojada e contestadora, joga pá de cal sobre o assunto: “a ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica”⁽⁶⁹⁾. Na mesma linha, *Boaventura de Souza Santos*:

O tema do acesso à Justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre (...) igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica (...) A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso à Justiça num (...) direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas (...)⁽⁷⁰⁾.

Esteves identifica três correntes interpretativo-ideológicas quanto à acionabilidade dos direitos sociais, no Brasil. Uma de caráter jurídico-sociológico, outra de matiz jurídico-ideológico, e uma terceira de corte político-ideológico. A primeira rechaça a busca do Judiciário como solução dos conflitos sociais com base em uma suposta incapacidade desse Poder em solvê-los, seja porque por vezes inacessível, seja porque há imensa dificuldade em executar suas decisões. A segunda também questiona a judiciabilidade da questão social com base na própria cultura jurídica que não vê essa tarefa como “coisa do Judiciário”, cujos membros foram influenciados pela exegética, e

(67) STRECK, Lênio L. Hermenêutica jurídica e(m) crise, *apud* KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 101.

(68) KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 103.

(69) PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, *apud* ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 48.

(70) SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice — o social e o político na pós-modernidade*, p. 167.

precisamente deveriam limitar-se à subsunção dos fatos, às normas. Por último, para os críticos da criação de uma nova arena para os problemas sociais, trazer ao Judiciário essa matéria frustraria a espontaneidade dos movimentos da sociedade civil, os que devem ou deveriam protagonizar a luta por melhores condições de vida⁽⁷¹⁾. Todos esses argumentos são razoáveis, porém contraditáveis. Com efeito, as dificuldades estruturais do judiciário não devem servir para diminuí-lo, mas, ao revés, para motivar seu aprimoramento. Por outro lado, entende-se que os movimentos sociais têm condições de desenvolverem-se e maximizarem sua atuação em um Estado democrático de Direito, que no caso do Brasil não exclui possibilidade de demanda judicial para reparação de qualquer lesão ou ameaça a direito⁽⁷²⁾. Por fim, quanto à cultura jurídica da não judiciabilidade dos direitos sociais, de origem germânica, verifica-se que na própria Alemanha não é tão rigoroso o dogma de que a garantia dos direitos sociais do tipo prestacional, num ordenamento baseado na articulação dos Poderes, é tarefa exclusiva do administrador e do legislador. É como comenta *Esteves*:

Böckenförde relativiza seu entendimento quando, em condições extremas de inatividade abusiva, os direitos fundamentais sociais poderiam fundamentar diretamente uma pretensão judicial, extraindo-se dos mandatos constitucionais um componente jurídico-subjetivo sem que se ponha em risco o sistema jurídico-constitucional, entendimento esposado por *Vieira de Andrade*, o qual aceita a excepcionalidade de se retirar diretamente da Constituição a aplicabilidade de um direito social desde que para atender a um conteúdo mínimo⁽⁷³⁾.

Há adesões a essa tese no Brasil. *Luiza Cristina Fonseca Frischeisen* argumenta que a Constituição “optou”⁽⁷⁴⁾ pelos direitos sociais, o que realmente se infere do artigo sexto da Carta: “são

(71) ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 58-59.

(72) Art. 5º da CF, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

(73) ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no STF*, p. 64.

(74) FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 81.

direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Quanto à implementação desses direitos, a Lei Fundamental brasileira trata disso nos arts. 193 a 232⁽⁷⁵⁾, no título dedicado à “ordem social”, que tem por objetivo o “bem-estar e a justiça sociais”. Mas a autora segue adiante, esclarecendo que a ordem constitucional, implementável por políticas públicas, já as tem estabelecidas, em boa parte, na legislação infraconstitucional⁽⁷⁶⁾. Logo, se já existe no Brasil farta legislação traçando políticas públicas sociais, a função da implementação desse arcabouço legislativo em favor da cidadania realmente cabe, em maior medida, aos administradores. É, portanto, basicamente a discricionariedade do administrador público, no que se refere à implementação da política social, que acabaria repercutindo na “politização do judiciário”. Se a Constituição federal brasileira é rica em dispositivos direcionados ao bem-estar social, e se tais normas possuem também um vigoroso caráter objetivo, na medida em que não apenas inspiram o legislador mas também vinculam o administrador, é certo que o poder deste não é absoluto, no momento da realização dos direitos sociais. *Bullinger*⁽⁷⁷⁾ exemplifica esse estado de coisas com a educação: os professores decidem como dar sua aula, com base em planos de ensino administrativamente fixados,

(75) Existem ainda dispositivos atinentes às políticas urbanas e agrária, e aos direitos do consumidor, no título da Ordem Econômica e Financeira, bem como relacionados com comunidades remanescentes de quilombos e com portadores de deficiência, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

(76) Com efeito, fazem parte desse exemplário as Leis ns. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde); 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 8.313/91 (Cultura); 8.742/93 (dispõe sobre assistência social, ou seja, prover os mínimos sociais mediante implementação de políticas públicas); 9.913/93 (prevê distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV/AIDS); 9.394/96 (institui as diretrizes e bases da educação); 9.472/97 e 9.612/98 (comunicação social); 9.605/98 (Meio Ambiente); 9.615/98 (desporto); 10.150/00 (dispõe sobre o Sistema Financeiro de Habitação); 10.257/01 (Estatuto da Cidade); 10.689/03 (cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação); 10.741/03 (Estatuto do Idoso); 10.835/04 (institui o benefício de renda básica de cidadania); 10.836/04 (dispõe sobre o bolsa-família, um programa de transferência de renda); 11.124/05 (prevê o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social); 11.346/06 (LOSAN — Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional).

(77) BULLINGER, Martin. *Revista de Ciência Política*, n. 30, *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 96.

mas tais planos devem estar em consonância com as diretrizes para o ensino em geral, presentes na Constituição e na legislação infraconstitucional. E as dúvidas sobre essa margem de discricionariedade é que serão matéria para discussão judicial, ou seja, se atos omissivos ou comissivos apresentam-se em rota de colisão ou alinhados com os princípios sociais da ordem constitucional.⁷⁸⁾

A Constituição brasileira não exclui da apreciação do Judiciário lesões ou ameaças a direito. Por outro lado, tem como objetivo o bem-estar social, e estabelece políticas públicas — diretamente, ou remetendo-as para a legislação infraconstitucional. Assim, o fenômeno da judicialização das demandas coletivas aparece como mero corolário dessa lógica positivadora. Essa alteração de paradigmas obriga uma atualização teórica dos operadores do Direito, para que, na expressão de *Lucia Vale Figueiredo*, passem a conhecer os *standards* da sociedade⁽⁷⁹⁾. Dessa maneira, estarão mais preparados para uma nova realidade que faz do Judiciário, ao lado do demais Poderes, outro foro para as demandas coletivas da sociedade.

Frischeisen sublinha, ainda, que⁽⁸⁰⁾

não é apenas o judiciário que passa por transformações. Especificamente na produção de políticas públicas locais, os conselhos municipais e a adoção do orçamento participativo concorrem com as Câmaras de Vereadores e com os Executivos Municipais na escolha de prioridades: a participação política da população não se esgota nas eleições, subvertendo a lógica tradicional da democracia representativa, que passa a ser substituída pela democracia participativa (...).

Para *Manuel Jorge e Silva Neto* “não resta mais dúvida no sistema da ciência do direito quanto à sindicabilidade dos atos de governo, ou controle judicial de políticas públicas, em qualquer domínio cuja política

(78) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle da administração pública, 1991, *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas* — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público, p. 97.

(79) *Idem*.

(80) FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas* — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público, p. 107.

implementada esteja com o sinal contrário às injunções firmadas em nível constitucional⁽⁸¹⁾. Ele ainda constata que, atualmente, “a discussão de políticas públicas por meio da ação civil pública se converteu em procedimento até corriqueiro nos tribunais do país⁽⁸²⁾. E cita *Simone Aparecida Martins* como estudiosa do tema que bem teria resumido essa “mudança de mentalidade”, quando sustenta que a Constituição da 1988 acolheu o princípio do amplo acesso ao Judiciário sem o estabelecimento de exceções; desse modo, se houvesse exceção, esta deveria ter sido expressamente consignada: “A inexistência dessa expressa exceção constitucional torna destituídos de conteúdo quaisquer esforços no sentido de conferir essa qualidade aos atos políticos⁽⁸³⁾”.

A peremptoriedade da assertiva de *Silva Neto* situa-a num contexto similar daquele da elocução de *Flávia Piovesan*, mencionada *supra*: ambos defendem a inexistência de argumentos incontrastáveis em favor da tese da restrição da atuação do Judiciário em sede de efetivação dos direitos sociais da Constituição brasileira. Mas o fato é que vozes dissonantes ainda ostentam um certo vigor, inclusive no meio acadêmico. Uma delas é a de *Eduardo Appio*⁽⁸⁴⁾, que indaga se devem o Juízes substituírem os administradores no papel de gestores dos recursos disponíveis no orçamento do Estado. E conclui taxativamente que não, fazendo alusão a um pretense “populismo judiciário” no Brasil⁽⁸⁵⁾.

(81) SILVA NETO, Manuel Jorge e. Controle de políticas públicas na justiça do trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 37, p. 268.

(82) *Ibidem*, p. 271. Convém anotar, entretanto, que para integrantes do Ministério Público Federal, subjaz um sentimento de que “falta debate sobre a legitimação/competência para atuação do Ministério Público em face das competências do Poder Executivo e Poder Legislativo, principalmente tendo em vista as exigências legais e constitucionais de participação popular direta ou indireta na implementação e execução das políticas e programas públicos”. Disponível em: <[www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPaulo Leivas/index.php?pagina=projeto_pesquisa](http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPaulo%20Leivas/index.php?pagina=projeto_pesquisa)>.

(83) MARTINS, Simone Aparecida. O ato político. Sindicabilidade. O princípio da separação de poderes, *apud* SILVA NETO, Manuel Jorge e. Controle de políticas públicas na justiça do trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 37, p. 271.

(84) APPIO, Eduardo. A justiciabilidade dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil, palestra proferida no *VI Ciclo de Estudos Jurídicos da UNIFIL*, de Londrina, em 9 de novembro de 2006.

(85) Appio discorre que tomou corpo na jurisprudência a ideia que Ronald Dworkin nomeou de “princípio do resgate”, segundo o qual a saúde ou a manutenção da vida seriam os bens mais preciosos para a comunidade. E a jurisprudência também estaria

Seja como for, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — a ADPF n. 45 (Relator Ministro Celso de Mello), trouxe à luz sinalizadora ementa que conforta o clamor doutrinal na direção da judiciabilidade dos direitos sociais no Brasil:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada a hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do árbitro estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)⁽⁸⁶⁾.

cerrando fileiras com a doutrina da dignidade da pessoa humana, cujo referencial obrigatório no Brasil é Ingo Sarlet, e com o ideário de Andreas Krell, que rechaça a construção alemã da “reserva do possível”, porque a vida e a saúde humanas não poderiam restar à mercê dos orçamentos públicos. Appio diferencia o direito fundamental à vida, direito subjetivo, e o direito à saúde, instrumental, enquanto direito social que conteria apenas feição objetiva, obrigando o Estado à implementação das respectivas políticas. O Judiciário estaria transitando em via equivocada ao ser concitado à adesão ao que se convencionou chamar nos EUA dos anos 50 de “ativismo judicial” (fenômeno que denomina um conjunto de medidas administrativas da Suprema Corte, que se substituíam às dos dirigentes escolares na época em que se decidiu, pioneiramente, sobre o fim da segregação racial na educação). Critica a intromissão dos juízes em searas essencialmente técnicas, como por exemplo da área da saúde, que obrigariam realocações orçamentárias que acabam prejudicando cidadãos que originariamente seriam beneficiados pelas políticas oficiais. Não bastasse, o Judiciário não teria legitimidade para lançar mão dessa postura, porque seus integrantes não são eleitos pelos concidadãos para fins de fixação das políticas. Por outra, constatar-se-ia um flagrante “déficit democrático”, porque as novas despesas não estariam previstas na lei orçamentária anual. Nesse contexto, estaria chancelado um equívoco na aplicação da alardeada “justiça distributiva”, com quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos.

(86) Decisão publicada no DJ de 4.5.2004. O Processo, cujo autor foi o Partido da Social Democracia Brasileira — PSDB, tinha como matéria central veto do Presidente da República à proposição legislativa concernente ao orçamento da União para o ano de 2004, porquanto a objeção presidencial afrontaria o texto constitucional que orienta para salvaguarda de recursos financeiros mínimos para as ações e serviços de saúde.

6. MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo o art. 1º da Constituição, inciso V, é o pluralismo político, “que não é apenas político-partidário”⁽⁸⁷⁾. Desse preceito fundante decorre o pluralismo-jurídico, que no caso do Estado brasileiro se desenha também a partir da introdução de novos e influentes atores públicos na cena das complexas vida social e ordem jurídica estabelecidas, quais sejam, as agências reguladoras e o Ministério Público⁽⁸⁸⁾.

Na medida em que o Judiciário surge como órgão apto a auxiliar na construção da cidadania, no Brasil, toma corpo o papel do Ministério Público, de acordo com perfil delineado na Constituição de 1988. Sua estrutura dorsal repousa no Título IV, que dispõe sobre a “organização dos poderes” da República, mais precisamente no capítulo IV, dedicado às “funções essenciais à Justiça”. Reza o art. 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Aqui reside, sem dúvida, um dispositivo legitimador do Ministério Público para atuação em políticas públicas, em função da adjetivação “social” dos interesses cuja defesa está a cargo do *parquet*.

Atuando como “mediador de conflitos”, em favor de uma ordem social que propugna pela efetiva implementação dos direitos sociais, o Ministério Público demandará perante autoridades administrativas das esferas federal, estadual e municipal, de modo que o fenômeno da politização do Judiciário também passa a ser intimamente relacionado com aquele⁽⁸⁹⁾. O art. 129 da Constituição Federal completa esse modelo legitimador:

São funções institucionais do Ministério Público: (...) II — zelar pelo efetivo respeito (...) dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados

(87) DOBROWOLSKI, Sílvio. O pluralismo jurídico na Constituição de 1988, *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 109.

(88) *Idem*.

(89) FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 117.

nesta Constituição (...); III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...).

A Lei Complementar n. 75/93, no âmbito do Ministério Público da União, e a Lei n. 8.625/93, na seara dos diversos Ministérios Públicos dos Estados, reforçam a legitimação ministerial para o que converge para a ordem social constitucional⁽⁹⁰⁾. Logo no artigo primeiro da Lei Complementar n. 75/93 consta: “O Ministério Público da União (...) é instituição permanente (...) incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica (...) dos interesses sociais (...)”. O art. 2º da Lei Complementar n. 75 reprisa o conteúdo do art. 129 da Constituição: “Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito (...) dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal”. O art. 5º é igualmente esclarecedor:⁽⁹¹⁾.

São funções institucionais do Ministério Público da União: I — a defesa (...) dos interesses sociais (...) considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: (...) c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; II — zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: (...) d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; (...) III — a defesa dos seguintes bens e interesses: (...) b) o patrimônio público e social; c) o patrimônio cultural brasileiro; d) o meio ambiente; e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; IV — zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; V — zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à

(90) *Ibidem*, p. 119.

(91) De acordo com o artigo terceiro da Constituição brasileira são objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

educação; (...) VI — exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.

O art. 6º da Lei Complementar n. 75/93, que trata dos instrumentos de atuação, também conforta a atuação ministerial em sede de políticas sociais. De início, prevê legitimação para instrumentos processuais importantes, como a ação direta de inconstitucionalidade⁽⁹²⁾, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal⁽⁹³⁾, a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, ou o mandado de segurança.

Quanto ao inquérito civil e à ação civil pública, o inciso VII prevê textualmente os objetivos de ambos:

a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor d) outros interesses (...) sociais (...)

O inciso VIII dispõe sobre a função ministerial de:

(92) O Procurador-Geral da República é colegitimado para ingressar com a ADIn (CF, art. 103).

(93) Sobre a utilidade do dispositivo “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, para cuja interposição o Procurador-Geral da República igualmente possui legitimidade, impõe-se sempre remissão ao julgamento da ADPF n. 45, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, e de cujo acórdão consta: “(...) não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerando o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC n. 29/00), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais — que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) —, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...)”

promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção⁽⁹⁴⁾ sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos.

Outro inciso que merece menção, aqui, é o XIV, que prevê possibilidade de o Ministério Público:

promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto (...) c) à ordem social; d) ao patrimônio cultural brasileiro (...) g) ao meio ambiente.

O inciso XX do art. 6º da Lei Complementar n. 75/93 refere-se a importante instrumento de atuação do *parquet*, ao dispor sobre sua faculdade de:

expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Especificamente com relação ao Ministério Público do Trabalho, o art. 83 da Lei Complementar n. 75/93 reclama citação:

(94) No art. 6º da LC n. 75/93, o inciso XVIII prevê a possibilidade de o Ministério Público representar “ao Congresso Nacional, visando ao exercício das competências deste ou de qualquer de suas Casas ou comissões”. Por outro lado, quando aos resultados efetivos dessa ação toda especial importada do direito estrangeiro, são pertinentes os comentários de Manoel Jorge e Silva Neto (Controle de políticas públicas na justiça do trabalho, publicado na *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 37): “Atente-se, no entanto, para a mais alvissareira notícia que pode ser dada em termos de concretização de direitos fundamentais via mandado de injunção — o STF, em 2007, produziu duas decisões de notável importância, nos autos dos MI’s ns. 670 e 712, porquanto admitiu a fruição imediata do direito de greve pelos servidores públicos por meio da aplicação da Lei n. 7.783/89, que é a norma regente da greve deflagrada na iniciativa privada.” Sobre as possibilidades de utilização do Mandado de Injunção logo após a edição da Carta de 1988, cf. nosso ensaio Mandado de Injunção — Sumária pesquisa jurisprudencial sobre o que pode ser conseguido a título de asseguramento de direitos sociais ainda não regulados, perante o órgão judiciário competente, *Revista Justiça do Trabalho*, n. 117, p. 54-64.

Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos Órgãos da Justiça do Trabalho: I — promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; (...) III — promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (...) V — propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho.

Como não poderia deixar de ser, em sede de base legal da legitimidade do Ministério Público brasileiro em sede para atuação relacionada com políticas públicas, afigura-se imperiosa a menção ao preâmbulo e aos artigos primeiro e terceiro da Carta da República:

Nós, representantes do povo (...) reunidos (...) para instituir um Estado (...) destinado a assegurar (...) direitos sociais (...) o bem-estar (...) como valores supremos de uma sociedade (...) fundada na harmonia social (...) promulgamos (...) a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º: A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político; (...) Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — (...) uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos (...).

Se o Ministério Público, ao atuar na defesa dos interesses sociais⁽⁹⁵⁾, deve observar os objetivos fundamentais da República⁽⁹⁶⁾, reside aí a importância do clausulado fundante dos primeiros artigos da Constituição, enquanto norte no que respeita às políticas públicas sociais.

Por fim, cabe uma referência à Lei da Ação Civil Pública, que também é um importante referencial para o Ministério Público. Seu artigo quinto prevê o litisconsórcio ativo entre ramos federal e estaduais.

(95) Lei Complementar n. 75/93, art. 5º, inciso I.

(96) *Idem*, art. 5º, inciso I, alínea c.

Já o oitavo dispõe sobre o “inquérito civil”, cuja funcionalidade é demarcada por *José Marcelo Vigliar*⁽⁹⁷⁾. Ele poderá redundar em um termo de ajustamento de conduta, que é “o ato jurídico firmado perante o Ministério Público, através de instrumento escrito, pelo qual a administração e/ou ente privado se compromete a cessar a conduta ilegal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições estabelecidas”⁽⁹⁸⁾. Divergirá da “recomendação” (LC n. 75/93, inc. XX), que “é instrumento de atuação (...) que tem o objeto de prevenir responsabilidades da Administração e informá-las sobre eventuais deliberações do Ministério Público (...)”⁽⁹⁹⁾. Não é difícil imaginar a utilidade de ambos em sede de atuação ministerial no campo das políticas públicas.

7. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO COMO INDUTOR E/OU FISCAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A possibilidade da inserção do MPT na seara das políticas públicas, e considerando seu histórico de atuações, configura um desafio institucional a mais, um outro degrau em sua evolução enquanto organismo estatal; um embate, registre-se, adequado ao novo constitucionalismo⁽¹⁰⁰⁾ (ou neoconstitucionalismo) vigente — que clama por efetividade dos direitos sociais.

(97) VIGLIAR, José Marcelo. *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 125-6.

(98) FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 136.

(99) *Ibidem*, p. 138.

(100) Vale a pena fazer referência a uma pragmática e instigante reflexão de Manoel Jorge e Silva Neto no ensaio *Proteção constitucional ao trabalho da prostituta*: “E qual a razão de os princípios fundamentais em particular e os princípios constitucionais genericamente considerados terem sido alçados a patamar de tanta importância após anos e anos de ostracismo e esquecimento? A resposta está naquilo que Karl Engisch chama de entropia negativa, ou seja, a necessidade que tem todo sistema de manter-se vivo (...) Daí por que tem clara razão de ser a exigência que se firma nos dias atuais (...): libertar o aplicador do direito do jugo omissivo e inconstitucional do legislador, tornando-o sujeito e agente da realização do que Hesse denomina de vontade da Constituição. E por quê? Simplesmente porque se a Constituição, que apresenta variadas formas de solução institucionalizada de conflitos, não soluciona conflitos, a saída da autodefesa cresce em legitimidade (...)”

O direcionamento que está sendo dado a suas recomendações aponta um cenário de aceitação (exitosa) da tarefa, o que pode ser conferido, por exemplo, pelo veiculado pela assessoria de comunicação da Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) da 19ª Região:

A Câmara de Vereadores de Maceió aprovou parecer (...) que incluiu no projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2010 a Notificação Recomendatória do Ministério Público do Trabalho (MPT) em Alagoas, encaminhada ao legislativo há dois meses. Trata-se da destinação de recursos públicos para as áreas de proteção à criança e ao adolescente (...) sugestões gerais de políticas públicas, que serão incorporadas à Lei de Diretrizes Orçamentárias (...) A recomendação do MPT prevê que na LDO sejam destinados 2% da receita tributária líquida anual para promoção eficaz de políticas públicas de combate ao trabalho infantil e profissionalização de adolescentes. Do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) serão destinados mais 2% para o Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

Ainda sobre o tema recomendações, noticiou o “Informativo”, da PRT da 9ª Região:

O MPT no Paraná encaminhou (...) notificações recomendatórias (...) para que incluam nos orçamentos públicos verbas destinadas à promoção de políticas públicas para prevenção e erradicação do trabalho infantil. A ação foi organizada pela Coordinfância. O objetivo é fomentar a implantação de políticas públicas de proteção à criança. De acordo com a coordenadora Mariane Josviak, é necessário o envolvimento dos governantes para promover e garantir a profissionalização dos adolescentes e a erradicação do trabalho infantil no Estado (...) ⁽¹⁰¹⁾.

O *parquet* tem-se valido, também, dos termos de ajuste de conduta para concreção da “ordem social”, notadamente com o que respeita a empregadores privados ⁽¹⁰²⁾. Outras iniciativas poderiam ser aqui

(101) Cf. *Informativo*, ano 10, n. 23, abril de 2009. Disponível em: <www.prt9.mpt.gov.br>.

(102) Belo exemplo provém da PRT da 15ª Região. A HONDA do Brasil, por força de termo de ajustamento de conduta, capacitará 120 pessoas portadoras de deficiência para atuação no mercado de trabalho (Disponível em: <http://www.prt15.gov.br/site/im-prensa/noticia_detalle.php?seq=8917>). Também merece referência outro exemplo do

mencionadas; outras ainda, imaginadas. Nessa segunda hipótese, uma ação coordenada do MPT no campo de políticas públicas relacionadas com o desemprego, precedida de estudos específicos relacionados com experiências bem-sucedidas. Para tanto a Instituição pode lançar mão de convênios com universidades ou organismos diversos, como o IPEA⁽¹⁰³⁾. Com efeito, atualmente assiste-se ao aparecimento de medidas contra a inatividade que não se limitam a uma mera substituição das rendas deixadas de receber, mas que se combinam com políticas “ativas” de emprego destinadas à criação ou manutenção do mesmo⁽¹⁰⁴⁾.

Mas é um exemplo de ação civil pública proveniente outra vez de Alagoas, que elegemos como pérola de um trabalho jurídico eficiente e em boa medida inovador do MPT, em termos de adoção de políticas públicas, agora com a intervenção Judiciário. Foi apresentada perante a 28ª Vara Cível de Maceió (da Infância e Juventude), em litisconsórcio ativo entre MPT e Ministério Público Estadual⁽¹⁰⁵⁾. Consta da sentença do Juiz de Direito Fábio José Bittencourt Araújo, nos autos do processo n. 4.830/07:

Cuidam os autos de Ação Civil Pública (...) *objetivando a elaboração e execução de políticas públicas*, que busquem solucionar a violação dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais de crianças e adolescentes na Orla Lagunar de Maceió (...) Enfatiza o Órgão do *Parquet* (...) da gravidade da permanência da prática de exploração sexual de crianças e adolescentes e da consecução de trabalho de alto risco por crianças e adolescentes (...).

interior paulista, substanciado em um termo firmado entre a PTM de Araraquara, a Sucocítrico CUTRALE Ltda. e a Federação da Agricultura e Pecuária de SP, cujo objeto é a elaboração e execução de ações de formação profissional rural de cinco mil colhedores de laranja. (Disponível em: <[http://www.anpt.org.br/site/index.php?view=article &catid=59%3Anoticias&id=471%3Acut](http://www.anpt.org.br/site/index.php?view=article&catid=59%3Anoticias&id=471%3Acut)>).

(103) Instituto de Pesquisas Aplicadas, ligado ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão (MPOG) brasileiro, e dedicado ao estudo avançado de questões sociais e econômicas.

(104) QUESADA, Susana de la Casa. *La protección por desempleo en España*, p. 2. A autora comenta que o desemprego “absorve” (mais que ocupa) a atenção do político, do economista e do cidadão, constituindo uma questão central na sociedade contemporânea. A inatividade forçosa do trabalhador apresenta dramáticas conotações sociais.

(105) Art. 5º, § 5º da Lei n. 7.347/85: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei”.

Ao fundamentar, o magistrado rechaça preliminares de falta de menção da norma violada; impossibilidade jurídica; falta de interesse; e necessidade de denunciação à lide da União e do Estado alagoano. A primeira argumentando que restara evidenciada a precariedade das condições de vida, de resto notória. A segunda, por sua absoluta fragilidade, pois, além de não ser vedado ao Ministério Público pedir judicialmente o respeito a direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, é um seu dever. Quanto à falta de interesse, aceitou a opção ministerial pelo litisconsórcio, e no que refere à suposta necessidade de uma ampliação do polo passivo, definiu com base na solidarização das três esferas do Executivo. Já do mérito, pode ser pinçado o seguinte trecho:

Com o advento da Lei n. 8.069/90 — ECA, a criança e o adolescente deixaram de ser considerados objeto de direitos, adquirindo status de sujeitos de direitos, passando a ser merecedores de uma proteção especial da família, da sociedade e do Poder Público, devendo este criar condições e programas específicos que permitam não só o seu nascimento, mas também o seu desenvolvimento de forma sadia e harmoniosa, através de condições dignas de vida (art. 227 da CF) (...) É de frisar-se a lição de Dalmo de Abreu Dallari (...): o apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes.

O julgador de Alagoas ainda cita duas ementas, uma produzida pelo TJ do Rio Grande do Sul, outra pelo STJ. A primeira chega a resumir que “(...) Em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre a legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”⁽¹⁰⁶⁾. Por outro lado, a ementa que vem à lume no âmbito do STJ contém uma ressalva um tanto restritiva, em seu início, em que pese também emblemática, em seu conteúdo geral:

As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição

(106) TJRS — 1º Gr Cciv. MS 592140180. Rel. Des. Milton Santos Martins, j. 3.3.93. In: *Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP* — v. 1/97.

Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos Poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu⁽¹⁰⁷⁾.

O rol dos pedidos deferidos nesta ação promovida pelo MPT, em litisconsórcio com o Ministério Público Estadual, reclama transcrição (parcial) em função do aspecto orientativo:

1 — formar uma comissão multidisciplinar de profissionais (...) para realizar um perfil socioeconômico das crianças e adolescentes da comunidade (...); 2 — oferecer condições adequadas (...) para o funcionamento do Conselho Tutelar (...); 3 — apresentar um cronograma (...) com a abertura de abrigos (...); 4 — ofertar creche em horário integral e educação infantil (...) apresentando o Município cronograma de abertura das unidades (...); 5 — assegurar as matrículas de todas as crianças e adolescentes em idade escolar de ensino fundamental (...); 6 — apresentar propostas de políticas públicas a serem implementadas (...) ofertando soluções de curto, médio e longo prazo (...); 7 — incluir no Projeto de Lei Orçamentária de 2008, as verbas (...) para implementação de políticas públicas (...); 8 — utilizar a reserva de contingência do Município, caso este não apresente rubrica orçamentária diversa para fazer face às despesas com o cumprimento das medidas (...); 9 — implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região para incluí-los em Programas Sociais (...); 10 — promover campanha permanente de conscientização, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, acerca da proibição do trabalho infantil, inclusive o doméstico (...).

8. CONCLUSÃO

Distintas Constituições da Europa continental que vieram a lume a partir de meados do século XX consagraram direitos sociais que

(107) Resp. 753565/MS; Recurso Especial 2005/008658-2, Rel. Min. Luiz Fux. T1 — Primeira Turma, Data do Julgamento 27.3.2007, Data da Publicação/Fonte DJ 28.5.2007, p. 290.

podem ser considerados como uma conquista da humanidade. No Brasil, onde nunca se constituiu, na prática, um genuíno Welfare State, a Constituição de 1988 refletiu a tendência do estabelecimento de um Estado valorizador da cidadania. Com o decorrer dos anos, entretanto, percebeu-se que muito da nova ordem jurídica permanece numa espécie de limbo, tomando força movimento doutrinário de resgate das promessas vertidas pelo Constituinte.

Nesse embate, é identificável uma tendência de traslado da doutrina alemã dos direitos sociais, calcada em dogmas como os da negação do caráter subjetivo desses direitos; da vedação de sua apreciação pelo Judiciário — em função da estrutural separação dos Poderes do Estado; e de cláusulas como a da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”. Tendência objetada, todavia, por autores pátrios de nomeada, sob o argumento de que nem todos os conceitos estrangeiros coadunam-se com a especificidade local: de eterna crise estrutural, e marcada pela circunstância de que grande parte da população do país vive na linha ou abaixo da linha da pobreza. Modernamente, portanto, clama-se por um papel de maior relevo para o Poder Judiciário, do que é corolário a judicialização da política.

Nesse contexto, chama atenção a existência de uma instituição criada na primeira metade do século passado, mas totalmente reformada na Constituição vigente, e legitimada para exercer um papel de relevo na complexa tarefa de construção, na prática, de um Estado brasileiro mais próximo da questão social: trata-se do MPT. O Direito Constitucional posto (que valoriza a ordem social justa e o Ministério Público como seu defensor); uma dogmática tipicamente nacional dos direitos fundamentais sociais; uma nascente jurisprudência que não rechaça a politização do Judiciário; uma lei orgânica firme em prerrogativas funcionais; e um corpo de membros seletos já aparelham suficientemente o MPT para uma missão exitosa no campo das políticas públicas. Algo desafiador para os Procuradores, que para melhorar o nível do convívio social no Brasil, adentrando nessa nova seara, deverão familiarizar-se com orçamentos públicos, e tantas outras questões.

9. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

EDWARDS, Chris. *El error keynesiano de Barack Obama*. Disponível em: <www.elcato.org/node/4050> Acesso em: 11 feb. 2009.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas. A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho. perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUCA, Maria Novella de. Facciamo la carità. *La Repubblica*, Roma, 6 abr. 2009, R2, p. 23-25.

MISHRA, Ramesh. *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas.

QUESADA, Susana de la Casa. *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*. Granada: Comares, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice — o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na justiça do trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr, ano XIX, n. 37, mar. 2009.

_____. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr, ano XVIII, n. 36, set. 2008.

VALLESPÍN, Fernando. Bienvenidos a la neomodernidad. *El País*, Madrid, 23 nov. 2008, La Cuarta Página, p. 39.

VILLAR, Gregorio Cámara; BUESO, Juan Cano (coords.); MARTÍN, Carlos de Cabo; ARNOLD, Rainer; CASTRO, José Luis Cascajo; PÉREZ, Miguel Angel Aparicio; LARAUDOGOITIA, Alberto Figueroa; VILLALÓN, Pedro Cruz; NADALES, Alberto Porras; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la comunidad Andaluza*. Madrid: Tecnos, 1993.

A EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Marcos Antonio Ferreira Almeida^()*

“O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo — e tal deve ser enfatizado —, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado”. (*Eros Roberto Grau*)

“Quanto se pretenda tenha sido obra de renovação do jurista é apenas a identificação, por ele, do que já foi socialmente institucionalizado e pedia reconhecimento jurídico. E essa sensibilidade para o socialmente institucionalizado e ainda não formalmente regulado é que é, justamente, o divisor de águas entre os que fazem da prática do direito apenas uma profissão e os que, com ele, tentam construir conhecimento a serviço dos homens”. (*J. J. Calmon de Passos*)

Resumo: A efetividade da pretensão reparatória do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho pressupõe uma postura lastreada em novos paradigmas, tanto por parte do legislador, através da elaboração de novas medidas legislativas sobre a matéria, quanto por parte dos aplicadores do Direito, através da identificação de soluções hermenêuticas que possam viabilizar a destinação do valor das indenizações diretamente à coletividade de trabalhadores eventualmente lesada por determinada conduta danosa.

(*) Procurador do Trabalho. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes — UCAM.

Resumen: La efectividad de la pretensión reparatoria del *daño* moral colectivo en la Justicia del Trabajo necesita de una postura basada em nuevos paradigmas, sea por parte del legislador, por medio de nuevas medidas legislativas sobre el tema, sea por parte de los aplicadores del derecho, por medio de soluciones hermenéuticas que viabilicen la destinación del valor de las indenizaciones directamente a la colectividad de trabajadores perjudicados por determinada conducta *dañosa*.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fenômeno da globalização, que parece subverter irremediavelmente os paradigmas que alicerçaram o mundo hodierno, a universalização da comunicação entre os povos e do manejo dos fatores de produção (especialmente o capital e o trabalho), tem como principal consequência o advento da massificação das relações havidas entre os homens e o seu mundo.

De fato, a produção dos bens de consumos na sociedade globalizada ocorre de maneira amplificada, os conflitos cada vez mais envolvem coletividades inteiras e a violação aos direitos e interesses das pessoas ocorre de forma massificada.

Por outro lado, o Direito, como instrumento de regulação das relações sociais, não pode ficar alheio a esse evoluir, devendo passar por um processo de adaptação necessária para disciplinar, de forma amplificada, os novos e graves problemas vivenciados pela sociedade.

Na medida em que os interesses coletivos apresentam-se como conseqüência da amplificação dos valores ou interesses individuais, consolidou-se progressivamente a tendência de compreender o fenômeno jurídico a partir das necessidades da sociedade pós-moderna, de modo que exija soluções jurídicas solidárias, expurgadas de conteúdo meramente privatístico.

Na seara processual, o surgimento dessa sociedade de massas ensejou, por seu turno, a paulatina criação de novas formas de acesso à justiça, aptas a superar, tanto quanto possível, o modelo processual calcado numa concepção jurídica marcadamente individualista.

Sob os influxos dessa nova concepção, tornou-se necessário deflagrar um novo modelo de processo coletivo que promovesse real

acesso à ordem jurídica justa, permitindo o desafogamento do Poder Judiciário, evitando decisões díspares e discriminatórias e solucionando conflitos notadamente marcados pela extrema dificuldade de identificação precisa da titularidade dos direitos ou interesses postos em litígio.

Para tanto, tornou-se imprescindível oferecer aos operadores jurídicos instrumentos adequados à tutela eficiente desses interesses de natureza metaindividual, a exemplo da ação civil pública, estatuída pela Lei n. 7.347/85⁽¹⁾, que constitui o objeto mais específico desse breve ensaio.

Com efeito, a ação civil pública, instituída pela Lei n. 7.347/85, surgiu no contexto das ondas renovatórias do direito processual, representando profunda mudança na concepção de processo, anteriormente voltado apenas para as relações individuais⁽²⁾.

Ocorre que o modelo processual brasileiro depara-se com novo problema, vinculado à efetividade da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, e que se consubstancia, sobretudo, na otimização de práticas jurisdicionais condizentes com a natureza dos direitos envolvidos nos litígios, de forma que atenda plenamente os anseios da sociedade contemporânea.

Noutro falar, percebe-se que a preocupação atual dos processualistas consiste em “descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas lamentações e pretensões”⁽³⁾.

No âmbito do processo coletivo, tal questão revela-se ainda mais problemática nas hipóteses em que, pela aplicação dos recursos decorrentes de uma condenação em sede de ação civil pública, resta impossível alcançar, de logo, a reparação satisfatória dos bens lesados pela conduta danosa.

(1) As disposições referentes à ação civil pública foram aperfeiçoadas pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que, em absoluta integração com a LACP, formam um microsistema processual de tutela coletiva, conforme estabelece o art. 117 do CDC.

(2) Tal concepção restou consolidada pelo advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que acrescentou à Lei da Ação Civil Pública o art. 1º, IV, tornando explícito o seu cabimento na defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

(3) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

Vale dizer, a efetividade da tutela jurisdicional coletiva depende fundamentalmente da obtenção de adequados resultados de proteção dos interesses tutelados, razão pela qual se pode concluir que as soluções corriqueiramente utilizadas pela comunidade jurídica muitas vezes não atendem aos próprios fins estabelecidos pelo legislador.

Ocorre que, no campo dos interesses trabalhistas, essa efetividade mostra-se ainda mais ameaçada, em virtude da carência de diplomas específicos aptos a disciplinar a matéria.

Destarte, pretende-se, no presente trabalho, trazer à baila possíveis soluções para a busca da efetividade dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva na seara laboral, especialmente no tocante à destinação das indenizações a título de dano moral coletivo.

Registre-se, por fim, que não se busca aqui esgotar a matéria ou apontar a melhor solução sobre o assunto. Apenas se tentará, sem maiores pretensões, trazer algumas sugestões que possam contribuir para o debate sobre tão importante temática no âmbito laboral.

2. OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA

Nos termos do art. 3º da Lei n. 7.347/85, a ação civil pública poderá ter como objeto a condenação em dinheiro, através da fixação de indenização para compensar os danos considerados irreparáveis (provimento condenatório genérico, de natureza reparatória), ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a fim de inibir ou cessar a conduta lesiva questionada na demanda, sob pena de pagamento de multa (provimento cominatório, de natureza preventiva)⁽⁴⁾.

Se a ação civil pública for ajuizada antes da ocorrência ou repetição da conduta danosa, tem-se uma tutela jurisdicional inibitória,

(4) Neste sentido, registre-se a lição de Carvalho Filho, *in verbis*: “O que se pode ter como certo é que a Lei n. 7.347/85 admitiu dois tipos de tutela — a tutela repressiva e a tutela preventiva. Quando a sentença condena o réu à indenização em dinheiro, está comumente reprimindo a ação ou omissão causadora do dano. Em outras palavras, tem-se que o dano já ocorreu, e nesse caso a tutela é repressiva. Se a condenação obriga o réu a fazer ou a não fazer, está prevenindo a ocorrência do dano, ou, ao menos, evitando que a conduta ilegítima prossiga dando causa a ele. A tutela aqui será evidentemente preventiva” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública. Comentários por artigo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

de natureza nitidamente preventiva, com o escopo de inibir o advento ou repetição de determinada conduta capaz de comprometer o interesse jurídico a ser preservado, através da prolação de um provimento jurisdicional voltado para o futuro, a condenar o infrator ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, de acordo com a natureza — comissiva ou omissiva — da conduta ilícita a ser evitada.

Na esfera trabalhista, não raro ocorre a propositura de ação coletiva baseada em tutela jurisdicional preventiva, com o objetivo de impedir que determinada postura nefasta aos interesses dos obreiros, reveladora de grave infração à ordem jurídica e aos objetivos fundamentais do Estado, continue a se repetir. É o caso, por exemplo, de determinada demanda coletiva onde se requer a abstenção da prática do assédio moral no âmbito da empresa, sob pena de pagamento multa (*astreinte*), ou ainda de ação onde se pleiteia a interdição de determinado estabelecimento comercial ou industrial, até que o empregador cumpra obrigações atinentes à preservação da saúde dos trabalhadores.

Por outro lado, caso o dano coletivo já tenha ocorrido, caberá o manejo da tutela repressiva, consubstanciada no pagamento de uma indenização de caráter genérico.

É que, não raro, a conduta danosa encerra um dano genérico, de abrangência muitas vezes difusa, que não se confunde, em absoluto, com o dano meramente individual sofrido por cada trabalhador⁽⁵⁾. Trata-se, em verdade, de um prejuízo moral que atinge toda a coletividade

(5) Conforme bem ressaltado por Carlos Alberto Bittar Filho, toda comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, também apresenta uma dimensão ética, caracterizada por valores de caráter nitidamente indivisível, que não se confundem com o de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord.). *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. rev. e ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2005. p. 43-66). No mesmo sentido, impende ressaltar a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto, a revelar que “o reconhecimento do dano moral coletivo e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema da responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 296-297).

de trabalhadores ou a própria sociedade, decorrente da violação de bens jurídicos de valor inestimável, a justificar o pagamento de uma indenização de caráter mais amplo.

Com efeito, não se pode olvidar que qualquer coletividade apresenta um plexo axiológico próprio, que, uma vez desrespeitado, enseja uma indenização a título de dano moral coletivo⁽⁶⁾.

Destarte, o restabelecimento da ordem jurídica envolve, além da suspensão da continuidade da lesão, a imposição de condenação pecuniária que propicie, ao menos de forma indireta, a reparação do dano social emergente do intento do infrator em burlar todo o arcabouço de princípios e normas, constitucionais e infraconstitucionais, que disciplinam as relações de trabalho.

Nessa esteira, o legislador inseriu no art. 13 da Lei n. 7.347/85 a possibilidade de ser cobrada indenização reversível a um fundo criado com a finalidade de proteção dos bens lesados. Assim determina o citado artigo:

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.

(6) O reconhecimento do inconfundível conjunto de valores ínsitos às coletividades encontra ressonância na doutrina pátria, a exemplo da lição de André de Carvalho Ramos, *verbis*: “Não somente a dor psíquica pode gerar danos morais; devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade. (...) Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais afeta-se a boa imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera. Tal inquietude e sentimento de desapareço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarretam lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas?” (RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1998. p. 80-98.)

Portanto, confirmada a ocorrência de dano coletivo, impõe-se a adoção de medida judicial capaz de sancionar o infrator e defender os interesses metaindividuais aviltantemente desrespeitados, alcançando uma função preventivo-pedagógica e punitiva, apta a inibir novos comportamentos de idêntica estirpe, bem como reparar o dano jurídico social emergente das condutas ilícitas vergastadas.

Em outras palavras, quando desrespeitadas reiteradamente as normas trabalhistas de caráter protetivo, especialmente aquelas ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, justifica-se a reparação genérica, mediante o pagamento de uma indenização pelo dano moral coletivo, não só pela dificuldade de se reconstituírem os prejuízos já impingidos à coletividade, mas também para desestimular a prática de futuras condutas congêneres⁽⁷⁾.

De fato, torna-se imprescindível que, nesses casos, o magistrado arbitre o valor da condenação pecuniária a partir de um juízo de equidade e bom senso, observando, em sua fixação, o princípio pedagógico, relativamente ao efeito exemplar da condenação, a fim de agregar valor hábil a dissuadir outras condutas danosas a interesses coletivos extrapatrimoniais⁽⁸⁾.

Aliás, o dano moral coletivo encontra-se expressamente consagrado no ordenamento jurídico pátrio, conforme se observa do disposto na Lei n. 8.078/90, que, ao alterar o art. 1º da Lei n. 7.347/85, permitiu claramente o ajuizamento de ação civil pública que contemple a responsabilidade por danos patrimoniais — e morais — causados a qualquer interesse difuso ou coletivo.

Todavia, entre as múltiplas possibilidades de provimentos jurisdicionais, deve-se sempre lançar mão daquela que permita efetivamente a reconstituição ou recuperação do bem jurídico violado, cessando-se

(7) No tocante à função da condenação por dano moral coletivo, André de Carvalho Ramos assevera que "um valor considerado excessivamente elevado para o caso concreto deve ser visto como razoável para alertar não só o causador do dano, mas todos os demais causadores potenciais do mesmo dano, de que tais comportamentos são inadmissíveis perante o Direito" (*Ibidem*, p. 85-86).

(8) AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/mostra_biblioteca.asp?bib_id=101> Acesso em: 10 out. 2008.

a atividade lesiva e revertendo-se os danos porventura ocasionados, mormente quando a restituição ao *status quo ante* revelar-se perfeitamente possível.

Vale dizer, deve-se privilegiar, sempre que possível, a genuína tutela específica, dispensando-se a prestação meramente compensatória, vez que a efetividade do provimento jurisdicional passa, necessariamente, pelo retorno das coisas — na medida do possível — ao seu estado anterior (*restitutio in integrum*).

No âmbito do direito ambiental, registre-se a lição de *Edis Milaré, Joana Setzer e Renata Castanho*⁽⁹⁾ — aplicável *mutatis mutandis* à seara laboral — a preconizar que se deve, em regra, “procurar, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em sequência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição plena do bem ambiental”, já que tal ressarcibilidade “não consegue recompor o dano ambiental, tendo em vista que o valor econômico conferido a título de indenização não tem o condão — sequer por aproximação ou ficção — de substituir a existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o exercício desse direito fundamental”.

Prosseguem os referidos autores afirmando que “somente quando a reconstituição *in natura* não for viável, fática ou tecnicamente, é que se admitirá a indenização em dinheiro”, de tal sorte que a reparação econômica constitui, portanto, uma “forma indireta de sanar a lesão”.

3. O DANO MORAL COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O FUNDO DE REPARAÇÃO FLUIDA (FLUID RECOVERY)

Quando bem identificados os efeitos e a abrangência — subjetiva e objetiva — da lesão jurídica atacada em sede de ação coletiva, sendo perfeitamente possível retornar o estado das coisas ao momento anterior à conduta danosa, a utilização da tutela inibitória, aliada à tutela reparatória específica, conseguirá conferir maior efetividade à

(9) MILARÉ, Edis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei n. 7.347/85. In: *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

tutela jurisdicional pleiteada, tanto em relação ao passado como em relação ao futuro. Afinal, “não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal”⁽¹⁰⁾.

Conforme asseveram *Sérgio Augustin e Ângela Almeida*⁽¹¹⁾, o dano moral coletivo, assim como o dano moral individual, admite a possibilidade de reparação *in natura*. Para os referidos autores, seria possível, por exemplo, cogitar da imposição de retratação pública, que é eficaz no caso de discriminação a grupos ou coletividades de pessoas, ou ainda, na órbita do direito consumerista, admitir a imposição da contrapropaganda nas hipóteses de prática de publicidade enganosa ou abusiva, a teor do disposto no art. 60 do Código de Defesa do Consumidor⁽¹²⁾.

Não obstante, no caso de condutas ilícitas que ensejem lesão a interesses de uma coletividade indeterminada de pessoas, restando impossível a reparação integral e direta do bem jurídico lesado, a solução da questão resulta, em regra, na condenação de natureza pecuniária.

Nesta hipótese, o valor pecuniário decorrente do provimento jurisdicional deve ser direcionado para a preservação de outros bens que não aqueles diretamente lesados, mas que guardam íntima relação de conexão com os interesses da coletividade lesada. É o que a doutrina costuma denominar reparação fluida (*fluid recovery*)⁽¹³⁾.

Conforme assinala *Milaré*⁽¹⁴⁾, no terreno da chamada *fluid recovery*, deixa de haver um vínculo direto e indissociável entre o *quantum*

(10) MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 327.

(11) *Op. cit.*

(12) Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

(13) Segundo Ada Pellegrini Grinover, no plano da *fluid recovery*, eventual reparação é “utilizada para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 559).

(14) MILARÉ, Édís. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: *Ação civil pública* — Lei n. 7.347/85 — 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 140-261.

debeatur e o bem objeto da degradação, assim como entre a eventual indenização e as vítimas originárias (não identificadas) do comportamento.

Nessa esteira, o legislador pátrio estabeleceu que, nos casos de ação civil pública em que houver condenação em pecúnia, os recursos daí advindos deverão ser revertidos a um fundo destinado à reconstituição dos bens jurídicos lesados, a ser gerido por órgãos colegiados do qual participam representantes do Ministério Público e da sociedade civil. É o que se depreende da dicção do já transcrito art. 13 da Lei n. 7.347/85, que disciplina o procedimento da ação civil pública⁽¹⁵⁾.

3.1. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)

Visando regulamentar o art. 13 da Lei n. 7.347/85, foi instituído, na esfera federal, o *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* (FDD), hoje regulamentado pelo Decreto n. 1.306/94.

Posteriormente, a Lei n. 9.008/95, instituiu, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD), disciplinando a finalidade do fundo, bem como a constituição e aplicação de seus recursos.

De acordo com os referidos diplomas normativos, integram o patrimônio do *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* as receitas decorrentes: (a) das condenações judiciais proferidas em virtude de danos causados a direitos coletivos ou difusos; (b) das multas e indenizações decorrentes do desrespeito aos direitos transindividuais dos consumidores e das pessoas com deficiência; (c) das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); (d) dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; (e) de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras; e (f) de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo.

(15) Hugo Nigro Mazzilli enfatiza que as dúvidas referentes ao destino de eventual condenação pecuniária em sede de tutela processual coletiva constituíram, a princípio, verdadeiro obstáculo ao surgimento do próprio processo coletivo. O mesmo autor registra que o legislador brasileiro acabou enfrentando a questão de maneira razoável, ao instituir um fundo destinado à reparação dos interesses coletivamente atingidos por determinada conduta danosa, cujos recursos deverão ser utilizados de maneira flexível, em proveito da defesa de interesses equivalentes àqueles que geraram a condenação judicial (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

Ademais, estipulou-se que o *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos (art. 1º da Lei n. 9.008/95).

Outrossim, os recursos advindos do FDD poderão ser aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos e científicos, na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas (art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.008/95).

Ocorre que tais recursos nunca foram utilizados para reparar os danos decorrentes de lesões praticadas em desfavor dos interesses metaindividuais essencialmente trabalhistas.

Com efeito, de acordo com o Relatório de Gestão do FDD⁽¹⁶⁾ relativo ao ano de 2006, dos 23 (vinte e três) projetos apoiados mediante convênio, 6 (seis) relacionavam-se à área do consumidor, 9 (nove) referiam-se à área ambiental e 8 (oito) para bens e direitos de valor artístico e histórico, mas nenhum à área trabalhista.

Da mesma forma, o Relatório de Gestão referente ao exercício de 2007⁽¹⁷⁾ revela que foram apoiados 42 (quarenta e dois) projetos por meio de convênios descentralizados, a beneficiar ações desenvolvidas por entidades não governamentais e instituições governamentais, totalizando um montante de aproximadamente 5 (cinco) milhões de reais. Do total de recursos, 50,2% foram aplicados em projetos relativos ao meio ambiente, 14,8% em iniciativas relacionadas à seara do consumidor e 35% em projetos referentes à preservação do patrimônio histórico e cultural. Novamente, não se verifica qualquer destinação de recursos a projetos relacionados aos direitos coletivos dos trabalhadores.

É notória, portanto, a inadequação da destinação ao FDD das indenizações provenientes de condenação lavrada em sede de ação civil pública trabalhista.

(16) Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cfdd>>.

(17) *Idem*.

3.2. O Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)

Não se pode olvidar da existência, em determinadas searas, de fundos próprios, com destinação específica, a ensejar-lhes a reversão das indenizações a título de dano moral coletivo, decorrentes de condenação prolatada em sede de ação civil pública.

Por exemplo, na seara dos direitos metaindividuais relativos à criança e ao adolescente, o valor da condenação deverá ser destinado ao competente Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 214 da Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA).

Na Justiça do Trabalho, convencionou-se que as indenizações a título de dano moral coletivo decorrente de condenações em ações coletivas trabalhistas deveriam ser destinadas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), instituído com a finalidade de custear o Programa de Seguro-Desemprego, o pagamento do abono salarial e o financiamento de programas de desenvolvimento econômico (art. 10 da Lei n. 7.998/90).

Para viabilizar tal destinação, o Ato Declaratório Executivo n. 72/04, da Coordenação-Geral de Administração Tributária, da Secretaria da Receita Federal, estabeleceu que os recolhimentos das receitas destinadas ao fundo deve ser efetuado mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), instituindo, inclusive, códigos específicos para o recolhimento das multas, juros ou indenizações decorrentes de decisões do Poder Judiciário, destinados ao FAT, bem como para as multas decorrentes do inadimplemento dos Termos de Ajuste de Conduta firmados perante o MPT⁽¹⁸⁾.

Conforme assinalado por *Ives Gandra Martins Filho*⁽¹⁹⁾, “a utilização do FAT como destinatário da indenização imposta no caso de lesão a interesses difusos na órbita trabalhista decorre da inadequação do Fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85 para a reparação dos danos causados nas relações laborais”.

Ocorre que, analisando minuciosamente seu conteúdo e finalidade, observa-se que o FAT não se mostra adequado para receber

(18) Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AtosExecutivos/2004/CORAT/ADCorat072.htm>>.

(19) MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

tais recursos, vez que não preenche todos os requisitos consignados no referido dispositivo legal.

Primeiramente, verifica-se que o Ministério Público do Trabalho não possui assento no Conselho Deliberativo do FAT, o que o distancia do fundo idealizado pela LACP, a exigir a presença de representantes do *Parquet* como forma de assegurar a efetiva fiscalização da aplicação de seus recursos.

Ademais, em que pese a importância de um fundo destinado ao combate ao desemprego, sobretudo diante das latentes dificuldades sociais e econômicas do nosso país, é necessário refletir sobre a destinação de recursos ao FAT, sob pena de não se atingir a fim precípua almejado pelo legislador, qual seja, a efetiva reconstituição ou restauração do bem jurídico atingido pela conduta danosa.

Os relatórios de gestão do FAT demonstram, por exemplo, que as receitas decorrentes de demandas coletivas muitas vezes não são revertidas para a comunidade diretamente lesada pela conduta ilícita vergastada⁽²⁰⁾.

Além disso, conforme bem assinalado por *Carelli*⁽²¹⁾, os recursos do FAT são utilizados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) para viabilizar altos empréstimos a grandes empresas, sem nenhuma exigência de respeito aos direitos trabalhistas e geração mínima de postos de trabalho dignos.

Instaura-se, aqui, um verdadeiro contrassenso, traduzido na possibilidade de financiamento oficial das próprias práticas combatidas pelas ações coletivas trabalhistas. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que determinado proprietário rural, tendo submetido diversos trabalhadores a condições análogas à de escravo, seja condenado a pagar certa quantia a título de dano moral coletivo. Seria razoável que esse mesmo empregador pudesse, posteriormente, ter sua atividade econômica financiada com recursos do BNDES, dos quais as verbas do FAT constituem parte integrante? Parece que a resposta só pode ser negativa.

(20) Os relatórios de gestão do Fundo de Amparo ao Trabalhador estão disponíveis no portal do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/fat>>.

(21) CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública como e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XVII, n. 33, mar. 2007. p. 125.

Torna-se evidente, portanto, a inadequação do FAT para receber os recursos provenientes das condenações ou acordos talhados em sede de ação coletiva trabalhista, sendo forçoso concluir que não há — pelo menos até os dias de hoje — um fundo adequado para tal desiderato.

4. ALTERNATIVAS PARA DESTINAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO TRABALHISTA

Sendo cediço que não há, na órbita laboral, um fundo adequado para receber os valores correspondentes às condenações ou acordos constantes de ação coletiva trabalhista, urge encontrar soluções para resolver essa carência.

Para tanto, torna-se oportuno lembrar que, nos casos de indenização a título de dano moral coletivo, a reversão de determinado valor indenizatório tem como pressuposto a restauração da lesão causada pela conduta danosa.

De fato, o espírito da lei consiste em possibilitar que a condenação pecuniária decorrente da infração possa ser revertida em benefício da própria coletividade lesada, atingindo, por conseguinte, uma finalidade social.

Ademais, além da punição do infrator, a condenação decorrente da tutela coletiva, ao possibilitar o engajamento do infrator na preocupação pelo bem jurídico lesado, também apresenta claro objetivo preventivo-pedagógico.

Destarte, tem-se que o fator determinante para a viabilidade jurídica de tais destinações deve ser sua capacidade de atingir a finalidade prevista para a utilização dos recursos, razão pela qual urge encontrar soluções para a destinação dos provimentos reparatórios proferidos em sede de ação civil pública trabalhista.

4.1. Soluções de lege ferenda

A efetividade da destinação das indenizações decorrentes de provimentos jurisdicionais proferidos em sede de ação civil pública trabalhista poderá resultar de significativa contribuição do legislador

brasileiro, através da elaboração ou reformulação de diplomas normativos que regem a matéria.

4.1.1. *Criação de um fundo dos direitos difusos e coletivos trabalhistas*

As transformações vivenciadas pela sociedade brasileira, sobretudo após o processo de democratização coroado pelo advento da CF/88, possibilitaram a consolidação e o reconhecimento pela sociedade — sobretudo pela comunidade jurídica — dos direitos transindividuais dos obreiros.

De fato, em um passado relativamente recente, figuras jurídicas como o trabalho em condições análogas à de escravo e o assédio moral nas relações de trabalho constituíam práticas que, embora causadoras de danos socialmente relevantes, eram pouco conhecidas⁽²²⁾.

A inovação da disciplina constitucional pátria, ao consolidar a proteção dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão, contemplando o Ministério Público do Trabalho como defensor da ordem jurídica trabalhista e dos direitos dos trabalhadores coletivamente considerados, faz refletir a necessidade de revisão dos instrumentos normativos disciplinadores da tutela processual coletiva na seara laboral.

Deveras, porquanto a lei de regência da ação civil pública tenha sido editada desde os idos de 1985, a sedimentação da possibilidade de ajuizamento da ação civil pública na Justiça do Trabalho constitui conquista relativamente recente, capitaneada sobretudo pelo novo perfil institucional dado ao Ministério Público do Trabalho pelo legislador constituinte.

(22) Analisando a ocorrência do assédio moral durante toda a evolução histórica das relações de trabalho em nosso país, Maria Rita Aguiar enfatiza que, embora constitua problema quase tão antigo quanto o próprio trabalho, “apenas na última década é que os pesquisadores e estudiosos voltaram seus olhos para este fenômeno, identificando-o e reconhecendo a sua potencialidade lesiva no meio ambiente laboral, em virtude dos acentuados desgastes psicológicos que provoca” (AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Assédio moral: problema antigo, interesse recente. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1907, 20 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11741>> Acesso em: 14 out. 2008.

Em contexto histórico não muito distante, a atuação do Ministério Público do Trabalho limitava-se, por força do ordenamento jurídico então em vigor, à emissão de pareceres e participação em sessões de julgamento junto aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Por outro lado, o legislador constituinte de 1988 ampliou de maneira bastante significativa o universo de atuação do Ministério Público, erigindo-o como instituição essencial para o exercício pleno da cidadania e atribuindo-lhe legitimidade para a tutela coletiva de direitos⁽²³⁾.

É cediço que a Magna Carta, ao ampliar consideravelmente o universo de atuação do Ministério Público, incluiu em suas funções institucionais a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III da CF/88).

Em perfeita sintonia com a Constituição da República, a Lei Complementar n. 75/93, ao tratar das atribuições dos ramos do Ministério Público da União, atribuiu ao *Parquet* a incumbência de promover a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e de outros interesses individuais indisponíveis homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, *b e d*).

Ademais, o art. 83, III, da LC n. 75/93 estabelece que incumbe ao Ministério Público do Trabalho “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

Destarte, observa-se que, diferentemente da época da elaboração da Lei n. 7.347/85, tem-se atualmente robusto supedâneo constitucional e infraconstitucional apto a legitimar o Ministério Público do Trabalho para a defesa dos direitos trabalhistas de natureza metaindividual, ruborizada sobremaneira pela propositura da ação civil pública.

(23) A reformulação realizada pelo novel legislador constituinte no papel institucional do MPT é tamanha que, arrimando-se nas precisas palavras de Otávio Brito Lopes, é possível dizer seguramente que “o Ministério Público do Trabalho como conhecemos hoje nasceu em 5 de outubro de 1988. Longe de querer minimizar a fase pretérita da instituição, a verdade é que o MPT pré-Constituição de 1988 e o MPT pós-Constituição de 1988 não são a mesma instituição. A essência difere totalmente” (LOPES, Otávio Brito. A atuação do Ministério Público do trabalho e os direitos fundamentais. In: *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2006. p. 99).

Vale dizer, só recentemente consolidou-se o sistema de proteção coletiva aos interesses trabalhistas de cunho metaindividual, a possibilitar a efetiva resolução de conflitos de massa decorrentes das relações de trabalho, evitando a indesejável proliferação de decisões intersubjetivas conflitantes, e permitindo o desafogamento do judiciário trabalhista e a interposição de ação judicial que não exponha o empregado a represálias do empregador.

Destarte, a partir do cotejo cronológico dos diplomas normativos em questão, é importante observar que, quando da promulgação da LACP, o papel do Ministério Público do Trabalho e a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública na seara laboral não possibilitavam a criação de um fundo específico que pudesse reparar os danos decorrentes da violação dos direitos trabalhistas de natureza metaindividual.

Torna-se oportuno, pois, a criação de um fundo de direitos difusos trabalhistas, de modo que adeque o disposto no art. 13 da LACP à seara laboral, sobretudo em razão do advento deste recente e robusto supedâneo normativo que possibilitou inequivocamente a propositura da ação civil pública na seara laboral, reafirmando o papel do Ministério Público do Trabalho como fator da ordem jurídica laboral e dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao cidadão trabalhador.

Deveras, a complexidade e especificidade ínsita aos conflitos que envolvem tal magnitude de valores ruboriza necessidade de específico tratamento da matéria, a emergir sobretudo de diplomas legais vocacionados ao trato da tutela coletiva trabalhista.

Neste particular, registre-se que já foi elaborado, no âmbito do MPT, um anteprojeto de lei que cria o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos dos Trabalhadores. O referido anteprojeto, elaborado pelo colégio de procuradores do trabalho, possibilita que tal fundo, especificamente voltado à defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores e à reparação dos danos a eles causados, possa contemplar o produto da arrecadação de multas e indenizações aplicadas nas ações coletivas de natureza trabalhista, além das multas provenientes do descumprimento de termos de ajustamento de conduta firmados perante o MPT.

De acordo com a proposição legislativa, o fundo será gerido por um Conselho Gestor integrante da estrutura organizacional do Ministério do Trabalho e Emprego, com assento assegurado a representantes do *Parquet* e da sociedade civil. A proposta legislativa foi recentemente apresentada ao Poder Executivo, que está analisando a viabilidade de apresentá-la ao Congresso Nacional. Trata-se de iniciativa inovadora que visa justamente acabar com o vácuo legislativo presente na seara laboral, carecedora de legislação específica que garanta a efetiva reparação dos danos decorrentes aos interesses difusos e coletivos.

Registre-se, a propósito, que tal proposição coaduna-se com a inarredável tendência legislativa de reversão de valores decorrentes de ações coletivas em bens ou serviços que visem salvaguardar diretamente os interesses jurídicos lesados por determinada conduta coletiva danosa⁽²⁴⁾.

Entretanto, não se pode olvidar que a efetiva implementação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos dos Trabalhadores acaba por depender da atuação dos órgãos constitucionalmente legitimados a instaurar o processo legislativo brasileiro, vez que o Ministério Público do Trabalho não dispõe de tal iniciativa legislativa. Ademais, tem-se que a morosidade característica do processo legislativo pátrio poderá resultar em danos irreversíveis aos bens jurídicos titularizados pela coletividade de trabalhadores.

Assim, restaria, para aqueles que buscam seguir os estritos termos da lei, a alternativa plasmada no parágrafo único do art. 13 da LACP, qual seja, a de destinar tais valores a uma conta bancária até que seja efetivamente criado um fundo específico.

Ocorre que tal alternativa também não se mostra consentânea com a *mens legis*, sobretudo se observarmos que a destinação a uma conta bancária deveria revelar medida verdadeiramente temporária, criada apenas para viabilizar a criação do fundo mencionado pelo legislador.

(24) Na seara das infrações ambientais, por exemplo, a Lei n. 9.605/98 possibilitou a conversão de multas administrativas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente (art. 72, § 4º). Na mesma linha, a Instrução Normativa n. 10/03, do IBAMA, estabelece procedimentos para a aplicação da conversão da multa administrativa em atividades desenvolvidas em projetos ou programas ambientais.

Desta feita, inobstante seja urgente a criação de fundo específico para a seara laboral, torna-se necessário buscar outras soluções que possam resguardar a efetiva reconstituição dos bens jurídicos lesados, pelo menos até o advento da lei instituidora do referido fundo.

4.1.2. O anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo

Impende registrar, ainda, que se encontra em discussão na comunidade jurídica o anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo⁽²⁵⁾, que poderá, em certa medida, solucionar o entrave ora enfrentado.

Em seu art. 26, tal anteprojeto prevê que, na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado.

A mesma proposta legislativa estabelece que, a depender da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Nesse diapasão, o anteprojeto possibilita ao juiz do trabalho direcionar os recursos decorrentes de provimento reparatório deduzido em determinada ação coletiva proposta na justiça especializada, mesmo que não haja um fundo específico para receber os recursos decorrentes de indenizações por dano causado à coletividade de trabalhadores.

Entretanto, conforme ressaltado alhures, a morosidade do processo legislativo necessário à aprovação do referido anteprojeto não pode obstar a concretização da vontade do legislador, que é de restaurar, da melhor maneira possível, os danos decorrentes da prática lesiva aos direitos trabalhistas de caráter metaindividual.

(25) A íntegra do anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual — IBDP. Disponível em: <<http://www.ibdp.org.br>>. É importante registrar que muitas das disposições do referido anteprojeto encontram-se contempladas no Projeto de Lei n. 5.139/09, apresentado recentemente ao Congresso Nacional.

Assim, tem-se que, pelo menos até a efetiva promulgação de tal diploma normativo — ou de qualquer outro com a mesma finalidade —, a destinação do valor das indenizações em projetos ou programas voltados diretamente à coletividade de trabalhadores lesada por determinada conduta danosa é a melhor alternativa diante deste vazio legislativo que impera atualmente.

4.2. Soluções hermenêuticas para viabilizar a destinação em bens e serviços diretamente destinados aos trabalhadores: reinterpretando o art. 13 da LACP

Dada a ausência, na esfera trabalhista, de lei instituindo o fundo específico mencionado no art. 13 da LACP, cabe à comunidade jurídica, apresentando-se de forma mais arrojada do que aguardar a mera disciplina legal da matéria, identificar soluções hermenêuticas que possam sanar tal problema, de forma que viabilize a destinação do valor das indenizações diretamente à coletividade de trabalhadores eventualmente atingida pelas condutas vergastadas em determinada demanda coletiva

Destarte, embora a Lei n. 7.347/85 ainda possa ser considerada uma norma moderna — mesmo estando em vigor há mais 20 (vinte) anos —, torna-se oportuno reinterpretá-la no intuito de conferir mais efetividade aos provimentos decorrentes da tutela jurisdicional coletiva de natureza trabalhista.

É preciso, pois, lançar mão de mecanismos hermenêuticos que possibilitem a implementação de destinações alternativas, que beneficiem diretamente a coletividade, de modo que alcance plenamente a finalidade a que se destina a lei, qual seja, a efetiva reconstituição dos bens lesados.

Para tanto, convém adotar os mais diversos métodos de interpretação dos quais dispõe os operadores do Direito. Confira-se cada um deles.

4.2.1. Método literal ou gramatical

Conforme já consignado anteriormente, o art. 13 da LACP preconiza que, “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 reconstrução dos bens lesados”.

Assim, a partir de uma interpretação absolutamente literal, é possível vislumbrar destinações alternativas que não contemplem necessariamente o fundo mencionado no referido dispositivo legal, mas que beneficiem diretamente a coletividade lesada pela conduta causadora do dano coletivo.

É o caso, por exemplo, da celebração de acordo judicial no bojo determinada demanda coletiva, em que se pactuasse a substituição do pagamento de indenização em dinheiro pela obrigação de veicular campanha educativa com o objetivo de difundir, no âmbito da coletividade, a importância da proteção dos interesses coletivos tutelados na ação.

Neste caso, não se tem propriamente uma condenação judicial ao pagamento de indenização em dinheiro, tal como expressamente mencionado no art. 13 da LACP, mas tão somente um acordo livremente pactuado entre as partes, com o objetivo de convolar determinada obrigação pecuniária em outra espécie de obrigação e obter, em última análise, uma solução mais efetiva para o conflito de natureza metaindividual.

4.2.2. Método histórico-evolutivo e interpretação criativa ou (re)construtiva do direito

Observa-se uma gradual e recrudescente tendência da comunidade jurídica em atuar como partícipe da efetivação do direito material, mormente quando se trata dos direitos fundamentais de cunho social, a exemplo dos direitos trabalhistas.

Tal tendência manifesta-se precipuamente no campo interpretativo e intenta, sobretudo, conferir — na medida do juridicamente possível e logicamente razoável — o maior grau de eficácia e efetividade aos direitos plasmados na legislação vigente.

É cediço que a atividade interpretativa não encerra mera operação de natureza lógica ou dedutiva, devendo o intérprete moderno, a partir

de um genuíno processo criativo de (re)construção, lançar mão de critérios exegéticos capazes de conferir efetiva proteção aos bens jurídicos que o legislador, à época da edição do ato normativo interpretado, visou assegurar.

Vale dizer, incumbe aos operadores do Direito, norteados pela necessidade de transformação social e concretização dos verdadeiros valores de justiça, adequar o alcance e conteúdo de todo e qualquer ato normativo à dinâmica realidade dos tempos hodiernos, de modo que confira máxima eficácia — jurídica e social — às normas do ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, a submissão à literalidade da lei e desprezo da dinâmica que emerge da vida social significa absoluta involução, a inibir o alcance de resultados práticos, efetivos, de realização concreta do direito material que se deseja proteger.

Neste sentido, *Carlos Maximiliano*⁽²⁶⁾, preconizando a necessidade de rechaçar, a não mais poder, o apego à letra fria dos textos normativos, leciona que “não pode o Direito isolar-se no ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores”.

Em arremate, o festejado jurista lembra que, “se as normas positivas não se alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas”, asseverando ainda que o “intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese”.

Registre-se, ainda, o escólio de *Flóscolo da Nóbrega*⁽²⁷⁾, a revelar que lei não apresenta “conteúdo fixo, invariável, não pode viver para sempre imobilizada dentro de sua fórmula verbal, de todo impermeável às reações do meio, às mutações do progresso, de entregar-se ao

(26) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.129.

(27) *Apud* HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

fluxo existencial, de ir evoluindo paralela à sociedade e adquirindo significação nova à base das novas valorações”.

É necessário reconhecer, portanto, que o direito é dinâmico e as normas jurídicas não permanecem estáticas no tempo. Ao revés, são mutáveis e por isso devem acompanhar as transformações estruturais consolidadas no seio da sociedade.

Em verdade, o intérprete não deve buscar tão somente a vontade pretérita do legislador (*voluntas legislatoris*), mas sim descobrir a vontade atual da lei (*voluntas legis*), que precisa sempre corresponder às necessidades e condições sociais⁽²⁸⁾.

Assim, num verdadeiro Estado Democrático de Direito, o hermenêuta não deve se ater apenas à literalidade dos textos normativos⁽²⁹⁾. É necessário buscar, na medida do possível, a evolução da norma escrita e a superação das deficiências advindas de sua rigidez, a fim de lhe conferir a atualidade e o alcance necessários para acompanhar a dinâmica social que marca o mundo contemporâneo.

Tal postura revela-se necessária quando o direito positivo não se mostra suficientemente apto a resolver os problemas da moderna vida em sociedade.

De acordo com *Emília Sako e Hermann Hackradt* ⁽³⁰⁾, quando o direito positivo se mostrar obscuro, antinômico ou incompleto — a exemplo de quando o intérprete se depara com um vazio legislativo —, deve o exegeta realizar uma interpretação criativa do direito, ajustando-o à situação de fato, a partir de uma construção que não pode ser alcançada apenas por meio dos métodos interpretativos tradicionais.

Para os mesmos autores, “a interpretação construtiva e criativa da prática social pode conter políticas de arbítrio, preconceitos e a exploração econômica, impedir a criação e o fomento de fatores

(28) HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

(29) Neste sentido, Eduardo Espínola bem registra o entendimento do jurista americano BRANDEIS, a revelar que, durante a aplicação das leis, “a lógica das palavras deve ceder a lógica das realidades”. In: ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 203.

(30) SAKO, Emilia Simeão Albino; HACKRADT, Hermann de Araújo. Interpretação das leis: argumentar, construir e inovar. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região*, Natal, v. 14. n. 1, dez. 2007.

contrários aos direitos humanos e fazer com que seja amenizado o desemprego e o subemprego, o trabalho escravo, desumano e infantil, as manipulações genéticas, os danos ao meio ambiente”.

Enfatizando o papel do magistrado na interpretação criativa das normas jurídicas, os referidos autores asseveram que,

na medida em que o direito é interpretado de forma criativa adquire um sentido e se realiza; torna-se dinâmico e apto a suprir todos os tipos de carências sociais, afastando os fatores que acentuam a exclusão social. E esta exclusão ainda pode ser objeto de minimização quando o poder criativo do Juiz é exercido através de um poder disciplinar construtivo.

Nesse diapasão, faz-se necessário observar que a lei da ação civil pública, e em especial o dispositivo legal em análise (art. 13), encontra-se em vigor desde 1985.

De outra banda, conforme já consignado anteriormente, a sedimentação da possibilidade de ajuizamento da ação civil pública na Justiça do Trabalho constitui conquista relativamente recente, capitaneada sobretudo pelo novo perfil institucional dado ao Ministério Público do Trabalho pelo legislador constituinte.

Ademais, a dinâmica da realidade vivenciada pela sociedade brasileira fez emergir a necessidade de proteção aos direitos transindividuais dos obreiros, tornando imperioso o combate a diversas práticas que lhes são danosas, como o trabalho em condições análogas à de escravo, a discriminação, o assédio moral no âmbito das organizações de trabalho e a constante violação das normas asseguradoras da saúde e segurança do cidadão trabalhador.

Nesse diapasão, a busca do verdadeiro sentido e alcance do art. 13 da LACP pressupõe o reconhecimento dessa realidade social, uma vez que todo ato normativo não pode ser verdadeiramente compreendido sem o pleno conhecimento da situação fática que o envolve.

De acordo com *Emília Sako* e *Hermann Hackradt*, “não raro a declaração do direito possibilita a declaração judicial reparadora e pedagógica, que impõe no contexto social contemporâneo seja exercido pelo Magistrado de forma veemente. Aliada a consertação social, a

interferência estatal através do Poder Judiciário encontra-se dotada de múltiplas formas legais de imposição de sanções em prol de um coletivo social”.

Os mesmos autores preconizam que “é chegada a hora de aliar ao descumprimento reiterado de direitos elementares e fundamentais de todo trabalhador a aplicação destas penalidades, e que num mínimo criativo admite sejam revertidas às sanções impostas em prol de instituições de amparo social, e de programas que erradicam os vícios do mundo do trabalho contemporâneo”.

Em arremate, asseveram que, “aliada ao processo criativo de interpretação extraído da exegese legal, a hermenêutica jurídica encontra-se dotada de possibilidades múltiplas de um poder que pode refletir, ainda que na pedagogia sancionadora, uma reconstrução de esperanças e solidariedades postas à função estatal do Judiciário”.

Oportuno destacar que não se está a propalar, obviamente, a difusão de verdadeiro “arbítrio judicial”, desgarrado das balizas norteadoras da atividade de prestação jurisdicional. Propugna-se, em verdade, que a comunidade jurídica, a partir de uma perspectiva axiológica⁽³¹⁾, realize um juízo crítico da lei, no intuito de encontrar uma solução mais justa e equitativa para o caso concreto.

4.2.3. Método teleológico-sistemático

Para efetiva reparação da lesão a bens jurídicos metaindividuais, é possível pugnar, ainda, pela utilização de uma interpretação operativa,

(31) Sobre o tema, Herkenhoff afirma que a aplicação axiológica do Direito, pelo juiz, é inevitável e pode ser humana e socialmente útil. Para o autor, “a aplicação axiológica do Direito não nega que o juiz deve manter-se dentro do sistema jurídico. Desapareceria o mínimo de segurança jurídica, sempre desejável, se cada juiz pudesse, sem justificativa, a seu talento, transformar-se em legislador. Estaria, sem dúvida, instaurado o regime da arbitrariedade judicial. O que se afirma é que o juiz tem uma grande cota de arbítrio, sem sair do sistema legal. A norma é apenas a linha de referência, o núcleo central do ordenamento jurídico. Não se desprezará este núcleo, como matéria-prima do labor sistematizador do cientista do Direito. Mantido esse núcleo central, são, entretanto, amplíssimas as possibilidades valorativas e criativas do juiz. Por isso, em nenhuma hipótese, estará o juiz obrigado a sentenciar conforme a norma, ainda que com drama íntimo. Haverá sempre recursos para que o juiz, sem sair do sistema jurídico, sentencie em paz de consciência usando, com criatividade, sua cota de arbítrio e seu poder jurisdicional em homenagem à primazia dos valores humanos, que lhe cabe preservar” (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 93-94).

baseada no método teleológico-sistemático, que permite a formulação de decisões judiciais baseadas na totalidade do sistema jurídico vigente, ainda que eventualmente afastadas dos textos legais aplicáveis ao caso concreto.

Utilizando-se desse método hermenêutico, “o julgador traz à baila necessariamente fatores extranormativos, (princípios éticos, ideia de equidade, sentimento de justiça) mas que se pressupõem sejam protegidos e realizados pela ordem jurídica”⁽³²⁾.

Oportuno registrar, outrossim, que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil contempla comando normativo que possibilita a aplicação da lei de forma que atenda aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

De acordo com *Carlos Maximiliano*, “o hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática”. Para o autor, “a norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais”, devendo ser interpretada “de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi regida”⁽³³⁾.

Por seu turno, *Miguel Reale* assevera que a aplicação judicial do direito “somente será plenamente adequada se houver mudança de atitude por parte daqueles juízes que ainda se consideram presos à letra da lei, sem dar atenção às finalidades sociais, políticas e econômicas que as informam”⁽³⁴⁾.

Trata-se, pois, de possibilidade de utilização de interpretação teleológica, segundo a qual os processos exegéticos devem, sempre que possível, buscar os fins sociais da norma jurídica, sobretudo para conferir efetividade aos interesses de uma determinada coletividade.

Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor, que integra absolutamente o microsistema processual coletivo, possibilita em seu

(32) JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Interpretação*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/interpretacao.doc> Acesso em: 3.7.2009.

(33) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

(34) REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, nov./1994. p. 196-197.

art. 93 a adoção de todas as medidas capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela processual de natureza metaindividual⁽³⁵⁾.

No que concerne à destinação dos recursos provenientes de condenação por dano moral coletivo, tem-se, portanto, que o fomento a iniciativas diretamente voltadas à coletividade acaba por atingir, de maneira indiscutível, a finalidade social prevista pelo legislador: a efetiva reparação dos bens jurídicos lesados.

4.2.4. *Interpretação do art. 13 da LACP a partir dos princípios constitucionais*

Neste instante, convém fazer uma releitura do art. 13 da LACP à luz dos princípios constitucionais, verdadeiros parâmetros de aferição da própria legitimidade da produção normativa do Estado.

Conforme bem lembra *Thiago Bonfim*, “no pensamento jurídico contemporâneo existe unanimidade, ao menos do ponto de vista doutrinário, em se reconhecer aos princípios jurídicos status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica”. Para o autor, os princípios são normas positivas, vinculativas, que têm eficácia positiva e negativa sobre comportamento públicos ou privados, bem como na interpretação “de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios mais abstratos”⁽³⁶⁾.

Na qualidade de normas jurídicas de inegável densidade valorativa e teleológica, consubstanciando geralmente direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios jurídicos adquiriram enorme importância nas sociedades contemporâneas, tornando-se imperioso, pois, frisar a emergência de um modelo principiológico que, cada vez mais, confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio jurídico, com reflexos diretos na interpretação e aplicação de um direito justo⁽³⁷⁾.

(35) Art. 83. 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.

(36) BONFIM, Thiago, *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 62-63.

(37) FREIRE, Ricardo Maurício. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 71-72.

Entre os princípios informadores da interpretação e aplicação de todo o sistema normativo, merece destaque o princípio da proporcionalidade, verdadeiro cânone de grau constitucional com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, sanam lesões a espaços jurídicos fundamentais, provenientes da insuficiência legislativa provocada pelo próprio Estado⁽³⁸⁾.

Segundo a melhor doutrina, o princípio da proporcionalidade deve ser observado em sua tríplice dimensão: a) adequação, consistente na verificação da aptidão dos meios adotados para a consecução do objetivo almejado; b) necessidade, consubstanciado na verificação de inexistência de meio menos gravoso para a concretização do fim almejado; c) proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre os ônus impostos e os benefícios trazidos com a medida⁽³⁹⁾.

Sob essa perspectiva, restou consolidado na doutrina e na jurisprudência pátria que a aferição da proporcionalidade de determinada manifestação estatal pressupõe a razoabilidade e necessidade dos meios utilizados e da finalidade perseguida pelo legislador, bem como a adequação desses para a consecução dos objetivos pretendidos.

A análise acerca da proporcionalidade de determinada medida há de resultar, portanto, da rigorosa ponderação entre seu conteúdo intrínseco e o fim perseguido pelo legislador.

Na seara processual coletiva, o princípio da proporcionalidade, sob o prisma da adequação, faz emergir a necessidade de utilização da decisão judicial mais adequada ao direito material veiculado na demanda transindividual, de modo que ruborize o postulado do devido processo legal, em sua projeção substantiva (*substantive due process of law*).

Tal postulado faz emergir, ainda, outros mecanismos balizadores da tutela jurisdicional coletiva, a exemplo da absoluta instrumentalidade,

(38) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 395-396.

(39) Neste sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 334.

mediante provimentos jurisdicionais diferenciados, bem como da adoção de soluções hermenêuticas impregnadas de natureza verdadeiramente pragmática⁽⁴⁰⁾.

No tocante ao art. 13 da LACP, tem-se que a destinação das indenizações ao FDD, ao FAT ou a uma conta bancária não atende ao princípio da proporcionalidade, sob a ótica da adequação, nem tampouco se coaduna com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional coletiva.

Ao revés, o fomento a iniciativas voltadas diretamente à coletividade lesada, realizadas pelo próprio réu ou terceiro por ele contratado, acaba por privilegiar verdadeiramente o princípio da proporcionalidade, especialmente no que toca à adequação da medida à finalidade prevista na lei, que é justamente a reconstituição dos bens jurídicos lesados.

5. DESTINO DA REPARAÇÃO ALTERNATIVA DO DANO MORAL COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: CONSTRUINDO PARÂMETROS

É necessário reconhecer que a inexistência — ou mesmo inoperância — de determinado fundo poderá dificultar, a não mais poder, o alcance de resultados rápidos e satisfatórios para a coletividade, sobretudo se tal fundo não estiver vocacionado para a reparação das lesões perpetradas aos direitos metaindividuais.

Aliás, conforme bem asseverado por *Ronaldo Porto Macedo Júnior*, tem-se que os fundos destinados à reparação de interesses difusos lesados “ainda não têm gerado os efeitos que deles se esperou no momento em que foram concebidos e constituídos”⁽⁴¹⁾.

Nesse prisma, a partir de uma visão menos formalista e mais finalística, é possível defender que os recursos oriundos de indenização contemplada em ação civil pública sejam destinados ao desenvol-

(40) VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135-161.

(41) MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados. In: *Ação civil pública — Lei n. 7.347/85 — 15 anos... cit.*, p. 753.

vimento de projetos e serviços diretamente relacionados aos bens jurídicos afetados pela conduta danosa⁽⁴²⁾.

Tais iniciativas conseguem alcançar, ainda que indiretamente, profícua melhoria na esfera jurídica dos trabalhadores difusamente considerados, coadunando-se com o espírito da LACP.

A propósito, o próprio legislador pátrio, ao regulamentar a Lei n. 7.347/85, definiu a destinação dos recursos do fundo, ao condicionar sua aplicação às atividades ligadas à natureza da infração, de forma que sejam utilizados prioritariamente “na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível” (art. 7º do Decreto n. 1.306/94).

Outrossim, a Lei n. 9.008/95 (art. 1º, § 3º) permitiu que os recursos do Fundo sejam aplicados, dentre outras finalidades, na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas de meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos⁽⁴³⁾.

Nessa esteira, pelo menos até a efetiva promulgação de diploma normativo específico a tratar do tema, a destinação do valor das indenizações diretamente à coletividade de trabalhadores lesada por determinada conduta danosa é a melhor alternativa diante deste vazio legislativo ora reinante.

A título meramente exemplificativo, tem-se que, além de exemplar punição ao proprietário rural que submete trabalhadores a condições

(42) Na seara do direito ambiental, Álvaro Mirra salienta que “as medidas compensatórias deverão, de todo modo, guardar alguma relação com a degradação causada, visando à preservação ou conservação de bens, valores e ecossistemas assemelhados, preferencialmente na própria localidade do dano”. In: *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 333.

(43) É necessário reconhecer, no entanto, que alguns doutrinadores consideram totalmente descabida a previsão contida no art. 1º, § 3º da Lei n. 9.008/95. Neste sentido, Milaré afirma que, “por não reverter, nem indiretamente, em nenhum benefício ao bem difuso lesado, e por não haver parâmetros legais para a fixação dos valores máximos a serem destinados à modernização administrativa, o art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.008/95 foge, absolutamente, do espírito da Lei n. 7.347/85” (MILARÉ, Edis *et al.* O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei n. 7.347/85. In: *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005). Na mesma esteira, Paulo de Bessa Antunes, ao comentar a questão, assinala que a análise e aprovação de projetos modernização administrativa “nem distantemente, guarda qualquer relação com a reparação de danos, pois a modernização administrativa é uma atividade que deve ser financiada pelo Estado e não pela sociedade” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 293).

análogas à de escravo, torna-se imprescindível combater, na origem, o problema. Nesta esteira, revela-se por demais oportuna a destinação de indenizações decorrentes de ações coletivas trabalhistas a projetos de educação e geração de emprego e renda para o trabalhador rural e sua família, de forma que mitigue o ciclo de miséria que propicia essa chaga social tão grave.

Para a escolha da destinação mais adequada, importante considerar, ainda, a natureza e extensão do dano causado aos direitos metaindividuais, verificando seu espectro territorial, a quantidade de pessoas atingidas e a melhor forma de evitar suas causas e minorar seus efeitos.

No âmbito jurisprudencial, tal entendimento vem sendo construído, conforme podemos observar em recente acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que, em demanda versando sobre o meio ambiente do trabalho, determinou a reversão de indenização por dano moral coletivo a instituições vocacionadas ao tratamento dos danos à saúde dos trabalhadores⁽⁴⁴⁾.

(44) EMENTA: DANO MORAL COLETIVO. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. LEUCOPENIA. DESTINAÇÃO DA IMPORTÂNCIA REFERENTE AO DANO MORAL COLETIVO — FAT E INSTITUIÇÃO DE SAÚDE (LEI N. 7.347/85, ART. 13): O número de trabalhadores que adquiriu leucopenia no desenvolvimento de suas atividades na recorrida, em contato com benzeno é assustador. O local de trabalho envolve diretamente manipulação de produtos químicos contendo componente potencialmente tóxico como benzeno, que afetam precisamente a medula óssea e as células do sangue, e, por conseguinte, desenvolvem referida enfermidade (leucopenia), já reconhecida como doença profissional, incapacitando para o trabalho. Para levar a questão mais adiante, é consabido também que as empresas não aceitam mais empregados que carregam sequelas de doenças como a leucopenia. Na realidade, esses infaustos acontecimentos transcendem o direito individual e atingem em cheio uma série de interesses, cujos titulares não podemos identificar a todos desde logo, contudo inegavelmente revela a preocupação que temos que ter com o bem-estar coletivo, e o dano no sentido mais abrangente que nele resulta chama imediatamente a atenção do Estado e dos setores organizados da sociedade de que o trabalhador tem direito a uma vida saudável e produtiva. (...) Essa preocupação segue a tendência do ainda novo direito do trabalho fundado na moderna ética de Direito de que as questões concernentes ao seu meio ambiente ultrapassam a questão de saúde dos próprios trabalhadores, extrapolando para toda a sociedade. Assim, levando-se em conta a gravidade dos danos, pretéritos e atuais, causados ao meio ambiente do trabalho em toda a sua latitude, com suas repercussões negativas e já conhecidas à qualidade de vida e saúde dos trabalhadores e seus familiares, é de se reconhecer devida a indenização pleiteada pelo órgão ministerial, no importe de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), com correção monetária e juros de mora, ambos a partir da propositura da ação. (...) A atenção desta Justiça, indiscutivelmente, no presente caso, volta-se para o meio ambiente de trabalho, e referido valor arbitrado ao ofensor, busca indenizar/ reparar/restaurar e assegurar o meio ambiente sadio e equilibrado. (...) Com efeito, deve haver a prioridade da pessoa

Convém registrar, ainda, o entendimento firmado no Enunciado n. 12 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília no ano de 2007, a revelar a consolidação, na seara trabalhista, da reversão alternativa do dano moral coletivo. Confira-se:

12. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS.

Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malferir o art. 13 da Lei n. 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.

É necessário reconhecer, todavia, que a destinação da indenização oriunda de qualquer ação coletiva deve se revestir de extrema responsabilidade e razoabilidade.

humana sobre o capital, sob pena de se desestimular a promoção humana de todos os que trabalharam e colaboraram para a eficiência do sucesso empresarial. Considerando a condenação em dinheiro, bem como o disposto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85), que dispõe que “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*” (grifei), torna-se necessário estabelecer a destinação da importância, tendo presente, primordialmente, que a finalidade social da indenização é a reconstituição dos bens lesados. Determino o envio da importância de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), 12,5%, ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), instituído pela Lei n. 7.998/90 e destinado ao custeio do programa de seguro-desemprego, ao pagamento do abono salarial (PIS) e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico) e R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), 87,5%, à ‘Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santos’, objetivamente para a aquisição de equipamentos e/ou medicamentos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de leucopenia, e, tendo presente também aqueles trabalhadores da reclamada (Companhia Siderúrgica Paulista — Cosipa), portadores da doença e seus familiares.

Primeiramente, convém destacar que a destinação de tais valores em favor do próprio Ministério Público do Trabalho talvez não seja a melhor solução, até para que não haja questionamentos — infundados, em verdade — acerca da boa-fé dos membros do *Parquet Laboral* em ajuizar demandas coletivas, até porque, sob um prisma principalmente ético, tal destinação em benefício próprio revela-se relativamente questionável.

Ademais, mostra-se oportuno que os membros do Ministério Público e da magistratura verifiquem todas as instituições que desenvolvem iniciativas em favor dos bens jurídicos envolvidos na demanda coletiva, a fim de evitar privilégios a determinadas entidades.

Outrossim, é preciso estabelecer rígida e zelosa fiscalização sobre os recursos destinados a tais entidades, através da prestação de contas pelas instituições beneficiadas.

Registre-se, contudo, que os parâmetros ora levantados não inviabilizam tais destinações alternativas, traduzindo-se, em verdade, em mecanismos necessários para concretização da vontade do legislador em reconstituir — na medida do possível — os bens jurídicos defendidos na ação civil pública proposta perante a Justiça do Trabalho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As demandas coletivas propostas na Justiça do Trabalho têm por escopo principal o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, a fim de evitar a perpetuação de condutas ilícitas, com indiscutíveis prejuízos à coletividade de trabalhadores, notadamente quando as empresas mostram-se contumazes em práticas atentatórias da dignidade dos obreiros.

Por outro lado, caso o dano coletivo já tenha ocorrido, caberá o manejo de instrumentos de natureza nitidamente repressiva, a possibilitar, sobretudo, o pagamento de uma indenização compensatória de caráter genérico.

A efetividade do processo coletivo pressupõe, muitas vezes, a primazia da tutela específica ordenadora do cumprimento da obrigação de reparação do dano social, em detrimento das demais modalidades

de prestação jurisdicional eventualmente admitidas, especialmente aquelas revestidas de nítido caráter pecuniariamente ressarcitório.

Segundo *Emília Sako e Hermann Hackradt*⁽⁴⁵⁾, “já não se comporta na aplicação do direito e no papel do julgar apenas o substrato da lei e o garantismo judicial. Deve o processo de interpretação conjugar significados de amplitude social, econômica, moral, psicológica e pedagógica, fazendo também uma conjugação dos meios disponíveis que são capazes de gerar, além da reparação do injusto, a construção de uma cidadania respaldada em critérios de evolução social e desenvolvimento sustentável no campo econômico e político”.

Assim, o intérprete deve, a partir de uma compreensão do que se revela verdadeiramente justo e socialmente consolidado, promover a adequação dos conceitos insertos em determinado diploma normativo às alterações promovidas no sistema jurídico e ao contexto de transformações vivenciadas pela coletividade nos últimos tempos.

Se é certo que ao exegeta não é dado criar o direito, não é demais dizer que ele pode interpretá-lo de maneira criativa, para, distanciando-se dos paradigmas tradicionais, conferir efetividade ao ordenamento jurídico no qual se encontra inserido.

Em época não tão distante, ação civil pública manejada na Justiça do Trabalho era vista por muitos como totalmente descabida. Hoje, representa inequivocamente um instrumental idôneo para a defesa da ordem jurídica e solução dos conflitos de natureza transindividual, com reconhecida importância na salvaguarda dos interesses dos trabalhadores coletivamente considerados. De igual modo, a indenização a título de dano moral coletivo traduz tema relativamente novo, a ensejar, por parte da comunidade juslaboral, uma postura progressista e sensível a esse tipo de postulação.

Daí a importância de se discutir o assunto em apreço, em todas as nuances que a complexidade da temática impõe, a fim de evitar — na medida do possível — a falta de efetividade da tutela jurisdicional coletiva no âmbito laboral.

Urge, pois, que a acomodação da comunidade jurídica em relação ao tema ceda lugar a uma postura pró-ativa, lastreada em novos

(45) SAKO, Emilia Simeão Albino; HACKRADT, Hermann de Araújo. *Op. cit.*

paradigmas, no intuito de encontrar soluções criativas e arrojadas, capazes de tutelar, de modo concreto e eficiente, os interesses trabalhistas de natureza metaindividual, traduzindo inequivocamente os anseios da coletividade de trabalhadores brasileiros.

O desafio está posto e impõe respostas que não prescindem de uma postura construtiva e inovadora, temperada com uma certa “ousadia responsável”, a fim de esquadrihar o papel do aplicador do direito como genuíno protagonista do processo de concretização dos direitos coletivos e consequente promoção da justiça social.

Só assim se conseguirá aprimorar a prestação jurisdicional coletiva, de modo que alcance o objetivo constitucional de efetiva construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Assédio moral: problema antigo, interesse recente. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.907, 20 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11741>> Acesso em: 14 out. 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Interpretação*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/internet/docs/ministros/Discursos/0001102/interpretacao.doc>> Acesso em: 3.7.2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. *A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo*. Disponível em: <http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/mostra_biblioteca.asp?bib_id=101> Acesso em: 10 out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord.). *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. rev. e ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. I.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XVII, n. 33, mar. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública. Comentários por artigo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, Otávio Brito. A atuação do Ministério Público do trabalho e os direitos fundamentais. In: *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados. In: *Ação civil pública — Lei n. 7.347/85 — 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MILARÉ, Édis. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: *Ação civil pública — Lei n. 7.347/85 — 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Edis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre

os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei n. 7.347/85 . In: *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1998.

REALE, Miguel. O judiciário à serviço da sociedade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 62, nov./1994.

SAKO, Emilia Simeão Albino; HACKRADT, Hermann de Araújo. Interpretação das lei argumentar, construir e inovar. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região*, Natal, v. 14. n. 1, dez. 2007.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAGAMENTO POR TONELADA: A ILICITUDE DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS CORTADORES DE CANA-DE-AÇÚCAR

Luiz Carlos Michele Fabre^()*

I. INTRODUÇÃO

O último Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho do INSS anota, no ano de 2007, 9.084 acidentes de trabalho (8.003 acidentes-tipo, 279 acidentes de trabalho por equiparação e 52 doenças do trabalho) relacionados ao cultivo de cana-de-açúcar (código 113 do Cadastro Nacional de Atividades Econômicas). Integram este índice 4.040 casos de incapacitação para o trabalho por prazo superior a 15 dias, 38 casos de incapacidade permanente e 31 óbitos. O número de óbitos não contempla casos não notificados nos quais não houve requerimento de benefício previdenciário por dependentes⁽¹⁾.

Inexistem estatísticas especificamente alusivas a acidentes com cortadores de cana (uma dentre a vasta gama de atividades desenvolvidas na cadeia produtiva do álcool e do açúcar) e os números desta atividade são obtidos por meios precários, como bancos de dados de entidades não governamentais elaborados a partir de denúncias ou notícias de jornal. Muito menos, há dados precisos sobre a relação direta de causalidade entre a morte de cortadores de cana e a exaustão decorrente do trabalho. Em todo caso, um levantamento rudimentar

(*) Procurador do Trabalho lotado na PTM de São José dos Campos.

(1) Disponível em: <www.inss.gov.br> Acesso em: 20 jul. 2009.

da Pastoral do Migrante de Guariba (SP) noticia pequenas histórias de vida de 22 migrantes cortadores de cana-de-açúcar que, entre 2004 e 2008, foram vítimas fatais de acidentes de trabalho no interior de São Paulo. Com idades entre 24 e 55 anos e provenientes do Norte de Minas Gerais e do Nordeste, a maioria teve registro de parada cardiorrespiratória como *causa mortis*, ocorrência que sucede o cansaço extremo⁽²⁾.

Não obstante a precariedade com que tais números foram obtidos, é um truísmo afirmar que condições penosas de trabalho no setor sucroalcooleiro conduzem a tantos outros números de óbitos dissimulados pelas informalidades do setor, bem como ao encurtamento da vida economicamente útil de centenas de trabalhadores.

II. A ATIVIDADE DE CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR

Para compreender o que acontece no setor, *Francisco Alves*, professor adjunto do Departamento de Engenharia da Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR-SP), realizou minucioso estudo em 2006 em que restou comprovada a indissociabilidade entre tal cenário e o sistema remuneratório do cortadores de cana-de-açúcar, que hodiernamente observa, como regra, o pagamento de determinado preço pela quantidade de toneladas diárias cortadas por cada trabalhador ou a conversão do valor da tonelada de cana-de-açúcar para a metragem da área trabalhada⁽³⁾.

No início dos anos 80, o País foi contagiado pela febre da segunda fase do Pro-álcool, o maior programa público mundial de produção de combustível alternativo. Foi um marco na história da usinagem, caracterizado pelo substancial aumento da demanda por álcool.

Como consequência, houve intenso crescimento da produção de cana-de-açúcar e o surgimento de novas destilarias e usinas, com o aumento do número de empregos em toda a cadeia produtiva.

(2) FACIOLI, Ir. Inês; PERES, Pe. Garcia. Histórico dos cortadores de cana mortos no setor canavieiro. *Sítio da Pastoral do Migrante*. Disponível em: <www.pastoraldomigrante.com.br> Acesso em: 31 jul. 2009.

(3) ALVES, F. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e sociedade*, s. l., v. 15, p. 90-98, 2006. Disponível em: <www.scielo.br> Acesso em: 27 jul. 2009.

Cresceu também, nesse período, a produtividade do trabalho no corte de cana, medida em toneladas de cana cortadas por dia/homem ocupado na atividade. Na década de 1950, a produtividade do trabalho era de 3 toneladas de cana cortadas por dia de trabalho; na década de 1980, a produtividade média passou para 6 toneladas de cana por dia/homem ocupado e, no final da década de 1990 e início da presente década, atingiu 12 toneladas de cana por dia⁽⁴⁾.

O trabalho no corte da cana, há tempos, é remunerado conforme a produção diária de cada cortador. Tal tradição empolga duas metodologias de medição da produtividade e, conseqüentemente, duas formas de remuneração: pode-se eleger a distância da área trabalhada (metragem linear ou metragem quadrada do *eito* trabalhado) ou a quantidade de cana cortada (tonelada).

Como é intuitivo, o sistema de remuneração pela metragem da área cortada é preferível para o trabalhador em relação ao sistema de remuneração por tonelada, pois a qualquer um é possível, com base no senso comum, aferir visualmente a área de cana cortada e calcular o valor do seu dia de trabalho. Este modelo era frequente até os anos 80: a área em que cada trabalhador obrava formava um retângulo chamado de eito, com 6 metros de largura (o equivalente a 5 ruas, ou seja, linhas em que são plantadas a cana⁽⁵⁾) e com comprimento variável conforme a quantidade que cada cortador conseguia cortar por dia. Ao final deste dia, o encarregado da empresa passava um compasso de dois metros com ponta de ferro para precisar a área trabalhada e o trabalhador recebia um recibo (*pirulito*) com o valor da medição.

Para o empregador, ao invés, é mais benéfico deter o controle da quantificação do dia trabalhado, com o que empreendeu pressões até que o sistema remuneratório por toneladas se tornasse prevalente⁽⁶⁾. De fato, a aferição do peso da cana cortada é incalculável *icto oculi*,

(4) ALVES, F. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e sociedade*, s. l., v. 15, p. 92, 2006. Disponível em: <www.scielo.br> Acesso em: 27 jul. 2009.

(5) Até hoje prevalece o sistema de 5 ruas, em que cada trabalhador tem as suas ruas predeterminadas e inicia o corte pela linha central, onde será depositada a cana cortada. Corta um feixe com cerca de dez pés de cana na linha central, em seguida corta as duas linhas laterais à direita e as duas linhas laterais à esquerda desta linha central, zelando para que todas as ruas sejam cortadas simultaneamente, sem que haja descontinuidade (“telefone”).

(6) O argumento seria que todos os pagamentos ao longo da cadeia produtiva do açúcar e do álcool tomam por base a quantidade da produção vertida em toneladas.

eis que a massa da cana está sujeita a diversas variáveis (variedade da cana, fertilidade do solo, sombreamento, época do corte, quantidade de socas⁽⁷⁾, etc.). Destarte, a valoração do dia trabalhado passa a depender de grandes balanças que não podem ser conduzidas às frentes de trabalho e a medição do dia de trabalho vai se realizar no interior da usina.

Nas frentes, após o dia de trabalho, o encarregado passa o compasso e mede a área trabalhada. Depois, na usina são pesados alguns punhados de cana oriunda de partes distintas do eito trabalhado, chegando-se ao peso médio da cana no espaço trabalhado no dia. Sabendo-se o peso, a área do eito e o valor da tonelada da cana, chega-se ao valor do metro de cana cortado. Esta complexa conversão é empreendida no interior da usina, sem controle pelo trabalhador.

Muitas vezes, os trabalhadores sabem que cortaram uma quantidade de metros elevada, mas como a cana pode ser de pouco peso, cana de 5ª soca, eles acabam tendo um ganho pequeno. Desta forma, fica claro que o pagamento por produção, além de ser uma forma de pagamento arcaica, perversa e desgastante, no caso da cana é mais perverso ainda, pois o ganho não depende apenas dos trabalhadores, mas de uma conversão feita pelo departamento técnico das usinas⁽⁸⁾.

Em síntese, o que temos é um sistema remuneratório em que o empregado perde a noção do valor do seu dia de trabalho. Considerando a necessidade de garantir o seu sustento e de sua família, bem como a necessidade de acumular remuneração para sua subsistência na entressafra, o corolário deste sistema é que o empregado trabalhará até o limite de suas forças, o que, sob a ótica do empregador, maximiza os ganhos.

A este fator de esgotamento, somam-se dois outros importantes elementos: a indumentária do trabalhador rural e a pressão por produtividade.

(7) Soca corresponde à quantidade de vezes que a cana já foi cortada desde que foi plantada. Por exemplo, cana de 5ª soca é a cana que será cortada pela quinta vez desde seu plantio. A cada corte, a cana vai perdendo seu peso e valor; por tal motivo, os fiscais alternam o trabalho das turmas entre cana ruim (pouco peso) e cana boa, pois do contrário os trabalhadores passam a se insurgir.

(8) ALVES, F. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e sociedade*, s. l., v. 15, p. 93, 2006. Disponível em: <www.scielo.br> Acesso em: 27 jul. 2009.

Com efeito, não bastasse este modelo remuneratório extremamente propício à exaustão do trabalhador (e nem estamos tratando, aqui, da sua extrema suscetibilidade a fraudes e manipulações, que não são raras), não se deve olvidar que o uniforme do cortador de cana é composto por botina com biqueira de aço, perneiras de couro até a altura dos joelhos, calça de brim, camisa comprida com mangote de brim⁽⁹⁾, luvas de raspa de couro, lenço para o rosto e pescoço, e chapéu. É sob essas pesadas vestimentas, carregando um pesado podão (facão) e fardos de cana, que o cortador labora, muitas vezes sob sol forte e de sol a sol.

Desgastante, o trabalho importa em centenas de flexões, pois o trabalhador deve agarrar um feixe com cerca de dez pés de cana, flexionar as pernas e cortar a cana rente ao solo, onde se concentra a sacarose, tomando cuidado para não atingir a raiz e prejudicar a rebrota. Depois, golpeia o pendão (topo do pé), cujas folhas verdes são economicamente inúteis. Somado tamanho esforço ao calor gerado pelas vestimentas, o resultado no organismo é a perda de líquidos e de sais minerais (razão pela qual o biótipo ideal do cortador é o de um corredor maratonista, de resistência, e não de um atleta de tiro, musculoso).

Comumente, estes fatores desencadeiam desidratação e câimbras nas extremidades do corpo, que avançam até o tórax; estas câimbras são chamadas de birola e causam fortes dores e convulsões, daí a imprescindibilidade de a) manter-se esquema de fornecimento de água e de suplementos energéticos em abundância, b) equipar as frentes de trabalho com *kits* de primeiros socorros e, sobretudo, com bastante soro, c) ministrar-se treinamento em primeiros socorros a empregados e fiscais de turma; d) observar-se rigorosamente o intervalo intrajornada e as pausas prescritas pela NR-15; e e) realizar-se exames médicos regularmente.

Em alguns casos, este quadro evolui para paradas cardíacas e para o óbito; na melhor das hipóteses, há “apenas” a redução da vida economicamente ativa do empregado.

(9) Mangote é a peça que reveste o braço esquerdo do cortador destro e vice-versa, protegendo o braço que abraça o feixe de cana para o corte na base, possuindo um forro de espuma.

Este quadro é, ademais, intensificado pela pressão por produtividade, por trás da qual estão os usuais contratos de experiência rural (que muitas vezes se sucedem a cada safra), que assumem um desiderato específico de selecionar a mão de obra mais resistente e capaz de atender à meta de produtividade diária⁽¹⁰⁾.

Inexistem dados estatísticos precisos acerca da quantidade média de cana cortada por empregado no País ou por região, passando a questão pela análise de casos concretos a partir de diligências fiscalizatórias. Há casos pontuais de trabalhadores que chegam a atingir a marca de 22 toneladas diárias de cana cortada. Pesquisadores da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) registraram uma média diária de 11,54 toneladas para um trabalhador monitorado⁽¹¹⁾. A pesquisadora Maria Aparecida de Moraes Silva apurou a exigência, por empresas da região de Ribeirão Preto, de uma produtividade média de 12 a 14 toneladas diárias, no ano de 2004, por trabalhador⁽¹²⁾.

O pesquisador *Francisco Alves*, conforme já mencionado, chegou à estimativa de 12 toneladas de produtividade média diária por cortador, calculando que, para a consecução de tal meta, o trabalhador, diariamente:

- Caminha 8.800 metros;
- Carrega 12 toneladas de cana em montes de 15 kg, em média; portanto, faz 800 trajetos e 800 flexões, levando 15 kg nos braços por uma distância de 1,5 a 3 metros.
- Faz aproximadamente 36.630 flexões e entorses torácicos para golpear a cana;

(10) Muito comumente, no Paraná, a mão de obra “inservível” para a cana-de-açúcar é direcionada ao cultivo de laranja.

(11) *Desgaste físico diário de cortador de cana é igual ao de maratonista*. Disponível em: <www.comciencia.br> Acesso em: 25 jul. 2009. Este estudo foi empreendido juntamente com o CEREST e suas conclusões foram apresentadas no Seminário “Condições de Trabalho no Plantio e Corte de Cana”, realizado nos dias 24 e 25 de abril de 2008 no auditório da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, em Campinas.

(12) SILVA, Maria Aparecida de Moraes. Mortes e acidentes nas profundezas do “mar de cana” e dos laranjais paulistas. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, s. l., v. 3, n. 2, art. 1º, p. 4, abr./ago. 2008.

— Perde, em média, 8 litros de água por dia, por realizar toda esta atividade sob sol forte do interior de São Paulo, sob os efeitos da poeira, da fuligem expelida pela cana queimada, trajando uma indumentária que o protege da cana, mas que aumenta sua temperatura corporal⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

III. DOGMÁTICA DO SISTEMA REMUNERATÓRIO POR TONELADA

Conforme expusemos, o sistema remuneratório por toneladas no setor sucroalcooleiro é um sistema remuneratório que parte da área trabalhada e, a partir do peso médio da cana-de-açúcar proveniente daquele eito, chega por meio de uma regra de três ao valor daquela área trabalhada (Valor do dia trabalhado = valor da tonelada x quantidade de toneladas cortadas no dia, sendo que quantidade de toneladas cortadas = área trabalhada no dia x peso médio da cana no eito por metragem). Em síntese, na mesma maneira que se dá na remuneração por eito, o empregado, ao final do dia, sabe o tamanho da área trabalhada (recebendo o correspondente “pirulito”), mas não sabe o valor desta área trabalhada (condicionada à pesagem da cana ao final do dia).

Zeteticamente, qualquer sistema remuneratório por produção já se mostra conceitualmente questionável, por transferir ao empregado o risco que seria do empregador (a produtividade).

Deveras, a remuneração por produção tende a levar o obreiro ao limite de suas forças, de sorte que, antes de mais nada, é crucial que a produtividade esteja jungida a uma rígida limitação da jornada de trabalho. Mas não é o que sói ocorrer, e prova inconteste é a forma aberta com que a NR-15 do Ministério do Trabalho e Emprego é descumprida não só por inobservância patronal, como por iniciativa dos próprios empregados.

(13) ALVES, F. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e sociedade*, s. l., v. 15, p. 93, 2006. Disponível em: <www.scielo.br> Acesso em: 27 jul. 2009.

(14) Tais números, por razões conceituais, divergem dos dados apurados no já citado estudo da Unimep, que por meio de um *software* mediu que um trabalhador que corte 400Kg de cana em dez minutos efetua, neste período, 131 golpes de podão e flexiona o corpo 138 vezes (*Desgaste físico diário de cortador de cana é igual ao de maratonista*. Disponível em: <www.comciencia.br> Acesso em: 25 jul. 2009).

Com efeito, o Anexo III da citada NR prescreve que toda atividade laboral pesada realizada em lugares com temperatura ambiente entre 26 e 27,9 graus Celsius (o que é uma temperatura usual nos canaviais durante a maior parte do ano) demanda pausas de 30 minutos para cada 30 minutos de trabalho, que serão consideradas tempo de trabalho para todos os fins legais. Evidentemente, premidos pela necessidade de maximização da produtividade individual, os cortadores de cana não se sentem minimamente incentivados a usufruir este direito (indisponível, diga-se).

Assim, se o próprio sistema remuneratório por produtividade é filosoficamente questionável, o que se dizer de um sistema remuneratório por produtividade imprevisível ao trabalhador?

Dogmaticamente, a questão é mais complexa. De fato, tanto a Magna Carta (art. 7º, VII), como a CLT (art. 78, dentre outros) sempre admitiram o sistema de remuneração variável, e nem a Constituição Federal, nem a Convenção n. 95 da OIT sobre proteção de salários, nem a CLT, nem a Lei n. 5.889/73 veiculam vedação expressa ao sistema de remuneração por produtividade calculado a partir da massa produzida.

Tal constatação conduz ao ponto nevrálgico do debate: na medida em que a Constituição assegura a liberdade individual de se conduzir tanto quanto não for defeso pela lei (art. 5º, II) e na medida em que a lei assimila o salário variável, qual o fundamento que desautorizaria a implementação de um sistema remuneratório para o setor sucroalcooleiro embasado nas toneladas de cana diariamente cortada por cada empregado?

Prodromicamente, deve-se ter como premissa pacífica que a lacuna legal não se consubstancia em silêncio eloquente, mas em imprevisão típica. Trata-se de imprevisão histórica porque jamais se cogitou, à época da CLT ou da Lei de Trabalho Rural, a maciça utilização do sistema remuneratório por toneladas em um dado setor econômico; trata-se, outrossim, de imprevisão técnica, eis que a lei, vocacionada à veiculação de normas gerais e abstratas, não é onisciente a ponto de prever cada particularidade das múltiplas parcelas da existência humana (e nem é sua função fazê-lo). Tanto assim que até mesmo para fins estatísticos inexistente um subcódigo específico para o corte de

cana na Classificação Nacional de Atividades Econômicas, que contempla genericamente este mister no código 113 (“cultivo de cana-de-açúcar”).

Ante a inviabilidade de se minuciar legalmente cada aspecto de relações intersubjetivas, a nomogênese recorre à técnica dos princípios, avultando, nas relações de trabalho, os recorrentes arts. 1º, III (sobreprincípio da dignidade da pessoa humana) e IV (sobreprincípio da prevalência dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); 5º, *caput* (direito fundamental à vida) e XXIII (adstrição da propriedade à sua função social); 6º (direito social à saúde e à segurança); 7º, XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho) e XXXII (proibição de discriminação salarial); 170, *caput* (valorização do trabalho humano como fundamento e existência digna de todos como finalidade da ordem econômica), III (função social da propriedade); 186, III (interdependência entre função social da propriedade rural e observância das normas de proteção do trabalho) e IV (interdependência entre função social da propriedade rural e exercício de atividade que favoreça o bem-estar de trabalhadores); 194 (solidariedade social como fator de referibilidade ampla na regência de direitos e deveres afetos à saúde); e 225, § 1º, V (princípio da precaução), da Constituição Federal.

É à luz de tais princípios que quatro linhas investigativas se impõem na aferição da licitude do sistema remuneratório por tonelada no setor sucroalcooleiro: 1) aferir se existe um direito de informação na relação de trabalho e se tal sistema remuneratório viola tal direito; 2) verificar até que ponto a liberdade de opção patronal pela remuneração variável não se choca com a segunda parte do art. 2º da CLT; 3) analisar se tal sistema remuneratório colide com a vedação a critérios discriminatórios na definição de salários; 4) perquerir se tal forma de pagamento de salários não conflita com o princípio da função social da propriedade rural.

III.1. Direito à informação nas relações de trabalho

Conforme descrito, característica inarredável da vertente modalidade de remuneração é a ignorância pelo empregado em relação ao valor do seu dia de trabalho, com duas graves repercussões: a) a tendência de labuta até a exaustão, fruto do conflito entre a incerteza

do valor do dia trabalhado e a necessidade de sustento e acumulação de capital para o contingenciamento dos impactos da entressafra; b) a facilidade de manipulação, pelo empregador, do valor do dia trabalhado, na medida em que as pesagens da cana cortada ocorrem em departamentos técnicos no interior da empresa.

E nos termos já expostos, incorre a legislação diretamente afeta ao direito do trabalho em lacuna na abordagem da matéria, caracterizada por omissão histórica e técnica. De fato, o mais próximo que se chegou de se abordar a questão do direito à informação do valor do dia trabalhado é a prescrição do art. 14, *a*, da Convenção n. 95 da OIT⁽¹⁵⁾.

Tal lacuna empolga o recurso às técnicas de colmatação e o recurso ao direito comum, por determinação expressa do parágrafo único do art. 8º da CLT⁽¹⁶⁾.

E o direito comum da pós-modernidade é o direito do consumidor, tanto assim que a legislação trabalhista alemã expressamente o concebe como fonte subsidiária naquele País⁽¹⁷⁾.

O Código de Defesa do Consumidor veicula o direito a informações claras e adequadas (art. 6º, III⁽¹⁸⁾). Tal norma se mostra aplicável ao direito do trabalho na medida em que revelada uma lacuna não intencional do legislador trabalhista e presente a necessária correlação racional entre a vertente questão trabalhista e a norma do art. 6º, III, do CDC (compensação jurídica dos efeitos decorrentes de uma relação assimétrica).

Destarte, entendemos ilícito qualquer sistema remuneratório de aferição diária que não permita ao empregado valorar o seu dia de trabalho, por violar seu direito à informação.

(15) Art. 14. Se necessário, tomar-se-ão medidas eficazes a fim de informar os trabalhadores de maneira apropriada e facilmente compreensível: a) Sobre as condições de salário que lhes forem aplicáveis, e isto antes de eles serem colocados num emprego ou sempre que se verificarem quaisquer mudanças nessas condições.

(16) Art. 8º, parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

(17) Cf. Seções 138, 242, 310 e 315 do BGB (Código Civil Alemão) c/c art. 3º da Lei Fundamental Alemã.

(18) Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III — a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Cumpra registrar que já se cogitou a possibilidade de se implementar um sistema de monitoramento por trabalhadores da conversão de toneladas em metragem linear ou quadrada; de fato, ao final da greve de 1986 dos cortadores de cana — que começou em Leme e Araras, São Paulo, e se alastrou para outras regiões canavieiras do país —, avançou-se que ao início do trabalho um caminhão iria ao local de corte, sendo carregado com cana colhida em três pontos distintos do talhão, com a possibilidade de os trabalhadores participarem da escolha dos pontos; em seguida, a cana seria pesada na Usina e convertida em metragem linear, com a possibilidade de acompanhamento do processo por três trabalhadores, sendo o valor da metragem informado aos cortadores antes do fim do dia. A ideia fracassou, na medida em que os trabalhadores, remunerados por produção, sentiam-se desestimulados a perder cerca de meio dia de trabalho no processo de medição, afora o medo de sofrerem constrangimentos e represálias pelas usinas⁽¹⁹⁾.

III.II. Assunção dos riscos da atividade econômica x remuneração variável

Prescreve o art. 2º da CLT:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

O citado dispositivo descreve o empregador como a pessoa que, por excelência, assume os riscos da atividade econômica.

Este elemento da figura do empregador vem sendo redimensionado pela moderna doutrina trabalhista e ganhando destaque na valoração das novas relações de trabalho, sendo o substrato dogmático da doutrina da parassubordinação, subordinação objetiva, subordinação estrutural ou subordinação reticular.

Também para os fins do presente estudo, a expressão demanda pormenorização.

(19) Cf. ALVES, F. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e sociedade*, s. l., v. 15, p. 93, 2006. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 27 jul. 2009.

É que a par desta condição do empregador, como vimos, há diversos dispositivos legais que concebem a remuneração variável do empregado, inclusive tomando-se a produtividade por base, o que, de certa forma, implica o deslocamento do risco da atividade econômica ao empregado.

Todavia, seria uma interpretação *ad absurdum* pretender, com base nas normas autorizadoras da remuneração por produção, a transposição de todo e qualquer risco da atividade econômica ao empregado.

É assim que, entendemos, a remuneração variável não contempla, à míngua de expressa previsão legal em contrário (como se dá na hipótese de vendas comissionadas canceladas por insolvência do comprador) a total desoneração do empregador pela frustração das expectativas do trabalho por fatores alheios ao desempenho do trabalhador.

E, *a fortiori*, sendo tais fatores decorrência de caso fortuito ou força maior (como se verifica nas diferenças de massa da cana-de-açúcar, motivada por causas como o número da soca, as condições do terreno, a época do ano, etc.), desborda do poder diretivo do empregador repassar integralmente o ônus das expectativas de produção aos empregados, sob pena de esvaziamento de um dos elementos essenciais à configuração daquele.

Observe-se que há norma expressa jungindo a caracterização do empregador à assunção de riscos da atividade econômica. Para o que é expresso, as exceções também devem ser expressas, como é o caso das normas que admitem o salário por produção. Todavia, salvo raras exceções (como na já citada hipótese de cancelamento de vendas), inexistem normas autorizadoras de oneração do salário de produção por razões alheias ao trabalho do empregado. Assim, o sistema remuneratório por toneladas traduz exceção não contemplada por lei ao art. 2º, segunda parte, da CLT.

III.III. Discriminação salarial

A Constituição Federal veicula a proibição de distinção no tratamento de trabalhadores que desempenham trabalhos da mesma

espécie (art. 7º, XXXII). A CLT, por sua vez, proíbe a remuneração desigual para trabalhos com a mesma dimensão (art. 461 e parágrafos).

É certo que a lei expressamente alude à diferença de produtividade como critério desequilibratório na remuneração (CLT, art. 461, § 1º).

Todavia, este critério de *discrimen* é puramente fictício no sistema de remuneração por toneladas (ou por conversão de toneladas em metragem).

De fato, o sistema remuneratório em apreço possibilita que dois empregados, em um dia trabalhado em eitos de igual metragem, despendendo o mesmo número de cortes com o podão, percorrendo a mesma distância, realizando o mesmo número de flexões, expondo-se às mesmas intempéries durante a mesma quantidade de horas, sejam remunerados de forma diferente.

Aqui, um único detalhe, praticamente irrelevante, importa em um maior esforço pelo trabalhador que atua no corte da cana “boa”: a circunstância de que este carregará em seus braços, a cada ida e vinda das ruas laterais para a rua central, ligeira quantidade mais pesada de feixes de cana em relação ao trabalhador que atua no corte da cana “ruim”.

Este aspecto, de somenos importância no contexto global da situação, não induz à existência de um liame de correlação lógica entre o fator discriminatório das remunerações diferenciadas e uma finalidade jurídica, o que caracteriza a diferença remuneratória em questão como ilícita.

III.IV. A função social da propriedade rural

É verossímil associar as diversas mortes nos canaviais por parada cardíaca e inúmeros casos de encurtamento da vida profissional à exaustão decorrente do trabalho, mormente quando os exames médicos admissionais ou periódicos não sinalizam problemas cardíacos no trabalhador. Grupo móvel do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego, em novembro de 2007, chegou a se deparar com a hospitalização de 30 cortadores de cana devido a

mal súbito causado por excesso de trabalho sob sol forte na usina Renascença, em Itararema (SP)⁽²⁰⁾.

Conforme amplamente abordado no decorrer deste estudo, a sistemática da remuneração por tonelada é um substancial fator no desencadeamento do quadro extenuante; na medida em que o cortador labora sem a noção do valor do seu dia de trabalho, tenderá a trabalhar até o limite de suas forças, a fim de garantir seu sustento no momento presente e na entressafra, inclusive inobservando, por iniciativa própria, as pausas determinadas pela NR-15.

Sem dúvida, a mera substituição do sistema remuneratório por tonelada pelo sistema remuneratório por metragem, por si, não é a garantia derradeira do fim dos acidentes de trabalho envolvendo cortadores de cana-de-açúcar, pois a tão só continuidade do sistema remuneratório por produtividade já é o bastante para induzir ao trabalho fatigante.

Todavia, qualquer medida tendente a tornar minimamente previsível o valor do dia trabalhado já importa, inequivocamente, em redução dos riscos de acidentes de trabalho, na medida em que possibilitará ao empregado dar-se por satisfeito após a consecução de sua meta pessoal diária, além de permitir-lhe administrar melhor o seu tempo de trabalho.

Desse modo, a supressão do mecanismo remuneratório com base na tonelada de cana-de-açúcar cortada (ou na tonelada convertida em metragem) significa medida acautelatória que encontra guarida no princípio ambiental da precaução (CF, arts. 170, VI, e 225, § 1º, V; Lei n. 9.605, art. 54, § 3º), bem como nas normas que, ancoradas no direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF, art. 7º, XXII), tutelam a saúde do trabalhador rural.

Neste sentido, um amplo universo normativo socorre a supressão do sistema remuneratório por toneladas dos cortadores de cana, a começar pelo art. 7º da Convenção n. 181/01 da OIT (ainda não ratificada pelo País, mas com força de direito estrangeiro e caráter de fonte supletiva do direito do trabalho, nos termos do art. 8º, *caput*, da CLT):

(20) Disponível em: <http://www.prt23.mpt.gov.br/noticias/noticia_detalhe.php?seq=2355> Acesso em: 25 jul. 2009.

Art. 7º

No cumprimento da política nacional a que se refere o art. 4º da Convenção, a legislação nacional ou a autoridade competente disporá, levando em conta a dimensão do empreendimento e a natureza de sua atividade, que o empregador:

(a) faça adequadas avaliações de riscos com relação à segurança e à saúde dos trabalhadores e, com base nos resultados obtidos, adote medidas de prevenção e de proteção para garantir que, em todas as condições de utilização previstas, as atividades agrícolas, os locais de trabalho, a maquinaria, equipamentos, produtos químicos, instrumentos e procedimentos sob o controle do empregador sejam seguros e atendam às normas prescritas de segurança e de saúde;

(b) assegure que os trabalhadores na agricultura, levando-se em consideração seu nível de instrução e diferença de línguas, recebam adequado e conveniente treinamento e instruções compreensíveis, em matéria de segurança e de saúde, e orientações ou monitorações necessárias, inclusive informações sobre perigos e riscos inerentes a seu trabalho e as medidas a tomar para sua proteção;

(c) tome providências imediatas para fazer cessar toda operação que ofereça sério e iminente perigo para a segurança e a saúde e evacuar os trabalhadores de maneira adequada.

Igualmente, a NR-31 do Ministério do Trabalho e Emprego enfatiza, em diversos preceitos, o dever de adoção de métodos produtivos menos maléficos à saúde do trabalhador rural:

31.3.3. Cabe ao empregador rural ou equiparado:

a) garantir adequadas condições de trabalho, higiene e conforto, definidas nesta Norma Regulamentadora, para todos os trabalhadores, segundo as especificidades de cada atividade; (C = 131.001-1/14)

b) realizar avaliações dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores e, com base nos resultados, adotar medidas de prevenção e proteção para garantir que todas as atividades, lugares de trabalho, máquinas, equipamentos, ferramentas e processos produtivos sejam

seguros e em conformidade com as normas de segurança e saúde;
(C = 131.002-0/14)

c) promover melhorias nos ambientes e nas condições de trabalho, de forma a preservar o nível de segurança e saúde dos trabalhadores;
(C = 131.003-8/14)

(...)

e) analisar, com a participação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho Rural — CIPATR, as causas dos acidentes e das doenças decorrentes do trabalho, buscando prevenir e eliminar as possibilidades de novas ocorrências; (C = 131.005-4/13)

(...)

l) adotar medidas de avaliação e gestão dos riscos com a seguinte ordem de prioridade:

1. eliminação dos riscos; (C = 131.014-3/13)

2. controle de riscos na fonte; (C = 131.014-3/13)

3. redução do risco ao mínimo através da introdução de medidas técnicas ou organizacionais e de práticas seguras inclusive através de capacitação; (C = 131.014-3/13)

4. adoção de medidas de proteção pessoal, sem ônus para o trabalhador, de forma a complementar ou caso ainda persistam temporariamente fatores de risco. (C = 131.014-3/13)

(...)

31.10.1 O empregador rural ou equiparado deve adotar princípios ergonômicos que visem a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar melhorias nas condições de conforto e segurança no trabalho. (C = 131.193-0/13)

Enfim, afigura-se inegável que, existindo dois critérios tradicionais de determinação do salário por produção de cortadores de cana, a) sendo que um assegura ao trabalhador a ciência do valor do seu dia de trabalho e outro torna imprevisível tal valoração e acentua o risco do trabalho extenuante, b) com diferenças mínimas na forma de exploração da atividade sob a ótica do empregador (que remunera por tonelada em razão de mera comodidade, ao argumento de que toda a cadeia produtiva do açúcar e álcool é quantitativamente avaliada a partir de toneladas produzidas, ou o faz de má-fé, no deliberado propósito de que o trabalhador labore até os limites de seu cansaço ou com o objetivo de manipular a valoração da produtividade dos cortadores), mas com diferenças relevantes, sob a ótica do empregado; incorre o empregador em descumprimento da função social da propriedade rural ao adotar, dentre estas duas opções, a que menos favorece o bem-estar de seus trabalhadores, nos termos do art. 186, IV, da Constituição Federal:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...)

IV — exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

IV. CONCLUSÕES

As estatísticas do INSS revelam que o cultivo de cana-de-açúcar está entre as atividades econômicas com maiores ocorrências de acidentes de trabalho. Em meio a estes números, há o nicho específico da atividade de corte de cana, no qual grassa a remuneração dos trabalhadores pelo critério da tonelada de cana cortada (ou da conversão em metragem do valor da tonelada) em substituição ao antigo critério remuneratório estritamente calcado na metragem linear ou quadrada do eito trabalhado.

A partir de quatro linhas investigativas (cotejo com o direito à informação nas relações de trabalho, com o dever de assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador, com a proibição de discriminação salarial e com o dever de observância da função social

da propriedade rural) foi possível concluir pela ilicitude do critério remuneratório por tonelada, que impossibilita ao cortador de cana valorar o dia trabalhado e incentiva o trabalho extenuante, com reflexos na morte de trabalhadores por exaustão ou no encurtamento de sua vida profissional, não se podendo olvidar, por fim, que a CLT contempla em seu art. 483 o trabalho que implicar perigo manifesto de mal considerável ao trabalhador como hipótese típica de falta grave patronal.

ASPECTOS SOCIOAMBIENTAIS DA EXPANSÃO DA LAVOURA CANAVIEIRA NO BRASIL

Marcello Ribeiro Silva^()*

Resumo: O formidável crescimento da lavoura canavieira no Brasil não tem se pautado, de maneira satisfatória, no desenvolvimento sustentável, pois enquanto a agroindústria da cana tenta transmitir ao mundo a imagem de uma produção ambientalmente correta, em sintonia com a sustentabilidade ambiental global, verifica-se, na prática, a existência de várias mazelas socioambientais relacionadas à cadeia produtiva do etanol. Assim, embora a produção de álcool combustível represente um avanço considerável para a matriz energética, sua contribuição para a preservação do meio ambiente não deve se limitar aos efeitos positivos da substituição dos combustíveis fósseis, devendo ser consideradas as avaliações de sustentabilidade de seu processo produtivo, tanto no que concerne aos aspectos ambientais quanto no que tange aos fatores sociotrabalhistas.

Palavras-Chave: Lavoura de cana-de-açúcar. Expansão. Etanol. Aspectos socioambientais. Natureza.

Abstract: The splendid growth of sugarcane crop in Brazil has not been based, in a satisfactory way, upon sustainable development, because even though the sugarcane agribusiness tries to convey the image of an environmentally correct production, in line with global environmental sustainability, there is, in practice, the variety of social and environmental problems related to the ethanol production chain. Thus, while the production of alcohol fuel represents a considerable step forward the energy matrix, its contribution to the preservation of the environment should not be limited to the positive effects of replacement of fossil fuels,

(*) Procurador do Trabalho lotado na PRT da 18ª Região. Mestrando em Direito Agrário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. *E-mail:* marcello.ribeiro.silva@gmail.com.

but should be considered the assessments of sustainability of its production process, both in regard to environmental issues and in regard to the socio-labor factors.

Keywords: Sugarcane crop. Growth. Ethanol. Social and environmental issues. Nature.

Sumário: 1. Introdução. 2. Destruição da natureza: preço do “atraso” ou do “progresso”? 3. Ciclos de expansão da lavoura canavieira no Brasil. 4. Aspectos ambientais da expansão da lavoura canavieira. 4.1. Pressão sobre o Cerrado. 4.2. Erradicação da vegetação natural/desrespeito às áreas de preservação permanente e de res.erva legal. 4.3. Contaminação dos recursos hídricos. 4.4. Queima da palha da cana. 5. Aspectos sociais da expansão da lavoura canavieira. 5.1. Concentração fundiária. 5.2. Arregimentação de trabalhadores em regiões menos favorecidas e estímulo ao processo migratório. 5.3. Trabalho em condições análogas à de escravo. 5.4. Trabalho exaustivo dos cortadores de cana-de-açúcar. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é reconhecidamente líder em produtividade e tecnologia relacionadas à cadeia produtiva do etanol de cana-de-açúcar. Apesar dos abalos sofridos a partir do fim de 2008, em função do agravamento da crise financeira mundial e da forte queda dos preços do petróleo, a lavoura canavieira destinada à produção de açúcar e álcool combustível continua em franca expansão.

O crescimento da lavoura de cana-de-açúcar é motivado, dentre outros fatores, pelo vasto mercado interno, onde é cada vez mais frequente a fabricação e o uso de automóveis com motores de ciclo Otto, com tecnologia flexível ou *flex fuel*, que a partir de um único alimentador aceita tanto álcool hidratado como gasolina ou qualquer mistura dos dois combustíveis, bem como pelo mercado internacional, premido pela necessidade de reduzir as emissões de gás carbônico, que causa o efeito estufa, em função de compromissos assumidos pelos países desenvolvidos pelo Protocolo de Quioto, e pela queda nos subsídios agrícolas para o açúcar.

Neste cenário, o Brasil consolida-se como o maior produtor de cana-de-açúcar do mundo, com cerca de 1/3 da produção mundial (GONÇALVES, 2008), produzindo, na safra de 2008, 648.973.981 toneladas de cana-de-açúcar, em uma área plantada de 9.418.201 hectares (IBGE, 2009), cabendo ressaltar que a agroindústria brasileira conta com os menores custos de produção de açúcar e álcool por tonelada de cana do mundo, o que muito contribui para sua competitividade no mercado internacional (GONÇALVES, 2008).

Não obstante o vertiginoso crescimento da lavoura canvieira no Brasil nos últimos 5 ou 6 anos e o aumento formidável da produção de álcool combustível, o papel da expansão da lavoura de cana-de-açúcar no desenvolvimento sustentável regional e local, principalmente perante as comunidades pelas quais se concentram as indústrias e as lavouras canvieiras, não tem merecido a devida atenção por parte dos atores envolvidos no projeto etanol.

Paradoxalmente, enquanto a agroindústria da cana tenta transmitir ao mundo a imagem de uma produção ambientalmente correta, em sintonia com a sustentabilidade ambiental global, verifica-se, na prática, a existência de várias mazelas socioambientais relacionadas à cadeia produtiva do etanol, revelando que o desafio da sustentabilidade não se limita apenas à escolha do combustível que alimenta os motores dos automóveis, dependendo, primordialmente, de um padrão de produção socialmente mais justo e ambientalmente mais equilibrado.

É indene de dúvidas que a produção de álcool combustível representa um avanço considerável para a matriz energética, pois além de renovável, o etanol de cana-de-açúcar contribui para a redução da emissão de gás carbônico e para a eliminação do chumbo tetraetila nos combustíveis, impactando positivamente a qualidade do ar nas grandes metrópoles, contribuindo, conseqüentemente, para a redução do efeito estufa. A contribuição do etanol para a preservação do meio ambiente, no entanto, não pode ser vista apenas a partir do abastecimento dos automóveis, devendo ser consideradas as avaliações de sustentabilidade de seu processo produtivo, vale dizer, aquilo que ocorre antes de o combustível chegar ao tanque dos veículos.

Diante desse contexto, cabe indagar: quais são os impactos da expansão da lavoura canvieira? Essa expansão se verifica apenas sobre as áreas de pastagens degradadas, como alegam os defensores

da monocultura da cana, ou atinge áreas anteriormente ocupadas por outras culturas ou até pelo bioma Cerrado? Quais são os impactos da expansão da lavoura canavieira sobre os pequenos proprietários rurais, mormente em relação àqueles que se dedicam à agricultura familiar? A monocultura da cana tem respeitado as áreas de preservação permanente e de reserva legal? Quais são os impactos da queima da palha da cana-de-açúcar sobre a fauna e a flora e sobre a saúde dos trabalhadores e das populações vizinhas às lavouras? Os direitos sociais dos trabalhadores da agroindústria canavieira estão sendo respeitados? Como são as condições de segurança e saúde laboral dos trabalhadores que se ativam no cultivo e no corte da cana-de-açúcar?

Tendo como pano de fundo o *paper* de José Augusto Pádua (1987), que analisa as origens da ecologia política no Brasil, o ensaio enfoca alguns aspectos socioambientais relacionados à expansão da lavoura canavieira no País, a fim de verificar se esse cenário produtivo consiste apenas em uma proposta de crescimento econômico ou se há preocupações com um desenvolvimento sustentável, na visão concebida pelo relatório *Nosso futuro comum*, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), em 1987, e pelo documento *Agenda 21*, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro, em 1992, para os quais o desenvolvimento sustentável deve considerar as questões sociais, ambientais e econômicas (MASCARENHAS, 2008).

Nesse sentido, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e da experiência do autor na área de tutela da ordem jurídica trabalhista, o ensaio pretende verificar se o projeto brasileiro do etanol tem se pautado pela preservação do meio ambiente e pelo respeito aos direitos sociais dos trabalhadores envolvidos na agroindústria da cana.

2. DESTRUIÇÃO DA NATUREZA: PREÇO DO “ATRASSO” OU DO “PROGRESSO”?

José Augusto Pádua (1987) observa que na formação do pensamento sobre a ecologia política brasileira, destacam-se quatro

posturas diferentes em relação à natureza: a primeira consistente em um elogio retórico e laudatório do meio ambiente, indiferente e, às vezes, cúmplice com a realidade de sua devastação; a segunda baseada no elogio da ação humana em abstrato, sem considerar suas consequências destrutivas; a terceira consistente na crítica à destruição da natureza, propondo como solução a modernização do País segundo os termos da civilização urbano-industrial; e a última ancorada na crítica da destruição da natureza, sugerindo como solução a busca de um modelo alternativo e independente de desenvolvimento nacional.

Enfatiza que a maioria dos autores que se inserem no que ele denomina “tradição crítica” do pensamento brasileiro em relação à questão da natureza alinha-se com a terceira postura, como é o caso de *José Bonifácio*, *Joaquim Nabuco* e *André Rebouças*, enquanto a quarta corrente é representada por *Alberto Torres*.

Ressalta que a concepção de projeto social de *José Bonifácio* propõe a inauguração de um novo tipo de relacionamento entre o homem e a natureza no Brasil. Em sua acepção, a natureza não era algo a ser contemplado e preservado em sua pureza original, senão um recurso básico a ser usado para o desenvolvimento social e material. Enfatiza que *José Bonifácio* relaciona a destruição da natureza à escravidão, que era condenável por motivos éticos, jurídicos e, principalmente, por ser maléfica à nação brasileira. Relewa que *José Bonifácio* não via antagonismo entre crescimento econômico e preservação ambiental, desde que esse crescimento estivesse fundamentado em uma utilização racional e não predatória dos recursos naturais, vale dizer, um desenvolvimento econômico real implicaria um novo relacionamento com a natureza no Brasil.

Percebe-se, pelo exposto, que *José Bonifácio* relacionava a destruição do meio ambiente ao “atraso” experimentado pela sociedade brasileira durante o período colonial e mesmo após a proclamação da independência, “atraso” que tinha ligação direta com o latifúndio e com o sistema escravagista, razão pela qual ele acreditava que o progresso pautado na utilização racional dos recursos naturais, no estabelecimento de uma economia baseada na pequena propriedade e no trabalho livre e autônomo acarretaria a preservação da natureza.

Enfatiza *José Augusto Pádua*, por outro lado, que *Alberto Torres*, no início do século XX, não via como problema apenas discutir o “atraso” do Brasil, mas também verificar o modelo que servia de “progresso” para a nação brasileira, uma vez que a marcha civilizatória encerra uma contradição básica, consistente no fato dela acelerar a extinção dos recursos naturais finitos do planeta terra⁽¹⁾. Enfatiza que, além da destruição da natureza, outro problema que impedia a execução do projeto nacional que *Alberto Torres* concebeu para o País era a destruição do trabalhador. Na concepção de Torres, portanto, o Brasil deveria seguir uma política própria e alternativa de desenvolvimento, fundamentada na conservação da natureza e na proteção do trabalhador, o que deveria ser feito mediante práticas de reflorestamento e conservação dos recursos naturais, assim como através de medidas protetivas dos trabalhadores, principalmente dos rurais, envolvendo benefícios legislativos e financeiros.

Para *Alberto Torres*, portanto, ao contrário do que entendia *José Bonifácio*, a destruição do meio ambiente estava diretamente relacionada ao “progresso” ou ao modelo de progresso escolhido pela civilização, pelo que conclui *José Augusto Pádua* que “a exploração predatória, que era considerada o ‘preço do atraso’, passou a ser considerada o ‘preço do progresso’” e que a discussão sobre a relação entre o uso dos recursos naturais e o modelo de desenvolvimento ainda é relevante nos dias atuais, pois a modernização capitalista, ao contrário do que previa *André Rebouças*, intensificou, em vez de extinguir, os problemas relativos à degradação ambiental e ao mal-estar social do Brasil.

Cabe relevar, a propósito, que a Constituição Federal, em seu art. 170, VI, estatui que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo observar, dentre outros, o princípio da defesa do meio ambiente. É evidente, portanto, a intenção do legislador constituinte em conciliar a

(1) Ressalta *Alberto Torres* (1978, p. 174 e 91, *apud* PÁDUA, 1987) que “A civilização humana é produto do sacrifício da Terra ao impulso de cobiças incontidas. [...] O homem tem sido um destruidor implacável e voraz das riquezas da terra. Toda a vida histórica da humanidade tem sido uma vida de devastação e esgotamento do solo, de incêndio de tesouros e de florestas, de saque de minérios ao seio da terra, de esterilização da sua superfície”.

ordem econômica com a preservação ambiental, segundo o conceito de desenvolvimento sustentável, “cuja meta consiste em buscar a aliança entre o desenvolvimento econômico e o aproveitamento racional e ecologicamente sustentável da natureza” (MASCARENHAS, 2008, p. 85), estando claro que a Carta Política não vê antagonismo entre progresso econômico e preservação do meio ambiente.

Verifica-se, ainda, do art. 170 da CF, que a ordem econômica brasileira assenta-se sobre dois pilares básicos, consistentes na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, caracterizando o sistema econômico pátrio como capitalista, tendo esses sustentáculos da ordem econômica o fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ora, não há se falar em existência digna sem levar em conta a qualidade do meio ambiente, razão pela qual a ordem econômica relaciona-se diretamente com o art. 1º, III, da CF, que estabelece como princípio fundante da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, bem como com o art. 225, *caput*, do mesmo *Codex*, que estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos (MARQUES, 1999).

Assim, cabe ao Estado e à coletividade em geral, valendo-se dos instrumentos que o direito lhes assegura, garantirem o mandamento constitucional que determina a preservação e a defesa do meio ambiente, de forma que se concilie o progresso econômico com a preservação da natureza, pautando-se no desenvolvimento sustentável, que consiste “na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras” (SILVA, 2003, p. 26), dever que exsurge do art. 225, *caput*, da CF.

Destarte, considerando que o progresso econômico não pode ser sinônimo de destruição do meio ambiente, nem obstáculo ao exercício dos direitos sociais trabalhistas, o ensaio procura verificar se o projeto econômico do etanol brasileiro pauta-se, efetivamente, pela preservação do meio ambiente e pelo respeito aos direitos sociais dos trabalhadores que labutam na agroindústria da cana, em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável, que empresta o mesmo grau de importância aos aspectos econômico, social e ambiental do desenvolvimento.

3. CICLOS DE EXPANSÃO DA LAVOURA CANAVIEIRA NO BRASIL

O cultivo da cana-de-açúcar no Brasil data do século XVI, início do período colonial. Com base na experiência acumulada com a produção açucareira nas ilhas da Madeira e de São Tomé, os portugueses procuraram estimular o cultivo da cana e a construção de engenhos, no Brasil, a partir de 1530, processo que se intensificou, de fato, entre os anos 1580 e 1620, quando o crescimento acelerado da produção brasileira de açúcar ultrapassou o de todas as demais regiões abastecedoras do mercado europeu, iniciando-se, efetivamente, a fase de colonização (SHWARZ, 2008). Em meados do século XVII, o Brasil tornou-se o maior produtor de cana-de-açúcar do mundo, destinando sua produção para o abastecimento da Europa, num ciclo de cerca de 150 anos de duração.

Cabe relevar que os ciclos iniciais de expansão da lavoura de cana-de-açúcar no Brasil acarretaram o avanço da fronteira agrícola sobre áreas naturais, mormente sobre aquelas localizadas no bioma Mata Atlântica, que nos dias atuais ocupa apenas 7% de sua cobertura primitiva, além de deixar como herança práticas agrícolas arcaicas, que acarretaram o uso indevido e a contaminação dos corpos d'água (RODRIGUES; ORTIZ, 2006) e relações trabalhistas fundamentadas na exploração do trabalho escravo.

A partir de 1930, com a criação do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), verificou-se o fim das pequenas unidades produtivas, denominadas “engenhos banguês”, em decorrência, principalmente, das políticas públicas adotadas pelo referido instituto, que incentivaram o atual modelo de grandes usinas, acarretando a concentração de terras, rendas e de poder político nas mãos dos usineiros (PAIVA, 2008).

Um novo ciclo de expansão da lavoura canavieira teve início na década de 70, quando o governo militar, motivado pela crise do petróleo, baixou o Decreto-Lei n. 76.793, de 14.11.1975, criando o Programa Nacional do Alcool (PROÁLCOOL), com o objetivo de estimular a produção de álcool, visando ao atendimento da demanda interna e à redução da importação de petróleo para a produção de gasolina e derivados.

O PROÁLCOOL, baseado em uma forte política pública de financiamentos subsidiados por entidades federais de crédito, possi-

bilitou uma enorme ampliação da estrutura produtiva até então existente, principalmente no interior do Estado de São Paulo, fortalecendo a tradicional estrutura da agroindústria canavieira, pautada na produção integrada, nas grandes propriedades rurais e no paternalismo do Estado (GONÇALVES, 2005).

Já no início do PROÁLCOOL foram constatados vários problemas ambientais nas áreas produtoras de cana-de-açúcar, mormente no que dizia respeito ao gerenciamento dos resíduos da produção de álcool. Houve notícias de que a vinhaça, principal resíduo da produção de etanol, era lançada diretamente nos mananciais das regiões produtoras, causando fortes impactos ambientais, principalmente no interior paulista, que tinha a maior concentração de destilarias (PAIXÃO, 1995, *apud* OBERLING, 2008). Verificou-se, ainda, o avanço dos canaviais sobre a Mata Atlântica, bem como sobre as pequenas propriedades dedicadas às lavouras de subsistência dos trabalhadores, acarretando o êxodo rural (PAIVA, 2008) e o processo de favelização.

O período é marcado pelo intenso nível de exploração da mão de obra necessária ao cultivo e à colheita da cana-de-açúcar. Dentre outros motivos, a enorme quantidade de trabalhadores disponíveis acarretou o pagamento de baixos salários por metro de cana cortada; jornadas de trabalho excessivas; fornecimento de comida fria aos trabalhadores, fato que serviu para lhes impingir a alcunha de “boias-frias”; transporte inseguro e desconfortável, dentre outras precárias condições, que deixaram evidente que o trabalhador era visto como mera mercadoria (SANTOS; PIETRAFESA; CAMPOS, 2009).

Pouco mais de 10 anos após o lançamento do PROÁLCOOL, entre 1986 e 1989, mais de 90% dos automóveis fabricados no País eram movidos a álcool hidratado, atingindo a produção de etanol o total de 12,3 bilhões de litros na safra de 1986-87. O ciclo do PROÁLCOOL, no entanto, acabou no final da década de 80, motivado por uma crise de governança e de confiabilidade do setor sucroalcooleiro, gerada pelo desabastecimento do imenso mercado interno, motivado principalmente pelo aumento da demanda e estagnação da oferta de álcool combustível, em função do desvio de matéria-prima para a produção de açúcar, visando à exportação, em razão da queda do preço do petróleo (OBERLING, 2008) e pela redução dos financiamentos públicos para o setor. O resultado foi o desabastecimento do

álcool combustível no fim de 1989, acarretando longas filas nos postos de todas as cidades brasileiras (RODRIGUES; ORTIZ, 2006).

Pode-se dizer que o setor sucroalcooleiro passou a viver um novo momento econômico a partir dos anos 2000, sobretudo a partir de 2003, motivado por uma série de fatores, dentre os quais se destacam: aumento dos preços do petróleo no mercado internacional; crescente reconhecimento pelo mundo das consequências ambientais provocadas pelo aquecimento global e sua íntima relação com o consumo de combustíveis fósseis; competitividade dos custos de produção do etanol de cana-de-açúcar em relação ao preço médio do petróleo;⁽²⁾ o fato de o álcool derivado da cana-de-açúcar ser a melhor opção de biomassa energética em termos de produtividade por unidade de área e balanço energético, pois enquanto o etanol do milho, produzido nos Estados Unidos, apresenta um balanço de 1,2 a 1,4, o da cana-de-açúcar é superior a 8; e ampliação do mercado interno, em função do aumento da produção de carros com motores *flex fuel*, que no final de 2007, responderam por 86,1% dos veículos leves (automóveis e comerciais leves) fabricados no Brasil, totalizando mais de 1,857 milhões de unidades (OBERLING, 2008).

O cenário experimentado desde 2003 acarretou um expressivo aumento da lavoura de cana-de-açúcar no País. Segundo dados do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, na safra 2006/2007, a cana-de-açúcar foi cultivada em 6,1 milhões de hectares, atingindo uma produção de 474 milhões de toneladas (OBERLING, 2008), enquanto que na safra de 2008, foram produzidas quase de 649 milhões de toneladas de cana-de-açúcar, o que representa um aumento de 73,03%, em uma área plantada de 9,4 milhões de hectares, o que equivale a um aumento de 64,89% em relação à safra 2006/2007 (IBGE, 2009).

A expansão da lavoura canavieira nas últimas safras avança sistematicamente sobre a Região Centro-Oeste, principalmente sobre

(2) A queda do preço do petróleo no mercado internacional, em decorrência da crise financeira mundial vivida a partir do segundo semestre de 2008, não retira a competitividade do etanol frente ao petróleo, desde que o preço do barril não fique abaixo dos U\$ 30,00 (trinta dólares), como ocorre atualmente, conforme estudo realizado pela UNICAMP (Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. *Estudo sobre as possibilidades e impactos da produção de grandes quantidades de etanol visando à substituição parcial de gasolina no mundo — Relatório Final*. Núcleo Interdisciplinar de Planejamento Energético, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005).

o Estado de Goiás, que teve uma ampliação de 81% da área plantada entre as safras de 1999/2000 e 2003/2004 (IEL, 2006). Esse crescimento foi ainda mais vertiginoso nos últimos anos, quando a área plantada de cana-de-açúcar, no Estado de Goiás, saltou de 174.756 hectares, em 2005, (MENDONÇA, 2008, a), para 576.110 hectares, em 2008 (IBGE, 2009), o que representa um aumento superior a 330% em apenas 3 anos, levando o Estado de Goiás à quarta posição nacional no ranking de produção de cana-de-açúcar, com 5,1% da produção nacional (IBGE, 2009). De acordo com o Sindicato da Indústria de Fabricação de Açúcar do Estado de Goiás (SIFAE), a safra de 2008/2009 conta com 27 usinas em operação no Estado, mas há previsão de que o total de usinas chegue a 55 até 2012, havendo ao todo 97 projetos de novas usinas, com incentivos fiscais aprovados pelo governo estadual (MENDONÇA, 2008, a).

A expansão da lavoura de cana para a Região Centro-Oeste, que decorre, dentre outros fatores, da política de subsídios fiscais, da posição estratégica e da abundância e declividade das terras da região, tende a pressionar o bioma Cerrado, com possibilidade de comprometimento dos recursos naturais, das populações rurais locais e da segurança alimentar da região (ISPN, 2009), o que causa bastante preocupação na comunidade ambientalista, principalmente porque o Cerrado não recebe a mesma atenção governamental dispensada à Amazônia.

Verificados os ciclos de expansão da lavoura canavieira no Brasil, o ensaio procura analisar, em seguida, se esse crescimento está calcado na preservação do meio ambiente, procurando identificar os principais impactos causados pela agroindústria da cana na natureza.

4. ASPECTOS AMBIENTAIS DA EXPANSÃO DA LAVOURA CANAVIEIRA

Apesar de toda a modernização tecnológica por que passou a agroindústria da cana nas últimas décadas, ainda se atribui à expansão da monocultura da cana-de-açúcar a responsabilidade por vários problemas ambientais, dentre os quais se destacam, por sua relevância, a pressão sobre áreas remanescentes de biomas importantes, como o Cerrado; a erradicação da vegetação natural e de sua biodiversidade;

o desrespeito às áreas de preservação permanente e de reserva legal; a contaminação dos recursos hídricos por agrotóxicos e resíduos industriais; e os problemas ambientais e de saúde pública e ocupacional decorrentes da queima da palha da cana, aspectos a seguir abordados.

4.1. Pressão sobre o cerrado

A expansão da lavoura da cana-de-açúcar durante o ciclo do Proálcool se deu, basicamente, sobre áreas utilizadas pela pecuária extensiva e por culturas agrícolas anuais, em um processo que pouco pressionou o deslocamento da lavoura canavieira em direção a novas fronteiras. O novo ciclo de crescimento da agroindústria da cana verificado nos últimos anos, que ensejou a busca por novas áreas de produção, no entanto, pode acarretar a ocupação direta de novas áreas naturais, além do deslocamento de parte da pecuária e de outras culturas para regiões de fronteira agrícola, com a consequente destruição da vegetação natural, causando sérios impactos sobre a biodiversidade (RODRIGUES; ORTIZ, 2006).

Na visão dos produtores de açúcar e álcool, as áreas atualmente ocupadas pela pecuária e por culturas menos rentáveis apresentam um grande potencial para expansão da lavoura canavieira. Segundo Eduardo Pereira de Carvalho, ex-presidente da União da Agroindústria Canavieira de São Paulo (ÚNICA), a tecnologia disponível permite a produção na região do Cerrado, o que representaria, em suas próprias palavras, mais de 70 milhões de hectares para o cultivo da cana-de-açúcar (RODRIGUES; ORTIZ, 2006).

O prognóstico de expansão da lavoura canavieira feito pelos produtores causa muita preocupação à comunidade ambientalista⁽³⁾. Estudo realizado pelo Instituto Sociedade, População e Natureza (ISPN), com recursos da comunidade europeia, detectou situações que apontam riscos para a biodiversidade, a água e o clima na região do

(3) Ressalta Ricardo Barbosa de Lima (1999, p. 17) que “a forma de pensar o Cerrado não é consensual; é antes caracterizada por uma disputa entre os que pensam o Cerrado como uma fronteira agrícola a ser ocupada e por aqueles que o pensam como um bioma/hábitat a ser preservado. Esta dissensão não é resultado só do processo histórico de ocupação. Antes de tudo, as maneiras diferenciadas de pensar o Cerrado balizam-se nos paradigmas que alicerçam as formas de conceber o progresso técnico e a relação sociedade-natureza”.

bioma Cerrado,⁽⁴⁾ citando como exemplo os Municípios goianos de Goianésia e Barro Alto, com área de cerca de 2,5 mil quilômetros quadrados, considerada como de prioridade muito alta para o fomento e o uso sustentável, pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), a qual já se encontra dominada pela cultura da cana, situação que se repete em outros locais do Estado de Goiás (ISPN, 2009).

A pressão da lavoura canavieira sobre o Cerrado realmente é motivo de preocupação, principalmente ao se considerar que a região do referido bioma é estratégica para a agroindústria da cana, por ser abundante em oferta de terrenos com declividades aceitáveis para a mecanização, fartura de recursos hídricos, solos com fertilidade corrigida e disponibilidade de mão de obra, inclusive migrante, para as grandes colheitas manuais (COUTO, 2008). Talvez por essa razão, o estudo realizado pelo ISPN apresenta a tendência da expansão da cultura da cana-de-açúcar para os Estados de Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Tocantins (ISPN, 2009).

Além de que, o governo não apresenta um plano para se preservarem importantes áreas do Cerrado. Como ressalta *Nilo D'ávila*, assessor de políticas públicas do ISPN, enquanto o governo fala em evitar a expansão da lavoura canavieira para a Amazônia, o canalial avança de forma rápida e descontrolada sobre o Cerrado⁽⁵⁾. Ao contrário da Amazônia, o Cerrado não dispõe de um sistema de vigilância permanente ou tampouco de uma política pública que conjugue o crescimento econômico com a preservação de áreas importantes para a manutenção dos recursos ambientais do bioma (ISPN, 2009). Além da destruição de áreas do cerrado, a expansão da lavoura canavieira também substitui áreas de produção de alimentos e de criação de gado, pressionando, conseqüentemente, a fronteira agrícola para a Região Amazônica (MENDONÇA, 2008, a).

(4) O bioma Cerrado é conhecido como "pai das águas", pois ele abastece as principais bacias hidrográficas do País. Com cerca de dois milhões de quilômetros quadrados, o Cerrado localiza-se entre a Amazônia, a Mata Atlântica, o Pantanal e a Caatinga, incluindo os Estados de Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Distrito Federal, Tocantins, sul do Maranhão, oeste da Bahia e parte do Estado de São Paulo (MENDONÇA, 2008, a).

(5) Estudos indicam que, a cada ano, cerca de 22 mil quilômetros quadrados de Cerrado são desmatados, estimando-se que mais da metade da região já tenha sido devastada (MENDONÇA, 2008, a).

Outrossim, caso o ritmo de expansão da lavoura canavieira continue acelerado, como ocorre atualmente, novas áreas de Cerrado nos Estados de Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul poderão ser incorporadas pela cana-de-açúcar, aumentando a pressão sobre a biodiversidade já bastante impactada do bioma Cerrado, com reflexos, inclusive, sobre a Amazônia, para onde poderão ser transferidas atividades agropecuárias exercidas no Cerrado.

4.2. Erradicação da vegetação natural/desrespeito às áreas de preservação permanente e de reserva legal

A poderosa atração econômica e política exercida pela agroindústria da cana sobre as terras produtivas e de topografia favorável à colheita mecanizada situadas próximas às usinas provocou a marginalização de outras atividades agrícolas, que não puderam competir com a cana-de-açúcar, fazendo com que sua produção ocupasse mais de 90% da área agrícola da maioria dos Municípios canavieiros do Estado de São Paulo (VIAN; MORAES; GONÇALVES, 2009), maior produtor de açúcar e álcool do Brasil.

A fragmentação florestal, que provoca a redução da área de ecossistemas florestais, e, por consequência, a perda da diversidade animal e vegetal, é um dos fenômenos mais graves da expansão da monocultura sobre a fronteira agrícola do País. Para se ter uma ideia da dimensão do problema no Estado de São Paulo, pesquisa realizada por *Gonçalves* e *Castanho Filho* demonstra que dos 18,9 milhões de hectares agricultáveis do Estado, 4,4 milhões deveriam ser destinados à conservação da biodiversidade, consistentes nas áreas de reserva legal e de preservação permanente. Acontece, porém, que somente 700 mil hectares de terras possuem essa destinação naquela unidade da Federação, o que resulta em um débito de 3,7 milhões de hectares (GONÇALVES; CASTANHO FILHO, 2006).

Verifica-se, no mesmo sentido, que a maioria dos Municípios tidos como canavieiros no Estado de São Paulo, como Barrinha, Dumont, Guariba, Jaboticabal e Pradópolis, possui atualmente menos de 1% de cobertura vegetal natural, o que revela uma relação íntima entre a monocultura da cana e a degradação dos ecossistemas (ALVES *et al.*, 2003).

As áreas de preservação permanente, que compreendem, segundo a Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), o conjunto de matas ciliares, de encostas, de cabeceiras de rios e nascentes, sendo, destarte, indispensáveis à preservação dos corpos d'água e da biodiversidade, foram extremamente devastadas pela expansão abusiva da lavoura canavieira no Estado de São Paulo (GONÇALVES, 2008).

No mesmo sentido, as áreas de reserva legal, reputadas pelo Código Florestal como aquelas necessárias ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativa, foram praticamente extintas nas terras ocupadas pela cultura da cana-de-açúcar no Estado de São Paulo (GONÇALVES, 2005).

Embora a pesquisa se ressinta de dados relativos a outras unidades da Federação, a destruição das áreas de reserva legal e a devastação das áreas de preservação permanente pela lavoura da cana no principal Estado produtor de açúcar e álcool do País é fator de grande preocupação, fazendo crer que a preservação ambiental não pode ser conciliada com o progresso econômico, tal como preconiza o princípio do desenvolvimento sustentável, agasalhado pela Carta Magna de 5.10.88.

4.3. Contaminação dos recursos hídricos

O processo de produção industrial do etanol de cana-de-açúcar gera importantes efluentes líquidos, que podem ser, eventualmente, lançados nos corpos d'água, dos quais o mais importante em volume e em possibilidade de impacto ambiental negativo é o vinhoto, também conhecido como vinhaça ou restilo.

A vinhaça, produzida a uma proporção média de 13 litros para cada litro de álcool, constitui um dos mais volumosos resíduos da agroindústria canavieira, perdendo apenas para o bagaço da cana. Constituída principalmente de água, sais sólidos em suspensão e solúveis, a vinhaça apresenta pH entre 4,0 e 4,5, sendo seu poder poluente cerca de cem vezes maior que o do esgoto doméstico. Por se tratar de um dos resíduos poluidores mais ácidos e corrosivos dentre os existentes, a vinhaça resiste a qualquer tipo de tratamento dos

comumente empregados para resíduos industriais, representando a busca por uma destinação adequada do produto um dos maiores desafios para o setor sucroalcooleiro. Até a descoberta de seu potencial como fertilizante, em meados da década de 80, a vinhaça era usualmente descartada em rios ou áreas de sacrifício, provocando grande poluição e matança de peixes, além de incômodo às populações vizinhas, em função do mau cheiro do produto (GONÇALVES, 2008).

A utilização da vinhaça e da água de descarte como fertilizantes na lavoura canavieira, no entanto, não garante total, proteção contra a contaminação de aquíferos subterrâneos, pois conforme estudo realizado por *Gonçalves e Alves (2003, apud VIAN; MORAES; GONÇALVES, 2009)*, esse uso ainda é feito a critério de cada empresa ou produtor, pois a legislação sobre o assunto é muito genérica. Assim, a forma de distribuição e a quantidade aplicada variam muito de uma usina para outra, o que torna a situação preocupante. Pesquisas apontam que as áreas onde a colheita ocorre sem a queima da palha da cana absorvem mais líquido do que as áreas onde se praticam as queimadas, sendo poucas as usinas que consideram tal fato na aplicação de resíduos líquidos no campo, significando que pode estar havendo contaminação de lençóis aquíferos subterrâneos, não só pelos referidos resíduos, mas também por agrotóxicos e adubos sintéticos.

Os agrotóxicos, por sua vez, representam um alto risco ao meio ambiente, em razão de sua interferência nas cadeias ecológicas, além de constituir um perigo real à saúde das populações locais, em função da possibilidade de contaminação das águas. Pesquisas dão conta de que a maioria dos habitantes dos Municípios canavieiros no Estado de São Paulo consome água captada em rios da região, cujo tratamento não retém as substâncias tóxicas, enquanto outra parte recebe água de aquíferos subterrâneos, cujas áreas de recarga estão cobertas pelos canaviais (ALVES *et al.*, 2003).

4.4. Queima da palha da cana

A queima da palha da cana é uma das práticas de manejo mais arcaicas dentro da cadeia produtiva do etanol e do açúcar. A prática

de queimar a folha da cana, como preparo para a colheita, foi uma forma encontrada no passado para solucionar o problema do aumento da área plantada de cana, sem o respectivo aumento dos custos com mão de obra para a colheita, uma vez que a produtividade do trabalhador aumenta consideravelmente na colheita da cana queimada.

Com a inovação da queima, a produtividade do trabalho do cortador de cana-de-açúcar cresceu de 2,5 toneladas por dia para 4 toneladas diárias, sendo introduzido, no mesmo período, o pagamento por produção, com o fim de aumentar a produtividade dos cortadores de cana, que até então recebiam por dia trabalhado⁽⁶⁾. Com a mudança no sistema de remuneração, a queima da palha da cana tornou-se peça-chave para os cortadores que, em razão dos baixos salários, passaram a ver nessa forma de manejo uma grande aliada (VIAN; MORAES; GONÇALVES, 2009).

Embora parte do setor sucroalcooleiro ainda defenda o uso da queima da palha da cana, sob o argumento de que tal prática facilita o processo de colheita, torna possível a geração de milhares de empregos, traz segurança ao trabalhador rural e não impacta negativamente o meio ambiente, por se tratar de um processo rápido, localizado e controlado, o uso do fogo nos canaviais tem sido contestado por engenheiros, biólogos, cientistas, médicos e ambientalistas.

Estudos realizados por *Goulart (1998)*, *Bohn (1998)* e *Silva & Frois (1998)*, citados por *Nery (2000, apud GONÇALVES, 2001)*, alertam para os graves riscos que a queima dos canaviais representa para a saúde humana. Advertem que são vários os problemas respiratórios causados por compostos orgânicos gerados pela combustão da palha, como os hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPAs), compostos altamente cancerígenos, encontrados entre os gases que compõem a fumaça da queima da palha da cana.

(6) Segundo matéria publicada pela *Folha de S. Paulo*, de 13.5.2007, a produtividade diária dos cortadores de cana-de-açúcar nas lavouras paulistas teve alta de 7,89%, passando de 10 toneladas por dia, sendo que de 2003 a 2006 o total de toneladas de cana colhida diariamente por trabalhador cresceu em 23 de 34 Escritórios de Desenvolvimento Rural, período em que foram contabilizadas 15 mortes de trabalhadores rurais supostamente por exaustão. Ainda segundo a matéria, para a socióloga Maria Aparecida de Moraes Silva, da UNESP, “a relação entre as mortes e o aumento da produtividade é direta” (LANGOWSKI, 2007, p. 6).

Em parecer técnico sobre a exposição aos HPA's presentes na fuligem oriunda da queima da cana e sua relação com a ocorrência de câncer, pesquisadores da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) concluíram que os HPA's representam um enorme perigo à saúde dos trabalhadores que cortam cana queimada, tanto por inalação da substância tóxica quanto pela via dérmica, com riscos de intoxicação e de desenvolvimento de câncer (GOULART, 1998, *apud* GONÇALVES, 2008).

Estudos também comprovam que há relação entre as queimadas dos canaviais e a morbidade respiratória das populações vizinhas (ARBEX, *apud* LANGOWSKI, 2007). Além das doenças, a queima da cana ainda provoca desassossego, compromete o bem-estar e o conforto das populações, a par de sujar o meio ambiente e de afetar o bem-estar físico e psíquico das pessoas.⁽⁷⁾

Não bastassem todos esses problemas, as queimadas representam uma enorme ameaça ao meio ambiente. Com efeito, a queima da cana aumenta a temperatura da terra, reduzindo a umidade natural dos solos, o que acarreta uma maior compactação e perda da porosidade da terra, além de levar à polimerização de suas substâncias húmicas e à perda de nutrientes, quer pela atmosfera, através da combustão, quer pelas águas, por posterior lavagem e lixiviação (GONÇALVES, 2008).

As queimadas ainda causam grande impacto à fauna, pois, apesar de o fogo ser efêmero, ele é suficiente para destruir uma variedade ainda incalculável de espécimes, desde insetos até predadores maiores, provocando um desequilíbrio ecológico ainda mais grave que a própria prática da monocultura. *Langowski* (2007) informa que, de acordo com a Polícia Ambiental paulista, que desde 2002 realiza um trabalho de constatação de danos causados à fauna pelas queimadas, é comum se encontrarem muitos animais mortos, moribundos ou abalados pelo calor, fumaça e fogo, além de uma quantidade

(7) Segundo Sparovek (*apud* LANGOWSKI, 2007), nas épocas das queimadas dos canaviais, as casas e os prédios das cidades ficam, comumente, cobertos de pó preto e particulado, trazido pelas correntes de ar de longa distância, podendo ser vistas no horizonte, ao entardecer, volumosas colunas de fumaça subindo pelo céu, como se fosse uma explosão nuclear.

incalculável de pequenos animais, cujo desaparecimento na queimada não deixa qualquer vestígio.

Como ressaltado anteriormente, parte do setor sucroalcooleiro defende a utilização das queimadas dos canaviais como forma de manter o corte manual, que emprega milhares de trabalhadores nas regiões produtivas, alegando que os empregados não se dispõem a colher a cana crua, pois, além do baixo rendimento do corte, ainda há o risco provocado por animais peçonhentos.

Esses argumentos, no entanto, não convencem. Primeiro, porque o corte de cana crua demanda, no mínimo, três vezes mais trabalhadores do que o corte da cana queimada, podendo, portanto, ser triplicado o número de empregos na colheita. Segundo, porque os trabalhadores já realizam o corte da cana crua para o plantio, comprovando que a colheita manual da cana não queimada é perfeitamente viável, desde que sejam pagos salários justos e fornecidos os equipamentos de proteção individual adequados.

Por outro lado, as condições ambientais de trabalho do cortador da cana queimada são bem mais insalubres do que as do cortador da cana crua, a começar pela temperatura no canavial queimado, que chega facilmente aos 40° C, sem falar na fuligem da cana, que contém substâncias cancerígenas, passíveis de penetração no organismo do trabalhador pelas vias respiratórias e pela pele.

Finalmente, embora seja notória a importância do emprego no corte da cana-de-açúcar, faz-se necessário discutir sob quais condições esse trabalho é executado, a fim de verificar se sua eliminação não seria mais benéfica do que maléfica, mormente se fossem criadas condições para absorção dessa mão de obra em outras atividades.

Com efeito, estudo realizado pelo professor adjunto do Departamento de Engenharia da Universidade Federal de São Carlos, *Francisco Alves* (2006), revela que um cortador de cana em um dia de trabalho: caminha 8,8 km; despende 133.332 golpes de facão (podão); carrega 12 toneladas de cana em montes de 15 kg, em média, fazendo, portanto, 800 trajetos e 800 flexões, carregando 15 kg nos braços por uma distância de 1,5 a 3 metros; faz aproximadamente 36.630 flexões e entorses torácicas, para golpear a cana; e perde, em média, 8 litros

de água, por realizar essa atividade sob o sol forte do interior paulista e sob os efeitos da poeira e da fuligem, trajando uma indumentária que, a par de protegê-lo da cana, aumenta sua temperatura corporal.

Por essas razões os cortadores de cana passaram a ter uma vida útil de cerca de 10 anos (RODRIGUES; ORTIZ, 2006), que é inferior à do período da escravidão, sendo, inclusive, registradas ocorrências de morte de cortadores de cana, no Estado de São Paulo, por suposta exaustão (*Folha de S. Paulo*, de 13.5.2007, citada por LANGOWSKI, 2007).

Ressalta-se que o art. 16 do Decreto n. 2.661/98, que regulamenta o art. 27 do Código Florestal, estatui que o emprego do fogo, como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar em áreas passíveis de mecanização da colheita,⁽⁸⁾ será eliminado de forma gradativa, não podendo a redução ser inferior a um quarto da área mecanizável de cada unidade agroindustrial ou propriedade não vinculada a unidade agroindustrial, a cada período de cinco anos, contados da data de publicação do decreto.

Fazendo-se os cálculos, chega-se à conclusão de que a possibilidade de utilizar as queimadas nas lavouras de cana, pela legislação federal, encerra-se definitivamente em 9 de julho de 2018. No âmbito do Estado de Goiás, no entanto, o art. 1º da Lei n. 15.834/06 estabelecia um cronograma de redução gradual da queima da cana, permitindo a utilização da referida técnica até 2028, vale dizer, até 10 anos após o prazo previsto pelo decreto federal. Por essa razão, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, julgando procedente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público goiano, em junho de 2007, declarou inconstitucional o art. 1º da norma estadual, por exorbitar a competência suplementar dos Estados.

5. ASPECTOS SOCIAIS DA EXPANSÃO DA LAVOURA CANAVIEIRA

Dentre os aspectos sociais negativos relacionados à expansão da lavoura canavieira no país, cabe destacar a pressão exercida sobre

(8) O § 1º, do art. 16, do Decreto n. 2.661/98, considera mecanizável a área na qual está situada a lavoura de cana-de-açúcar, cuja declividade seja inferior a doze por cento.

a pequena e a média propriedade rural, contribuindo para elevar ainda mais os níveis de concentração fundiária, dificultando ou até inviabilizando a agricultura familiar de subsistência nas regiões dominadas pela cana-de-açúcar; a arregimentação de trabalhadores em regiões menos favorecidas e a promoção ou incentivo ao processo migratório, mormente na época da colheita da cana, acarretando graves problemas urbanos às cidades vizinhas às usinas, bem como aos trabalhadores migrantes; a exploração dos trabalhadores rurais, principalmente dos migrantes, no que tange aos direitos trabalhistas e às normas de segurança e saúde ocupacionais, caracterizando, não raras vezes, o trabalho em condições análogas à de escravo; e o incentivo ou pressão para o aumento da produtividade do trabalhador, acarretando sérios agravos à sua saúde, principalmente em relação aos que laboram no corte da cana.

5.1. Concentração fundiária

A prática agrícola da monocultura em grandes extensões de terra, como acontece com a lavoura canavieira no Brasil, é indicada por movimentos sociais e ambientalistas como geradoras de sérias desigualdades no campo, impactando negativamente a agricultura familiar, de forma que acarreta alterações no padrão de produção agrícola, como tem sido verificado em regiões do Estado de São Paulo que se especializaram na produção de cana-de-açúcar (GUEDES *et al.*, 2006, *apud* RODRIGUES; ORTIZ, 2006).

Com efeito, o modelo agrícola fundado na monocultura da cana para produção de açúcar e etanol propicia a concentração fundiária nas mãos dos usineiros, seja pela aquisição da propriedade das terras próximas às usinas, seja pelo arrendamento de propriedades dos pequenos e médios agricultores vizinhos aos empreendimentos industriais, acarretando a redução da participação dos fornecedores autônomos de cana-de-açúcar, o que perpetua a apropriação concentrada da renda gerada pelo agronegócio da cana. Relewa-se, por outro lado, que os agricultores que arrendam suas terras às usinas perdem o controle sobre a produção, convertendo-se, muitas vezes, em mão de obra barata para a agroindústria da cana, acarretando a redução da produção de alimentos e a expulsão das comunidades rurais de suas terras.

Como destacam *Rodrigues e Ortiz (2006)*, o aumento da produção da agroindústria canavieira está intimamente relacionado à incorporação de novas áreas de terras. Assim, para que a produção de cana-de-açúcar crescesse 27,7% entre as safras de 2000/2001 e 2005/2006, a área colhida teve de crescer 18,5% e a produtividade, medida em toneladas por hectare, 8%, o que acarretou a reconfiguração do espaço geográfico, pressionando os modos de vida tradicionais e as atividades da agricultura familiar.

Verifica-se, assim, que é cada vez maior o grau de concentração fundiária das usinas nos últimos anos. Com efeito, a área média das usinas de açúcar e álcool em São Paulo, que, em 1970, era de 8 mil hectares, atinge atualmente cerca de 12 mil hectares, sendo que na faixa de área superior a 30 mil hectares, a média dos estabelecimentos é de 38 mil hectares, com vários deles ocupando áreas entre 40 e 50 mil hectares (VEIGA FILHO, 2007, apud ABRAMOVAY, 2008).

Além da concentração de terras nas mãos dos usineiros, a expansão da lavoura canavieira na Região Sudeste do País, no período de 2000/2001 a 2005/2006, acarretou a redução de outras culturas e uma reconfiguração do espaço agrário. Com efeito, os dados estimados da produção agrícola para o Estado de São Paulo na safra de 2005/2006 apontavam uma redução dos cultivos de tomate, amendoim das águas e laranja, os quais foram substituídos por cana-de-açúcar (IEA/SP, 2006, apud RODRIGUES; ORTIZ, 2006). De outra banda, levantamentos para a safra de café sinalizavam uma redução na área plantada de 2,63% em Minas Gerais, 4,15% no Espírito Santo e 7,66% em São Paulo, também em função da expansão da lavoura canavieira na Região Sudeste (CONAB, 2006, apud RODRIGUES; ORTIZ, 2006).

Verifica-se, assim, a partir dos referidos dados, que a ampliação da lavoura de cana-de-açúcar influi diretamente na concentração fundiária, além de impactar negativamente a produção de gêneros alimentícios nas regiões por ela extensivamente ocupadas.

5.2. Arregimentação de trabalhadores em regiões menos favorecidas e estímulo ao processo migratório

Um dos grandes problemas sociais atinentes à agroindústria canavieira atualmente diz respeito à arregimentação de trabalhadores

em regiões menos favorecidas do País, para laborar nas atividades agrárias relacionadas ao cultivo da cana, mormente no corte manual, que demanda grande efetivo de mão de obra, propiciando ou estimulando um fluxo migratório para as regiões onde estão localizadas as usinas de açúcar e álcool, impactando significativamente tanto a cultura local quanto o poder de mobilização e de negociação das organizações sindicais locais. Segundo dados do Instituto de Economia Agrícola de São Paulo (IEA), citados por *Rodrigues e Ortiz (2006)*, em 2005, dos 242.859 trabalhadores volantes existentes no Estado de São Paulo, 40,8% eram não residentes.

Os principais eixos de migração interna de mão de obra para a agroindústria da cana são da Região Nordeste, principalmente dos Estados do Maranhão, Piauí, Bahia, Rio Grande do Norte e Alagoas e de Municípios do Vale do Jequitinhonha, em Minas Gerais, para as Regiões Sudeste e Centro-Oeste, mormente os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Segundo *Maria Luisa Mendonça (2008, b)*, Coordenadora da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos e uma das organizadoras do *Relatório Direitos Humanos no Brasil 2008*, os trabalhadores migrantes são formados por pessoas desempregadas, que vivem nas periferias das cidades de regiões empobrecidas do Nordeste ou do Vale do Jequitinhonha ou camponeses que perderam suas terras com o avanço do agronegócio. Ainda de acordo com *Mendonça*, o desemprego acarretado pelo modelo agrícola baseado na monocultura e no latifúndio faz crescer a quantidade de trabalhadores que se dispõem a trabalhar em locais distantes de sua origem e em condições extremamente precárias.

O setor sucroalcooleiro alega que não há mão de obra especializada suficiente nas regiões onde estão localizadas as usinas, como forma de justificar o recurso à arregimentação de trabalhadores em outros Estados. Estudiosos do assunto, no entanto, têm apontado que a opção pelo uso da mão de obra migrante tem sido uma estratégia utilizada para reduzir os custos de produção, pois muitos desses trabalhadores são contratados sem registro em Carteira de Trabalho ou por intermédio de empreiteiros conhecidos como “gatos” ou até por falsas cooperativas de mão de obra, denominadas vulgarmente de “cooperatos” ou “gatooperativas” (RODRIGUES; ORTIZ, 2006). Além

de que, os trabalhadores migrantes estão mais susceptíveis à exploração, não só pelo fato de estarem distantes de suas cidades e da rede de solidariedade que poderia ser acionada, integrada por parentes, amigos e conhecidos (FIGUEIRA, 2004), mas também pelo fato desses trabalhadores não estarem organizados em sindicatos e não poderem aguardar o tempo necessário ao trâmite de um processo judicial para reclamar seus direitos trabalhistas.

O fluxo migratório para as regiões próximas às usinas, por outro lado, acarreta o aumento das chamadas “cidades-dormitórios”, nas quais os trabalhadores migrantes vivem em cortiços, hospedarias, barracos ou em pensões. Apesar da precária situação desses estabelecimentos, os valores gastos com moradia e alimentação pelos migrantes estão muito acima da média despendida pela população em geral, mormente se for considerado que tanto os alojamentos das usinas, quanto as “pensões”, em geral, são barracos ou galpões improvisados, superlotados, sem ventilação ou condições mínimas de higiene (MENDONÇA, 2008, b).

Ultimamente, com o aprimoramento dos meios de fiscalização, principalmente por parte do Ministério Público do Trabalho, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego e da Polícia Federal, que integram o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, bem como pelo grande contingente de mão de obra disponível para o corte de cana-de-açúcar, muitas usinas têm deixado de buscar trabalhadores migrantes em suas regiões de origem, esperando que eles venham por conta própria à procura de emprego na colheita, o que muitas vezes acaba ocorrendo. Outras vezes os trabalhadores são arregimentados a distância por empreiteiros, conhecidos como “gatos”, ou por empregados das próprias usinas, que fazem contato com pessoas das regiões fornecedoras de mão de obra, oferecendo emprego no corte da cana-de-açúcar.

Nessas hipóteses, a situação dos trabalhadores migrantes é ainda mais complicada, já que eles têm de arcar com todas as despesas de viagem de ida e volta para as regiões produtoras de cana, além de suportar as despesas com alojamento e alimentação, não sendo raros os casos em que os obreiros ficam sem dinheiro até para pagar a passagem de volta para casa, ao término da safra (VIAN; MORAES; GONÇALVES, 2009).

Cabe relevar, finalmente, que o fluxo migratório de trabalhadores canavieiros para as regiões onde estão situadas as usinas causa forte impacto no sistema de saúde dos Municípios, principalmente dos pequenos, cujas populações chegam a dobrar durante a safra, pois os trabalhadores que se acidentam no trabalho ou ficam doentes, de um modo geral, são encaminhados ao Sistema Único de Saúde das cidades vizinhas às usinas, como constatado pelo autor deste artigo nas diligências empreendidas no setor sucroalcooleiro do Estado de Goiás.

5.3. Trabalho em condições análogas à de trabalho

Apesar das significativas melhorias em diversos indicadores socioeconômicos ligados ao setor da agroindústria da cana, como redução do trabalho infantil e aumento do nível de formalidade, os empregados do setor, mormente os sazonais, ainda são submetidos a condições degradantes de trabalho, tanto que das atuais 197 pessoas naturais ou jurídicas mantidas na chamada “lista suja” do Ministério do Trabalho e Emprego, que relaciona os empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas à de escravo nos últimos dois anos, 8 dedicam-se ao cultivo da cana-de-açúcar, dos quais 3 estão sediados no Estado de Goiás (BRASIL, 2009).

Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, citados pela Coordenação Nacional da Comissão Pastoral da Terra (2008), de janeiro de 2003 a outubro de 2008, 25 operações do Grupo Especial de Fiscalização Móvel resgataram 6.779 trabalhadores de condições análogas à de escravo em canaviais dos Estados de Goiás (6 ocorrências), São Paulo (4 ocorrências), Alagoas, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul (3 ocorrências cada), Rio de Janeiro (2 ocorrências), além de Ceará, Minas Gerais, Paraná e Pará (1 ocorrência cada).

Embora a existência de trabalho análogo ao de escravo na agroindústria da cana seja contestada pelo setor, verifica-se que o referido delito, em consonância com a nova redação do art. 149 do CP, dada pela Lei n. 10.803/03, contempla tanto o trabalho forçado e a servidão por dívida quanto a jornada exaustiva e o trabalho em condições degradantes. Assim, embora não seja usual a prática do

trabalho forçado e da servidão por dívida no setor sucroalcooleiro, é indene de dúvidas que são comuns os casos de jornada exaustiva e de trabalho em condições degradantes na agroindústria da cana, mormente em relação aos trabalhadores rurais, especialmente os cortadores de cana-de-açúcar.

A pesquisa da literatura científica permite concluir que o trabalho em condições degradantes é caracterizado por condições subumanas de labor e de remuneração; pela inobservância das normas mais elementares de segurança e saúde no trabalho, de forma que exponha o obreiro a riscos desnecessários à sua saúde e integridade física; pela exigência de jornada exaustiva, tanto na duração quanto na intensidade do trabalho; pelo não fornecimento ou fornecimento inadequado de alimentação, alojamento e água, quando o trabalhador tiver que ficar alojado durante a prestação dos serviços; pelo não pagamento de salários ou pela realização de descontos salariais não previstos em lei; pela submissão dos trabalhadores a tratamentos cruéis, desumanos ou desrespeitosos, capazes de gerar assédio moral e/ou sexual sobre a pessoa do obreiro ou de seus familiares; ou enfim, por quaisquer atos praticados pelo empregador ou seus prepostos que tenham o condão de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, haverá trabalho em condições degradantes quando, independentemente de o serviço ser prestado voluntariamente pelo trabalhador, houver abuso na sua exigência pelo tomador dos serviços, tanto no que diz respeito à sua quantidade — extensão e intensidade — quanto em relação às condições oferecidas para sua execução⁽⁹⁾.

Dentre as condições degradantes de trabalho encontradas na agroindústria da cana, destacam-se, dentre outros: contratação de trabalhadores através de empreiteiros ou “gatos”, o que é mais comum em relação aos pequenos fornecedores de cana-de-açúcar; recrutamento de trabalhadores em regiões distantes dos locais de trabalho em desrespeito à legislação pertinente, que determina a assinatura de

(9) Embora a redação do art. 149 do CP seja bastante clara quanto à inclusão do trabalho em condições degradantes como uma das condutas do crime de plágio, parte da doutrina entende que a caracterização do referido delito, mesmo na hipótese de ocorrência do trabalho degradante, requer a restrição do direito de liberdade do trabalhador.

contrato escrito, a formalização do vínculo empregatício e a realização de exames médicos nos locais da contratação, além do pagamento das despesas de viagem e dos salários a partir da data da admissão; não fornecimento de alojamentos para os trabalhadores ou manutenção de alojamentos em péssimas condições; não fornecimento ou fornecimento de alimentação inadequada para os trabalhadores; fornecimento de transporte em condições inadequadas de conforto e segurança; descumprimento de regras básicas de segurança e saúde no trabalho previstas na Norma Regulamentadora (NR) 31, que trata especificamente do setor rural, como fornecimento de equipamentos de proteção individuais adequados aos riscos da atividade, fornecimento de água potável e fresca nas frentes de trabalho, manutenção de abrigos para proteger os trabalhadores contra as intempéries nas frentes de trabalho, manutenção de mesas e cadeiras e de barracas sanitárias nas frentes de trabalho, fornecimento de *kits* de primeiros socorros nas frentes de trabalho etc.; e submissão dos cortadores de cana à jornada de trabalho exaustiva, principalmente na intensidade, devido ao pagamento por produção e ao incentivo para o aumento da produtividade, causando sérios agravos à saúde dos trabalhadores.

Preocupado com possíveis barreiras comerciais ao etanol, caso sua imagem seja associada ao uso do trabalho análogo ao de escravo, o governo brasileiro prepara um termo de compromisso negociado com empregadores e empregados do setor, dispondo sobre a situação trabalhista nas lavouras canavieiras. O acordo, que deve ser anunciado no final de junho de 2009, é fruto da “Mesa de Diálogo para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar”, processo de negociação instalado em julho de 2008, a pedido do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (REIMBERG, 2009).

O “Compromisso Nacional”, como está sendo denominado o protocolo de intenções elaborado por representantes dos usineiros, trabalhadores e governo, foi coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República (SG/PR), apresentando como pontos principais, dos anunciados até o momento da conclusão desse ensaio, o fim da intermediação de mão de obra para produção de cana ou etanol, numa tentativa de eliminar a figura do “gato”, o fortalecimento da negociação coletiva, o fornecimento de alojamentos adequados, a

multiplicação dos postos do Sistema Nacional de Emprego (SINE) nas regiões de origem dos migrantes, e o respeito à segurança e saúde ocupacionais (REIMBERG, 2009).

5.4. Trabalho exaustivo dos cortadores de cana-de-açúcar

Muito se tem discutido sobre as condições de trabalho dos cortadores manuais de cana-de-açúcar, principalmente após a morte de trabalhadores que exerciam essa função no Estado de São Paulo por suposta exaustão (*Folha de S. Paulo*, de 13.5.2007, citada por LANGOWSKI, 2007).

O trabalho de corte de cana-de-açúcar compreende o corte e a retirada do solo de toda a cana existente num eito, composto, no mínimo, por quatro leiras; a limpeza da cana, através da extração da palha que ainda permanece nela após a queima; a retirada da ponteira; o transporte da cana cortada para a linha central do eito; e a arrumação da cana depositada em esteira ou em montes separados um do outro, por no mínimo, um metro de distância.

Para realizar as referidas atividades, o trabalhador repete exaustivamente os mesmos movimentos, consistentes em abraçar o feixe de cana, curvar-se, golpear a base dos colmos bem rente ao solo, erguer o feixe, girar e carregar a cana até os montes. A repetitividade desses movimentos torna a atividade monótona e rotineira, o que, aliado à exposição às intempéries, já que o trabalho é realizado a céu aberto, acarreta a redução do grau de atenção do trabalhador, aumentando os riscos de acidentes de trabalho, mormente pelo uso de material cortante (podão).

Por outro lado, para o corte da cana-de-açúcar, o trabalhador deve estar munido de vários equipamentos de proteção individuais, como vestimenta composta de botas com biqueira de aço; calça de brim; perneiras de couro até o joelho; camisa de manga comprida; chapéu ou touca árabe; lenço no rosto e pescoço; óculos e luvas de raspa de couro, além do podão, que é a ferramenta de trabalho utilizada. Essa pesada indumentária, aliada às condições meteorológicas adversas, decorrentes do forte calor, e da poeira e fuligem, acarreta um alto grau de dispêndio de energia, o que, somado à remuneração por produção, que incentiva o aumento da produtividade, tornam o

trabalho dos cortadores de cana extremamente agressivo à saúde do ser humano.

Discorrendo sobre os males provocados pelo trabalho exaustivo dos cortadores manuais de cana-de-açúcar, asseveram *Alessi e Navarro* (1997, p. 119) que:

Tais trabalhadores [...] se expõem, diariamente, a cargas físicas, químicas e biológicas, que se traduzem em uma série de doenças, traumas ou acidentes a elas relacionadas, tais como dermatites, conjuntivites, desidratação, câimbras (*sic*), dispneia, infecções respiratórias, oscilações da pressão arterial, ferimentos e outros acidentes (inclusive os de trajeto). Além destas cargas laborais, devemos destacar aquelas de caráter biopsíquicos, que configuram padrões de desgaste manifestos através de dores na coluna vertebral, dores torácicas, lombares, de cabeça e tensão nervosa (*stress*), além de outros tipos de manifestações psicossomáticas que podem se traduzir, principalmente, por quadros de úlcera, hipertensão e alcoolismo.

O trabalho exaustivo, intenso e extenso exercido pelos cortadores de cana, estimulado pela remuneração por produção, acarreta, outrossim, sérias consequências para os trabalhadores, que sofrem com câimbras, decorrentes da perda de água e sais minerais, dores no corpo (lombalgias) e sérias lesões nas articulações. Caso o gasto elevado de energia não seja devidamente recompensado com descansos regulamentares, durante e após a jornada de trabalho, e com a ingestão de uma dieta equilibrada e compatível com o desgaste físico dos trabalhadores, haverá sério comprometimento à saúde e à própria capacidade para o trabalho desses obreiros. Por essas razões, os cortadores de cana têm uma vida útil que gira em torno de apenas 10 anos (RODRIGUES; ORTIZ, 2006), que é inferior ao período da escravidão, sendo, inclusive, registradas ocorrências de morte de cortadores de cana, no Estado de São Paulo, por suposta exaustão (*Folha de S. Paulo*, de 13.5.2007, citada por LANGOWSKI, 2007)⁽¹⁰⁾.

(10) Segundo dados da Pastoral do Migrante, durante as safras de 2004/2005 e 2005/2006 morreram 14 trabalhadores no corte de cana por exaustão. Os trabalhadores mortos, que tinham entre 24 e 50 anos, eram provenientes da região norte de Minas Gerais e dos Estados da Bahia, Piauí e Maranhão (RODRIGUES; ORTIZ, 2006).

Depoimentos trazidos por GONÇALVES (2005) ilustram o drama vivido pelos cortadores de cana-de-açúcar, como se verifica da seguinte declaração:

“Eu já me cortei no caso de chover e eu continuar cortando cana. Então, o cabo do facão fica muito liso. A gente está querendo trabalhar para não perder o dia, aí escorrega.”

“A pessoa quer trabalhar muito, quase que se mata, quer passar do ponto dele, a pessoa tá vendo que o corpo não vai aguentar... [...] o corpo não aguenta de câimbra. O serviço chega a ser meio agonizante. Tem uma hora que ocê tem que fracassar um pouco, manear, olhar para os lados, que parece que tá dando um negócio na sua cabeça. Aquele sol forte que treme assim, aquele calor e poeira.”

“Na roça a gente tem esse problema de câimbra, porque é um trabalho forçado, o sol é muito quente, você bebe muita água, come pouco, então às vezes enfraquece, dá câimbra, enrola tudo os dedos, dá nas pernas [...] sempre tá me dando câimbra, quando a gente chega na cidade, a gente vai pro hospital pra tomar soro e melhorar.”

Além do pagamento por produção, outro aspecto que tem pressionado os trabalhadores que se ativam no corte da cana-de-açúcar é a mecanização da colheita, que incute nos cortadores o medo do desemprego.

O processo de mecanização do corte foi incentivado a partir de 1984, em função da deflagração de vários movimentos paredistas de cortadores de cana, que acabaram resultando na paralisação das usinas por falta de matéria-prima. Com a introdução do corte mecanizado, no entanto, as usinas passaram a funcionar mesmo durante as greves, permitindo à agroindústria da cana um poder maior de negociação com os trabalhadores grevistas, por não haver mais perigo de prejuízos devidos à paralisação das indústrias.

Atualmente, o processo de mecanização é incentivado pela legislação ambiental e pela discussão em torno dos malefícios trazidos pela queima da cana, que o setor sucroalcooleiro insiste em apresentar como algo indispensável ao processo de corte manual.

Segundo *Gonçalves (2005)*, o avanço da mecanização do corte de cana em algumas fazendas tem acarretado o deslocamento de trabalhadores para o corte em locais onde a colheita mecanizada seria difícil, como nas áreas que tenham cana tombada pela ação do vento e nas áreas de encostas e morros, onde as condições laborais são mais difíceis e a produtividade é menor, exigindo um sacrifício físico cada vez maior do trabalhador, o que permite concluir que a mecanização seletiva do corte tem sido prejudicial aos cortadores.

A ameaça de desemprego provocada pelo processo de mecanização da colheita, por sua vez, leva os trabalhadores a aceitarem precárias condições de trabalho, como a não regulamentação da jornada de trabalho, a falta ou inadequação de equipamentos de proteção individual, a má qualidade e a insuficiência da alimentação, o transporte inseguro, a exposição à fuligem e ao pó, assim como o risco de intoxicação por agrotóxicos e de desenvolvimento de doenças oriundas de atividades pesadas e repetitivas (*FETAEMG, 2002, apud RODRIGUES; ORTIZ, 2006*).

Verifica-se, portanto, que apesar dos avanços na regulação do setor, a agroindústria da cana não tem emprestado a devida atenção aos problemas sociais envolvidos no processo produtivo, sendo ainda frequentes a ocorrência de situações que evidenciam a precarização do trabalho e o desrespeito à legislação trabalhista.

6. CONCLUSÕES

O formidável crescimento da lavoura canavieira no Brasil não tem se pautado, de maneira satisfatória, no desenvolvimento sustentável, pois enquanto a agroindústria da cana tenta transmitir ao mundo a imagem de uma produção ambientalmente correta, em sintonia com a sustentabilidade ambiental global, verifica-se, na prática, a existência de várias mazelas socioambientais relacionadas à cadeia produtiva do etanol.

Apesar de toda a modernização tecnológica por que passou a agroindústria da cana nas últimas décadas, ainda se atribui à expansão da monocultura da cana-de-açúcar a responsabilidade por vários problemas ambientais, dentre os quais se destacam, por sua relevância, a pressão sobre áreas remanescentes de biomas importantes, como o Cerrado; a erradicação da vegetação natural e de sua biodiversidade; o desrespeito às áreas de preservação permanente e de reserva legal; a contaminação dos recursos hídricos por agrotóxicos e resíduos industriais; e os problemas ambientais e de saúde pública e ocupacional decorrentes da queima da palha da cana.

Dentre os aspectos sociais negativos relacionados à expansão da lavoura canavieira no país, cabe destacar a pressão exercida sobre a pequena e a média propriedade rural, contribuindo para elevar ainda mais os níveis de concentração fundiária, dificultando ou até inviabilizando a agricultura familiar de subsistência nas regiões dominadas pela cana-de-açúcar; a arregimentação de trabalhadores em regiões menos favorecidas e a promoção ou incentivo ao processo migratório, mormente na época da colheita da cana, acarretando graves problemas urbanos às cidades vizinhas às usinas, bem como aos trabalhadores migrantes; a exploração dos trabalhadores rurais, principalmente dos migrantes, no que tange aos direitos trabalhistas e às normas de segurança e saúde ocupacionais, caracterizando, não raras vezes, o trabalho em condições análogas à de escravo; e o incentivo ou pressão para o aumento da produtividade do trabalhador, acarretando sérios agravos à sua saúde, principalmente em relação aos que laboram no corte da cana.

Assim, embora a produção de álcool combustível represente um avanço considerável para a matriz energética, sua contribuição para a preservação do meio ambiente não deve se limitar aos efeitos positivos da substituição dos combustíveis fósseis, devendo ser consideradas as avaliações de sustentabilidade de seu processo produtivo, tanto no que concerne aos aspectos ambientais quanto no que tange aos fatores sociotrabalhistas.

Releva-se, finalmente, que a destruição da natureza não deve constituir o preço do atraso ou muito menos do progresso, já que a Carta Magna de 5.10.88 procura conciliar a ordem econômica com a

preservação ambiental, segundo o conceito de desenvolvimento sustentável, cujo objetivo maior é buscar a aliança entre o desenvolvimento econômico e o aproveitamento racional e ecologicamente sustentável da natureza.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Eficiência e contestação socioambiental no caminho do etanol brasileiro. *Política externa*. V. 17, n. 2, set./nov. 2008. Disponível em: <http://www.econ.fea.usp.br/abramovay/artigos_cientificos/2008/Abra_movay_Eficienciaecontestacao_socioambiental_no_caminho%20do_etanol_brasileiro_Revista_Pol%C3%ADtica_Externa.pdf> Acesso em: 14 jun. 2009, 18:10:49.

ALESSI, Neiry Primo; NAVARRO, Vera Lucia. Saúde e trabalho rural: o caso dos trabalhadores da cultura canavieira na região de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. *Cad. Saúde Publ.*, Rio de Janeiro, 13 (supl. 2), 1997. p. 111-121.

ALVES, F. J. C. *et al. Políticas territoriais e autossustentabilidade: avaliação e propostas para a Bacia Hidrográfica Mogi-Guaçu*, São Carlos: DEP/UFSCar, 2003. (Projeto Temático FAPESP — Relatório Final).

ALVES, Francisco. Porque morrem os cortadores de cana? *Saúde e sociedade*, v. 15, n. 3, p. 90-98, set./dez. 2006.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Sistema IBGE de Recuperação Automática — SIDRA. Levantamento Sistemático da Produção Agrícola. Maio 2009. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/default.asp?t=5&z=t&o=1&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1&u7=1&u8=1&u9=1&u10=1&u11=3&u12=1&u13=26674&u14=1&u15=1>> Acesso em: 11 jun. 2009, 18:56:01.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Cadastro de empregadores: Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004. Atualização semestral em 29 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/trab_escravo/lista_2009_05_14.pdf> Acesso em: 15 jun. 2009, 23:06:09.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Etanol e trabalho escravo: aonde o governo brasileiro quer chegar? Goiânia, 2008. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2008/11/18/cpt-etanol-e-trabalho-escravo-aonde-o-governo-brasileiro-quer-chegar/>> Acesso em: 16 jun. 2009, 08:48:30.

COUTO, Gisleide de Silva. Cana-de-açúcar em Goiás: problema ou potencialidade. out. 2008. Disponível em: <http://www.cpac.embrapa.br/publicacoes/search_pbl/1?q=Cana-de-a%C3%A7%C3%BAcar> Acesso em: 11 jun. 2009, 18:56:00.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GONÇALVES, Daniel Bertoli. *A regulamentação das queimadas e as mudanças nos canaviais paulistas*. Dissertação (Mestrado). Campinas: Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Economia, 2001.

_____. *Mar de cana, deserto verde? Dilemas do desenvolvimento sustentável na produção canaveira paulista*. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção). Departamento de Engenharia de Produção. São Carlos: Universidade de São Carlos, 2005.

_____. *Impactos da evolução do setor sucroalcooleiro no Estado de São Paulo*. Campinas, maio 2008. Disponível em: <http://www.apta.sp.gov.br/cana/anexos/position_paper_painel3_daniel.pdf> Acesso em: 8 jun. 2009, 20:35:58.

GONÇALVES, J. S.; CASTANHO FILHO, E. P. Obrigatoriedade da reserva legal e impactos na agropecuária paulista. *Informações Econômicas*, São Paulo, v. 36, n. 9, set. 2006. p. 71-84.

IEL — INSTITUTO EUVALDO LODI. *O novo ciclo da cana: estudo sobre a competitividade do sistema agroindustrial da cana-de-açúcar e prospecção de novos investimentos IEL/NC/SEBRAE*, 2006.

ISPEN — INSTITUTO SOCIEDADE, POPULAÇÃO E NATUREZA. *Cana-de-açúcar avança em áreas prioritárias para a conservação e uso sustentável do cerrado*. Disponível em: <<http://www.ispen.org.br/LevantamentoSite.pdf>> Acesso em: 8 jun. 2009, 19:11:13.

LANGOWSKI, Eleutério. *Queima da cana: uma prática usada e abusada*. Maio 2007. Disponível em: <<http://homologa.ambiente.sp.gov.br/etanolverde/saibaMais/artigos/impactosAmbientais/efeitosDaQueimaDeCana.pdf>> Acesso em: 7 jun. 2009, 20:15:24.

LIMA, Ricardo Barbosa de. Natureza: uma aproximação sociológica. In: LIMA, Ricardo Barbosa de. *Natureza uma categoria social: elementos para pensar as representações sociais acerca do mundo natural na região dos cerrados*. Brasília: PPGS — Sol — UnB, 1999 (Dissertação de Mestrado).

MARQUES, José Roque Nunes. *Direito ambiental: uma análise da exploração madeireira na Amazônia*. São Paulo: LTr, 1999.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. *Desenvolvimento sustentável: um estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança*. Curitiba: Letra da Lei, 2008.

MENDONÇA, Maria Luisa. Os impactos da expansão do monocultivo de cana para a produção de etanol. In: *Rede social de justiça e direitos humanos*. Direitos Humanos no Brasil, 2008.

_____. *Indústria da cana trata trabalhador como escravo*. Entrevista concedida ao site da Fundação Heinrich Böll. Disponível em: <http://www.mndh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=994&Itemid=56> Acesso em: 15 jun. 2009, 11:22:00.

OBERLING, Daniel Fontana. Avaliação ambiental estratégica da expansão de etanol no Brasil: uma proposta metodológica e sua aplicação preliminar. Dissertação (Mestrado em Ciência em Planejamento Energético). Universidade Federal do Rio de Janeiro: COPPE, 2008.

PÁDUA, José Augusto. Natureza e projeto nacional: as origens da ecologia política no Brasil. In: PÁDUA, José Augusto (org.). *Ecologia e política no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, IUPERJ, 1987.

PAIVA, Bruno Ribeiro de. Etanol: energia ou morte? *Jornal Brasil de Fato*, fev. 2008.

REIMBERG, Maurício. REPÓRTER BRASIL. *Governo prepara protocolo; alimentação é cara, dizem usineiros*. 2.6.2009. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1589>> Acesso em: 16 jun. 2009, 10:50:48.

RODRIGUES, Délcio; ORTIZ Lúcia. *Em direção à sustentabilidade da produção de etanol de cana-de-açúcar no Brasil*. Out. 2006. Disponível em: <http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Etanol_Sustentabilidade.pdf> Acesso em: 7 jun. 2009, 20:20:23.

SANTOS, José Mateus dos; PIETRAFESA, José Paulo; CAMPOS, Francisco Itami. *Cultura de cana-de-açúcar, créditos de carbono e desafios do desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://200.152.208.135/anpocs/trab/adm/download.php?fileSource=/data/httpd/anpocs/media/trab/arq_477&fileName=JOSE%20SANTOS%20%20JOSE%20PIETRAFESA%20%20FRANCISCO%20PINHEIRO.pdf&PHPSESSID=5ffa426a414fb92708a9ecf9bae57dea> Acesso em: 11 jun. 2009, 13:22:23.

SHWARZ, Rodrigo Garcia. *Trabalho escravo: a abolição necessária*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

UNICAMP — UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. *Estudo sobre as possibilidades e impactos da produção*

de grandes quantidades de etanol visando à substituição parcial de gasolina no mundo— Relatório Final. Campinas: Núcleo Interdisciplinar de Planejamento Energético, Universidade Estadual de Campinas, 2005.

VIAN, Carlos Eduardo; MORAES, Márcia Azanha Ferraz Dias de; GONÇALVES, Daniel Bertoli. *Progresso técnico, relações de trabalho e questões ambientais na agroindústria canavieira*. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/5/834.pdf>> Acesso em: 7 jun. 2009, 18:46:00.

EFEITOS DO ACORDO JUDICIAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS AÇÕES DE CUMPRIMENTO

Enoque Ribeiro dos Santos^()*

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discorrer sobre os efeitos do acordo judicial que culmina em acordo judicial em sede de Ação Civil Pública, com desconstituição de cláusula normativa que deu sustentação ao processo de execução de Ação de Cumprimento, transitada em julgado. Tal matéria é de suma importância em face não apenas das controvérsias suscitadas, como também dos inúmeros casos em trâmite nos Pretórios Trabalhistas, envolvendo, inclusive, decisões conflitantes.

Procuraremos discorrer sobre a posição doutrinária e jurisprudencial, envolvendo a discussão sobre os efeitos (aplicação de multa) da execução da ação de cumprimento, tendo por objeto cláusula de convenção coletiva de trabalho, vedando a abertura do comércio aos domingos, que foi afastada do mundo jurídico por meio de acordo judicial em sede de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho, com a estipulação de obrigação de não fazer nos futuros instrumentos normativos.

Com efeito, o que se procura responder é o cabimento das multas impostas nas ações de cumprimento, que transitaram em julgado, e

(*) Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Doutor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Autor dos livros: *O dano moral na dispensa do empregado*. 4. ed. 2009. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo código civil*. 2. ed. 2008, entre outros.

foram executadas, antes e após o advento do acordo judicial entre os sindicatos e o Ministério Público do Trabalho.

2. AÇÃO DE CUMPRIMENTO

Celebrado o acordo coletivo ou mesmo antes⁽¹⁾ de transitada em julgado a decisão normativa, de competência do Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho, na hipótese de não satisfação das cláusulas contidas naqueles instrumentos, os empregados ou seus representantes, os sindicatos, poderão ajuizar reclamação trabalhista ou ação de cumprimento.

Estatui o art. 872 da CLT:

Art. 872. Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único. Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.

Por seu turno, a Súmula n. 286 do Colendo Tribunal Superior legitima a atuação do sindicato, como substituto processual, *in verbis*:

Súmula n. 286 — SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS — REDAÇÃO DADA PELA RES. n. 98/00, DJ 18.9.2000. A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo ou de convenção coletivos.

De acordo com *Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante*⁽²⁾, a ação de cumprimento tem natureza

(1) Súmula n. 246 do TST: N. 246 — AÇÃO DE CUMPRIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA NORMATIVA. É dispensável o trânsito em julgado da sentença normativa para a propositura da ação de cumprimento.

(2) JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. t. II, t. II, p. 1558.

condenatória pois busca o cumprimento de determinação de decisão normativa (decisão normativa genérica) ao caso concreto. (...) Apesar de o art. 872 da CLT prever a ação de cumprimento após a celebração do acordo ou do trânsito em julgado da decisão, o art. 7º, § 6º, da Lei n. 7.701/88, autoriza o ajuizamento da ação a partir do vigésimo dia subsequente ao julgamento, fundada no acórdão ou na certidão de julgamento, quando não publicado o acórdão.

Já o art. 3º, § 6º, da Lei n. 4.725/65, dispõe que “o provimento do recurso não importará na restituição dos salários ou vantagens pagos, em execução do julgado.”

Portanto, pacificado o conflito por meio de sentença normativa, decorrente de dissídio coletivo de natureza econômica ou mesmo por acordo ou transação em sede de Ação Civil Pública, em que já houve pagamento a trabalhadores da categoria decorrente de ajuizamento de Ação de Cumprimento, não mais será possível a devolução dos valores pagos anteriormente, na hipótese de reforma de decisão ou de retirada do acordo ou convenção coletiva de cláusula que deu sustentação à mencionada ação de cumprimento, ou mesmo objeto de reforma da decisão normativa, por intermédio de Recurso Ordinário no Tribunal Superior do Trabalho.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Entre as várias atribuições constitucionais e infraconstitucionais atribuídas ao Ministério Público do Trabalho, consoante arts. 127 a 129 da Constituição Federal de 1988, arts. 6º, 83 e 84 da Lei Complementar n. 75/93, verificando o membro do MPT a inserção de cláusula em acordo ou convenção coletiva de trabalho que conflita com as leis de regência, poderá instaurar Procedimento Investigatório, com a notificação dos sindicatos envolvidos, no sentido de pacificar o conflito por meio de celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (Lei da Ação Civil Pública n. 7.347/85, art. 6º).

Havendo a recusa ou a recalcitrância dos sindicatos na adequação de sua conduta, não haverá outra alternativa ao *Parquet* Trabalhista, a

não ser o ajuizamento de Ação Civil Pública nas Varas do Trabalho, consoante art. 2º da Lei n. 7.347/85, para extirpar a cláusula infringente do ACT ou CCT ao ordenamento jurídico, com efeito jurídico *ex-nunc*, bem como Ação Anulatória de cláusula do ACT ou CCT no Tribunal Regional do Trabalho ou eventualmente no Tribunal Superior do Trabalho, dependendo da região envolvida no instrumento jurídico, até mesmo com efeito *ex-tunc*.

No entanto, deve-se notar que o Inquérito Civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público do Trabalho, nem para a realização das demais medidas de sua própria atribuição, consoante art. 1º, parágrafo único, da Resolução n. 69/07, do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho.

Neste sentido, a ementa:

O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e autoexecutório, o que desobriga o MP de instaurá-lo se dispõe de elementos necessários à propositura da ação. (STJ, REsp. n. 77899/02, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 9.6.2003)

De acordo com *Raimundo Simão de Melo*⁽³⁾, dependendo da situação concreta que envolva a invalidade de um instrumento normativo ou contratual pode ser ajuizada uma ação civil pública de natureza reparatória. Neste caso, porém, diferentemente da ação de nulidade, o objetivo não é afastar a norma inquinada de inválida, de forma abstrata, do mundo jurídico. A finalidade é, declarando-se a nulidade incidental (CPC art. 49, inciso III), coibirem-se os efeitos concretos decorrentes e impedir, mediante a imposição de uma obrigação de não fazer, que a mesma seja repetida nos instrumentos seguintes.

4. EFEITOS JURÍDICOS DO ACORDO JUDICIAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA AÇÃO DE CUMPRIMENTO

Levantadas as possibilidades de cabimento e legitimidade de Ação Civil Pública e da Ação de Cumprimento, cabe-nos agora tentar

(3) MELO, Raimundo Simão de. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 236. Esse autor aduz ainda que, conforme a situação real, pode ser ajuizada, ao invés de ação de nulidade, ação civil pública com vários pedidos, entre eles, o de indenização pelos danos genéricos causados coletivamente aos trabalhadores e ao ordenamento jurídico, cuja indenização tem efeito e natureza jurídica de sanção, com intuito punitivo e pedagógico em relação aos sujeitos convenientes.

responder ao objetivo deste artigo que versa justamente sobre os efeitos jurídicos de um acordo judicial, que culminou com a extinção da Ação Civil Pública, com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, III, do Código de Processo Civil, que afastou do mundo jurídico e das próximas convenções ou acordos coletivos da categoria, uma cláusula que atritava com lei federal, mais especificamente o art. 6^o(4) da Lei n. 10.101/00.

O problema se afigura em relação aos processos de execução em sede de Ação de Cumprimento em curso e aqueles que já foram liquidados, com o recebimento dos valores pelos trabalhadores da categoria profissional, que tiveram como sustentáculo justamente a cláusula de convenção ou acordo coletivo eivado de irregulares, agora retirada do mundo jurídico.

Quais os efeitos, portanto, desse acordo judicial decorrente de Ação Civil Pública, não apenas nas ações de cumprimento já liquidadas, com o recebimento do *quantum debeator*, como aquelas ainda em curso nas Varas do Trabalho?

Sabe-se que, proferida a sentença na ação de cumprimento, cabe ao autor, geralmente o Sindicato, iniciar a execução provisória do julgado, por sua conta e risco. Com o trânsito em julgado dessa sentença, prossegue-se com a execução definitiva do julgado, como é a regra geral a ser aplicada em relação a qualquer decisão judicial.

Raimundo Simão de Melo(5) aduz que problemas surgem, no entanto, quando, mesmo transitada em julgado uma sentença em ação de cumprimento, a decisão normativa embasadora do pedido: a) pende de confirmação mediante recurso para o TST; b) transita em julgado com conteúdo improcedente em relação aos pleitos objeto da ação de cumprimento; c) decreta a extinção do processo de dissídio coletivo, sem apreciação do mérito.

Observe-se que a matéria discutida neste artigo, ou seja, o acordo judicial entre o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos, em Ação Civil Pública movida pelo primeiro em face dos sindicatos obreiro e

(4) Art. 6^o Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do inciso I do *caput* do art. 30 da Constituição Federal (Redação dada ao *caput* pela Lei n. 11.603, de 5.12.2007, DOU 6.12.2007).

(5) *Ibidem*, p. 215.

patronal, que culminou com a aceitação pelos sindicatos da obrigação de não fazer pleiteada pelo MPT (não incluir nas próximas convenções ou acordos coletivos de trabalho cláusula que proibia a abertura do comércio aos domingos) enquadra-se perfeitamente nos três exemplos retrorreferidos, por analogia, pois as multas aplicadas aos empregadores que abriram suas portas aos domingos foram justamente o objeto da ação de cumprimento.

Não obstante, o problema não é de tão fácil entendimento, pois a questão tem gerado muita cizânia doutrinária e jurisprudencial.

Com efeito, temos duas correntes divergentes. Uma primeira que se posiciona no sentido de que, transitada em julgado a sentença normativa, ou retirada a cláusula do acordo ou convenção coletiva por meio de acordo judicial, ou ação anulatória, de forma contrária ao que decidido na sentença da ação de cumprimento, esta perde automaticamente o seu efeito, porque a execução da sentença na ação de cumprimento é sempre provisória, sujeita a condição não resolutive superveniente, enquanto pendente recurso em face de sentença proferida no dissídio coletivo, ação civil pública ou ação coletiva.

Os que assim se posicionam, apresentam por fundamento a Súmula n. 397 e a Orientação Jurisprudencial n. 277, da SDI I, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

N. 397 — AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV, DO CPC. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA EMANADA DE SENTENÇA NORMATIVA MODIFICADA EM GRAU DE RECURSO. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 116 da SDI-II).

Não procede a ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 572 do CPC. (ex-OJ n. 116 — DJ 11.8.2003).

Já a Orientação Jurisprudencial n. 277, da SDI I do TST, assim enuncia:

OJ n. 277. Ação de Cumprimento Fundada em Decisão Normativa que Sofreu Posterior Reforma, Quando já Transitada em Julgado a Sentença Condenatória. Coisa Julgada. Não Configuração. A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutive, ou seja, da não modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a conseqüente extinção do processo, sem julgamento do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto Quadros Pessoa Cavalcante⁽⁶⁾ assim se manifestam: o maior problema surge quando a decisão da ação de cumprimento transita em julgado antes do julgamento final do recurso do dissídio coletivo de trabalho. Nesse caso a doutrina e a jurisprudência se dividem. Para alguns, a ação de cumprimento deverá ser extinta, por entender que a ação de cumprimento era provisória e sua execução definitiva estava sujeita a uma condição resolutive.

No entanto, uma outra corrente doutrinária e jurisprudencial entende pelo respeito ao instituto da coisa julgada⁽⁷⁾, já que este é fundamento do Estado Democrático de Direito e do princípio de segurança nas relações jurídicas.

Para essa corrente, a decisão definitiva na ação de cumprimento somente não será executada no caso de, *anteriormente*:

- transitar em julgado a decisão do dissídio coletivo, fulminando com a improcedência o objeto da ação de cumprimento;
- houver a extinção do processo sem julgamento do mérito;
- ocorrer transação ou acordo judicial⁽⁸⁾ em sede de Ação Civil Pública, com aceitação da obrigação de não fazer pelos réus,

(6) *Ibidem*, p. 1559.

(7) Art. 5º, da CF/88, inciso XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

(8) É cediço que em havendo acordo judicial na audiência, objeto de transação entre as partes, o trânsito em julgado ocorre no momento de sua homologação pelo magistrado. De acordo com a Súmula n. 100 do TST: “V — O acordo homologado judicialmente tem

como por exemplo, a não inclusão de cláusula de proibição da abertura do comércio aos domingos em futuros CCT ou ACT, que suscitou ação de cumprimento para cobrança de multas, ou

- em caso de procedência da Ação Anulatória de cláusula ou acordo coletivo movida pelo Ministério Público do Trabalho, objeto da própria demanda de cumprimento.

Note-se que, para essa corrente, o trânsito em julgado anterior da ação de cumprimento, sua execução e recebimento dos valores pleiteados, mesmo com a superveniência de decisão ou acordo afastando a cláusula indigitada posteriormente não suscitará quaisquer devoluções de valores já pagos pelos empregadores ao sindicato, e eventualmente já creditados aos trabalhadores.

Algumas ementas dos Tribunais do Trabalho seguem esse entendimento. Vejamos:

DIFERENÇAS SALARIAIS — AÇÃO DE CUMPRIMENTO — DISSÍDIO COLETIVO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO — COISA JULGADA — Modificada a sentença normativa pelo TST, com a consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, não subsiste o suporte jurídico para a manutenção da condenação da Reclamada ao pagamento das diferenças salariais deferidas com base na norma coletiva. Recurso de Revista conhecido e provido. FUNDAÇÃO PÚBLICA — DIFERENÇAS SALARIAIS — REAJUSTE — PREVISÃO — NORMA COLETIVA — APLICABILIDADE — Resta prejudicado o Recurso de Revista, no particular, ante o provimento do principal. (TST — RR 80645/2003-900-04-00 — Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes — DJe 8.5.2009 — p. 529).

ADMINISTRATIVO — FERROVIÁRIOS INATIVOS DA RFFSA — PRETENSÃO DE PAGAMENTO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA COM OBSERVÂNCIA DO REAJUSTE DE 26,06%, DEFERIDO AOS OBREIROS EM ACORDO COLETIVO — POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE CUMPRIMENTO PARA OBSERVÂNCIA

força de decisão irrecurável, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial". O art. 831 da CLT assim dispõe: (...) Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecurável, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

DO PAGAMENTO DOS REAJUSTES ACORDADOS — EXTINÇÃO DESSE FEITO MEDIANTE TRANSAÇÃO, QUE SUBSTITUIU O REAJUSTE POR VERBAS INDENIZATÓRIAS — FATO EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR — IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO — 1 — Os acordos coletivos firmados por sindicatos patronais e obreiros possuem força normativa, obrigando as partes à sua observância com relação a todos os membros da categoria. 2 — A pretensão de extensão, a inativos, de reajuste deferido em acordo coletivo, configura hipótese substancialmente diversa da pretensão de extensão de acordos trabalhistas a obreiros que não participaram da relação processual nos quais foram firmados, eis que o acordo coletivo e a ação intentada na Justiça do Trabalho para garantir o seu cumprimento são processos de natureza especialíssima, cujas decisões possuem força normativa apta a obrigar os sindicatos patronais e obreiros ao seu cumprimento, estendendo-se a todos os empregados da categoria. 3 — Acordo coletivo, na espécie, tornado sem efeito por força de transação judicialmente homologada em ação de cumprimento, com substituição do direito ao reajuste vindicado por indenizações diretamente pagas pelo sindicato dos obreiros aos inativos. 4 — Fato extintivo do direito, não combatido pelo autor, que se tornou incontroverso. 5 — De toda forma, a Lei n. 8.186/91, que estabelece, no parágrafo único de seu art. 2º, que o reajustamento do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles, não poderia ser aplicada retroativamente, atingindo período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, de forma a possibilitar aumentos dos proventos e pensões complementadas na forma de acordo coletivo firmado em 1987. 6 — Apelação desprovida. (TRF 1ª R. — AC 2008.33.00.006329-0/BA — 1ª T — Rel. Des. Fed. José Amilcar Machado — DJe 19.5.2009 — p. 122).

AÇÃO DE CUMPRIMENTO — EXECUÇÃO — SENTENÇA NORMATIVA PENDENTE DE RECURSO — “COISA JULGADA ATÍPICA” — Modificada a sentença normativa, em face do reconhecimento, pelo TST, da incompetência funcional do TRT da 2ª Região que a proferiu, com consequente extinção do processo sem julgamento de mérito, resulta que a execução em andamento, com base no título exequendo que foi excluído do mundo jurídico, deve ser de imediato extinta, por já não mais existir o suporte jurídico de sua exigibilidade. Realmente, a execução estava assentada em coisa julgada atípica, na medida em que a sentença normativa subordinava-se à condição resolutiva, que, uma vez concretizada, desconstituiu o título exequendo que até então representava. Logo, o V. acórdão do Regional, ao proclamar que a r. sentença proferida na fase cognitiva da ação de cumprimento não poderia

ser alcançada pelo V. acórdão que julgou extinto o dissídio coletivo, com consequente desaparecimento da sentença normativa que embasava a execução, revela-se equivocada e, mais do que isso, agressiva ao art. 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal. Recurso de embargos provido, para extinguir a execução. (TST — ERR 405753 — SBDI 1 — Rel. Min. Milton de Moura França — DJU 9.11.2001).

AÇÃO RESCISÓRIA — AÇÃO DE CUMPRIMENTO — EXECUÇÃO — DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE SENTENÇA NORMATIVA PROFERIDA POR TRT — DISSÍDIO COLETIVO JULGADO EXTINTO PELO TST — OFENSA À COISA JULGADA — A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica. Depende de condição resolutiva, ou seja, da não modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, a modificação da sentença normativa em grau de recurso repercute diretamente na coisa julgada e, conseqüentemente, na execução promovida na ação de cumprimento, que é extinta se forem indeferidas por este Tribunal as vantagens objeto do título exequendo. Uma vez que a coisa julgada na ação de cumprimento é relativa no tempo em função da condição resolutiva, a executada deverá buscar alento no próprio processo de execução e não na ação rescisória. 2. DOCUMENTO NOVO — O TST já firmou na Orientação Jurisprudencial n. 20 da SBDI-2 entendimento segundo a qual não é documento novo apto a viabilizar a desconstituição de julgado decisão do TST que julga extinto o processo nos autos do dissídio coletivo em que foi proferida a sentença normativa que amparou o pleito deferido no processo de cognição. Recurso Ordinário a que se nega provimento. (TST — ROAR 400.369/97.3 — SBDI 2 — Rel. Min. Ronaldo Leal — J. 13.11.2001).

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante⁽⁹⁾ sustentam que o Tribunal Superior do Trabalho vem admitindo mandado de segurança e exceção de pré-executividade para extinguir execução fundada em sentença proferida em ação de cumprimento, quando excluída da sentença normativa a cláusula que lhe serviu de sustentáculo. Isso porque a sentença normativa depende da exaustão do processo coletivo (art. 572⁽¹⁰⁾, CPC) e a sentença da ação de cumprimento perde sua eficácia executória com a reforma da sentença normativa em instância recursal.

(9) *Ibidem*, p. 1661.

(10) Art. 572. Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita à condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo.

Raimundo Simão de Melo⁽¹¹⁾ comunga com essa última corrente, pelas razões que norteiam a excepcionalidade do Poder Normativo da Justiça do Trabalho e aduz que somente por meio de ação rescisória, cumulada com eventual medida cautelar, seria possível estancar os efeitos da decisão transitada em julgado numa ação de cumprimento, em respeito ao comando constitucional do art. 5º, inciso XXXVI.

Aduz ainda, esse doutrinador⁽¹²⁾, que a Lei n. 7.701/98 (art. 2º, inciso I, letra c), ao estabelecer que compete à seção especializada em dissídios coletivos, ou seção normativa, originariamente... c) julgar as ações rescisórias propostas contra suas sentenças normativas leva à conclusão de que a sentença normativa produz coisa julgada material e não apenas formal, já que a primeira (coisa julgada material) é pressuposto da Ação Rescisória. O art. 872⁽¹³⁾ da CLT, que veda discussão na ação de cumprimento, a respeito de matérias de fato e de direito já decididas na sentença normativa também viria corroborar essa posição.

Manoel Antonio Teixeira Filho afigura-se também afiliado a esta segunda corrente ao aduzir que:

Se a coisa julgada produzida pelo acórdão emitido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do recurso ordinário interposto da decisão normativa, for posterior à coisa julgada gerada pela sentença proferida na ação de cumprimento, a

(11) *Ibidem*, p. 216.

(12) *Ibidem*, p. 217. Para esse autor, não se pode confundir a possibilidade da ação revisional do art. 873 da CLT, que é uma característica do dissídio coletivo, para situações específicas, com o corte rescisório, quando presentes os requisitos do art. 485 do CPC. Não se aplicam na espécie os comandos do Código Civil (art. 125) e do CPC (art. 572), porque direcionados à jurisdição comum, em que o juiz aplica o direito existente. No dissídio coletivo, ao contrário, o juiz cria o direito para resolver rapidamente e com efetividade um conflito coletivo de trabalho, devendo a decisão normativa, como assegura a Lei n. 4.725/65 (art. 6º, § 3º), ser cumprida imediatamente, pena de não cumprir a sua função social pacificadora.

(13) Art. 872. Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único. Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão

prevalência será desta última. Por isso, a execução, sendo definitiva, deve ter curso, a despeito da eliminação da cláusula normativa que dá conteúdo material à sentença exequenda. Cuida-se de situação invulgar, e algo anômala, determinada pelo fato de a coisa julgada alusiva à ação de cumprimento formar-se antes da que foi produzida no dissídio coletivo. Trata-se, portanto, de uma das raras situações em que o efeito sobrevive à causa.

Raimundo Simão de Melo, dessa forma, entende que, se o TST vier a excluir a cláusula que constitui o objeto da execução da sentença proferida na ação de cumprimento, duas soluções apresentam-se viáveis:

1. Caso não tenha ainda transitado em julgado a sentença na ação de cumprimento, a execução em andamento, que é provisória, extingue-se;

2. Porém, se a sentença na ação de cumprimento já transitou em julgado, deve esta ser cumprida em respeito ao instituto da coisa julgada, protegida pela CF (art. 5º, inciso XXXVI), podendo o interessado valer-se do instrumento da ação rescisória para desconstituí-la e, se for o caso, de uma medida cautelar para suspender a execução definitiva.

No entanto, o mesmo TST não tem admitido Ação Rescisória, por violação da coisa julgada, da sentença de ação de cumprimento, com a alteração da sentença normativa em instância superior, com base na Súmula n. 397 do TST, uma vez seu entendimento é de que o dissídio coletivo somente produz coisa julgada formal e não material.

Contudo, para *Antonio Gidi* ⁽¹⁴⁾, rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas no direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim se ela se formasse nos casos de procedência do pedido e não nos de improcedência. (...) a coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*.

(14) GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 73-74

Conclui esse autor: o que diferirá com o evento da lide não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a extensão *erga omnes* ou ultrapartes à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva.

Com base neste raciocínio, e levando-se em consideração a legitimação por substituição processual (dos sindicatos), já que a legitimação do Ministério Público é autônoma e constitucional, já que está sempre a defender interesse da sociedade, seja como parte/autor ou como órgão interveniente, a extensão da imutabilidade da coisa julgada *secundum eventus litis* não será aplicada para o substituído no caso improcedência. Vale dizer, nos casos de improcedência da ação coletiva não ocorrerá a extensão subjetiva, ou seja, não gerará efeitos. Caso contrário, em caso de procedência, os efeitos serão *erga omnes* ou ultrapartes, conforme o caso, para atingir os substituídos em seu benefício.

Com fulcro nesse entendimento, poderíamos dizer que, contrariamente ao posicionamento do TST retrorreferenciado, na superveniência de coisa julgada advinda de acordo judicial em sede de Ação Civil Pública ou mesmo de sentença normativa oriunda de dissídio coletivo, a ação rescisória para postular a desconstituição da coisa julgada da ação de cumprimento poderia se valer do inciso VII⁽¹⁵⁾ do art. 485 do CPC, sob o fundamento de nova prova ou documento novo.

Nelson Nery Junior⁽¹⁶⁾ ao discorrer sobre documento novo aduz que ele deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto da rescisão.

A corroborar esta posição, trazemos a Súmula n. 406, inciso II, do próprio Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

II — O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade

(15) Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VII — depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

(16) NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 783.

para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário.

No entanto, em sentido contrário, a Súmula a respeito do Tribunal Superior do Trabalho:

N. 402 — AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. DISSÍDIO COLETIVO. SENTENÇA NORMATIVA. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 20 da SDI-II)

Documento novo é o cronologicamente velho, já existente ao tempo da decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou de impossível utilização, à época, no processo. Não é documento novo apto a viabilizar a desconstituição de julgado:

a) sentença normativa proferida ou transitada em julgado posteriormente à sentença rescindenda;

b) sentença normativa preexistente à sentença rescindenda, mas não exibida no processo principal, em virtude de negligência da parte, quando podia e deveria louvar-se de documento já existente e não ignorado quando emitida a decisão rescindenda. (ex-OJ n. 20 — inserida em 20.9.2000).

5. CONCLUSÕES

Após a análise desse quadro jurídico, no aspecto da justiça das decisões judiciais, com um resultado lesivo para uns (aqueles empregadores que já foram obrigados a pagar eventuais multas ou celebraram acordo com os sindicatos, a título de descumprimento de cláusula de ACT/CCT que venha a ser afastada posteriormente) e outro resultado não lesivo para outros, dependendo do lapso temporal em que vier a ocorrer o afastamento da cláusula indigitada, por meio de alguns dos instrumentos jurídicos retro-apontados nesse trabalho, poderá sobrevir a seguinte questão⁽¹⁷⁾: as demandas coletivas passivas não poderão se converter em mecanismo de supressão de direitos individuais com o selo da imutabilidade judicial?

(17) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*. Salvador: Podium, 2007. p. 350.

Em que pesem as posições acima elencadas, entendemos que se os recursos advindos das multas por descumprimento de cláusula de convenção ou acordo coletivo já foram pagos ou creditados aos trabalhadores da categoria profissional não caberá qualquer devolução, mesmo porque no tempo em que receberam tais benefícios ainda estava vigendo a cláusula que posteriormente foi retirada do mundo jurídico, e ainda pelo fato de que figuraram como substituídos nas ações coletivas.

Não obstante, assistimos várias situações em que decisões judiciais não primam pela justiça ou equidade, o que seria de esperar com ansiedade em um Estado Democrático de Direito, mas que, em alguns casos concretos, alguns outros princípios e valores se sobrepõem, e às vezes entram em rota de colisão, como a segurança jurídica e a pacificação social e a imutabilidade da coisa julgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*. Salvador: Podivm, 2007.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. t. II.

MELO, Raimundo Simão de. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO

Luís Fabiano de Assis^(*)

INTRODUÇÃO

As discussões sobre a implementação dos direitos sociais⁽¹⁾ no Brasil — especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 — têm suscitado grande desapontamento e descrença⁽²⁾.

Os que se rendem ao conformismo costumam recorrer à justificativa de que as promessas descumpridas pelo constituinte seriam simples programas, realizáveis tão somente ao arbítrio dos legisladores e governantes. Mas essa notória letargia estatal também produz reações expressivas, influenciadas por um ideário bastante encorajador⁽³⁾.

(*) Procurador do Trabalho; bacharel, mestre e doutorando em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP); especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilha (Espanha), por intermédio da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

(1) Referimo-nos — com a expressão *direitos sociais* ou *direitos fundamentais sociais* — aos direitos inscritos no art. 6º da CR, minudenciados ao longo do texto constitucional. Entre eles, o direito ao trabalho desempenha função axial na implementação dos demais, especialmente se considerados os *standards* do chamado “trabalho decente”. A ONU, ao reconhecer estes padrões como orientadores de um objetivo global de proteção aos Direitos Humanos, recomenda a adoção políticas públicas dirigidas a esse fim (OIT. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica*, 2006-2015).

(2) FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. *Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar*, p. 1.

(3) Não obstante as dúvidas que ainda pairam sobre sua aplicabilidade e sobre os pesados ônus argumentativos surgidos.

As origens dessas reações estão arraigadas nas transformações conceituais sofridas pelo Direito na chamada “pós-modernidade”, entre elas a propiciada por um movimento de revisão das proposições fundamentais do positivismo jurídico⁽⁴⁾.

Nesse cenário, a concepção “pós-positivista” emerge como uma construção ainda inacabada, baseada em teorizações sobre os direitos fundamentais e na renovação da hermenêutica constitucional, cujo enfoque contemporâneo — reportando-se a cânones interpretativos específicos⁽⁵⁾ e à reaproximação entre Direito e Ética — salienta as relações jurígenas entre valores, princípios e regras⁽⁶⁾.

Além disso, as influências desse ideário vinculado ao neoconstitucionalismo têm contribuído para a reformulação da concepção de Estado, inclusive a de Estado-Juiz, em sua função de promover os direitos fundamentais sociais.

A própria ideia de separação de poderes tem sido revisitada para permitir, com uma tônica claramente promocional, a rediscussão dos meios de efetivação dos Direitos Humanos de segunda geração.

Com efeito, ao passo que se polemizam os limites normativos dos programas enunciados pela Constituição⁽⁷⁾, discutem-se também

(4) Como vozes influentes deste movimento, destacam-se dois autores: Dworkin, com formulações contrapostas às de Hart, grande expoente do positivismo jurídico ao lado de Kelsen (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*; a primeira edição é de 1977, e se baseia em estudos seminais realizados uma década antes); e Alexy, com sua teorização sobre os direitos fundamentais na Constituição alemã (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Primeira edição, em alemão, é de 1985).

(5) Além do recurso à ideia de força normativa da Constituição (HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*, p. 14-15), fala-se nos princípios interpretativos da supremacia, da interpretação conforme, da unidade e da efetividade da Constituição (STF — 6ª T. — AI 555806 MG — Rel. Min. Eros Grau — j. 1º.4.08 — DJe 18.4.2008). Não sobeja referir, demais disso, a regra da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (§ 1º, do art. 5º, da CF/88).

(6) BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*, p. 27. Não se deve olvidar, entretanto, que essa linha de pensamento corre o risco de recair num perigoso “moralismo jurídico”, como bem apontou Miguel Reale em seu *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2, p. 423.

(7) José Afonso da Silva, em sua conhecida teorização, associa esses programas às chamadas normas de eficácia limitada. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed.

as fronteiras da judicialização da política⁽⁸⁾ no que respeita à implementação dos direitos sociais, tarefa esta que exige o planejamento e a execução de políticas públicas específicas.

Como resultado, as reiteradas constatações de omissões e desvios do poder público no campo das chamadas *prestações estatais positivas* têm levado ao crescimento das iniciativas de provocação do Judiciário para proceder ao controle dos demais Poderes.

O Ministério Público, em razão de sua vocação constitucional⁽⁹⁾, tem sido o protagonista dessas ações, notadamente as de ordem transindividual. Por outro lado, a refletir a receptividade dos juízes às ações com aquele escopo, pode-se entrever um incremento do ativismo judicial⁽¹⁰⁾.

Mas essa face promocional da judicialização da política enfrenta uma série de dificuldades, que envolvem desde as consistentes críticas apresentadas por vozes mais conservadoras até a necessidade de enfrentar óbices fáticos à materialização de um idealizado “conteúdo essencial” dos direitos sociais.

Após essa breve pré-compreensão, indaga-se, para uma breve reflexão: que são políticas públicas e quais são os fundamentos de sua judicialização quando se trata da implementação de direitos sociais?

(8) A discussão, sem dúvida, vai muito além do mero exame judicial de atos administrativos. Adota-se, neste artigo, um sentido amplo para a ideia de “judicialização da política”, em que se incluiria — como parece sugerir a própria etimologia da expressão designativa do fenômeno — toda forma de influência do Judiciário nas atividades ordinárias dos demais Poderes, *v. g.*, a manifestação de juízes, nos meios de comunicação, sobre questões de natureza política que podem ser ou que foram judicializadas; o controle judicial de constitucionalidade; as decisões judiciais sobre crimes de responsabilidade, a existência de uma Justiça Eleitoral, etc. O debate não é novo, nem entre nós, nem no direito estrangeiro. Ilustrativamente, nos EUA fala-se em *judicial review*. Entre nós, o sistema de jurisdição transindividual — potencializado pelas atribuições constitucionais do Ministério Público — permite um debate singular em relação à tutela de interesses difusos emergentes dos direitos sociais, especialmente quando judicializadas as políticas públicas dirigidas à sua implementação.

(9) Art. 127, *caput*, e art. 129, inciso III, da CR.

(10) Sabe-se que a referência ao “ativismo judicial” recomenda o enquadramento histórico e contextual do fenômeno. Entretanto, para os fins deste estudo, referimo-nos ao tema em seus lineamentos originários, para destacar que parecem haver se desenvolvido, historicamente, duas tendências: uma conservadora, voltada à restrição de direitos; e uma positiva, progressista, dirigida à promoção de direitos fundamentais. A respeito do tema, cite-se o relevante artigo de MASON, Alpheus Thomas. *Judicial activism: old and new*. In: *Virginia Law Review*, v. 55, n. 3, 1969.

Como poderiam ser definidos e articulados os conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível, recorrentemente utilizados nos debates sobre o tema? Que diretrizes poderiam orientar a atuação do Ministério Público e as decisões do Judiciário em relação à matéria?⁽¹¹⁾

1. CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Num sentido mais geral, a ideia de políticas públicas é conexa à de programas de ação governamental em que se coordenam instrumentos estatais voltados à “realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁽¹²⁾. *Per se*, uma política pública não tem como qualidade o caráter normativo, sendo este, a rigor, um predicado de alguns de seus elementos constitutivos.

De fato, como atividade que se traduz em um conjunto organizado de *normas, decisões e atos* unificados por uma finalidade, a política pública reúne fatores que, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea.

(11) O presente ensaio não tenciona responder conclusivamente a todos os problemas destacados, nem às repercussões das infundáveis teorizações a respeito. Pretende-se, na verdade, considerando a relevância do debate, apresentar uma visão panorâmica e crítica do tema. Em decorrência dessa proposta, não aprofundaremos o exame de aspectos processuais da judicialização (instrumentos, legitimidade, competência, entre outros). Seja como for, os assuntos aqui perfilhados nos parecem essenciais à análise do controle judicial da implementação dos direitos sociais, especialmente quando se trata das ações destinadas à tutela de interesses transindividuais — como a ação civil pública — e da atuação do Ministério Público. Com efeito, dada a possibilidade de tratamento abrangente dos conflitos de massa, a utilização desses instrumentos potencializa sobremaneira a atividade do juiz, com grandes repercussões sobre a “tutelabilidade” de direitos sociais — cuja implementação envolve os mais legítimos interesses difusos da sociedade. Neste campo, a litigância individual, se não é desautorizada, ao menos não é desejável, pelos riscos de desnecessária sobrecarga do Judiciário e de decisões discrepantes para casos similares. De qualquer forma, é possível cogitar, em várias hipóteses, da judicialização de direitos sociais pela via processual individual (STJ — REsp 510598-SP — 2ª T. — Rel. Min. João Otávio de Noronha — j. 17.4.2007 — DJ 13.2.2008 — p. 148). Não se desconhece, além disso, a possibilidade de uma demanda individual surtir efeitos metaindividuais, no plano do conflito sociológico existente (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. p. 799 e ss.). Outra ponderação parece-nos relevante: sabe-se que o acesso à Justiça não se identifica com o acesso ao Judiciário; entretanto, o enfoque da via judicial se justifica pela importância de sua problematização. Não se quer dizer, todavia, que há uma preferência por esta via. Ao contrário, as soluções extrajudiciais, quando alcançadas, podem apresentar resultados mais céleres, efetivos e abrangentes.

(12) BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 3. ed. p. 241.

Conseqüentemente, cada um de seus elementos — conforme as peculiaridades dos regimes jurídicos que lhes forem aplicáveis⁽¹³⁾ — poderá demandar o manejo de instrumentos distintos de controle.

A finalidade das políticas públicas é variável. Para citar apenas duas hipóteses que se afiguram polares, há políticas públicas que podem privilegiar objetivos governamentais⁽¹⁴⁾, ao passo que outras se dirigem basicamente à efetivação de direitos sociais, conforme metas programáticas estabelecidas na Constituição⁽¹⁵⁾.

Ademais, sem a necessidade de recorrer à casuística, pode-se afirmar, para fins analíticos, que seriam inconstitucionais quaisquer políticas públicas que, pelos resultados almejados, pudessem violar direitos fundamentais ou que desrespeitassem normas constitucionais em geral⁽¹⁶⁾.

Essas inconstitucionalidades — que podem macular a política pública total ou parcialmente⁽¹⁷⁾ — seriam igualmente identificáveis nas omissões estatais, seja em razão do não planejamento, seja em virtude da não execução de programas constitucionalmente exigíveis, como é o caso das prestações positivas que visem à efetivação dos direitos sociais.

2. JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS SOCIAIS E ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Mesmo diante de inconstitucionalidades na ação ou na omissão do poder público, há muitas resistências à justiciabilidade de políticas

(13) COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 45.

(14) Apesar do horizonte aparentemente ampliado da hipótese, é sempre necessário observar as balizas constitucionais e o regime jurídico da Administração.

(15) Ilustrativamente, é o caso dos arts. 3º, 6º, 7º (inciso XXII), 23 (inciso IX), 196, 201, 203 e 227 da CR. Entre as duas hipóteses polares destacadas, haveria outras situadas ora próximas de um polo, ora próximas de outro. Hipóteses intermediárias seriam, *v. g.*, as de políticas públicas baseadas em objetivos constitucionais, mas sem uma relação direta com a promoção de direitos sociais, como no caso das previsões dos arts. 22, VII e IX; 182 (política urbana), 184 (desapropriação) e 187 (política agrícola) da Constituição.

(16) É preciso ponderar, entretanto, que os casos concretos costumam revelar conflitos entre direitos fundamentais, problemática que importa referir, mas que foge dos objetivos deste estudo.

(17) Isto é, no que concerne às decisões, aos atos ou às normas que integrem determinada política. Com efeito, sem prejuízo de eventuais vícios do ponto de vista infraconstitucional, pode haver inconstitucionalidade na política em si ou em seus elementos constitutivos (COMPARATO, Fabio Konder. *Op. cit.*).

públicas voltadas à promoção dos direitos sociais. Uma das objeções mais antigas supõe que as normas programáticas sobre esses direitos seriam destinadas apenas aos governantes, cujos agentes possuiriam, com exclusividade, a faculdade de definir a oportunidade, a conveniência e os instrumentos das políticas com tais escopos⁽¹⁸⁾.

Os defensores dessa tese admitem que os juízes se manifestem apenas sobre os direitos fundamentais individuais, correspondentes às liberdades negativas; e negam, *a priori*, a justiciabilidade dos direitos sociais, relacionados às liberdades positivas e concretizáveis por prestações estatais⁽¹⁹⁾.

Os fundamentos dessas alegadas limitações costumam radicar na clássica ideia de separação de poderes, na teoria democrática e no caráter contramajoritário das decisões judiciais⁽²⁰⁾. Em linhas gerais, aduz-se que, por não serem eleitos pelo voto do povo, os juízes não poderiam ser considerados legítimos representantes da sociedade, o que afastaria de sua competência o exame dos atos políticos e governamentais em geral, baseados, como é sabido, na pressuposta adesão dos representados⁽²¹⁾.

Note-se que esses argumentos se reportam à época do surgimento do Estado liberal, em que preponderava o intuito de neutralizar a atuação do Judiciário ante os demais poderes⁽²²⁾. É bem diverso, entretanto, o ideário contemporâneo do Estado Social de Direito⁽²³⁾,

(18) STJ-1ª T. — REsp 744592 AM — Rel. Min. Denise Arruda — j. 27.11.2007 — DJ 19.12.2007 — p. 1142.

(19) Expondo criticamente os fundamentos dessa doutrina em abrangente estudo, com destaque para os casos dos EUA e de vários países da América Latina, v. GARGARELLA, Roberto. *Theories of democracy, the judiciary and social rights*. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (eds.). *Courts and social transformation in new democracies*, p. 26. No Brasil, destaque-se, nesse sentido restritivo, a doutrina de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

(20) GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 14.

(21) Recorde-se que, como reflexo dessas concepções, a Constituição de 1934 previa, em seu art. 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.” Com efeito, as Constituições liberais procuraram edificar o estado segundo os ideais do “repouso” e da “inação”. COMPARATO, Fabio Konder. *Op. cit.*

(22) GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In: *Revista de Processo*, 2008, v. 164, p. 12.

(23) Segundo Fabio Konder Comparato, em um *Estado social de direito* — característica marcante da maioria dos Estados contemporâneos, marcados pela proposta estatal de realização de certos objetivos e programas — os “Poderes Públicos não se contentam

em que a jurisdição — concebida como mecanismo de expressão efetiva do poder estatal — há de se alinhar a objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito, a inafastabilidade do controle judicial traduziria um dos importantes mecanismos de harmonização entre a atuação dos demais Poderes e os escopos do Estado, de sorte que a justiciabilidade dos direitos sociais não resultaria de mera possibilidade jurídica, mas da necessidade política do exame judicial de eventuais desvios ou omissões estatais no tocante à implementação daquelas prerrogativas.

A suposta falta de legitimidade democrática dos juízes — cujas decisões sobre a matéria, notadamente no campo transindividual, são tomadas sem a participação direta dos cidadãos afetados — não constituiria um óbice, por si só, à judicialização dessas questões.

É que referido “mal” também existe nas atividades dos demais Poderes, apesar da presunção em contrário engendrada pela ideia de democracia representativa. De fato, o problema ainda não foi bem resolvido nem sequer nos âmbitos do Legislativo e do Executivo, em cujas deliberações não se visualiza uma participação social efetiva, ainda que indireta.

À vista dessas dificuldades e como forma de contorná-las, os debates contemporâneos da teoria democrática têm enfatizado tanto a necessidade de aprimorar mecanismos de aferição da *accountability* dos agentes políticos, quanto a indispensabilidade de práticas relacionadas à ideia de *democracia deliberativa*⁽²⁴⁾, que poderiam ser aplicadas, *mutatis mutandis*, à própria função jurisdicional.

em produzir leis ou normas gerais”; além disso, dirigem a coletividade “para o alcance de metas predeterminadas”. Assim, sua legitimidade se funda na realização programada de finalidades coletivas. Após pugnar por uma reformulação da classificação de funções estatais conforme a temática das políticas públicas, o autor entende ser ao Governo, “impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico” naquela seara (*Op. cit.*, p. 44). Assim, acrescer ao nosso *Estado Democrático de Direito* (art. 1º, CR) o qualificativo “social” não seria despropositado, à vista dos objetivos constitucionais fixados no art. 3º da CR.

(24) Não aprofundaremos, neste artigo panorâmico, o exame do tema. Entre as várias perspectivas teóricas a respeito, v. Gutmann, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* p. 3-7.

Essas abordagens, mesmo que não resolvam totalmente o problema⁽²⁵⁾, ressaltam a superficialidade de argumentos que, para contrariar a hipótese de justiciabilidade dos direitos sociais, recorrem apenas à clássica ideia de separação de poderes ou à perspectiva do direito de voto, fundada na presunção simplista de representatividade vindicada pelos poderes estatais estruturados pelo sistema eleitoral⁽²⁶⁾.

3. JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Outro obstáculo apontado pelos que advogam contrariamente à justiciabilidade de direitos sociais residiria no fato de que os juízes — cuja formação é fundamentalmente jurídica — não se vinculam à lógica da disponibilidade de meios, mas à restrita aferição da exigibilidade de direitos.

Segundo essa linha de pensamento, mesmo que se admitisse a participação dos juízes na seleção política de prioridades orçamentárias, os limites da cognição judicial — restrita às fronteiras dos fatos alegados e da própria demanda⁽²⁷⁾ — seriam incontornáveis. Desse modo, esses fatores tornariam inviável a identificação da concorrência daquelas prioridades num mesmo contexto orçamentário globalmente considerado⁽²⁸⁾.

Por outro lado, as linhas teóricas que admitem a justiciabilidade dos direitos sociais, na tentativa de contornar as dificuldades apontadas

(25) Uma das características das democracias é o espaço para discordâncias. Sobre várias dimensões destas no cenário democrático, v. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, p. 232-254.

(26) O debate, de fato, é acirrado. Jeremy Waldron, v. g., externa posição contrária a todos os arranjos institucionais que, a exemplo do Judiciário, desrespeitam a ideia de participação democrática ampla. WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*

(27) A respeito dos limites demanda, é oportuno recorrer às lições de Kazuo Watanabe sobre a chamada “lide processualizada”. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 830.

(28) STJ — REsp 744592-AM — 1ª T. — Rel. Min. Denise Arruda — j. 27.11.2007 — DJ 19.12.2007 — p. 1142. Reflexões importantes sobre o tema foram realizadas na obra de BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas públicas — reflexões sobre o conceito jurídico*. Acerca da seleção de prioridades, v. interessante estudo de GELBACH; PRITCHETT. More for the poor is less for the poor: the politics of targeting. In: *Policy Research Working Paper*, n. 1799, World Bank, 1997.

supra, costumam articular — sem uniformidade, vale destacar — as ideias de “mínimo existencial” e de “reserva do possível”. Em geral, sustenta-se que a “reserva do possível” não poderia ser alegada em casos nos quais um “mínimo existencial” se encontrasse violado ou ameaçado.

Todavia, o conceito de “mínimo existencial” ainda não foi precisamente demarcado, nem na doutrina⁽²⁹⁾, nem na jurisprudência⁽³⁰⁾, talvez pela impossibilidade de fazê-lo.

Para citar apenas algumas das muitas proposições acerca da questão, observa-se haver, de um lado, os que vinculam o conceito à proteção da dignidade humana, estabelecendo um rol de direitos que o constituiriam⁽³¹⁾; e, de outro, os que, sem arrolar quais seriam seus elementos conformadores, relacionam a ideia a um conjunto genérico de “condições sociais mínimas” a serem materializadas mediante prestações estatais, de forma que permitam que o indivíduo exerça sua liberdade e busque sua própria dignidade⁽³²⁾.

Já a expressão “reserva do possível” se reporta, num sentido bem geral, a óbices impeditivos ou prejudiciais da efetivação de direitos sociais. Note-se que, no Brasil, conquanto o conceito possa ser abor-

(29) Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais: a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais*. Com importantes considerações a respeito dos limites de eventuais definições de conteúdos essenciais para os direitos fundamentais em geral, v. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

(30) Do mesmo modo, há grandes divergências nos debates internacionais e do direito estrangeiro. A ONU já reconheceu que os direitos econômicos e sociais — dos quais trata um dos Pactos de 1966 — conteriam um mínimo de prestações estatais (*minimum core*) que demandaria implementação pelos Estados-membros. Na Alemanha, esse *mínimo* tem sido visto como decorrência da forma de Estado, já que não há previsão expressa de direitos sociais na Lei Fundamental; na Índia, opera-se nos tribunais, para a proteção desses direitos, uma interpretação extensiva do direito à vida; na África do Sul, os juízes devem interpretar previsões constitucionais expressas relacionadas à alimentação, ao saneamento, à saúde e à moradia — como no conhecido caso *Grootboom*. BILCHITZ, David. *Judicial review in practice*. In: BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights*, p. 136.

(31) BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana*, p. 247 e ss. Para a autora, o mínimo existencial incluiria a educação, a saúde, o acesso à justiça e a assistência aos necessitados.

(32) TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* Nesse caso, a distinção entre direitos fundamentais sociais, de um lado, e direitos fundamentais individuais, de outro, seria relativizada.

dado nesse sentido amplo⁽³³⁾, a doutrina e a jurisprudência têm destacado uma acepção restrita, pondo em relevo os óbices de natureza financeira e orçamentária⁽³⁴⁾.

Apresentado esse breve panorama conceitual, parece-nos que nem o conceito de “mínimo existencial” poderia ser considerado universal e absoluto; nem a chamada “reserva do possível” constituiria, especialmente na acepção restrita que parece ganhar força entre nós, um óbice hipotético — *i. e.*, independente das circunstâncias do caso concreto — à judicialização de determinado direito social.

Note-se que o mero recurso argumentativo àquelas expressões — sem a adequada justificação de sua substância concreta — tende a empobrecer o debate extrajudicial e judicial, obscurecendo a complexidade dos casos particulares e de todas as suas variáveis, a serem consideradas na avaliação da conduta estatal omissiva ou comissiva.

Não nos parece razoável, assim, que essa avaliação se restrinja ao exame da oposição simplista entre uma “essencialidade ideal de direitos sociais” e a “possibilidade financeira e orçamentária”.

Ora, se constatada uma situação social grave, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais ou às condições materiais mínimas

(33) Na jurisprudência Alemã, a tese foi da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi adotada em julgamento paradigmático ocorrido na década de 60, que se tornou conhecido como *Numerus Clausus* — BverfGE n. 33, 303 (333). Na decisão, a reserva do possível foi invocada em acepção ampla, para justificar que, *in casu*, o Estado havia feito tudo o que estava ao seu alcance. O debate não se restringiu, como se vê, à questão da disponibilidade orçamentária (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*). Disponível em: <www.bundesverfassungsgericht.de> Acesso em: 10 de junho de 2009. Por outro lado, num sentido nem muito amplo, nem muito restrito, anote-se o seguinte excerto, extraído de consagrado doutrinador português, que destaca uma indesejável aporia: “(...) a um máximo de ‘desejabilidade constitucional’ de direitos econômicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada da interpositio necessária do legislador e da subordinação da efetividade constitucional à proclamada reserva do possível (em termos econômicos, sociais e, naturalmente, também políticos).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 36).

(34) É a tendência do STF (ADPF n. 45 DF — Rel. Min. Celso de Mello — Informativo n. 345/04), que segue a linha norte-americana (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*). No mesmo sentido, v. STF — RE-Agr 410715 SP — Rel. Min. Celso de Mello — DJ 22.11.2005 — DJ 3.2.2006. Observa-se, no Supremo, a tendência de não aceitação da mera alegação do óbice da reserva do possível quando se trata de garantir o chamado mínimo existencial. No mesmo sentido, utilizando-se de uma acepção bem restrita, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In: *Revista de Processo*, n. 164, 2008. p. 20.

de existência digna das pessoas integrantes de determinada coletividade — condições estas que deverão ser concretamente explicitadas pelo demandante, justificadas pelo demandado e verificadas pelo magistrado, ainda que em cognição sumária, nos casos mais urgentes —, não remanesceriam dúvidas sobre a necessidade de o Judiciário determinar ao poder público inadimplente a prestação social necessária à eliminação daquela condição⁽³⁵⁾.

Esse exame judicial da situação concreta — visto que não é possível estabelecer *a priori* um rol de direitos sociais constitutivos de um mínimo existencial, em razão de sua variabilidade histórica e contextual — demandaria o uso de mecanismos analíticos, como, *v. g.*, os oferecidos pela regra da *proporcionalidade*.

Sem dúvida, o uso da regra da *proporcionalidade* não envolve apenas o exame do caso pela ótica da *razoabilidade*, mas a necessidade de analisar, *primeiro*, a *adequação* da medida postulada em sua aptidão para fomentar a realização do objetivo perseguido; *segundo*, a efetiva *necessidade* daquela medida, se comparada a alternativas existentes para a mesma finalidade — observada a eficiência de cada uma delas e o grau de restrição a outros direitos que elas poderiam causar; e, *terceiro*, o *sopesamento* entre os direitos envolvidos, com a preocupação de evitar sejam adotadas medidas que, embora adequadas e necessárias, acarretem restrições a direitos além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. Fala-se, neste último caso, na proporcionalidade em sentido estrito⁽³⁶⁾.

Em outras palavras, cumpre examinar, nesse percurso analítico, aspectos como a eventual escassez de recursos; o sacrifício a ser suportado pela sociedade em relação a outras questões e demandas concorrentes; as determinações constantes da legislação infraconstitucional, especificadoras dos instrumentos para a efetivação dos direitos

(35) *v.* ADPF n. 45 DF — Rel. Min. Celso de Mello — Informativo n. 345/04. Há quem admita que, provada a falta de recursos pelo poder público, deverá o Judiciário fazer constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública, de modo que, em seguida, seja implementada a política judicialmente determinada. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*

(36) SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.* O autor bem explicita os aspectos da regra da proporcionalidade, que devem respeitar a seguinte ordem de indagações: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

sociais em questão; a efetividade dos meios propostos para o tratamento dos problemas apresentados e a eventual inversão injustificada de prioridades orçamentárias.

Esses critérios merecem consideração tanto para definir a atuação do Ministério Público, na condução das investigações e na propositura da demanda; quanto para orientar o Judiciário na direção do processo e na fundamentação que haverá de conferir substância e legitimidade à sua decisão.

Desse modo, mediante a regra da *proporcionalidade*, o intérprete-aplicador pode incrementar ao máximo a tendência de sua decisão ir ao encontro das demandas sociais num dado caso concreto⁽³⁷⁾.

Não sobeja repetir que o mero recurso às ideias vagas de “mínimo existencial” ou de “reserva do possível” implicaria empobrecer sobremaneira a discussão dos casos, com prejuízos ao próprio ônus argumentativo do Ministério Público, que deve fundamentar suas postulações; do poder público, que deve apresentar justificativas para sua conduta; e do Judiciário, que deve motivar adequadamente todas as decisões que tomar.

Em outras palavras, é importante enfatizar que a aferição de um “mínimo existencial” *vis-à-vis* com a chamada “reserva do possível” seria viável apenas diante de casos concretos.

Como corolário, seria necessário visualizar o assunto *menos* com base em construções teóricas demarcadas *a priori*; e *mais* na incidência concreta dos deveres constitucionais do Estado — como créditos da sociedade em relação às chamadas prestações positivas — sobre as situações trazidas ao processo.

Desse modo, parece-nos possível aprimorar a apuração de um máximo exequível de materialização de determinado direito social em face de limitações fáticas e jurídicas de diversas ordens.

Assim, as ideias de “mínimo existencial” e de “reserva do possível” designam menos categorias conceituais bem definidas do que *recursos*

(37) Fala-se, aqui, da estrutura analítica da proporcionalidade em seu sentido mais amplo, que envolve, no exame dos fatos, os critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em *sentido estrito*. Reflexões úteis sobre o tema foram desenvolvidas por BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*, p. 159-188.

argumentativos em que se plasmariam *conjuntos complexos e articulados de aferições relevantes*, as quais devem subsidiar, ao máximo, a aplicação da regra da proporcionalidade.

CONCLUSÕES: REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO

Examinados brevemente os aspectos destacados, vê-se que, no ordenamento brasileiro, não haveria fundamentos, nem jurídicos, nem políticos, para a suposta vedação apriorística da ingerência extraordinária do Judiciário nos desvios e omissões do Poder Público em matéria de implementação de direitos sociais.

Contudo, visualizar a estrutura política e jurídica do Estado como descerrada àquela possibilidade⁽³⁸⁾ não implica desconhecer os limites da Jurisdição⁽³⁹⁾, nem ignorar, como foi visto, certos critérios a serem considerados na avaliação dos casos concretos.

Como foi visto, o *Parquet*, em razão de sua vocação constitucional, tem papel destacado na promoção do controle judicial transindividual das políticas públicas em matéria de direitos sociais, o que inegavelmente contribui para a tutela adequada dos interesses que necessitem de proteção.

Entretanto, em tais demandas, afora o aspecto probatório, não se duvida de que a adequação⁽⁴⁰⁾ da prestação jurisdicional dependerá

(38) O STF já tratou da possibilidade de o Poder Judiciário, “em bases excepcionais”, determinar — especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição — sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os “encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário”, com a sua omissão, “vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. STF — Pleno — AI 677.274-8/SP — Rel. Min. Celso de Mello — RTJ 185/794-796. No mesmo sentido, v. julgamento da ADPF 45/DF (cit.). A respeito da reserva do possível, v. demais disso, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. p. 207.

(39) Jeremy Waldron (*op. cit.*,), para sustentar a ideia de que o Judiciário não pode ser visto como fórum em que são produzidas as melhores soluções, cita exemplos incontroversos de decisões judiciais reconhecidamente injustas, como nos casos *Dred Scott* (*Scott v. Sandford*, 1857) e *Lochner* (*Lochner v. New York*, 1905). Em sentido contrário, defendendo que o Judiciário teria, em diversas circunstâncias, melhores condições de tomar decisões do que o legislador, v. BILCHITZ, David. *Justifying the judicial review of fundamental rights*. In: BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights*, p. 102-134.

(40) Conforme destacamos no tópico anterior e na nota 35, *supra*.

sobremaneira do modo como a pretensão coletiva for deduzida na ação civil pública a ser ajuizada.

Para contribuir com o complexo debate acerca do tema, sem qualquer pretensão de esgotá-lo, destacam-se, ilustrativamente, algumas diretrizes elaboradas com base nas ideias apresentadas ao longo deste breve ensaio.

Trata-se de uma possível linha de atuação para o enfrentamento da inércia ou dos desvios do Poder Público em matéria de promoção de políticas públicas que se destinem à implementação dos direitos sociais⁽⁴¹⁾.

Com efeito, na fase investigatória, as seguintes diretrizes nos parecem relevantes para definir a atuação *Parquet*:

- a) promoção, sempre que possível, de investigações conjuntas entre os diferentes ramos do Ministério Público da União e dos Estados, cujas atribuições estejam direta ou indiretamente relacionadas ao conflito⁽⁴²⁾;
- b) preferência pela solução extrajudicial, com a celebração de compromissos de ajustamento de conduta e a emissão de notificações recomendatórias;
- c) realização, no curso do inquérito civil, de audiências públicas que propiciem a ampla participação da sociedade e do poder público, a fim de reunir informações abrangentes sobre o conflito,

(41) Sem prejuízo da já destacada priorização das soluções extrajudiciais. Cf. nota 10, *supra*. Acrescente-se que a solução extrajudicial evitaria problemas como o de definir a competência para a apreciação da demanda, em situações envolvendo as atribuições de vários ramos do Ministério Público e, paralelamente, os órgãos judiciais estaduais e federais, especializados e não especializados. Ilustrativamente, políticas públicas de combate ao trabalho infantil costumam envolver questões como o acesso à escola, a aprendizagem profissional, a preparação pedagógica de professores, o fornecimento de merenda escolar, a saúde e a segurança alimentar, o planejamento familiar, a inspeção pelo poder público, entre outros temas.

(42) A LACP, o CDC, o ECA, entre outras leis especiais, preveem o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados, o que sugere, notadamente em questões de grande abrangência social, que investigações conjuntas sejam realizadas.

em seus aspectos social, econômico, financeiro, político, cultural e outros subjacentes ao caso⁽⁴³⁾;

d) produção, no curso do inquérito civil, de provas das condutas desviantes do poder público, sejam elas omissivas ou comissivas, com foco no delineamento de suas características, de sua natureza e de suas consequências jurídicas e socioeconômicas⁽⁴⁴⁾;

e) identificação de indícios de incapacidade gerencial ou de improbidade dos agentes públicos, com a conseqüente promoção da responsabilização pessoal destes, inclusive mediante representação a outras autoridades públicas⁽⁴⁵⁾;

f) verificação de eventual legislação nacional, regional ou local que reforce a justiciabilidade do direito social em questão⁽⁴⁶⁾.

Já em relação à fase da judicialização, salientam-se as seguintes diretrizes:

(43) Essa medida ampliaria a legitimidade da conduta ministerial, além de aprimorar a futura cognição judicial e os fundamentos a serem adotados pelos magistrados em suas decisões. As audiências públicas, além de conferir legitimidade à atuação, potencializam a coleta de informações relevantes e fomentam o controle das deliberações envolvendo questões de grande repercussão social — independentemente do órgão em que os debates ocorram, governamentais, legislativos ou judiciais. Parece-nos essencial o estímulo a mecanismos variados de controle social sobre os atos do poder público, com a possibilidade de participação da sociedade. Além das audiências públicas, outros fóruns de reunião pública — sejam eles fiscalizadores, deliberativos ou consultivos, como no caso dos conselhos de controle social e dos conselhos de políticas públicas em geral — teriam um papel importante de permitir a participação popular. Mencionem-se, *v. g.*, os conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente (art. 88, II, do ECA). No Brasil, tais fóruns, entretanto, não costumam ser eficientes.

(44) Entre os meios a serem utilizados, destacam-se: a tomada de depoimentos; a realização de inspeções e perícias; a requisição de informações, documentos, certidões, estudos e relatórios a serem produzidos pelo poder público — do qual poderá ser requisitada a instauração de processos administrativos específicos; a formalização de parcerias com Universidades e institutos de pesquisa; o acesso a banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, entre outros, previstos, *v. g.*, nos arts. 7º e 8º da LC n. 75/93.

(45) Essas atitudes contrabalanceariam os questionáveis efeitos coercitivos das *astreintes* quando impostas a entes públicos.

(46) STJ — REsp 575280-SP — 1ª T. — Rel. Min. José Delgado — Rel. para acórdão Min. Luiz Fux — j. 2.9.2004 — DJ 25.10.2004 — p. 228.

a) judicialização parcial do objeto do inquérito civil, a fim de resolver questões mais urgentes — comprometedoras de um “mínimo existencial” a ser concretamente aferido —, com o prosseguimento das investigações em relação aos demais aspectos, a serem entregues à apreciação judicial, após os necessários esclarecimentos e desde que não possam receber o preferencial tratamento extrajudicial⁽⁴⁷⁾;

b) utilização, quando da propositura da ação civil pública, de todas as espécies de demandas capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela (art. 83 do CDC), sem recorrer, entretanto, a postulações excessivamente abstratas⁽⁴⁸⁾;

c) ajuizamento da demanda de forma que facilite — já na criteriosa exposição da causa de pedir, recorrendo-se às informações obtidas durante as investigações — a ampla compreensão e a análise do conflito transindividual;

d) requerer ao Judiciário a inversão do ônus da prova (art. 6º, CDC), *v. g.*, sempre que o poder público se recusar a prestar informações⁽⁴⁹⁾ ou dificultar a obtenção destas ao longo do inquérito civil.

Essas reflexões, baseadas nos critérios expostos ao longo deste estudo, põem em relevo uma preocupação com o ônus argumentativo do Ministério Público, do poder público e do próprio juiz.

Sem dúvida, essa preocupação pode contribuir para o aprimoramento das soluções dos conflitos envolvendo políticas públicas, cujos contornos só podem ser compreendidos mediante a observação das

(47) Com respeito ao tema, importa observar que, no plano sociológico, um conflito do qual se origine determinada demanda judicial, notadamente em matéria de políticas públicas, pode se modificar substancialmente com o passar do tempo.

(48) Parece intuitiva a afirmação de que, quanto maior a abstração de uma postulação judicial dirigida a realidades sociais complexas, menor será sua aptidão para produzir efeitos concretos adequados.

(49) A propósito, há processos anulados em razão de não haver sido oferecida a oportunidade de prova ao ente público. STJ — 1ª T. — REsp 783185-RJ — Rel. Min Luiz Fux — j. 24.4.2007 — DJ 13.12.2007 — p. 325.

variáveis dos casos concretos — muitas das quais se modificam com o passar do tempo.

Desde que bem realizada essa observação, a apreciação judicial dos interesses transindividuais emergentes de dada situação — quando não alcançada a desejável solução extrajudicial — poderá se desenvolver de modo que o magistrado consiga contornar, em boa medida, suas iminentes limitações cognitivas⁽⁵⁰⁾.

Isso conferirá legitimidade não apenas às decisões de procedência, mas também à eventual rejeição das demandas, o que haverá de ser criteriosamente fundamentado, como determina a Constituição da República.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Oxford: Oxford University, 2007.

BILCHITZ, David. Judicial review in practice. In: BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: Oxford University, 2008.

_____. Justifying the judicial review of fundamental rights. In: BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: Oxford University, 2008.

(50) As reflexões deste artigo se aplicam a todas as hipóteses de judicialização das políticas públicas. Merece menção, a propósito, a recente decisão nos autos n. 4981-2007-245-00-7 (TRT 9ª Região/PR), em que a Justiça do Trabalho, ao apreciar ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, condenou o município de Pinhais a adotar diversas medidas direcionadas à erradicação do trabalho de crianças e adolescentes na coleta do lixo.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (coord.). *Políticas públicas — reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. *Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the judiciary and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (eds.). *Courts and social transformation in new democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006.

GELBACH; PRITCHETT. More for the poor is less for the poor: the politics of targeting. In: *Policy Research Working Paper*, n. 1799, World Bank, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In: *Revista de Processo*, n. 164, 2008. p. 20.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty. Depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OIT. *Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. OIT, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais: a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

João Filipe Moreira Lacerda Sabino^()*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende propiciar aos estudiosos do direito do trabalho um documento sistematizado com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, especialmente com o exame da teoria da eficácia horizontal nas relações de trabalho.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 marca a restauração do regime democrático e confere peculiar importância aos direitos fundamentais.

Nota-se, desde seu art. 1º, que a Magna Carta buscou a proteção dos direitos humanos, estabelecendo como fundamento de toda a Constituição o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Assim, o princípio da dignidade humana é o valor fonte da Constituição, do qual decorrem todos os direitos fundamentais.

É justamente para proteção da dignidade humana que há ampla previsão dos direitos fundamentais, tal como se percebe da análise do Título II — Direitos e Garantias Fundamentais. Tais direitos fundamentais são os direitos civis e políticos (relacionados à primeira geração de direitos fundamentais); os direitos sociais, econômicos e culturais (relacionados à segunda geração dos direitos fundamentais); e os

(*) Procurador do Trabalho lotado na PTM de Marabá/PA. Pós-graduado em Direito Material e Processual pela PUC-SP. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP.

direitos de solidariedade (relacionados à terceira geração dos direitos fundamentais).

A previsão constitucional dos direitos fundamentais é de suma importância, tendo esses direitos diversas funções, dentre as quais se pode destacar a função de proteção do indivíduo perante o Estado, a função de prestação social, a função de proteção do indivíduo perante terceiros e a função de não discriminação.

E por sua importância, além de prever expressamente a proteção e promoção total dos direitos fundamentais, a Constituição Federal estabeleceu rol aberto de fontes informadoras (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal) e a aplicação imediata desses direitos (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal).

Para se verificar a vinculação dos particulares (especialmente na relação empregado e empregador) a esses direitos fundamentais, inicialmente serão abordados aspectos teóricos do tema, para em seguida proceder-se a análise dos aspectos específicos da relação de trabalho ante os direitos fundamentais.

2. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O estudo da eficácia dos direitos fundamentais relaciona-se diretamente com os sujeitos e a forma de vinculação a essa categoria de direitos.

2.1. Sujeitos na proteção dos direitos fundamentais

Historicamente, dentro do desenvolvimento dos direitos fundamentais, o sujeito vinculado à sua observância é o Poder Público. Nesse sentido é que nascem os direitos fundamentais nas Constituições, buscando proteger os indivíduos ante o Estado.

Não há contestação quanto ao dever do Estado de respeito a esses direitos. Dessa forma, há incidência dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particular, o que se chama de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Eficácia vertical significa que os direitos fundamentais incidem nas relações do cidadão com o Poder Público, preservando-se a liberdade individual. Sob esse aspecto, apresentam-se os direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo ante o Estado.

Em doutrina, exemplifica-se essa aplicação dos direitos fundamentais com a observância do princípio da isonomia nos concursos públicos⁽¹⁾.

Além disso, há vinculação positiva do Poder Público quanto aos direitos fundamentais, ou seja, não só o Estado não pode invadir a liberdade individual, mas deve obrigatoriamente intervir para a realização de certos direitos.

Essa intervenção deve ser feita pelos três poderes, em especial pelo Poder Legislativo, visto que as Constituições normalmente constituem meras declarações de direitos, sendo que o legislador ordinário deve estabelecer diretrizes para o regime jurídico das normas constitucionais.

Entende-se, portanto, ser indiscutível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e Estado.

Portanto, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos aplicáveis nas relações entre Estado e particulares. Contudo, tal noção mostrou-se insuficiente, haja vista que muitas vezes o violador dos direitos fundamentais não é o Estado e sim particulares, especialmente aqueles dotados de poder econômico ou social⁽²⁾.

Ao lado da vinculação estatal, percebe-se a necessidade da vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais. Para a proteção dos direitos de defesa do cidadão é necessária a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, o que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁽³⁾.

(1) LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 592.

(2) SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 23.

(3) Destaca-se que o tema pode ser denominado eficácia externa de direitos fundamentais, efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada, e vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Não há como negar a vinculação das relações dos particulares aos direitos fundamentais. Discute-se, no entanto, se, ao contrário ao que sucede com o Estado, os particulares somente possuiriam vinculação negativa aos direitos fundamentais.

Júlio Ricardo de Paula Amaral sustenta que “a grande diferença existente entre os poderes públicos e os particulares, no que tange à forma de tratamento, é o fato de que, em relação a estes últimos, há apenas uma vinculação negativa aos direitos fundamentais”⁽⁴⁾.

Em sentido contrário se posiciona *Luiz Guilherme Arcaro Conci*⁽⁵⁾, para quem determinados direitos de prestação podem obrigar o particular, desde que exista previsão constitucional, infraconstitucional, ou acordo entre as partes.

Expõe como exemplo os incisos V, VI, VIII, XI, XIII, XV, e XVII, do art. 7º da Constituição Federal, que teriam vinculação direta. Como exemplo de prestação imposta pelo legislador ordinário cita o art. 398, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe que nos “estabelecimentos em que trabalhem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação”.

Diante disso, observa-se que no Brasil, diferentemente de outros países, alguns direitos fundamentais disciplinados na Constituição já tiveram o objetivo de reger relações privadas, como ocorre com seu art. 7º.

Diante dos exemplos trazidos por *Luiz Guilherme Arcaro Conci*, reputa-se que não se pode negar a existência de direitos fundamentais de prestação dirigidos a particulares.

Vale ressaltar que a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares não será como ocorre em relação ao Estado, já que todos os indivíduos são titulares de direitos fundamentais⁽⁶⁾. Por

(4) *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 61.

(5) *Colisões de Direitos Fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006, sob orientação da professora doutora Flávia Cristina Piovesan, p. 132 a 134.

(6) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 223.

isso, deve-se harmonizar eventual conflito entre direitos fundamentais, questão que será tratada mais adiante.

2.2. Forma de vinculação aos direitos fundamentais

Admitindo-se que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações privadas, cumpre verificar a forma pela qual esses direitos incidem sobre os espaços da autonomia privada, especificamente quanto aos direitos de defesa.

São várias as teorias referentes à incidência dos direitos fundamentais aos entes privados. Destacam-se três teorias.

A primeira teoria nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Fundamenta-se na ideia de que os direitos fundamentais somente podem ser exigidos em face do Estado e que com a incidência haveria degradação da autonomia privada. Tal teoria é pouco defendida na atualidade.

A segunda teoria é a da aplicação indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações individuais. Portanto, não nega essa incidência, mas afirma existirem limites em razão da autonomia privada e do princípio da liberdade.

Ainda, defende que os direitos fundamentais possuem demasiada abstração, devendo o legislador determinar seu âmbito de aplicação nas relações privadas. Interpretação em sentido contrário conferiria poder desmesurado ao judiciário.

Dessa forma, os direitos fundamentais seriam aplicados de maneira reflexa. Essa aplicação poderia ser proibitiva e voltada ao legislador, que não poderá editar leis que violem esses direitos, ou positiva, que impõe ao legislador que implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devem incidir nas relações particulares⁽⁷⁾.

Destaque-se, também, a teoria da eficácia direta ou imediata, que propõe a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, ainda que sem qualquer intervenção do legislador, visto que

(7) LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 593.

estes são direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis *erga omnes*, tanto em face do Estado como dos demais indivíduos⁽⁸⁾.

Então, a grande diferença entre as teorias da eficácia direta e indireta consiste na necessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares⁽⁹⁾.

2.3. Conclusões parciais

A teoria que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares deve ser completamente afastada, pois não se relaciona com o espírito da Constituição Federal de 1988.

A teoria da eficácia direta ou imediata será aplicada quando a norma constitucional for destinada aos particulares ou quando não houver disciplina legislativa sobre o tema. Havendo legislação que discipline a aplicação de um direito fundamental, esta deverá prevalecer desde que em consonância com o objetivo da norma constitucional.

Isto posto, há direitos fundamentais previstos na Constituição Federal que são diretamente dirigidos aos particulares, como ocorre com a maioria dos direitos trabalhistas previstos em seu art. 7º.

Além disso, há outros direitos fundamentais que podem ser aplicados às relações particulares, direta ou indiretamente.

Serão aplicados diretamente, e de acordo com as regras que serão expostas adiante, caso inexista previsão legal sobre a aplicação desses direitos. No entanto, caso o legislador tenha estipulado como será sua aplicação sobre as relações privadas, então a incidência do direito fundamental deverá observar os ditames legais. Quando há uma lei disciplinando a situação, o próprio legislador já terá realizado a ponderação, de modo que caberá ao intérprete aplicar a lei.

Destarte, quando houver lei disciplinando a matéria, não cabe a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações individuais. É

(8) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 69.

(9) SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 89.

na omissão legislativa que se deve aplicar diretamente a norma constitucional.

Mas observe-se que há direitos fundamentais que são dirigidos diretamente aos particulares (como o art. 7º da Constituição Federal), e sobre esses não cabe limitação legislativa (exceto quando a própria Constituição Federal permite a limitação ao direito).

Então, a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais, sobre a qual se irá tratar, aplica-se quando não há norma infraconstitucional disciplinando a situação. Ela se justifica quando é necessária a incidência direta da norma constitucional na questão fática.

A discussão que se pretende aprofundar neste trabalho é, justamente, a da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, aos quais não exista regulamentação de sua aplicação.

Antes de adentrar nesse tema, vale a pena apresentar uma hipótese de direito fundamental disciplinado por normas infraconstitucionais, perante o qual não cabe a eficácia direta do direito fundamental. É o caso da proteção ao meio ambiente de trabalho.

O meio ambiente é direito fundamental expressamente previsto no art. 225 da Constituição Federal, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Esse direito fundamental pode ser dividido em meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho.

O que importa aqui é a forma pela qual se aplica a proteção do meio ambiente de trabalho. Não cabe a defesa da eficácia direta do direito fundamental, já que a Consolidação das Leis do Trabalho possui ampla previsão sobre o meio ambiente do trabalho nos arts. 154 a 201. Além disso, tais previsões legais foram regulamentadas no que cabia pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Dessa forma, o legislador já cuidou da preservação do direito ao meio ambiente do trabalho sadio, razão pela qual não se deve falar em eficácia direta.

2.4. Eficácia direta dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais deve ser direta nas relações privadas, caso inexista previsão legislativa sobre a aplicação.

Essa teoria decorre do princípio da unidade do ordenamento jurídico e do postulado da força normativa da Constituição, não merecendo, por conseguinte, qualquer transformação para que os direitos fundamentais sejam aplicados nas relações privadas⁽¹⁰⁾. Assim, a aplicação do direito fundamental não depende de lei para se efetivar.

A incidência dos direitos fundamentais em todas as relações jurídicas também tem o intuito de proteger a dignidade da pessoa humana, valor esse, conforme destacado anteriormente, de proteção especial na Constituição Federal de 1988.

Ademais, na sociedade há indivíduos e corporações que detêm poderes suficientes para afrontar os direitos fundamentais de outros cidadãos, muitas vezes com maior intensidade que o Poder Público⁽¹¹⁾.

Por essas razões, essa é a tese que prevalece na atualidade, podendo existir vinculação direta dos direitos individuais nas relações privadas.

O fundamento para se admitir essa tese é a previsão do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata dos direitos fundamentais, não excluindo de seu âmbito de aplicação as relações entre particulares⁽¹²⁾. Além disso, a Constituição Federal em momento algum diz que os direitos fundamentais apenas vinculam diretamente os poderes estatais⁽¹³⁾.

(10) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 70.

(11) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 71.

(12) Em sentido contrário encontra-se entendimento de Virgílio Afonso da Silva, que afirma que “a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão ‘aplicação imediata’ não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais” (*A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58).

(13) SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mais adiante, verificar-se-á como deve ser essa aplicação.

2.5. Visão do Supremo Tribunal Federal

Até o presente momento só há um pronunciamento expresso sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ⁽¹⁴⁾, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes.

(14) “EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores — UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o

A discussão travada é sobre a possibilidade de aplicação direta do devido processo legal procedimental (contraditório e ampla defesa) à expulsão de sócio por sociedade civil sem fins lucrativos.

No caso em tela um associado foi expulso da União Brasileira de Compositores — UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem lhe ser assegurada ampla defesa.

A punição de expulsão foi conferida pela UBC com fundamento no art. 16 de seu estatuto, que previa que a diretoria teria poderes de instaurar comissão para apurar indícios, atos e fatos passíveis de punição.

Sobre o tema, foram vencidos a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Carlos Velloso, que defenderam que as associações privadas têm liberdade de se organizar e estabelecer normas para o seu funcionamento. Assim, o sócio, ao ingressar na sociedade, deve se sujeitar às regras estabelecidas.

No entanto, prevaleceu o entendimento dos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, que preconizou que o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) são aplicáveis diretamente às relações entre particulares, prevalecendo sobre o estatuto da sociedade civil.

Dessa forma, decidiu-se que os direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito da relação entre cidadão e Estado, mas igualmente nas relações entre particulares. Segundo a decisão, os direitos fundamentais vinculam diretamente não só os Poderes Públicos, estando também direcionados à proteção dos particulares ante os poderes privados.

Destaca o Ministro Joaquim Barbosa que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não será em todas as situações, mas sim caso a caso, para que não se comprima em demasia a autonomia privada dos indivíduos.

Entretanto, o voto relator aponta que a União Brasileira de Compositores integra o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e

exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO”.

Distribuição) e, portanto, ao restringir as possibilidades de defesa do associado, restringe o gozo e fruição dos direitos autorais do associado. Destaca, então, que a UBC tem importante papel na cobrança de direitos autorais e, por isso, sua natureza é “quase pública”, o que legitima a aplicação direta dos direitos fundamentais no processo de exclusão de associado.

Nesse particular, pode parecer que o entendimento da Suprema Corte foi de que apenas pela particular posição da UBC caberia a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Contudo, analisando o desenvolvimento da decisão, não é conclusão que se chega. Os votos vencedores apontam fundamentada posição pela aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apenas ressaltando que a aplicação direta deve ser observada caso a caso.

Além disso, apresentam precedentes da Corte onde a tese da eficácia direta, apesar de não expressamente, prevaleceu. Nessas decisões não havia pessoa jurídica de direito privado com caráter público.

Os casos citados, que também devem ser destacados aqui, são o Recurso Extraordinário n. 158.215-RS⁽¹⁵⁾ e o Recurso Extraordinário n. 161.243-DF⁽¹⁶⁾.

(15) DEFESA — DEVIDO PROCESSO LEGAL — INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS — EXAME — LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito — o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA — EXCLUSÃO DE ASSOCIADO — CARÁTER PUNITIVO — DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

(16) EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS

No RE 158.215-RS foi decidido pela aplicação do devido processo legal no caso de expulsão de cooperado. No caso, a Cooperativa da qual ele fazia parte o expulsou sem a observância do devido processo legal⁽¹⁷⁾.

Já o RE 161.243-DF, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, trata de caso muito importante para o presente artigo, haja vista que aplica diretamente direito fundamental a uma relação de trabalho. Trata-se de situação em que um empregado brasileiro da empresa aérea Air France pleiteava o reconhecimento de direitos do estatuto da companhia que, expressamente, só se aplicaria aos trabalhadores franceses.

No caso em questão, o trabalhador apresentou recurso extraordinário de decisão do Tribunal Superior do Trabalho que apontou que o empregado, por não ser cidadão francês, não faria jus à aplicação do referido estatuto de empresa.

O recurso extraordinário foi provido por aplicação do princípio da isonomia, previsto constitucionalmente⁽¹⁸⁾, aplicando-se o estatuto da empresa ao empregado brasileiro.

Luiz Guilherme Arcaro Conci⁽¹⁹⁾ faz importante apontamento no sentido de que a decisão não se manifesta expressamente sobre o

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

(17) Luiz Guilherme Arcaro Conci entende que, nesse caso, como havia no estatuto da cooperativa a previsão do devido processo legal, não se trata de reconhecer a vinculação imediata, e sim de aplicar o próprio estatuto, posição com a qual concordamos (*Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares*: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006, sob orientação da professora doutora Flávia Cristina Piovesan. p. 129).

(18) Art. 153, § 1º, da CF de 1967, ou art. 5º, *caput*, da CF de 1988.

(19) *Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares*: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006, sob orientação da professora doutora Flávia Cristina Piovesan. p. 130.

fato de a empresa aérea desempenhar serviço público. Isso porque se assim fizesse se apresentaria uma tendência do Supremo Tribunal Federal em entender a necessidade da presença de cunho público para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais.

Sobre essa decisão *Virgílio Afonso da Silva* tece importante consideração no sentido de que ela peca em sua fundamentação já que apresenta raciocínio generalizado de que qualquer tratamento desigual é vedado. O autor não critica o teor da decisão, que a seu ver é acertado, mas somente a fundamentação que não analisa os pormenores do caso concreto, em razão da necessidade de se criarem modelos que não tendam à generalização de situações⁽²⁰⁾.

Novamente pode-se afirmar que pela fundamentação da decisão o fato de ser a empresa aérea prestadora de serviço público não é questão de relevância para o deslinde da questão.

Destarte, percebe-se no Supremo Tribunal Federal a tendência em se adotar a tese da vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais.

2.6. Corte interamericana de direitos humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou acerca do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O pronunciamento da corte ocorreu na Opinião Consultiva n. 18/03 de 17 de setembro de 2003, em caso que lhe foi submetido pelos Estados Unidos Mexicanos. Esse Estado consultou a corte sobre o confronto entre leis e interpretações internas que negam ou reduzem direitos laborais aos imigrantes no país ante os valores da igualdade e não discriminação, previstos em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Manifestou-se a Corte, então, pela obrigatoriedade do respeito à igualdade e não discriminação, tanto em relação aos Estados como em relação aos particulares.

(20) SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94.

Vale a pena, portanto, transcrever o item 5 da Opinião Consultiva:

“5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.”⁽²¹⁾

Destarte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, inclusive dos decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos.

3. EFICÁCIA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Cumprir indagar se os direitos fundamentais têm aplicação imediata às relações trabalhistas.

É de suma importância o tema posto de que nas relações trabalhistas os direitos fundamentais possuem maior vulnerabilidade.

Claro é que, como já dito anteriormente, os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição Federal se aplicam às relações privadas. O que se discute é a eficácia nas relações de trabalho de outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos que são tradicionalmente dirigidos à proteção ante o Poder Público.

Defende-se neste artigo a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações de direito do trabalho, visto que estas possuem elevada potencialidade de afrontar os direitos fundamentais dos trabalhadores. A Constituição deve estar presente nas relações entre trabalhadores e empresários⁽²²⁾.

A constitucionalização do direito do trabalho possui o objetivo de promover a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma relação trabalhista. Isso estabelece a cidadania na empresa, que possui importante papel na promoção dos direitos fundamentais, haja vista que a atividade empresarial tem função social.

(21) *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Opinião Consultiva OC n. 18/03, de 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> Acesso em: 11.10.08.

(22) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 81.

O art. 5º, XXIII, da CF, ao prescrever que a propriedade atenderá a sua função social, dispõe que a empresa, como expressão econômica da livre iniciativa e da livre concorrência, também tem função social⁽²³⁾.

Como explica o professor *Renato Rua de Almeida*⁽²⁴⁾, nos dias de hoje há um deslocamento da centralidade do Estado para a sociedade civil. O Estado deixa de ser agente e passa a ser regulador da ordem econômica, o que confere maior papel à empresa. É no plano da empresa que ocorrerão os resultados no plano do desenvolvimento.

Destarte, as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, como, por exemplo, ao direito à intimidade.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas é direta pela desigualdade entre os sujeitos da relação, e pela proteção da liberdade e da dignidade do trabalhador. A relação de dependência entre os sujeitos dessa relação impõe a atuação dos direitos fundamentais⁽²⁵⁾.

Destarte, não pode haver, em regra, pactuação de cláusulas que afrontem os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores.

Importante ressaltar que a Opinião Consultiva n. 18, de 2003, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dispõe que uma relação trabalhista deve respeitar aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

4. CONFRONTO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A intensidade com que serão aplicados os direitos fundamentais nas relações particulares depende da análise caso a caso.

A crítica que se faz necessário rebater é a de que com a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais a autonomia privada seria completamente afastada. No direito do trabalho o poder de direção do

(23) ALMEIDA, Renato Rua de. A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 5, maio 2005.

(24) ALMEIDA, Renato Rua de. A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 5, maio 2005.

(25) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 81.

empregador fundamenta-se no direito de propriedade, que também não pode ser totalmente anulado.

Esses direitos podem colidir com direitos fundamentais do empregado, como, por exemplo, o direito à igualdade e não discriminação, direito à liberdade religiosa, direito à honra, à intimidade pessoal e à própria imagem, e o direito à liberdade de expressão.

A tese da eficácia direta dos direitos fundamentais não tem o intuito de eliminar a liberdade individual ou o direito de propriedade, mas apenas permitir que essa liberdade possa ser confrontada com outros valores constitucionais diante do caso concreto. Pondera-se, portanto, um direito fundamental com a autonomia privada (liberdade) e com o direito de propriedade⁽²⁶⁾.

É certo que os efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações privadas não são absolutos, caso contrário seria impossível limitar um dos direitos fundamentais confrontados. Assim, é necessário conciliar os direitos fundamentais.

O Poder Judiciário poderá deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais. Dessa colisão, deverá realizar a ponderação de direitos, procurando conciliá-los.

Mas qual seria a melhor forma de conciliar esses valores?

Alguns autores defendem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Há três subprincípios ligados ao princípio da proporcionalidade. Sobre eles *Júlio Ricardo de Paula Amaral* explica o que se segue⁽²⁷⁾.

O primeiro é a adequação, que impõe que as medidas restritivas do direito fundamental sejam aptas ou adequadas para a proteção do outro direito ou bem garantido por normas constitucionais.

O segundo é o da necessidade, que determina que a medida limitadora deve ser indispensável para atingir a finalidade pretendida, buscando-se sempre o meio menos gravoso ao direito fundamental.

(26) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 246.

(27) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 94 a 98.

O terceiro é a proporcionalidade em sentido estrito, que exige um equilíbrio entre os benefícios que se obtêm pela proteção do direito, valor ou fim que motiva a proteção de um determinado direito fundamental, e os prejuízos que derivem do direito que sofreu uma intervenção.

Virgílio Afonso da Silva critica a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de resolver o conflito entre a autonomia privada e direitos fundamentais. Expõe o autor que “se transportarmos a aplicação da proporcionalidade para as relações entre particulares, essa relação de precedência será superada todas as vezes em que os particulares não tiverem optado pela medida estritamente necessária. Assim, mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo”⁽²⁸⁾.

Para esse autor o que se deve verificar para a incidência direta de direitos fundamentais é o grau de desigualdade entre as partes. A autonomia privada será mais protegida quanto mais iguais forem as partes. Essa igualdade deve ser verificada no caso concreto, não bastando uma desigualdade material entre as partes.

Diante dessas considerações, aponta-se aqui uma diferente solução. Primeiramente, deve ser verificado se há igualdade entre as partes. Caso não haja, deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade para verificar se a restrição de direitos fundamentais à parte mais fraca permanecerá ou não.

Todavia, isso somente ocorrerá caso a lei não preveja a solução para o confronto de direitos.

5. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Uma das questões mais difíceis no direito do trabalho contemporâneo é imaginar hipóteses de aplicação da teoria da eficácia

(28) SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164.

horizontal nesse ramo do direito. Portanto, a seguir, sem a pretensão de esgotar o tema, tentar-se-á apontar alguns exemplos de aplicação.

O eminente professor português *José Joaquim Gomes Canotilho* traz alguns exemplos de violação a direitos fundamentais nas relações de trabalho, os quais se faz interessante a menção⁽²⁹⁾.

O primeiro exemplo é instituição bancária privada que preencheu todos os seus quadros de pessoal só com indivíduos do sexo masculino. Há discriminação e violação ao princípio constitucional da igualdade.

Um segundo exemplo são entidades patronais e organizações sindicais que celebram um contrato coletivo de trabalho onde se incluem as seguintes cláusulas: *closed shop*, ou seja, a proibição de contratação de trabalhadores não sindicalizados; e a cláusula de regionalização, que restringe a contratação a trabalhadores com residência na região abrangida pelo contrato coletivo.

Haveria violação da liberdade negativa de associação e discriminação de raça e da origem.

Por último, um professor, contratado por estabelecimento de ensino privado confessional, viu rescindido seu contrato de docência pelo fato de ter se divorciado e, subsequentemente, ter contraído novo casamento. *Prima facie*, há aqui uma violação, por um estabelecimento privado, do direito constitucional à constituição de família e de celebração de casamento.

Outros exemplos podem ser relacionados.

Nos casos de fiscalização de *e-mail* do empregado e de revista íntima há uma violação ao direito à intimidade. Ocorre que é no caso concreto que será possível observar, diante da aplicação do princípio da proporcionalidade, se a restrição sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores foi devida.

Também, é imperioso citar o tema da cláusula de não concorrência, onde a liberdade de trabalhar é limitada, a fim de se preservar o direito de propriedade do trabalhador. Nesse caso, é de suma importância verificar se as partes gozaram de igualdade na celebração

(29) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2008. p. 87-88.

da cláusula (haja vista que na maioria dos casos em que é celebrada essa cláusula o empregado tem alta qualificação) e se houve proporcionalidade na aplicação da medida.

Diante disso, não se pode generalizar pretendendo a preservação de um direito fundamental sempre que ocorrer uma determinada violação. Ocorrendo a violação, como nos casos acima, deverá ser observada a igualdade entre as partes, bem como o princípio da proporcionalidade, não sendo possível criar uma solução comum a todos os casos.

Isso porque nas relações de trabalho, em regra, esses direitos violados estarão em confronto com a liberdade e o direito de propriedade do empregador.

6. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações de trabalho de três maneiras.

A primeira é pela aplicação direta do art. 7º da Constituição Federal, norma essa que já possui como finalidade a aplicação de direitos fundamentais em relações de trabalho.

A segunda forma é com a aplicação indireta de direitos fundamentais não dirigidos especificamente aos trabalhadores, desde que exista lei disciplinando a aplicação do direito fundamental.

A última hipótese é a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, quando não houver lei prevendo como será a incidência.

Nesse último caso, visto que não há disciplina de como será aplicável o direito fundamental, este será confrontado com outros direitos fundamentais. Nas relações de trabalho o confronto será entre direitos fundamentais do empregado e do empregador.

A solução para esses conflitos deverá realizar-se em vista do caso concreto, não sendo possível a generalização, que tende para a anulação da propriedade e da liberdade do empregador. Assim, primeiramente, caberá verificar se as partes, diante de uma limitação a direito fundamental, estavam em condições de igualdade.

Estando em igualdade, a limitação a direito fundamental será legítima, pois decorrente da vontade da parte.

Após essa análise, concluindo-se pela desigualdade entre as partes, aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade a fim de observar a legitimidade da limitação ao direito fundamental.

A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA UNIVERSALIZANTE DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO

Lorena Vasconcelos Porto^(*)

Sumário: 1. A necessidade da expansão do conceito de subordinação. 2. A releitura do conceito de subordinação pela via interpretativo-jurisprudencial. 3. Propostas. 3.1. Relatório “Supiot” para a Comissão Europeia. 3.2. A discussão na doutrina italiana. 3.2.1. Corrente pluralista. 3.2.2. Corrente monista. 3.3. A discussão na doutrina espanhola: o conceito de alienação. 3.4. A discussão na doutrina alemã: a proposta de Rolf Wank. 3.5. A proposta de Maurício Godinho Delgado: a subordinação estrutural. 4. A universalização da subordinação. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. A NECESSIDADE DA EXPANSÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO

O conceito de subordinação é essencial para o Direito do Trabalho, pois é decisivo para a afirmação da existência da relação de emprego. Nesse sentido, ele representa a “chave de acesso” aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados.

Na época do surgimento do Direito do Trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, o modelo econômico vigente —

(*) Procuradora do Trabalho (PRT da 11^a Região). Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II (Doutorado revalidado pela UFMG). Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II. Bacharel em Direito pela UFMG.

centrado na grande indústria — engendrou relações de trabalho de certo modo homogêneas, padronizadas. O operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou de seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava o seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo. Essa relação de trabalho, de presença hegemônica na época, era o alvo da proteção conferida pelo nascente Direito do Trabalho. Desse modo, foi com base nela que se construiu o conceito de contrato (e relação) de trabalho e, por conseguinte, o do seu pressuposto principal: a subordinação.

Assim, o conceito em tela foi identificado com a presença constante de ordens intrínsecas e específicas, com a predeterminação de um horário rígido e fixo de trabalho, com o exercício da prestação laborativa nos próprios locais da empresa, sob a vigilância e controle assíduos do empregador e de seus prepostos. Trata-se da acepção clássica ou tradicional da subordinação, que podemos sintetizar como a sua plena identificação com a ideia de uma heterodireção patronal, forte e constante, da prestação laborativa, em seus diversos aspectos.

A adoção do critério da subordinação jurídica, em sua matriz clássica, levava a excluir do campo de incidência do Direito do Trabalho vários trabalhadores que necessitavam da sua tutela, mas que não se enquadravam naquele conceito parcial e restrito. Conforme assinalavam alguns críticos, este não cumpria plenamente a sua finalidade essencial, pois não era capaz de abranger todos os trabalhadores que necessitam — objetiva e subjetivamente — das tutelas trabalhistas.

Por essa razão, a jurisprudência, impulsionada pela doutrina, em notável atividade construtiva, acabou por ampliar o conceito de subordinação, e, conseqüentemente, expandiu o manto protetivo do Direito do Trabalho, ao longo do século XX e até meados do final da década de 1970. Esse período coincidiu com a própria “era de ouro” do capitalismo nos países desenvolvidos ocidentais, nos quais foram consolidados modelos de Estados de Bem-Estar Social⁽¹⁾.

As transformações ocorridas nas últimas décadas, notadamente os avanços tecnológicos, a reestruturação empresarial e o aumento da competitividade, inclusive no plano internacional, geraram mudanças

(1) Vide DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (orgs.). *O Estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

no mundo do trabalho. Um número cada vez maior de relações trabalhistas, sobretudo aquelas presentes nos novos setores, como as prestações de serviços nos campos da informação e da comunicação, se afasta progressivamente da noção tradicional de subordinação, apresentando, aparentemente, traços de autonomia. Do mesmo modo, o poder empregatício se exerce de maneira mais sutil, indireta, por vezes quase imperceptível.

Em razão dessa aparente autonomia, tais trabalhadores não se enquadram na noção tradicional de subordinação, sendo qualificados como autônomos. O resultado é que eles continuam sem liberdade, como no passado, mas passam a ter que suportar todos os riscos, advindos da sua exclusão das tutelas trabalhistas. Percebe-se, assim, que a manutenção do conceito tradicional de subordinação leva a grandes distorções, comprometendo a própria razão de ser e missão do Direito do Trabalho; por isso a ampliação desse conceito é uma necessidade premente e inadiável.

Todavia, paradoxalmente, no momento em que a expansão da subordinação se tornou mais imprescindível, ela passou a ser restrita, reduzida, por obra da jurisprudência, do legislador e da doutrina. Essa tendência, observada, sobretudo, a partir do final da década de 1970, se insere em um fenômeno ainda maior — a tentativa de desregulamentação do Direito do Trabalho — que encontra fundamento na ascensão e hegemonia da doutrina ultraliberal, ocorrida na mesma época.

Essa restrição, no entanto, afronta diretamente os mandamentos das Constituições sociais, promulgadas, sobretudo, após a II Guerra Mundial. Na desigual sociedade capitalista em que vivemos o Direito do Trabalho é um instrumento essencial para a distribuição de riqueza e de poder, o que atende aos postulados da dignidade da pessoa humana, da busca da justiça social e da democratização da sociedade. Não por acaso tais Constituições atribuem extrema relevância ao valor trabalho.

Podemos citar o exemplo da Constituição Federal de 1988, que, após afirmar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, elenca, entre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º) e, entre os seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade

livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º). Esses valores são reafirmados ao longo do texto constitucional, como no art. 170, *caput* e inciso VIII, e no art. 193.

Desse modo, para se atender aos mandamentos das Constituições sociais, que propugnam a criação, onde não exista, e o fortalecimento e consolidação, onde já existente, de um Estado de Bem-Estar Social, é imprescindível o papel exercido pelo Direito do Trabalho. Este comprovou historicamente, nos países desenvolvidos, ser um instrumento extremamente eficaz para a distribuição de riqueza e poder na sociedade capitalista.

Para cumprir esse papel, é fundamental expandir o campo de incidência das normas trabalhistas, para que elas possam abranger, o máximo possível, os trabalhadores hipossuficientes, que delas necessitam. Nesse sentido, é essencial a ampliação da noção de subordinação, elemento qualificador por excelência da relação de emprego. A restrição desse conceito — que vem sendo operada nos últimos tempos, ao contrário, viola frontalmente os mandamentos das Constituições sociais, como a brasileira, pois restringe o âmbito de incidência de um instrumento primordial para o alcance das finalidades constitucionais: o Direito do Trabalho.

A necessidade de tutela do empregado advém da sua hipossuficiência. Ocorre que, se em épocas anteriores o trabalhador hipossuficiente enquadrava-se, invariavelmente, na noção de subordinação clássica, isto não ocorre mais na atualidade. Há um número cada vez maior de trabalhadores que nela não se enquadram, mas que necessitam da proteção do Direito do Trabalho e fazem jus a ela. Daí por que é tão necessário ampliar o conceito tradicional de subordinação.

Nesse sentido, é interessante analisar algumas propostas que vêm sendo formuladas nos últimos tempos, notadamente pela doutrina mais avançada, em diversos países. Embora estas se diferenciem significativamente entre si, é possível identificar o objetivo comum de estender o campo de incidência do Direito do Trabalho, seja integralmente, seja apenas parcialmente. Cuidaremos de analisar algumas dessas propostas e, em seguida, de traçar as linhas de uma possível releitura extensiva e universalizante do conceito de subordinação.

2. A RELEITURA DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO PELA VIA INTERPRETATIVO-JURISPRUDENCIAL

Ao contrário do que propugna a maioria dessas propostas, que analisaremos abaixo, cremos ser prescindível a intervenção do legislador para a releitura da subordinação. Esta pode perfeitamente ser operada pela jurisprudência, como, aliás, vinha sendo feito ao longo do século XX até meados do final de década de 1970. A jurisprudência sempre exerceu o papel imprescindível de atualizar as normas jurídicas por meio da interpretação, adaptando o seu sentido aos novos tempos, sem necessidade da intervenção do legislador. É exatamente o que propomos em relação ao conceito de subordinação.

A “elasticidade” da noção de subordinação, isto é, a possibilidade de que esta seja objeto de uma releitura extensiva por parte da jurisprudência, sempre foi reconhecida pelos juslaboristas mais ilustres. *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena*, por exemplo, observa que “a subordinação é um conceito dinâmico, como dinâmicos são em geral os conceitos jurídicos se não querem perder o contato com a realidade social a que visam exprimir e equacionar”. De fato, caso ocorra esse descolamento entre o conceito e a realidade, ele perde a sua funcionalidade, a sua razão de ser, tornando-se inútil, obsoleto, inócuo. Para a necessária evolução interpretativa dos conceitos jurídicos, o autor ressalta a importância da doutrina, que tem o papel de “fornecer ao aplicador do Direito do Trabalho aqueles elementos fundamentais sobre que, no apanhar dos fatos, sintoniza o *status subjectionis* ou a autonomia do prestador de serviços”⁽²⁾.

Os dispositivos que definem a relação de emprego e seus elementos fático-jurídicos (como os arts. 2º e 3º, da CLT) devem ser interpretados de forma teleológica, isto é, a noção de trabalhador subordinado deve ser elaborada em conformidade com as finalidades concretas de tutela perseguidas pelas normas trabalhistas. Essa releitura fundamenta-se nos próprios princípios do Direito do Trabalho

(2) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 218-219. Acerca dos papéis que devem ser exercidos pela doutrina e pela jurisprudência, bem como da relação entre elas, conferir FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. *Juízes e professores*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/geral/vg%20juizeseprofessoresvers%C3%A3ofinaltalcomopragab.doc>> Acesso em: 27 dez. 2007.

—, que devem orientar e guiar a interpretação de todas as normas do ordenamento juslaboral —, entre os quais se destaca o princípio da proteção, que é a razão de ser e objetivo maior desse ramo jurídico⁽³⁾.

Desse modo, entendemos não ser necessária a intervenção do legislador na matéria; mesmo sem alteração do texto legal, pode ser conferida uma nova interpretação às suas normas pelos juízes, aos quais cabe qualificar as relações de trabalho nos casos concretos. De fato, acreditamos que a melhor alternativa é a ampliação do conceito de subordinação pela via interpretativo-jurisprudencial, sobretudo no caso do Brasil. São notórias a inércia e morosidade do legislador brasileiro quando o assunto é a regulamentação de direitos sociais e trabalhistas; basta pensarmos no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 — que garante a proteção contra a dispensa imotivada —, o qual até hoje não foi regulamentado pelo legislador infraconstitucional. Por outro lado, a solução interpretativa permite uma constante adaptação do conceito às mudanças ocorridas na realidade, de modo a permitir a qualificação como empregados dos trabalhadores subordinados⁽⁴⁾.

Desse modo, uma vez demonstrada que a ampliação do conceito de subordinação pela via jurisprudencial é plenamente possível e altamente desejável, cumpre analisar algumas das propostas que visam à ampliação, parcial ou total, do campo de incidência do Direito do Trabalho.

3. PROPOSTAS

3.1. Relatório “Supiot” para a comissão europeia

O estudo coordenado por *Alain Supiot*, a pedido da Comissão Europeia, sobre o futuro do trabalho na Europa, o qual resultou no famoso “Relatório Supiot”, propõe a criação de um “Direito Comum do

(3) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

(4) Carlos Maximiliano observa que “Com a engrenagem legislativa que temos, complicada e de ação lenta, não haveria justiça na terra, se fosse mister aguardar a reforma ou complemento dos textos obscuros ou deficientes (...) Quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o Direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida, tanto menos necessário se tornará pôr em movimento a máquina de legislar”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 60-61.

Trabalho”. Este deve ser capaz de reger todos os tipos de atividade profissional, deixando, ao mesmo tempo, espaço para a diversidade de formas contratuais sob as quais aquela é exercitada. A vocação futura do Direito do Trabalho é a de se tornar o Direito comum de todas as relações de trabalho, subordinadas ou não⁽⁵⁾.

O “Relatório Supiot” propõe a reestruturação pluralística do Direito Social — que abrange o Direito do Trabalho e o Direito da Seguridade Social — por meio de quatro “círculos concêntricos” de tutelas. O primeiro compreende os direitos sociais universais, que são garantidos a todos, independentemente do desenvolvimento de uma atividade laborativa.

O segundo círculo abrange os direitos fundados no trabalho não remunerado (*v.g.*, trabalho voluntário, tratamento e cuidado da pessoa, autoformação). Esse tipo de trabalho já é reconhecido pelo Direito Social de países europeus: diversos diplomas legais, de fato, ligam o acesso a determinados direitos ao exercício de uma atividade social-mente útil, tal como o direito à aposentadoria relacionado à educação de crianças e a cobertura dos acidentes de trabalho para algumas atividades voluntárias⁽⁶⁾.

O terceiro círculo corresponde ao Direito comum da atividade profissional remunerada, do qual certos fundamentos já foram postos pelo Direito Comunitário, como a saúde e segurança no trabalho. Por fim, o quarto e último círculo compreende os direitos aplicáveis apenas às relações de emprego (“direito próprio do trabalho subordinado remunerado”)⁽⁷⁾.

Essa proposta, segundo os seus idealizadores, pode fornecer um modelo útil para a definição de uma condição profissional que acompanhe as pessoas “do berço ao túmulo” e cubra, do mesmo modo, tanto os períodos de inatividade propriamente ditos, quanto os períodos de formação, de trabalho subordinado, de trabalho autônomo ou de trabalho fora do mercado (não remunerado).

(5) SUPLOT, Alain (coord.). *Il futuro del lavoro: trasformazioni della occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*. Roma: Carocci, 2003. p. 37.

(6) SUPLOT, Alain (coord.). *Op. cit.*, p. 66.

(7) SUPLOT, Alain (coord.). *Op. cit.*, p. 66.

Mas a ampliação do objeto do Direito do Trabalho teria consequências sobre o seu conteúdo, que seria consideravelmente modificado. A ideia de um Direito Comum do Trabalho exclui a extensão pura e simples do campo de incidência das normas trabalhistas atualmente aplicáveis aos empregados. Ao mesmo tempo, ela não se confunde com a parassubordinação, pois não consiste na criação de um Direito do Trabalho intermediário entre a subordinação e a autonomia. Ela implica a identificação e distinção, por um lado, dos direitos fundamentais e dos princípios gerais aplicáveis a todas as relações de trabalho e, por outro, dos direitos especiais, aplicáveis às diversas espécies de relação de trabalho e elaborados levando em conta as especificidades nelas presentes.

Não concordamos com a teoria em comento pelo fato de ela não abraçar a ideia da reinterpretação ampliativa e universalizante do conceito de subordinação, como defendemos no presente trabalho. Todavia, ela apresenta alguns aspectos e ideias interessantes, que podem ser aproveitados na construção de uma outra proposta, como veremos adiante.

3.2. A discussão na doutrina italiana

A parte mais progressista da doutrina trabalhista italiana há tempos discute a crise do conceito de subordinação, na forma como foi tradicionalmente concebido e vem sendo aplicado por grande parte da jurisprudência do País na atualidade. Nesse debate, contrapõem-se duas vertentes — a monista e a pluralista — cujas propostas serão expostas abaixo, em linhas gerais. Considerando, metaforicamente, que a subordinação seria a “torneira das tutelas” (*rubinetto delle tutele*), a vertente monista propõe a sua maior abertura, para que o fluxo das garantias escorra também sobre outras atividades atualmente excluídas, ao passo que a vertente pluralista propõe criar outras “torneiras paralelas”, eventualmente de menor intensidade.

3.2.1. Corrente pluralista

A vertente pluralista é defendida por *Tiziano Treu*, *Adalberto Perulli*, *Giuseppe Bronzini* e *Massimo D’Antona*, entre outros, tendo sido

incorporada no Projeto de Lei, apresentado pela *Ulivo*⁽⁸⁾, intitulado “Carta dos direitos das trabalhadoras e dos trabalhadores” (*Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*)⁽⁹⁾. Essa corrente propõe o estabelecimento de tutelas na forma de “círculos concêntricos”, que propiciariam, na célebre definição de *Alain Supiot*, “uma modelação de tutelas ao longo de um *continuum* que vai da subordinação até a autonomia”⁽¹⁰⁾.

A corrente pluralista propõe manter uma clara fronteira entre a atual subordinação e o trabalho autônomo, neste incluído o parassubordinado, mas quer dotar esse último de tutelas e direitos fundamentais. *Giuseppe Bronzini*, seguidor dessa vertente, defende a instituição de uma “plataforma comum” de direitos, que seja assegurada aos parassubordinados⁽¹¹⁾. No mesmo sentido, é a opinião de *Adalberto Perulli*, que propõe a “modulação gradual das tutelas”: a rígida dicotomia entre trabalho subordinado e trabalho autônomo seria substituída por um “continuum” de atividades, às quais seria atribuída uma série de garantias moduladas e variáveis, a partir de um limiar mínimo de direitos sociais, aplicáveis a todas as relações de trabalho (ao trabalho “sem adjetivos”), seguindo-se, então, para proteções mais fortes.

Os direitos e garantias seriam modulados e articulados a partir de três círculos concêntricos, “colocando na área do círculo externo os trabalhadores autônomos em sentido estrito, na faixa intermediária os parassubordinados, aos quais se reconhece uma situação de ‘dependência econômica’ comum aos trabalhadores subordinados, e, na área

(8) “Ulivo” designa uma importante experiência política de centro-esquerda na Itália, criada por iniciativa do ex-Primeiro-Ministro Romano Prodi, em 1995. Representou o reagrupamento de forças reformistas de matriz socialista, social-democrata, eurocomunista, pós-comunista, ecologista, católico-democrática e liberal-democrática. Atuou ininterruptamente, embora sob diversas formas, desde 1995, tendo sido a base para a criação, em outubro de 2007, de um novo partido político de centro-esquerda na Itália: o “Partito Democratico”. Disponível em: <<http://it.wikipedia.org/wiki/L%27Ulivo>> Acesso em: 24 out. 2007.

(9) Projeto de Lei n. 1872, de iniciativa de vários senadores, entre eles Tiziano Treu e Giuliano Amato, apresentado ao Senado italiano em 4 de dezembro de 2002, intitulado *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*. Disponível em: <<http://www.senato.it/servizi/PDF/PDFServer/BGT/00051766.pdf>> Acesso em: 27 out. 2007. Tradução nossa.

(10) Magistratura Democratica. Documento MD-Gruppo Lavoro. *XVI Congresso Nazionale della Magistratura Democratica*. Progettare la Giustizia e Garantire i Diritti, Roma, 8-11 fev. 2007. p. 5. Tradução nossa.

(11) BRONZINI, Giuseppe. Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per il rilancio del diritto del lavoro in Italia. *Democrazia e Diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza*, Milano: Franco Angeli, ano XLIII, n. 2, p. 133-145, abr./jun. 2005. p. 135.

mais interna, os trabalhadores subordinados em sentido próprio⁽¹²⁾. Assim, a aplicação integral e incondicional das normas trabalhistas seria assegurada apenas ao empregado, para cuja definição, no entanto, tais autores defendem a manutenção do atual conceito de subordinação, centrado, essencialmente, na ideia da heterodireção patronal, forte e constante, da prestação laborativa, em seus diversos aspectos⁽¹³⁾.

A ideia de trabalho sem adjetivos pode ser interessante e válida para estender a aplicação de determinadas tutelas aos trabalhadores verdadeiramente autônomos. Todavia, não concordamos com a proposta em comento, pois que, em uma concepção mais ampla de subordinação, os parassubordinados são verdadeiros empregados, fazendo jus à aplicação da integralidade das normas trabalhistas e não apenas de uma parcela reduzida.

De fato, nos termos do Projeto de Lei acima mencionado, não se assegura ao parassubordinado uma série de direitos e garantias fundamentais, dispostos pela ordem jurídica para o empregado, tal como o direito à suficiência da remuneração (art. 36, § 1º, da Constituição italiana de 1948), a disciplina de proteção contra a dispensa imotivada, em sua integralidade, e as normas que tutelam o trabalhador acerca dos prazos máximos para o pagamento da sua remuneração.

3.2.2. *Corrente monista*

A vertente monista é defendida, entre outros, pelo professor *Piergiovanni Alleva* e foi incorporada no Projeto de Lei apresentado pela “Confederazione Generale Italiana del Lavoro” (CGIL), maior central sindical do País⁽¹⁴⁾. Esse notável juslaborista observa que o critério da “heterodireção”, que vem sendo adotado pela maioria da

(12) PERULLI, Adalberto. Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma: Ediesse, ano LVII, n. 4, p. 731-752, out./dez. 2006. p. 749. Tradução nossa.

(13) PERULLI, Adalberto. Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma: Ediesse, ano LIV, n. 1, p. 221-270, jan./mar. 2003. p. 250-251.

(14) Esse Projeto de Lei encontra-se reproduzido em ALLEVA, Piergiovanni *et al.* (coord.). *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del governo alle controproposte della Cgil*. Roma: Ediesse, 2003. p. 125-128.

doutrina e da jurisprudência italianas para definir a subordinação, mostra-se “totalmente obsoleto e historicamente superado”. Revela-se, assim, incapaz de cumprir uma efetiva função seletiva e de qualificação das relações de trabalho.⁽¹⁵⁾

Os defensores dessa corrente criticam a vertente pluralista, a qual propõe conservar a figura da parassubordinação, assegurando-lhe direitos semelhantes — embora em escala bastante reduzida — àqueles previstos para os empregados. Em linhas gerais, a vertente monista propõe a reformulação do conceito de contrato de trabalho (e, conseqüentemente, de subordinação) para abranger todos os trabalhadores dependentes socioeconomicamente, como os atuais parassubordinados. Na definição proposta por *Piergiovanni Alleva*, o contrato de trabalho se configura quando “um sujeito se obriga, sem organização própria de meios, a prestar a própria atividade laborativa, pessoalmente e continuamente, em um projeto, organização ou empresa alheia”. Para concretizar essa definição, seria necessário modificar a norma definidora fundamental do trabalho subordinado no Direito italiano: o art. 2.094, do Código Civil de 1942⁽¹⁶⁾.

A expressão “sem organização própria de meios”, a nosso ver, não significa que o trabalhador não possa ser proprietário dos instrumentos de trabalho ou de parte deles (v. g., como a titularidade do computador por parte do teletrabalhador). Ele não pode é figurar como organizador dos meios de produção, pois que a sua atividade está integrada em uma organização produtiva alheia.

Como exposto acima, acreditamos que a ampliação da noção de subordinação pode ser feita pela via jurisprudencial, sendo esta a posição que defendemos para a realidade brasileira. Todavia, no caso da Itália, talvez seja necessária a alteração legislativa em razão de a parassubordinação encontrar-se definida e disciplinada no ordena-

(15) ALLEVA, Piergiovanni. Il Rubicone del lavoro dipendente. *Il Manifesto*, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://articoliscelti.blogspot.com/2005/05/il-rubicone-del-lavoro-dipendente.html>> Acesso em: 24 out. 2007. p. 1. Tradução nossa.

(16) No Projeto de Lei da CGIL, esse dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 2.094. Contrato de trabalho. 1. Com o contrato de trabalho, que se considera por tempo indeterminado, salvo as exceções previstas em lei, o trabalhador se obriga, mediante remuneração, a prestar a própria atividade intelectual ou manual de modo continuado à empresa ou à atividade diversa organizada por outros, com destinação exclusiva do resultado para o empregador”.

mento jurídico. De fato, como o novo contrato de trabalho viria a incorporá-la, a nova lei acabaria por revogar (se não de modo explícito, ao menos tacitamente) essa figura.

De acordo com a proposta monista, ao novo contrato de trabalho acima definido seriam aplicadas todas as normas trabalhistas. Seria unificado o que hoje se encontra artificialmente dividido, agregando o “mundo dos trabalhos” em um regime unitário de tutelas. Isso teria consequências positivas, diretas e indiretas, também no plano coletivo, pois permitiria ao sindicato representar um conjunto maior de trabalhadores, o que aumentaria a sua força.

Na verdade, a melhor solução, a nosso ver, seria conjugar os aspectos positivos presentes em ambas as vertentes. Primeiramente, realizar a ampliação do conceito de subordinação proposto pela corrente monista com a correlata aplicação de todas as normas trabalhistas. Aí seriam englobados os atuais parassubordinados. Da vertente pluralista, por sua vez, pode-se aproveitar a ideia da extensão de determinadas tutelas aos trabalhadores verdadeiramente autônomos, não abrangidos pelo novo conceito de subordinação. Entre esses direitos, encontram-se a garantia de uma renda mínima (*basic income*), a desburocratização das instâncias estatais, incentivos fiscais, o acesso facilitado ao crédito, a educação e a formação profissional contínuas, o acesso aos serviços sociais.

Um exemplo da conciliação das duas correntes seria a adoção da proposta do “Relatório Supiot” — isto é, dos quatro círculos concêntricos do Direito Social —, mas com uma mudança fundamental: a ampliação do círculo central que corresponde à relação de emprego. Isso seria feito por meio de uma reinterpretação da noção de subordinação, para torná-la mais ampla, de forma a abranger, inclusive, os trabalhadores atualmente tidos como parassubordinados.

3.3. A discussão na doutrina espanhola: o conceito de alienação

A insuficiência do conceito de subordinação, em sua acepção clássica ou tradicional, foi evidenciada pelos juslaboristas espanhóis, como *Bayon Chacón*⁽¹⁷⁾. A doutrina espanhola não se limitou a criticar

(17) CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. Dipendenza e alienità nella discussione spagnola sul contratto di lavoro. PEDRAZZOLI, Marcelo (coord.). *Lavoro subordinato e dintorni*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 299. Tradução nossa.

a noção de subordinação clássica, mas buscou desenvolver algumas teorias para ampliá-la.

Nesse sentido, destacam-se as formulações do professor *Manuel Alonso Olea*. Buscando ampliar o conceito tradicional de subordinação, ele desenvolveu uma teoria que propõe como critério definidor do contrato de emprego o caráter alheio original dos frutos do trabalho. A subordinação consistiria, assim, no fato de os frutos produzidos pelo empregado através da sua prestação pertencerem, originariamente, ao empregador, devendo a ele ser entregues ou colocados à sua disposição em virtude da celebração anterior do contrato de trabalho.

O trabalho produtivo do homem gera certos frutos, que constituem a sua “recompensa natural” e que, “no estado original das coisas”, pertenceria ao próprio prestador. Todavia, o Direito do Trabalho toma como base justamente o contrário, isto é, uma realidade social na qual esses frutos são atribuídos inicial e diretamente a pessoa distinta daquela que executou o trabalho. Essa atribuição ocorre em virtude de uma singular relação entre o trabalhador e o adquirente dos frutos — a relação de alienação (*relación de ajenidad*)⁽¹⁸⁾ — que se origina da celebração anterior de um pacto: o contrato de trabalho. Essa relação é preexistente à execução do trabalho. A alienação consiste exatamente nisso: *ab initio*, desde o exato momento da sua produção, os frutos pertencem ao terceiro, não ao trabalhador⁽¹⁹⁾.

Ao trabalho por conta alheia (ou subordinado) opõe-se o trabalho por conta própria (ou autônomo), no qual quem trabalha detém a titularidade inicial dos frutos da sua atividade, sem prejuízo de que, *a posteriori*, poderá também deles dispor por meio de variados títulos

(18) O art. 1º, § 1º, do Estatuto dos Trabalhadores espanhol, ao definir a relação de emprego menciona a prestação por conta alheia (*por cuenta ajena*), o que corresponde ao requisito que a doutrina espanhola denomina *relación de ajenidad*. Alonso Olea observa que, embora *ajenidad* seja sinônimo de *alienidad*, preferiu-se utilizar a segunda expressão em razão da “confusa e pesada carga filosófica e sociológica” que a segunda detém (OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 42). Todavia, por uma razão de estilo linguístico, preferimos utilizar, em português, o termo “alienação” no lugar da tradução literal de *ajenidad* — “alheação” ou “alheamento” —, pois essas duas palavras são bastante incomuns em nossa linguagem cotidiana.

(19) OLEA, Manuel Alonso *et al.* *Op. cit.*, p. 41-42.

jurídicos. O objeto do Direito do Trabalho é o trabalho por conta alheia; somente por aproximação ou analogia (em geral, derivantes de expressa disposição legal) pode abarcar o trabalho autônomo.

Para rebater algumas críticas sofridas, o autor cuidou de esclarecer que, para essa teoria, a expressão “fruto” deve ser entendida de forma ampla o suficiente para incluir todo resultado do trabalho produtivo do homem, intelectual ou manual, consistente em um bem ou em um serviço, valioso por si mesmo ou associado ao trabalho de outros. A alienação refere-se à “utilidade patrimonial do trabalho” e se manifesta seja através de uma apropriação dos bens materiais, seja em um poder de designar o destino dos bens imateriais ou serviços, por parte do seu beneficiário imediato, em seu favor ou de um terceiro.

Destacam-se também outras teorias desenvolvidas pela doutrina espanhola para ampliar o conceito de subordinação a partir da noção de alienação vista sob outras perspectivas. Assim, *Albiol Montesinos* defende a ideia da “alienação na titularidade da organização”, isto é, da empresa, como critério definidor do contrato de trabalho⁽²⁰⁾.

Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, por sua vez, propõe uma nova acepção: a “alienação no mercado”. Esta é definida como a desconexão jurídica entre o trabalhador e o destinatário final do produto (bem ou serviço) do seu trabalho. As relações de trabalho autônomo (como a prestação de serviços e a empreitada) são sempre bipolares: o vínculo jurídico se estabelece entre o trabalhador e o seu cliente. A relação de emprego, ao contrário, nasce quando um terceiro (empregador) se coloca entre o trabalhador e o cliente, “rompendo” — ou melhor, impedindo que nasça — aquela relação jurídica e colocando no seu lugar uma relação entre o próprio empregador e o empregado (que nasce do contrato de trabalho) e, ao lado dela, outras relações jurídicas entre o empregador e seus clientes (geradas por contratos de compra e venda, de prestação de serviços, de empreitada, etc.). O autor propõe a alienação no mercado como um dos critérios — e não como o único possível — para a definição do contrato de trabalho⁽²¹⁾.

O citado juslaborista buscou rebater as objeções eventualmente dirigidas à sua teoria. A primeira delas é a de que o critério por ele

(20) CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. *Op. cit.*, p. 300. Tradução nossa.

(21) CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. *Op. cit.*, p. 301-302.

proposto refere-se ao mundo da circulação e não ao da produção das mercadorias. A essa crítica, o autor responde que *Karl Marx* já havia demonstrado, no livro terceiro de “O capital”, que “o processo capitalista de produção, considerado no seu complexo, é uma unidade de processos de produção e circulação”. Assim, a finalidade do capitalista é dupla — a extração da mais-valia e a realização desta —, sendo que a primeira não teria sentido algum sem a segunda. Se a obtenção da mais-valia se traduz juridicamente na alienação nos frutos do trabalho (ou na utilidade patrimonial), a sua realização implica, necessariamente, a alienação no mercado. Essa última, de fato, foi a primeira forma de expropriação que a classe capitalista emergente exerceu sobre os artesãos do regime corporativo.

A segunda possível objeção à teoria em tela é a de que não é possível falar em obtenção e realização da mais-valia quando o empregador apresenta determinadas características (v. g., entidades sem fim lucrativo, Administração Pública). O autor afirma que, nesses casos, a estrutura tripolar característica da alienação no mercado (trabalhador — empregador — destinatário dos bens ou serviços) apresenta-se de forma muito clara, mesmo que desprovida da sua funcionalidade típica, isto é, da realização da mais-valia. O essencial é a subsistência da referida estrutura tripolar, a qual permite, mesmo nas hipóteses de ausência de finalidade lucrativa, afirmar a configuração de um contrato de trabalho. Este subsiste em todas as hipóteses de prestações laborativas nas quais o trabalhador não se relaciona juridicamente com o destinatário final do seu serviço, mas, sim, com o empregador, que se interpõe entre os dois. É exatamente nisso que consiste o trabalho “por conta alheia” (alienação), em oposição ao trabalho “para os outros”, mas “por conta própria”, que revela a autonomia, como na prestação de serviços e na empreitada. Nesses casos, há uma relação jurídica entre quem realiza a obra ou presta o serviço e o seu destinatário (o cliente ou o mercado)⁽²²⁾.

Há, no entanto, uma hipótese que não se enquadra na teoria da alienação no mercado: o trabalho doméstico. A ausência de finalidade lucrativa, característica desse tipo de trabalho, não é obstáculo à aplicação da teoria, como demonstrado acima. Todavia, há um problema quanto à estrutura da relação, a qual é bipolar — entre o empregado e

(22) CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. *Op. cit.*, p. 302-303.

o patrão — e não tripolar, pois não há um terceiro (o cliente). De fato, o destinatário do serviço é o próprio empregador (e sua família); esse último não se interpõe entre quem fornece o serviço e o cliente. Aqui se torna clara a diferença entre o cozinheiro de um restaurante (relação de emprego comum) e o mesmo trabalhador a serviço de um núcleo familiar (relação empregatícia doméstica).

No entanto, a outra dimensão da alienação — aquela relativa aos frutos do trabalho — se faz presente no trabalho doméstico. Essa teoria afirma a necessidade de que a titularidade originária sobre os frutos seja do patrão, mas nada diz sobre a destinação desses frutos, a qual pode ser para um terceiro (cliente ou mercado), configurando-se uma relação de emprego comum, ou para consumo próprio do empregador e de sua família, o que configura o trabalho doméstico. Além disso, no caso do empregado doméstico, não é necessário recorrer a critérios que ampliem a noção de subordinação, pois que esta, invariavelmente, se faz presente em sua acepção clássica ou tradicional. Como ressaltado pelo próprio autor da teoria da alienação no mercado, esse critério não é o único definidor da relação de emprego, devendo ser conjugado com os demais, o que se torna claro na presente hipótese.

Há, por fim, uma outra dimensão da alienação, destacada por *Bayon Chacon* e por *Perez Botija*: a alienação nos riscos⁽²³⁾. Com efeito, o empregador tem o bônus, mas deve sofrer o ônus, se ele se apropria do lucro, deve também absorver o prejuízo; deve, assim, suportar o resultado, seja ele negativo ou positivo. Observa-se que essa dimensão da alienação está relacionada à anterior. De fato, o empregado é apartado das possibilidades de acesso ao mercado de bens e serviços (alienação no mercado), o que faz com que ele seja necessariamente alheio com relação aos resultados que aquele acesso oferece, sejam eles favoráveis ou adversos (alienação nos riscos).

A partir das valiosas contribuições da doutrina espanhola, pode-se conceber a “alienação” como um conceito amplo, constituído por várias dimensões ou manifestações: a alienação nos frutos do trabalho, a alienação na titularidade da organização, a alienação no mercado e a alienação nos riscos. É interessante observar que essas diversas

(23) CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. *Op. cit.*, p. 299.

manifestações da alienação, consideradas no conjunto, aproximam-se da teoria desenvolvida pelo professor alemão *Rolf Wank*, a qual será exposta a seguir.

3.4. A discussão na doutrina alemã: a proposta de Rolf Wank

A exemplo de outros países do mundo, vem sendo travado na Alemanha um grande debate acerca do conceito de subordinação, necessário para se distinguir o empregado do autônomo, para fins de aplicação das normas de Direito do Trabalho e de Previdência Social.

Uma parte da doutrina, capitaneada pelo professor *Rolf Wank*, defende uma noção moderna e mais ampla de subordinação. Discordando absolutamente da noção clássica, esse autor, em teoria elaborada no final da década de 1980, propõe a diferenciação a partir de critérios negativos, que excluem a subordinação e apontam para a existência da autonomia: a liberdade empresarial, a participação nos riscos e a possibilidade de realizar ganhos. Trata-se, assim, de uma mudança de foco: ao invés de se definir diretamente a subordinação (através de critérios positivos), como se fez tradicionalmente, cuida-se de se definir a autonomia, deixando a subordinação como figura residual e, por isso mesmo, mais ampla⁽²⁴⁾.

Essa definição foi desenvolvida a partir das críticas dirigidas à noção de subordinação adotada pela jurisprudência majoritária, inclusive pela Corte Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*—BAG), que ainda se ampara na matriz tradicional e restrita do conceito. Para *Rolf Wank*, a noção de subordinação deve ser, necessariamente, teleológica, isto é, propiciar que o Direito do Trabalho cumpra a sua elevada missão de proteção e tutela:

Uma definição, para que possa ser chamada de jurídica e considerada com seriedade, deve ser *teleológica*. Isso significa: definições não podem ser criadas arbitrariamente. Ao contrário,

(24) MÜCKENBERGER, Ulrich; WANK, Rolf; BUCHNER, Herbert. Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Milano: Franco Angeli, ano XXII, n. 86, p. 329-350, 2000. p. 329. Vide também WANK, Rolf. *Worker's protection national study for Germany for the ILO*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/germany.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2007.

elas cumprem um dever em uma norma legal que consiste em *Tatbestand und Rechtsfolge* (elementos da norma/consequências legais). Uma definição é correta quando é justificada a aplicação das consequências legais. Por exemplo, a prisão perpétua, enquanto punição mais grave, é justificada para o homicídio, enquanto crime mais grave. Mas caso se tente encontrar uma ligação entre o elemento legal ‘submissão a ordens’ e a consequência ‘o Direito do Trabalho deve ser aplicado’, essa ligação mal aparece. O que a ordem para usar um determinado instrumento tem a ver com a consequência de que essa pessoa continua a ser remunerada em caso de doença? Os defensores do conceito tradicional e majoritário até então foram completamente incapazes de responder a essa questão crucial⁽²⁵⁾.

Desse modo, deve ser enquadrado como trabalhador subordinado aquele que necessita de tutela não apenas ante o exercício do poder diretivo pelo empregador, mas, sobretudo, ante os riscos da vida, para assegurar a sua existência em condições dignas. Assim, não apenas os trabalhadores em situação de dependência pessoal devem ser enquadrados como subordinados.

O trabalhador autônomo, na concepção da corrente doutrinária em comento, é aquele que, no exercício concreto da sua atividade, atua como um empresário. Quem pode influenciar as decisões relativas às compras (mercadorias, preços, fornecedores, qualidade), às vendas (com relação aos mesmos aspectos indicados), à organização (contratação de colaboradores, atividades de produção, estabelecimentos) atua de maneira empresarial. Tudo isso falta ao trabalhador subordinado. A subordinação é, assim, definida de modo negativo: é empregado aquele que não atua como empresário, isto é, que não é autônomo.

É claro que também um empregado — como aquele que exerce funções de direção — pode, dependendo da posição ocupada, adotar várias decisões empresariais. Todavia, o resultado destas não lhe é imputado, mas, sim, ao empregador. Ele não toma as decisões em

(25) WANK, Rolf. *Diversifying employment patterns* — the scope of labour law and the notion of employees. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_wank2.pdf> Acesso em: 11 dez. 2007. p. 139-140. Tradução nossa.

nome e em risco próprios, mas sim por conta e risco do patrão. Assim, para fins da presunção da autonomia devem estar presentes ambos os pressupostos: a liberdade de adotar as decisões empresariais e a imputação econômica do resultado daí advindo ao próprio trabalhador (verdadeira assunção dos riscos). De fato, é exatamente com base na liberdade empresarial de que goza que o trabalhador autônomo tem a possibilidade de obter lucros, realizar ganhos, e, assim, poder gerir a própria vida⁽²⁶⁾.

Todavia, deve-se evitar o mal-entendido de considerar um sujeito autônomo pelo simples fato de que um outro sujeito lhe transferiu os riscos econômicos. O risco empresarial se faz presente apenas se o contrato atribui, simultaneamente, uma margem de liberdade empresarial com conseqüente possibilidade de realizar ganhos. Deve existir de fato uma combinação de chances e de riscos. Tomar decisões empresariais significa ter a chance de ganhar mais dinheiro, mas também o risco de sofrer prejuízos, o que revela que a pessoa trabalha por conta própria. Assim, deve-se analisar ambos os aspectos: a assunção dos riscos e a possibilidade de obter lucros.

De acordo com essa corrente doutrinária, a subordinação poderia continuar a ser definida como sujeição ao poder diretivo, desde que esta fosse entendida como exclusão da liberdade empresarial do trabalhador. Em outras palavras, as ordens a que o trabalhador deve estar submetido, para que possa ser considerado um empregado, devem ser ordens empresariais; em uma abordagem teleológica (isto é, centrada no objetivo de proteção da existência obreira) apenas essas últimas é que importam para fins qualificatórios.

É interessante observar que a teoria da corrente alemã, capitaneada por *Rolf Wank*, embora apresente semelhanças com aquela defendida pela vertente monista italiana, adota uma perspectiva diversa para a reformulação do conceito de subordinação. Enquanto os italianos buscam definir um novo conceito de subordinação, os alemães procuram delimitar bem o conceito de autonomia, de modo que a subordinação é definida de modo negativo: é um trabalhador subordinado aquele que não pode ser enquadrado como autônomo. Considerando que as duas figuras — autonomia e subordinação —

(26) MÜCKENBERGER, Ulrich; WANK, Rolf; BUCHNER, Herbert. *Op. cit.*, p. 339.

apresentam-se exatamente como contrapostas e especulares — a definição de uma certamente auxilia a conceituação da outra.

3.5. A proposta de Mauricio Godinho Delgado: a subordinação estrutural

A tese da “subordinação estrutural” é defendida pelo professor *Mauricio Godinho Delgado*. Esse autor admite a possibilidade de se estender os direitos fundamentais a certas relações de trabalho não empregatícias (como os trabalhadores eventuais e os autônomos hipossuficientes), incorporando sugestão contida na tese da professora *Gabriela Neves Delgado*, publicada sob o título “Direito fundamental ao trabalho digno”⁽²⁷⁾. Todavia, considera que se trata de “um caminho submetido a importantes riscos e desafios”⁽²⁸⁾.

Nesse sentido, o autor defende que a via mais eficiente e factível para o avanço dos direitos fundamentais trabalhistas “passa pelo próprio alargamento deste ramo jurídico especializado”. Não se trata da mera busca da efetividade do Direito do Trabalho, da luta contra a informalidade, o que, em países como o Brasil, já produziria efeitos positivos muito significativos, mas, sim, da verdadeira ampliação do campo de abrangência desse ramo jurídico⁽²⁹⁾.

Isso seria feito, como proposto neste artigo, através da adequação, ou renovação, do conceito de subordinação, para melhor adaptá-lo à dinâmica do mercado de trabalho contemporâneo. Essa adaptação permitiria, a um só tempo, ampliar o campo de incidência do Direito do Trabalho e propiciar uma resposta normativa eficaz a alguns dos seus instrumentos desestabilizadores mais recentes, como a terceirização.

O autor propõe a superação do conceito clássico de subordinação, hoje dominante, que consiste no fato de o trabalhador acatar a direção da sua prestação laborativa pelo empregador. Paralelamente a essa concepção hegemônica, parte da doutrina e da jurisprudência construiu uma noção mais ampla, denominada subordinação objetiva. Segundo

(27) Vide DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

(28) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006. p. 667.

(29) DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 667.

esse conceito, a subordinação, elemento essencial da relação de emprego, se manifesta não através da intensidade das ordens empresariais, mas, sim, pela simples integração da prestação laborativa do trabalhador nos fins da empresa. Há, assim, a correspondência, a harmonização, dos serviços prestados pelo empregado aos objetivos perseguidos pelo tomador, aos fins do empreendimento. Nesse sentido, o obreiro seria subordinado caso a sua atividade se integrasse aos objetivos empresariais.

O autor observa que, embora a intenção tenha sido louvável, o conceito não se consolidou na área jurídica por ser muito amplo, desproporcional aos objetivos visados. Com efeito, o critério acabava por abranger trabalhadores verdadeiramente autônomos, mostrando-se, assim, incapaz de diferenciar, em situações concretas, o real trabalho autônomo daquele subordinado, sobretudo quando a prestação laborativa era realizada fora da planta empresarial⁽³⁰⁾.

Para o ilustre juslaborista, é essencial readequar o conceito de subordinação, para melhor adaptá-lo às características do mercado de trabalho contemporâneo, sem perda de consistência das noções sedimentadas. O enfoque dado pelo conceito clássico ao comando empresarial, todavia, seria atenuado, acentuando-se, como fator primordial, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços. Ele propõe o conceito de subordinação estrutural, nos seguintes termos:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento⁽³¹⁾.

Assim, a subordinação estrutural se manifesta na integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Essa noção de subordinação foi utilizada em diversos acórdãos

(30) “Noutras palavras, a desproporção da fórmula elaborada, tendente a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas, contribuiu para o seu desprestígio”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 667.

(31) DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 667.

proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que reconheceram a configuração da relação de emprego, dos quais o referido autor foi relator⁽³²⁾. Transcrevemos abaixo a ementa de um desses acórdãos:

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO — CONFIGURAÇÃO — A relação empregatícia forma-se quando presentes os elementos fático-jurídicos especificados pelo *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT: trabalho prestado por pessoa física a um tomador, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. A subordinação, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a *clássica*, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a *objetiva*, pela correspondência dos serviços deste perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a *estrutural*, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3º, *caput*, CLT)⁽³³⁾.

Por meio da noção de subordinação estrutural poderiam ser superadas as atuais dificuldades, enfrentadas pelos operadores jurídicos no enquadramento de situações fáticas, advindas do uso do conceito tradicional de subordinação. Tais dificuldades foram agravadas em virtude de fenômenos contemporâneos como a terceirização trabalhista. Nesse sentido, a noção proposta permite não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, mas também oferece uma resposta normativa eficaz a alguns dos seus instrumentos desregulamentadores mais recentes, como a terceirização.

Assim, o processo de avanço dos direitos fundamentais nas relações de trabalho deve se concretizar através de três caminhos, essenciais e combinados entre si: a busca contínua e crescente pela efetividade do Direito do Trabalho; a construção de um processo de extensão desses direitos fundamentais, com a necessária adequação,

(32) Podem-se citar os acórdãos proferidos, em 2007, nos seguintes Recursos Ordinários n. 326-2007-076-03-00-4, n. 00075-2007-024-03-00-9, n. 00173-2007-073-03-00-6, n. 00267-2007-087-03-00-8 e n. 287-2007-106-03-00-2.

(33) Acórdão proferido no Recurso Ordinário n. 326-2007-076-03-00-4.

a determinadas relações de trabalho não empregatícias; e a ampliação do campo de incidência desse ramo jurídico, em especial através da reconstrução do elemento mais relevante da relação de emprego: a subordinação⁽³⁴⁾.

4. A UNIVERSALIZAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO

Como demonstrado acima, existem diversas situações em que se deve considerar configurada a relação de emprego, embora não esteja presente a subordinação em sua acepção clássica ou tradicional. Essas situações sofreram um aumento considerável com as transformações ocorridas a partir da década de 1970 e as consequências por ela geradas no mundo do trabalho. Isso gerou a necessidade não apenas de retomar as tendências expansionistas anteriores, mas também de aprofundá-las e modernizá-las, o que denominamos “universalização do conceito de subordinação”.

Todavia, mesmo nos dias atuais, em inúmeras relações de emprego, talvez na maior parte delas, a subordinação ainda se faz presente em sua acepção tradicional. Desse modo, a matriz clássica não pode ser abandonada ou substituída, mas, sim, deve ser acrescida de uma nova dimensão, que propomos denominar *subordinação integrativa*. Assim, a universalização proposta implica que se deve considerar configurada a subordinação quando esta se manifesta em qualquer uma das duas dimensões: a clássica ou a integrativa.

A dimensão clássica, como vimos, consiste na sujeição do trabalhador ao poder diretivo empresarial, à forte heterodireção da sua prestação laborativa, em seus diversos aspectos (*v. g.*, modalidade, tempo, lugar), por parte do empregador.

O conceito de subordinação integrativa, por sua vez, parte da noção de subordinação objetiva, que consiste na inserção da prestação laborativa do empregado nos fins da empresa. Importa observar que essa noção não se confunde com a ideia de “atividades-fim”, pois é perfeitamente possível a inserção da prestação obreira em “atividades-meio” do empregador.

(34) DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 667.

As primeiras são definidas como “as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para o seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico”. Trata-se, assim, de “atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”. As atividades-meio, por sua vez, correspondem às “funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo”. Trata-se, assim, de “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”⁽³⁵⁾.

Assim, a prestação laborativa do empregado pode estar inserida ou integrada seja nas atividades-fim, seja nas atividades-meio da empresa. Ambas compõem a dinâmica empresarial: as primeiras correspondem ao seu núcleo e as segundas integram a sua periferia. Ambas se inserem no quadro das necessidades normais da empresa, sendo relevantes para que esta alcance os seus fins. Desse modo, em ambos os casos, isto é, quando é parte das atividades-fim ou quando se insere nas atividades-meio, a prestação laborativa do obreiro integra a dinâmica empresarial, configurando-se, assim, indistintamente, a subordinação objetiva.

A noção de subordinação objetiva, no entanto, tradicionalmente foi alvo de críticas por ser muito ampla e, assim, acabar abrangendo trabalhadores verdadeiramente autônomos, como bem observado pelo professor *Mauricio Godinho Delgado*⁽³⁶⁾. Outros autores também ressaltam que “não é suficiente a inserção ou integração da atividade

(35) Essa distinção é utilizada para fins de terceirização trabalhista, sendo expressamente mencionadas pela Súmula n. 331 do TST. In: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 442-443.

(36) Os próprios defensores da noção de subordinação objetiva admitem que, em razão de sua amplitude, ela pode acabar abrangendo trabalhadores verdadeiramente autônomos. De fato, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena observa que há casos em que se conclui que o trabalho não é subordinado porque, embora presente a participação integrativa, a colaboração do prestador, ela ocorre dentro de tal flexibilidade, com o exercício de poderes jurídicos, que não se pode falar na subsistência de uma relação de emprego. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*, p. 236.

laborativa do trabalhador na organização empresarial, exatamente porque isso poderia ocorrer também no trabalho autônomo (...) Essa subordinação objetiva, entretanto, não é suficiente para o reconhecimento da relação de emprego, exatamente porque ela poderá ocorrer ainda no trabalho autônomo⁽³⁷⁾. Nesse sentido, *Oscar Ermida Uriarte e Oscar Hernández Alvarez* observam que:

A inserção na organização empresarial, ainda que seja um elemento próprio da relação de trabalho, não é exclusivo da mesma, já que o empregador incorpora ao desenvolvimento da atividade empresarial não só o trabalho de seus próprios trabalhadores mas também a atividade, contínua mas autônoma, de colaboradores, que mesmo não sendo empregados, estão incorporados ao cumprimento da atividade econômica organizada da empresa⁽³⁸⁾.

Isso demonstra que a falha da noção de subordinação objetiva encontra-se exatamente no fato de ela abranger trabalhadores verdadeiramente autônomos, razão pela qual é necessária a sua reformulação. A solução passa, portanto, pela sua conjugação com critérios que excluam a autonomia. Nesse sentido, após a constatação da presença da subordinação objetiva, o intérprete deve verificar se estão presentes os indícios indicados por *Rolf Wank* e pela doutrina espanhola (noção de alienação, em suas diversas dimensões) para a caracterização da autonomia, porque, caso estejam presentes, não há que se falar em subordinação.

Os referidos indícios, que excluam a autonomia, são: o trabalhador deve prestar a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originariamente, mas, sim, a essa última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, os quais são assumidos por seu empregador. O trabalhador que cumpre tais requisitos não

(37) BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores intelectuais: subordinação jurídica. Redimensionamento. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 115, p. 23-42, jul./set. 2004. p. 27 e 41.

(38) URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação jurídica. *Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 33-36, 2002. p. 35.

pode ser qualificado, de modo algum, como autônomo. A aplicação dessas noções, portanto, permite evitar que trabalhadores verdadeiramente autônomos sejam enquadrados como subordinados.

Desse modo, a subordinação integrativa é formada a partir da conjugação da noção de subordinação objetiva com os critérios que excluem a autonomia, acima mencionados, podendo ser assim definida:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume riscos de ganhos ou de perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.

O método mais racional, em nossa opinião, seria verificar, primeiramente, se a subordinação em sua dimensão clássica faz-se presente. Em caso negativo, parte-se para a análise da presença da subordinação na dimensão integrativa. Presente uma das duas dimensões — clássica ou integrativa —, no caso concreto, resta configurada a subordinação.

Cumprido observar que o fato de o trabalhador “acolher, estruturalmente, a dinâmica de organização e funcionamento” do empregador, como observa *Mauricio Godinho Delgado*, é uma decorrência do fato de ele não possuir uma organização produtiva própria e de a sua prestação estar integrada em uma organização produtiva alheia, a qual assume os riscos de ganho e de perda. Todavia, em razão de esse fator estrutural ser uma consequência e não uma característica da subordinação integrativa, preferimos não o incluir na definição proposta.

É interessante notar que o conceito de contrato de trabalho proposto por *Piergiorgio Alleva* adota uma perspectiva semelhante àquela proposta neste trabalho. Esse pacto se configura quando “um sujeito se obriga, sem organização própria de meios, a prestar a atividade laborativa, pessoalmente e continuamente, em um projeto, uma organização ou empresa alheia”. Enquanto a expressão “prestar a atividade laborativa em um projeto, uma organização ou empresa alheia” aproxima-se da ideia de subordinação objetiva, a expressão

“sem organização própria de meios” é um critério que aponta para a ausência da autonomia.

No mesmo sentido é a definição de contrato de trabalho proposta pela CGIL: “o trabalhador se obriga, mediante remuneração, a prestar a própria atividade intelectual ou manual de modo continuado à empresa ou à atividade diversa organizada por outros, com destinação exclusiva do resultado para o empregador”. Quando esta se refere ao fato de o trabalhador se obrigar a prestar a própria atividade intelectual ou manual à empresa ou à atividade diversa organizada por outros, aproxima-se da noção de subordinação objetiva, e, quando menciona a “destinação exclusiva do resultado para o empregador”, aponta para a ausência da autonomia.

De fato, a verificação da presença dos elementos da autonomia é bastante útil para a qualificação da relação de trabalho, como já advertia *Ribeiro de Vilhena*: “Prudente é o juiz que, ao apreciar a controvertida situação das partes em uma relação de trabalho, posta-se do outro lado da equação fática e examina também se os supostos da autonomia ocorrem e se são bastantes para absorverem a penumbrosa face da suposta subordinação”⁽³⁹⁾. No mesmo sentido, a OIT recomenda a seus países-membros que “em qualquer caso, independentemente da definição que se utilize, o conceito de trabalhador vinculado por uma relação de emprego deve ser examinado em comparação com o conceito de trabalhador autônomo”⁽⁴⁰⁾.

Esse raciocínio é muito interessante e pode perfeitamente ser aplicado ao Direito brasileiro. À mesma conclusão, no entanto, não podemos chegar no caso de ordenamentos jurídicos que, como o italiano, preveem a figura da parassubordinação, exatamente porque, nesse caso, não se trata do confronto entre duas alternativas (ou trabalhador é autônomo, ou é subordinado), de modo que a eliminação de uma resulta na afirmação da outra, mas, sim, de três opções (ele é autônomo comum ou autônomo parassubordinado ou subordinado), de maneira que, descartada a autonomia, ainda restam a subordinação e a parassubordinação.

(39) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*, p. 238.

(40) OIT. *La relación de trabajo* — Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006. p. 23. Tradução nossa.

O professor *Márcio Túlio Viana* observa que o critério da dependência econômica responde à pergunta “Por que o Direito do Trabalho deve proteger?”, ao passo que a subordinação responde à pergunta “Quem o Direito do Trabalho deve proteger?”. Antes a subordinação clássica era capaz de abranger os trabalhadores dependentes socioeconomicamente, de modo que havia quase que uma perfeita coincidência entre aqueles que eram subordinados e, assim, protegidos pelo Direito do Trabalho, e aqueles que, por serem hipossuficientes, necessitavam das tutelas trabalhistas. No entanto, segundo o professor, com o passar do tempo essa coincidência deixou de existir, pois cada vez mais um maior número de trabalhadores hipossuficientes não se enquadra na noção clássica de subordinação. Daí a necessidade de expandi-la e universalizá-la, por meio da adoção de uma nova dimensão: a subordinação integrativa.

O debate em questão interessa aos diversos países do mundo, onde, para fins da aplicação das normas trabalhistas e previdenciárias, é de extremo relevo a distinção entre subordinação e autonomia. Conforme ressaltado pelo professor alemão *Ulrich Mückenberger*, todos os países europeus enfrentam, atualmente, problemas relacionados à aplicação das normas trabalhistas e previdenciárias, em razão das dificuldades relativas à definição da subordinação e à sua diferenciação da autonomia.

Com efeito, um número cada vez maior de relações de trabalho, sobretudo aquelas presentes nos novos setores, como as prestações de serviços nos campos da informação e da comunicação, encontram-se em uma “zona grise”⁽⁴¹⁾. Nesse sentido, cremos que a subordinação em sua dimensão integrativa possa ser bastante útil para a qualificação das relações de trabalho controversas⁽⁴²⁾.

CONCLUSÃO

O conceito de subordinação é de extrema relevância para o Direito do Trabalho, pois constitui o elemento qualificador essencial da relação

(41) MÜCKENBERGER, Ulrich; WANK, Rolf; BUCHNER, Herbert. *Op. cit.*, p. 330.

(42) O tema do presente artigo é tratado com maior profundidade na seguinte obra: PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

de emprego, a qual, por sua vez, é o instituto basilar desse ramo jurídico especializado. Ele constitui a verdadeira “chave de acesso” às tutelas justralhistas, pois que, nos diversos países do mundo, a aplicação integral destas é assegurada, em regra, apenas aos empregados.

Diante das mudanças ocorridas na realidade socioeconômica e no mundo do trabalho, nas últimas décadas, o conceito de subordinação deve sofrer uma adaptação interpretativa, pois desta depende a própria finalidade e a missão essencial do Direito do Trabalho: a proteção dos obreiros hipossuficientes.

Ao longo do século XX e até meados da década de 1970, esse conceito foi objeto de uma importante ampliação interpretativa, por obra da jurisprudência e da doutrina, ultrapassando as fronteiras da sua formulação clássica e restrita. Conseqüentemente, foi ampliado o próprio âmbito de incidência do Direito do Trabalho, que atuou como instrumento de notável distribuição de riqueza e de poder nos países capitalistas desenvolvidos, nos “anos dourados” em que conheceram a consolidação do modelo de Estado de Bem-Estar Social.

Todavia, no momento em que essa expansão se tornou ainda mais necessária, em razão das transformações ocorridas a partir da década de 1970 e de suas conseqüências no mundo do trabalho, ela sofreu uma inversão de rota. O conceito de subordinação passou a ser restringido, identificado com sua acepção clássica, por obra do legislador, da doutrina e da jurisprudência, em consonância com a ideia de desregulamentação do Direito do Trabalho, fundada na ideologia ultraliberal, que se expandia e se tornava hegemônica.

No entanto, em obediência aos mandamentos das Constituições sociais, entre elas a Constituição brasileira de 1988, deve-se, ao contrário, reler de forma ampliativa e *universalizante* o conceito de subordinação, para que o Direito do Trabalho possa estender a sua tutela aos obreiros que dela necessitam. Essa ampliação permite que esse ramo jurídico cumpra a sua elevada missão de assegurar a maior distribuição de riqueza e de poder em nossa desigual sociedade, em busca da justiça social. Esta é essencial à implementação de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social em nosso País, ordenada pela Carta Constitucional.

Nesse sentido, a partir da análise de uma série de propostas, formuladas, sobretudo, pela doutrina mais avançada de diversos países, propomos uma nova dimensão, universalizante, do conceito de subordinação, denominada *subordinação integrativa*. Esta não substitui a dimensão clássica, mas se soma a ela, de modo que a subordinação restará configurada, no caso concreto, caso presente qualquer uma das duas dimensões: a clássica ou a integrativa.

Essa ampliação interpretativa deverá ser feita, preferencialmente, pela via jurisprudencial. Com efeito, não é necessária a modificação das normas legais que se referem à subordinação (como os arts. 2º e 3º da CLT), bastando a sua reinterpretação ampliativa e universalizante por parte dos juízes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEVA, Piergiorgio. Il Rubicone del lavoro dipendente. *Il Manifesto*, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://articolisceiti.blogspot.com/2005/05/il-rubicone-del-lavoro-dipendente.html>> Acesso em: 24 out. 2007.

_____. *et al.* (coord.). *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della Cgil*. Roma: Ediesse, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores intelectuais: subordinação jurídica. Redimensionamento. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 115, p. 23-42, jul./set. 2004.

BRONZINI, Giuseppe. Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per il rilancio del diritto del lavoro in Italia. *Democrazia e Diritto: Rivista Critica di Diritto e Giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli, ano XLIII, n. 2, p. 133-145, abr./jun. 2005.

CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. Dipendenza e alienità nella discussione spagnola sul contratto di lavoro. In: PEDRAZZOLI, Marcelo (coord.). *Lavoro subordinato e dintorni*. Bologna: Il Mulino, 1989.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.

_____ ; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O Estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. *Juízes e professores*. Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/geral/vg%20juizeseprofesoresvers%C3%A3ofinaltalcomoparagab.doc>> Acesso em: 27 dez. 2007.

MAGISTRATURA DEMOCRATICA. Documento MD-Gruppo Lavoro. *XVI Congresso Nazionale della Magistratura Democratica*. Progettare la Giustizia e Garantire i Diritti, Roma, 8-11 fev. 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MÜCKENBERGER, Ulrich; WANK, Rolf; BUCHNER, Herbert. Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Milano: Franco Angeli, ano XXII, n. 86, p. 329-350, 2000.

OIT. *La relación de trabajo* — Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.

OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Civitas, 1999.

PERULLI, Adalberto. Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma: Ediesse, ano LVII, n. 4, p. 731-752, out./dez. 2006.

_____. Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Roma: Ediesse, ano LIV, n. 1, p. 221-270, jan./mar. 2003.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SUPIOT, Alain (coord.). *Il futuro del lavoro: trasformazioni della occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*. Roma: Carocci, 2003.

_____. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, Paris: Éditions Techniques et Économiques, n. 2, p. 131-145, fev. 2000.

URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação jurídica. *Synthesis*:

Direito do Trabalho material e processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 33-36, 2002.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

WANK, Rolf. *Diversifying employment patterns*— the scope of labour law and the notion of employees. Disponível em: <http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_wank2.pdf> Acesso em: 11 dez. 2007.

_____. *Worker's protection national study for Germany for the ILO*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/germany.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2007.

A JUSTIÇA DO TRABALHO E A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE CAUSAS ENVOLVENDO TRABALHADORES VINCULADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUMAS REFLEXÕES

Carlos Eduardo de Azevedo Lima^(*)

Sumário: 1. Breve introito ao tema. 2. O equivocado entendimento nas Reclamações. 3. Repercussões práticas da atuação envolvendo o combate às contratações irregulares no âmbito da Administração Pública. 4. Influência do entendimento restritivo da competência da Justiça do Trabalho na atuação do Ministério Público do Trabalho em outras matérias, distintas do combate às contratações irregulares. 5. Repercussões da restrição da competência da Justiça do Trabalho sob o enfoque da política judiciária. 6. Medidas que vêm sendo adotadas visando reverter o quadro atual: 6.1. Atuação institucional e associativa; 6.2. Postura do TST no “enfrentamento” da questão; 6.3. Providências adotadas no campo legislativo. 7. À guisa de conclusão.

1. BREVE INTROITO AO TEMA

Ao longo dos últimos anos, vem se firmando, dia após dia, e de forma cada vez mais forte, entendimento extremamente restritivo à competência da Justiça do Trabalho, sempre buscando, não se sabe

(*) Procurador do Trabalho na 13ª Região; Coordenador da Procuradoria do Trabalho no Município de Campina Grande; Vice-Coordenador Nacional da CONAP (Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública); Membro do Núcleo de Estudos para Apoio às Decisões da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho (CCR/MPT).

por qual razão, até porque não se entende a quem interessaria tal linha interpretativa, restringir a competência de tal ramo do Judiciário.

Ironicamente, essa situação se intensificou após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, que ficou conhecida por implementar a primeira parte da chamada “Reforma do Judiciário” e, no que tange à Justiça laboral, em decorrência das alterações introduzidas no art. 114 da Constituição Federal, ampliou, ao menos em tese, a sua “área de atuação” e o leque de matérias que deveriam ser pela mesma julgadas.

Mostra-se, portanto, no mínimo contraditória essa interpretação restritiva da competência da Justiça obreira.

Relevante frisar, por outro lado, que essa linha interpretativa vem se firmando a partir de decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Reclamações, as quais, sob a justificativa de preservar a autoridade da decisão proferida pela Suprema Corte no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.395, vêm, na realidade, distanciando-se cada vez mais daquela decisão.

Ao longo do presente texto, buscar-se-á tratar justamente desse entendimento, que não se reputa o mais acertado, bem como de suas repercussões.

Desse modo, ao lado de argumentos jurídicos, vai-se tratar, também, das possíveis consequências do esvaziamento da competência da Justiça do Trabalho, assoberbando ainda mais os outros ramos do Judiciário ao passo em que se subutiliza um ramo capilarizado e eficiente, que julga os processos ao mesmo submetidos com inegável celeridade.

Dados também serão apresentados no que tange à atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às contratações irregulares realizadas no âmbito da Administração Pública, além de outras formas de atuação do *Parquet* que também se encontram atualmente ameaçadas, além dos prejuízos que tudo isso acarreta para a sociedade.

Não serão olvidadas, por outro lado, as medidas que vêm sendo adotadas visando modificar o cenário que ora se delinea, bem como o comportamento passivo, com o devido respeito, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, diversamente dos órgãos de cúpula dos outros

ramos do Judiciário — que não aceitam nem sequer cogitar a perda de competência, ainda que em relação a temas nos quais têm atuação tímida ou praticamente inexistente —, deixou de empreender qualquer esforço significativo visando resguardar a competência da Justiça trabalhista.

Ainda nessa linha, buscaremos analisar as medidas que vêm sendo adotadas no âmbito do Poder Legislativo no que tange à matéria, incluindo-se o encaminhamento que a tais medidas vem sendo dado.

Tudo isso, frise-se, com o objetivo de contribuir, ainda que modestamente, com esse debate que se reputa da maior relevância, haja vista se entender que todas essas tentativas de reduzir ao mínimo a competência de um ramo do Judiciário especializado e vocacionado justamente para tratar das questões relacionadas ao trabalho — e que vem sendo impedido de fazer isso, em muitos casos — não trazem vantagem alguma para a sociedade, mas tão somente para os transgressores do ordenamento jurídico e, no caso das matérias relacionadas à Administração Pública, para os maus gestores, que tantos malefícios causam à coletividade.

Ademais, não é ocioso lembrar que a origem de todos os maus costumes arraigados na Administração Pública tem relação direta com a forma de contratação. Primeiro porque quem comete ou deixa de cometer ilícitos são pessoas, e não entes públicos, abstratamente considerados. Depois, quem é contratado de forma direta e irregular, sem prévio concurso, não tem absolutamente nenhum compromisso com a sociedade, mas sim com a pessoa que o colocou naquele cargo, emprego ou função pública. E isso pode ser muito perigoso!

2. O EQUIVOCADO ENTENDIMENTO NAS RECLAMAÇÕES

Reputa-se essencial, antes de mais nada, que analisemos o que decidiu, efetivamente, o Excelso Pretório nos autos da supramencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, até porque, como já se disse acima, vem aquela Corte, nas Reclamações que se baseiam na referida ADI, distanciando-se a passos largos da decisão proferida nos autos daquele processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto a essa questão, oportuno se mostra frisar que a medida liminar concedida pelo então Presidente do STF, Min. Nelson Jobim, nos autos da ADI n. 3.395, ajuizada pela AJUFE (Associação dos Juizes Federais), suspendeu, como é cediço, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da Carta Magna que incluía na competência da Justiça do Trabalho “... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por *típica* relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo” (grifou-se).

Em nenhum momento, portanto, na referida liminar, fora afastada a competência da Justiça laboral para apreciar e julgar toda e qualquer relação de trabalho havida com a Administração, mas apenas, conforme suprademonstrado, aquelas que fossem de natureza estatutária e/ou de caráter jurídico-administrativo típicas (repite-se) e, para que estas se estabeleçam, imprescindível se mostra que sejam preenchidos TODOS os requisitos necessários, dentre os quais se insere a prévia submissão e aprovação em concurso público, o qual consiste, como é cediço, em pressuposto objetivo essencial.

Vale lembrar, ademais, que o escopo da Emenda, conforme se depreende de sua simples leitura, era, na realidade, passar para a competência da Justiça especializada obreira toda e qualquer relação de trabalho, independentemente do regime jurídico adotado, até porque não se pode negar que o servidor público, aqui considerado em seu sentido lato, seja ele regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) ou pelo regime estatutário, é, antes de tudo, um trabalhador.

Mais do que lógico, portanto, que tenha tal trabalhador suas demandas apreciadas e julgadas pelo ramo do Poder Judiciário mais vocacionado para tratar das relações do trabalho, até porque especializado para tanto.

Lamentavelmente, contudo, acabou o legislador constituinte derivado, segundo reconheceu o Pretório Excelso, por incorrer em vício formal no curso da tramitação do processo legislativo que culminou com a promulgação da Emenda, especificamente no que tange à redação do inciso I do art. 114, o qual passou a prever que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da

administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, muito embora não tivesse sido essa a redação aprovada pela Câmara dos Deputados, sendo inserida no Senado Federal sem que o texto voltasse para a Câmara.

Exatamente isso o que levou o STF, por meio de seu então Presidente, a proferir a já referida decisão, na qual deu uma “interpretação conforme” à Constituição, no sentido de excluir da competência da Justiça do Trabalho, única e exclusivamente, a apreciação e julgamento das causas relativas aos servidores que estejam inseridos em relações estatutárias típicas.

Evidentemente, portanto, que as contratações irregulares realizadas no âmbito da Administração Pública, a exemplo daquelas que se dão sem observância do regramento constitucional atinente ao concurso público, não podem, jamais, ser consideradas relações estatutárias típicas, até porque são nulas.

Nesse mesmo sentido já teve a oportunidade de se posicionar o Pretório Excelso, em Reclamação (Recl. n. 4371) ajuizada pelo Estado do Tocantins, na qual o eminente Ministro-Relator, Min. Carlos Britto, ao apreciar o pleito do reclamante, indeferiu a liminar requerida, por ter entendido o seguinte:

(...) o Ministério Público obreiro questiona a contratação “emergencial” ou “temporária” de pessoal para suprir uma necessidade permanente de professores no Estado do Tocantins. Mas não é só. O Parquet também discute em juízo a própria adequação do regime jurídico dos cargos em que foram investidos os tais “professores indígenas”. Questionamento, esse, que se lastreia no fato de que as funções dos cargos então desempenhadas pelos obreiros eram vocacionadas para o provimento em caráter efetivo. Não para provimento em comissão (...) sob esse visual das coisas (...) não me parece que o processamento da Ação Civil Pública n. 335-2005-802-10-00-4 na Justiça do Trabalho contraria o decidido na ADI n. 3.395-MC. Assim me posiciono porque, a princípio, *não se revestiu de caráter estatutário a relação jurídica que prendia os tais “professores indígenas” ao Estado do Tocantins.* [grifos ausentes no original]

Outra questão que não pode ser olvidada diz respeito ao fato de que a Emenda n. 45/04 trouxe uma mudança fundamental no que tange à questão atinente à competência da Justiça do Trabalho, haja vista ter esta passado a julgar, a partir da Emenda, as “ações oriundas da relação de trabalho” e não mais apenas, como era antes, entre “trabalhadores e empregadores”, o que demonstra seu nítido intuito ampliativo da competência daquela Justiça especializada.

Independentemente disso, faz-se mister lembrar que, mesmo antes da referida Emenda Constitucional, já era pacífico o entendimento no sentido de que a Justiça do Trabalho tinha competência, sim, para tratar das contratações irregulares de trabalhadores no âmbito da Administração Pública, até porque estes, não tendo preenchido os requisitos necessários para sua regular contratação, não podem vir jamais a ser considerados estatutários ou, caso se prefira — tomando por base a terminologia adotada na liminar concedida na ADI n. 3.395, “estatutários típicos”.

Nesse sentido, convém observarmos como vinha se manifestando, há vários e vários anos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual, ao apreciar tal questão em sede de conflitos de competência, esposava entendimento pacífico quanto à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações envolvendo contratações irregulares de “servidores” públicos, sem submissão ao necessário certame. Exatamente isso o que se observa, a título ilustrativo, a partir da leitura da decisão abaixo transcrita, proferida ainda no ano de 2003⁽¹⁾:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E TRABALHISTA. SERVIDOR MUNICIPAL CONTRATADO APÓS A CF/88 SEM

(1) Mais recentemente, já no final do ano de 2006, em decisão que fora publicada na edição do Diário da Justiça (DJ) de 4.12.2006, ou seja, mesmo após a confirmação da liminar na MC-ADI n. 3.395 pelo Plenário do STF, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDORA MUNICIPAL. ADMISSÃO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Hipótese em que a reclamante começou a trabalhar para o Estado de Alagoas sem prévia aprovação em concurso público, ou seja, irregularmente, e assim permaneceu por mais de 20 (vinte) anos. Não se trata, portanto, de contratação temporária mediante lei especial. 2. **Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em caso tal, por não ocupar a funcionária cargo público, a relação entre ela e o poder público é disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT e não por normas estatutárias, competindo, portanto, à justiça especializada o julgamento da lide.** 3. Agravo regimental improvido”. (Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 66.272-AL) [grifou-se]

APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. PRECEDENTES.

Em se tratando de relação de emprego decorrente de contratação irregular, ou seja, sem prévia aprovação em concurso público, não obstante tenha o Município adotado o Regime Jurídico Estatutário, a competência para processar e julgar o pleito é da Justiça Trabalhista. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRCC n. 33.709, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJU: 1º.9.2003, p. 216) [grifos acrescidos]

Impossível ser mais claro que a decisão supratranscrita, a qual enfrenta a questão de maneira expressa, não deixando sequer margem para alguma eventual interpretação em sentido distinto.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por sua vez, também já tinha entendimento pacificado, inclusive, diante das reiteradas decisões nesse sentido em inúmeros casos concretos, fora o mesmo fixado em Súmula e em Orientação Jurisprudencial.

No que tange à Súmula, convém ressaltar o teor do verbete sumulado sob o n. 363⁽²⁾ o qual, ao tratar dos direitos dos trabalhadores que tenham sido contratados irregularmente por entes da Administração Pública, já deixa claro, evidentemente, que a competência seria da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar tais casos, até porque se não tivesse tal competência, não seria lógico definir quais direitos teriam os referidos trabalhadores.

Quanto à Orientação Jurisprudencial (OJ), por sua vez, o entendimento se mostrava ainda mais nítido, ainda que isso nem fosse necessário diante da pacificidade — chamemos assim — da questão. Nesse sentido, vejamos como era a redação da OJ n. 205, da Seção de Dissídios Individuais n. 1 (SDI-I), do TST:

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO.

(2) Súmula n. 363, do TST: “**Contrato Nulo. Efeitos.** A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

I — *Inscribe-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício.*

II — *A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/88) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial. [grifos ausentes no original]*

É bem verdade que a referida Orientação Jurisprudencial passou a ter tal redação em abril de 2005, ou seja, logo em seguida à Emenda n. 45. Não se pode negar, contudo, que para chegar a um verbete de jurisprudência consolidada de uma Corte Superior necessário se faz, antes, que tenham sido proferidas reiteradas decisões no mesmo sentido, o que deixa mais do que claro o entendimento do TST acerca dessa questão.

Indubitável, pois, que antes da multicitada Emenda Constitucional n. 45, não havia dúvida alguma da jurisprudência pátria quanto à competência nessas questões, que era, nos casos em que se tratava de contratações irregulares por parte de entes da Administração Pública — independentemente de ser adotado, sob o aspecto formal, o regime estatutário —, inquestionável e pacificamente da Justiça do Trabalho.

Não tem lógica, portanto, com o devido respeito aos eventuais posicionamentos em sentido contrário, imaginar que uma suposta inconstitucionalidade formal da referida Emenda pudesse retroagir a tal ponto que viesse a alterar o entendimento existente antes da promulgação daquela.

Foge, assim, a toda e qualquer razoabilidade admitir-se que, pela via do controle concentrado de constitucionalidade, fosse possível reduzir a competência da Justiça do Trabalho a patamares inferiores aos existentes antes da promulgação da Emenda n. 45, a uma interpretação que nem sequer se coaduna com a redação anteriormente existente na Constituição.

Ora, mas é de sabença geral que, ainda que existente a inconstitucionalidade, o texto do dispositivo constitucional só poderia, no máximo, voltar à redação anterior.

Não se concebe, de fato, que a suposta inconstitucionalidade venha a ter o poder de revogar até mesmo o texto anterior, originário ou não, da Carta Magna.

Num exercício de interpretação, imaginemos a pior das hipóteses possíveis quanto à validade da Emenda n. 45/04, que seria a sua inconstitucionalidade como um todo. Em tal hipótese, o que ocorreria era que o texto da Constituição voltaria à sua redação anterior, o que levaria, evidentemente, ao entendimento e interpretação de todas as questões nos moldes existentes antes da promulgação da mencionada Emenda.

Observe-se bem: essa seria a pior das hipóteses, aqui admitida a título meramente argumentativo, até porque, no caso concreto, não houve nem de longe declaração de inconstitucionalidade de todo o texto produzido pelo constituinte derivado, haja vista ter se limitado o Pretório Excelso, conforme supra-aduzido, a dar uma interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da Carta Magna.

E mesmo no pior cenário, acima descrito, ainda assim se retornaria ao entendimento anterior à Emenda, sendo que tal entendimento, por sua vez, conforme já amplamente demonstrado, reconhecia, sem sombra de toda e qualquer dúvida, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os casos envolvendo contratações irregulares de trabalhadores, os quais, dada a nulidade ínsita às suas respectivas contratações, não poderiam jamais ser rotulados de estatutários.

Incompreensivelmente, contudo, e mesmo tendo a Suprema Corte, em julgamento ocorrido em 5 de abril de 2006 — quando o Plenário daquele Pretório se reuniu e referendou a liminar que havia sido concedida pelo Min. Jobim nos autos da MC-ADI n. 3.395 —, deixado claro que o que não seria da competência da Justiça do Trabalho seriam apenas os casos envolvendo o Poder Público e servidores que lhe fossem vinculados por relações estatutárias ou jurídico-administrativas em sentido estrito, ainda assim veio a ser posteriormente dada uma interpretação extremamente ampla a tal posicionamento, em sentido oposto, inclusive, ao que o próprio STF já havia decidido.

Faz-se essa afirmação porque, nos termos da decisão do Plenário do Pretório Excelso, toda e qualquer relação de trabalho existente no

âmbito da Administração Pública que não envolvesse os trabalhadores submetidos a relação estatutária típica — para o que, como se sabe, imprescindível se mostra o preenchimento de toda uma série de requisitos, aí incluída, como regra, a prévia submissão e aprovação em concurso público — estaria inserida na competência da Justiça do Trabalho, incluindo-se nesse rol não apenas os casos de contratações irregulares — das quais, evidentemente, jamais poderia “nascer” uma relação estatutária típica — realizadas de forma direta, mas também aquelas formalizadas por meio de cooperativas ou terceirizações de atividades finalísticas, por exemplo.

Aliás, o que o STF deixou claro naquele julgamento foi que até mesmo as contratações temporárias, por excepcional interesse público, realizadas de forma regular, em consonância com os ditames do inciso IX do art. 37 da Constituição (e legislação que venha a regulamentar tal modalidade de contratação no âmbito de cada ente administrativo), até essas, mesmo sem discussão quanto a eventual ilegalidade das contratações (proveniente, no mais das vezes, de desvirtuamento das contratações temporárias, por dizerem respeito a funções de necessidade permanente da Administração), seriam da competência da Justiça Especializada Trabalhista.

Para que não reste dúvida quanto ao fato de tal afirmativa não ser proveniente de eventual otimismo exacerbado ou interpretação da jurisprudência tomando por base entendimento próprio, pede-se licença para transcrever, de forma literal, trechos de notas taquigráficas produzidas, no âmbito do STF, a partir de discussões entabuladas naquele julgamento de abril de 2006 entre Suas Excelências, os Ministros da Suprema Corte. Observe-se:

O Sr. Ministro CEZAR PELUSO (RELATOR): Dou elemento histórico para ajudá-lo a compreender. Essa expressão foi tirada do voto do eminente Ministro Celso de Mello, intérprete autêntico. *A impressão que tive é que, no voto da ADI n. 492, Vossa Excelência quis dizer relação jurídico-administrativo como sinônimo de relação estatutária.*

O Sr. Ministro CARLOS BRITTO: Exatamente.

O Sr. Ministro CEZAR PELUSO (Relator): *É mero reforço.*

O Sr. Ministro CARLOS BRITTO: Porque se for assim, *aquelas relações de trabalho instauradas entre o Poder Público e os servidores temporários*

O Sr. Ministro CEZAR PELUSO (Relator): *Fora de dúvida que é da Justiça do Trabalho.*

O Sr. Ministro CARLOS BRITTO: Agora, porque embora ela se instaure por efeito de um contrato administrativo, não tem caráter estatutário, porque, se o tivesse, também não teria o traço da contratualidade. *Se todo cargo provido estatutariamente é de caráter jurídico-administrativo, nem toda relação de trabalho de caráter jurídico-administrativo é estatutária. Então, quero deixar bem claro que, de fora à parte as investiduras em cargo efetivo ou em cargo em comissão, tudo o mais cai sob a competência da Justiça do Trabalho.* Então, precisando o alcance material da decisão, agora posta à nossa apreciação, também referendo a decisão do Ministro Nelson Jobim.

(STF/Pleno, ADI 3395-DF, Rel. Min. Cezar Peluso, sem grifos, no original) [destaques acrescidos].

Demonstrado, portanto, que as decisões que vêm sendo reiteradamente proferidas, muitas vezes monocraticamente, por diversos Ministros do STF, no sentido de reduzir drasticamente a competência da Justiça do Trabalho, mostram-se dissonantes do entendimento do próprio Supremo.

Assim, os casos tratados nas inúmeras Reclamações Constitucionais que vêm sendo ajuizadas no STF, inobstante a infinidade de liminares que têm sido concedidas pelos doutos Ministros sob o fundamento de preservar a autoridade da decisão proferida nos autos da ADI n. 3.395, ao contrário de tal fundamentação, vêm, em verdade, mostrando-se em dissonância com o entendimento contido naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade, numa situação em que se observa a interpretação da interpretação da interpretação ... [sem que pareça ter fim], o que vem, isto sim, desvirtuando a decisão originária, que não é, definitivamente, a que se faz cumprir quando se concede liminar em sede de Reclamação para suspender, por exemplo, a tramitação de Ação Civil Pública por meio da qual o Ministério Público do Trabalho combate toda uma gama de contratações irregulares realizadas por algum ente da Administração.

Por meio de tal linha de entendimento, tem o Supremo Tribunal Federal, portanto, ampliado em demasia a decisão da ADI n. 3.395, de forma a contrariar o que havia sido decidido nos votos emitidos por seus próprios Ministros.

3. REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA ATUAÇÃO ENVOLVENDO O COMBATE ÀS CONTRATAÇÕES IRREGULARES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Reputa-se oportuno, inicialmente, que tenhamos algumas considerações, ainda que breves, acerca dos motivos de tantos gestores públicos virem se empenhando demasiadamente em discutir questões processuais — no caso, a competência da Justiça do Trabalho ou a sua eventual incompetência — ao invés de, como seria mais lógico, debater o mérito em si daquilo que se discute nas ações que tratam de contratações irregulares de pessoal praticadas pela Administração Pública.

Realmente, pode causar, a alguém mais desavisado ou ingênuo, uma enorme estranheza todo esse repúdio dos gestores públicos à competência da Justiça do Trabalho, visando não apenas limitar a sua ampliação mas também, e em especial, reduzi-la cada vez mais, inclusive tomando por base argumentos equivocados — conforme já amplamente demonstrado *supra* — que, lamentavelmente, ainda assim vêm obtendo respaldo no âmbito do Judiciário, em especial no STF.

Evidentemente que se os gestores se insurgem contra a tramitação das ações na Justiça do Trabalho — chegando em alguns casos a tentar levar a patamares absurdamente amplos a decisão proferida na ADI n. 3.395, que trata da competência de um ramo do Judiciário, inobstante alguns entes públicos tenham tentando “trancar” até mesmo investigações e, por conseguinte, o trâmite de Inquéritos Civis Públicos conduzidos pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) — é porque os julgamentos dessa Justiça especializada, assim como a atuação do *Parquet* laboral, estão incomodando.

Tal “incômodo” decorre, como não é difícil imaginar, da celeridade inerente à tramitação dos processos na Justiça trabalhista, o que ocorre por uma série de fatores, dentre eles o rito ali utilizado, que faz com que, em alguns Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), a exemplo do

TRT da 13ª Região, que abrange o Estado da Paraíba, um processo demore menos de 2 (dois) meses, em média, para ter seu julgamento de segunda instância.

As Ações Civis Públicas ajuizadas pelo MPT na Justiça do Trabalho, portanto, têm, via de regra, tramitação bastante célere, sendo rapidamente proferidas decisões por meio das quais se impede que os gestores continuem a se valer das malsinadas contratações irregulares e sejam obrigados a desligar os contratados irregularmente, o que, por conseguinte, impede que os maus gestores públicos continuem a se utilizar dos cargos públicos como forma de se perpetuar no poder, servindo-se dos mesmos como moeda política e como forma de inserir nos quadros da Administração toda uma gama de apaniguados e, ainda, engordar os rendimentos familiares por meio da reiterada contratação de parentes e amigos que tantos malefícios trazem à sociedade, a qual, além de tudo isso, com a prática de contratar trabalhadores irregularmente de forma direta ainda fica impedida de concorrer ao preenchimento dos cargos por critérios isonômicos, haja vista serem os mesmos disponibilizados apenas aos chamados “amigos do rei”, trazendo prejuízos também para a qualidade dos serviços, haja vista não serem escolhidos os mais aptos, ao contrário do que ocorre quando se realiza concursos dotados de critérios efetivamente objetivos.

O que se observa, portanto, é que o STF vem sendo reiteradamente provocado por gestores públicos inescrupulosos que se apegam a discussões processuais para retirar a competência da Justiça do Trabalho sobre tais casos, em vez de debaterem o mérito da questão: a adequação de suas condutas à Constituição Federal.

Para se ter ideia do risco que isso acarreta, entre o final de 2004 e o final de 2008 — em apenas 4 (quatro) anos, portanto — foram cerca de 500 mil os cargos públicos que passaram a ser ocupados por concursados em decorrência de ações movidas pelo MPT. Antes, esses cargos eram solo fértil para apaniguados e cabos eleitorais. E é justamente essa atuação que os maus gestores vêm tentando, a todo custo, retirar do MPT.

De fato, com a reforma do Judiciário, o MPT passou a incomodar não só os interesses escusos de alguns empresários, mas também de

maus gestores públicos. No final do primeiro semestre de 2008, foram identificadas quase 7 mil investigações do MPT diante de irregularidades na Administração Pública, a maioria para impedir que políticos utilizem cargos e empregos públicos como moeda eleitoral.

No entanto, os entes públicos têm conseguido, reiteradamente, suspender ações tratando dessas irregularidades na Justiça Trabalho. No final de 2008, já eram mais de 150 as reclamações no Supremo contra essas ações do MPT, ajuizadas por administradores que querem claramente prosseguir com as práticas irregulares em detrimento da probidade.

Tais práticas, cada vez mais criativas, buscam contornar as obrigações legais da Administração. Gestores adotam critérios meramente subjetivos nas contratações, valendo-se de desvios de função, transposição de cargos, contratações diretas sem qualquer processo seletivo, transferências decorrentes de discriminação ou perseguição política e outros meios para ampliar seu poder além do que lhes fora concedido pelo voto popular, transformando-se em verdadeiros “coronéis”.

Apesar da clareza da liminar proferida na ADI n. 3.395, conforme já demonstrado circunstanciadamente no decorrer deste texto, o STF, lamentavelmente, tem adotado entendimento no sentido de afastar a competência da Justiça Trabalhista sempre que esteja envolvida a Administração Pública, independentemente de a relação ser celetista, tratar-se de terceirização ou de outros casos assemelhados.

Essa é a preocupação maior: nas ações suspensas, nem de longe se trata de casos relacionados à liminar de 2005. Em nenhuma delas se discutem direitos ou deveres decorrentes de relações de caráter estatutário típico.

Os críticos do “inchaço” do funcionalismo estatal tendem a celebrar a situação. Mas se enganam. De fato, o Estado não fica mais “enxuto” quando cargos que deveriam ser ocupados por servidores concursados são tomados pelos chamados “amigos do rei”.

Ao contrário: ao realizar contratações regulares, por concurso, a Administração toma o cuidado de contratar apenas o número realmente necessário, o que não ocorre, evidentemente, quando as vagas são

preenchidas para uso como “moeda eleitoral”. Em um caso recente, uma Administração Estadual substituiu 35 mil trabalhadores irregulares por 20 mil concursados, e não há notícia de que a redução tenha sido prejudicial à sociedade.

Fica óbvio, portanto, que o empenho dos gestores em prejudicar a atuação do MPT não tem outro intuito senão dar continuidade ao uso político dos cargos, notadamente quando se observa que sua principal linha de defesa não trata de eventuais alegações de regularidade da situação ou mesmo de pedido de prazo para providenciá-la. Na verdade, centralizam todos os esforços para retirar a matéria da competência da Justiça do Trabalho, uma vez que observam que as ações ali ajuizadas são julgadas com celeridade, com consequências efetivas.

Por outro lado, não podemos deixar de lado que se está a tratar do ramo do Judiciário efetivamente vocacionado para tratar de questões relacionadas ao trabalho, haja vista ser para tanto especializado.

É preciso ressaltar, por oportuno, que não se está afirmando que a Justiça e o Ministério Público não especializados seriam omissos. Nem de longe. Não há, contudo, necessidade de se passarem “novas” atribuições e competências para ramos que já se encontram assoberbados e não teriam condições de apreciar, com presteza, a verdadeira enxurrada de novas ações e investigações. Mesmo os Juizados Especiais, tidos por sinônimos de agilidade, têm congestionamento superior ao ramo trabalhista do Judiciário, e essa situação seria significativamente piorada com a alteração à qual ora nos referimos.

Em suma, caso venha a se consolidar o entendimento pela incompetência da Justiça do Trabalho para qualquer causa envolvendo a Administração, o primeiro resultado será a demora nos julgamentos, com a consequente prorrogação do tempo pelo qual apaniguados e gestores se beneficiarão dos desvios.

Observa-se, assim, que tal entendimento representa um grande retrocesso social e técnico na luta pela moralização no serviço público, sendo preciso que todos os envolvidos e afetados pelos problemas daí decorrentes se mobilizem para fazer valer a vontade expressa na Reforma Constitucional, que teve por objetivo ampliar a competência da Justiça do Trabalho e não reduzi-la, como lamentavelmente vem sendo interpretado.

4. INFLUÊNCIA DO ENTENDIMENTO RESTRITIVO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM OUTRAS MATÉRIAS, DISTINTAS DO COMBATE ÀS CONTRATAÇÕES IRREGULARES

No que concerne à atuação do Ministério Público do Trabalho, evidentemente que o combate às malsinadas contratações irregulares é atingida de maneira mais direta. Mas não apenas essa linha de atuação.

Para melhor ilustrar o que se está a afirmar, chama-se a atenção para a elogiável atuação dos Membros do *Parquet* laboral no combate ao trabalho infantil, o que vem se dando, muitas vezes, tendo por alvo Municípios e outros entes públicos com o intuito de fazer com que estes adotem políticas públicas que sejam eficazes para erradicar tal chaga social e histórica que ainda hoje mancha nossa realidade, ceifando o futuro de milhões de crianças e adolescentes.

Tendo em conta, no entanto, que o STF vem deixando de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho nos casos que envolvem Administração Pública sob um enfoque meramente subjetivo — ou seja: figura um ente da Administração na *lide*, não pode esta tramitar naquela justiça especializada —, o que, embora se entenda equivocado, é de fato o que vem ocorrendo, também em situações como a supramencionada, da exigência de adoção de políticas públicas eficazes para a erradicação do trabalho infantil, mesmo sem se discutir irregularidades na contratação de trabalhadores ou algo que o valha, ainda assim está envolvido ente da Administração e isso, por si só, pode vir a afastar a competência da Justiça do Trabalho, o que, por conseguinte, prejudica a atuação do Ministério Público do Trabalho também nessa seara.

O mesmo se diga em relação à atuação desenvolvida por Procuradores de todo o país visando resguardar um meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável também no âmbito de entes da Administração Pública (afinal de contas, resguarda-se a saúde do trabalhador, independentemente do regime jurídico ao qual esteja o mesmo submetido, devendo-se frisar, ademais, que o meio ambiente laboral é uno e indivisível, de modo que não é fisicamente possível cuidar do mesmo

apenas para resguardar a saúde e a segurança do trabalho no que tange aos celetistas mas não para os estatutários, até porque não se olvida que a presença de celetistas é uma constante nos entes da Administração ainda que seus servidores sejam estatutários, notadamente diante da existência da terceirização de serviços, mesmo que restritos a vigilância, conservação e limpeza, já que tais trabalhadores “terceirizados” e, portanto, celetistas, habitam o mesmo ambiente, via de regra, dos estatutários).

É bem verdade que, no que tange à questão envolvendo o meio ambiente do trabalho, existe a Súmula n. 736 do Supremo Tribunal Federal, a qual prescreve que “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”, sem que se faça qualquer restrição atinente ao regime jurídico ao qual se submetem os trabalhadores, se celetista, estatutário ou outro qualquer.

Pode até ser que a existência de tal súmula tenha o condão de fazer parar essa verdadeira sanha reducionista da competência da Justiça do Trabalho. Tomara que sim. Mas não podemos ser tão otimistas.

Afinal, também constitui objeto de verbete sumulado do STF, mais especificamente de sua Súmula n. 734, o não cabimento de reclamação “quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”. Apesar disso, em muitos dos casos em que vêm sendo concedidas liminares em Reclamações por meio das quais se suspende a tramitação de feitos na Justiça do Trabalho quando envolvidas contratações irregulares de trabalhadores pela Administração Pública, está-se diante de execuções de sentenças, o que é precedido, normalmente, de uma decisão transitada em julgado.

Ademais, é cediço que o acordo judicial homologado equivale à sentença com trânsito em julgado, o que é reconhecido até mesmo pela própria legislação pátria (*vide*, nesse sentido, o teor do parágrafo único do art. 831 da CLT). Nada obstante, muitos Municípios firmam acordos com o Ministério Público em sede de Ações Cíveis Públicas e, posteriormente, quando não cumprem o pactuado e o Órgão Ministerial

executa o acordo, com todas as consequências daí inerentes, a primeira medida adotada por parte significativa de tais Municípios, numa clara demonstração de má-fé — para dizer o mínimo —, é ajuizar uma Reclamação no STF por meio da qual se opõem à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar aquele caso, ou seja, o mesmo caso no qual aquele ente público firmou um acordo judicial (!!).

Pretende-se demonstrar com isso, apenas, que não é tão raro assim de o Excelso Pretório vir a ignorar suas próprias Súmulas.

Independentemente dessas considerações, mostra-se forçoso reconhecer que as questões envolvendo o meio ambiente do trabalho e a exigência de políticas públicas para erradicação do trabalho infantil têm, cada uma delas, um enfoque distinto da discussão que trata do combate às contratações irregulares. De qualquer modo, em se prosseguindo no enfoque subjetivo que vem sendo dado à questão, já se antevê um futuro bem sombrio, ainda mais na linha de redução cada vez maior da competência da Justiça do Trabalho, seja por preconceito com tudo que envolve o Direito do Trabalho e seus operadores ou por qualquer outro motivo.

Como se tudo isso não bastasse, a própria atuação do *Parquet* laboral como *custos legis* pode vir a ser significativamente esvaziada com esse entendimento que retira da competência da justiça trabalhista os casos que abrangem a Administração Pública. Afinal, tirando-se os processos que envolvem os entes públicos, não sobram, certamente, muitos feitos para emissão de parecer e outras atuações correlatas do MPT como fiscal da lei.

Indaga-se, pois: é razoável subutilizar toda uma gama de Procuradores do Trabalho, Procuradores Regionais do Trabalho e Subprocuradores-Gerais do Trabalho que, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, exercem suas relevantes atribuições na condição de órgão interveniente? Entende-se que não, mas também esse tipo de atuação está seriamente ameaçado com o quadro que ora se nos apresenta.

Mais amplas do que se pode pensar inicialmente, portanto, são as repercussões do afastamento da competência da Justiça do Trabalho para os casos em que esteja envolvido ente da Administração Pública.

5. REPERCUSSÕES DA RESTRIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB O ENFOQUE DA POLÍTICA JUDICIÁRIA

Como já muitas vezes ressaltado ao longo deste texto, em que pese a decisão proferida na ADI n. 3.395 nem de longe ter tido tal amplitude, o entendimento que lamentavelmente vem sendo esposado pela Suprema Corte em reiteradas liminares concedidas em sede de Reclamações Constitucionais, tem levado em consideração o critério meramente subjetivo, ou seja, estando algum ente da Administração Pública Direta no polo passivo afasta-se, no mais das vezes, a competência da Justiça do Trabalho.

Esse entendimento tem chegado até mesmo a situações extremas, como o caso de uma Ação Civil Pública (processo n. 00551.2008.024.13.00-8) movida em desfavor do Município de Campina Grande-PB, em razão de diversas contratações irregulares de trabalhadores realizadas de forma contumaz por tal edilidade, as quais eram formalizadas sob a égide da CLT, inclusive com carimbo da Administração Municipal nas CTPS (Carteiras de Trabalho e Previdência Social).

Pois bem (ou, no caso concreto, “pois mal”), mesmo nessa hipótese, por mais estranho — na falta de melhor vernáculo — que seja, tendo em vista que os trabalhadores eram regidos pela CLT e tinham CTPS assinadas pelo Município, obteve este último uma decisão favorável em sede de liminar em Reclamação Constitucional (Recl. n. 6.865), o que acabou por suspender o trâmite da Ação Civil Pública, por se entender que não seria a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar aquele caso.

Tudo isso está a demonstrar, de forma clara, que por mais incompreensível e dissonante do entendimento esposado na decisão tomada por paradigma nas Reclamações Constitucionais (ou seja, aquela que fora proferida na ADI n. 3.395) que seja, o Pretório Excelso, de fato, vem levando em consideração, nesses casos envolvendo Administração Pública, repita-se, um critério meramente subjetivo, o que tem encorajado empresas públicas, que reconhecidamente adotam o regime celetista, a se aventurar em — pasmem — arguir uma suposta incompetência em razão da matéria, por mais desarrazoada que seja

tal tese (vale lembrar: seus empregados são regidos pela CLT), numa estratégia conhecida coloquial e popularmente como “se colar, colou” e, o que é pior, em alguns casos acaba “colando”.

Diante, portanto, desse enfoque subjetivo que vem sendo dado pelo STF, necessário se faz tecermos algumas considerações quanto às consequências daí decorrentes.

Como afirmado alhures, o que moveu toda a enxurrada de Reclamações Constitucionais ajuizadas no âmbito do STF ao longo dos últimos anos nesses casos envolvendo a ADI n. 3.395 — certamente numa quantidade muito, mas muito superior à média de ajuizamento de tal forma de provocação da jurisdição da Corte Suprema — foram as tentativas de inúmeros gestores públicos que, com o intuito de paralisar o trâmite de ações ajuizadas pelo MPT na Justiça do Trabalho que não têm outro escopo senão o cumprimento do que prescreve a Carta Magna, agarram-se “com unhas e dentes” a discussões processuais, sem sequer se preocupar em tratar do mérito propriamente dito, haja vista seu escopo ser, em verdade, fazer com que tais ações fiquem paradas, de modo que eles possam perpetuar suas práticas ilícitas no que se refere às contratações de pessoal.

Ocorre que, muito embora tenham sido as referidas ações coletivas (assim consideradas em seu sentido lato) que incomodaram tanto e ensejaram a intensificação dessas discussões, obviamente que o mesmo entendimento dado a tais ações deverá ser dado, até por uma questão de coerência, às ações individuais.

E é justamente aí que o problema se agrava.

Sim, porque muito embora as ações de cunho coletivo (normalmente Ações Civis Públicas) ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho tenham uma grande abrangência e, em muitos casos, visem a regularização de milhares de cargos públicos, estatisticamente elas não representam um número tão elevado de demandas judiciais.

Não é essa, contudo, a realidade diante da qual nos deparamos quando observamos as ações individuais ajuizadas na Justiça do Trabalho em face de entes da Administração Pública Direta.

Tomando por base dados obtidos pelo Ministério Público do Trabalho junto aos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, e

levando em consideração apenas as ações ajuizadas na Justiça trabalhista no ano de 2007, vê-se que, de um total de mais de duas milhões e trezentas mil ações, cerca de 10% teriam a Administração Pública como parte, o que representa praticamente um quarto de milhão de ações. Isso apenas no ano de 2007!

Se formos verificar a situação concreta de algumas Regiões específicas, a situação mostra-se ainda mais preocupante.

Apenas para ficarmos em alguns exemplos, dentre as ações ajuizadas em 2007 nas áreas geográficas abrangidas pela jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho da 8^a (Estados do Pará e Amapá), 14^a (Estados de Rondônia e Acre), 17^a (Estado do Espírito Santo), 21^a (Estado do Rio Grande do Norte) e 22^a (Estado do Piauí) Regiões, mais de 30% delas tinham a Administração Pública como demandante, sendo que, no caso do Piauí (TRT-22), esse número ultrapassou os 45%.

Importante frisar, ainda, que esses números levam em consideração apenas os casos em que a Administração Pública, quando no polo passivo, é o demandado principal, de maneira que não estão incluídos, por exemplo, aqueles casos de terceirização de serviços, em que se busca a responsabilização apenas subsidiariamente da Administração, muito embora seja forçoso reconhecer que, caso se venha a adotar indiscriminadamente o critério subjetivo, como vem fazendo o Pretório Excelso, mesmo nos casos de responsabilidade subsidiária também se irá acabar por afastar, fatalmente, a competência da Justiça laboral.

Ademais, se atentarmos para os dados levando em conta sua distribuição pelas regiões geográficas do país, observamos que nas Regiões Norte e Nordeste (lugares em que seu interior apresenta municípios e localidades de economia incipiente, o que faz com que prepondere o papel de “empregador” do Poder Público), cerca de 40% e 20% das ações, respectivamente, envolvem a Administração Pública.

Se viermos a detalhar ainda mais os dados, irão os mesmos, certamente, causar-nos maior espanto.

Nesse sentido, convém observar que em algumas Varas do Trabalho da 21^a Região, tais como as de Pau dos Ferros-RN, Currais

Novos-RN e Macau-RN, as ações envolvendo a Administração Pública Direta chegam a representar mais de 80% das ações ajuizadas⁽³⁾, existindo ainda algumas outras, como Goianinha-RN e Ceará Mirim-RN, bem próximas à capital do Estado, em que tais números ultrapassam os 60% e 70%, respectivamente.

Por outro lado, embora em algumas regiões, notadamente no Sul e Sudeste, o percentual de ações em trâmite envolvendo a Administração Pública não seja tão alto, os números absolutos, mesmo em tais Regiões, apresentam-se significativos, nem de longe podendo ser desprezados.

Merece ainda destaque o fato de que, tomando por base o *ranking* das partes com maior número de processos em trâmite no TST, encontramos, dentre os dez “primeiros colocados”, 6 integrantes da Administração Pública (União, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Petrobrás, INSS e Estado de Roraima), sendo 3 deles da Administração Direta ou Autárquica (União, INSS e Estado de Roraima).

Se considerarmos, por sua vez, as chamadas “taxas de congestionamento” (que levam em conta, para tentarmos sintetizar, os processos que foram ajuizados em um ano e não foram julgados naquele mesmo ano), percebemos que a retirada dessas ações envolvendo Administração Pública da competência da Justiça do Trabalho certamente irá sobrecarregar ainda mais outros ramos do Judiciário que já se encontram, inquestionavelmente, assoberbados.

Antes de tratarmos de tais taxas propriamente ditas, convém registrar o entendimento do Juiz Elton Leme, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), o qual, ao apresentar os dados da pesquisa feita junto aos Tribunais Estaduais no painel do seminário “A Justiça em Números”, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltou que os indicadores do Conselho Nacional de Justiça apontam que até 50% de congestionamento há uma situação de equilíbrio. Entre 50% e 70% a situação não é boa, mas é gerenciável, enquanto que entre 70% e 90% o problema é considerado grave. De acordo com o Juiz, quando

(3) Dados apresentados ao Ministério Público do Trabalho pela Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por meio do Ofício/TRT/CR n. 118/08, referindo-se os percentuais supra aludidos às ações ajuizadas em desfavor da Administração Pública Direta no 2º semestre de 2007.

a taxa de congestionamento processual ultrapassa os 90%, a situação é de colapso⁽⁴⁾.

Pois bem, feitas essas considerações propedêuticas, analisemos os números alusivos às já referidas “taxas de congestionamento”.

Os dados da Justiça do Trabalho, extraídos do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstram que tal ramo do Judiciário tem taxa de congestionamento inferior a 50% (ou, para sermos mais exatos, de 46,7%), e isso porque tais dados levam em consideração também a fase de execução — o que é, inclusive, objeto de críticas por parte de associações de magistrados⁽⁵⁾ —, uma vez que se considerarmos apenas a fase de conhecimento tais taxas certamente seriam reduzidas significativamente.

Já a média da Justiça Estadual, tomando por base informações também extraídas do *site* do CNJ, referentes aos Tribunais de Justiça de todo o país, é superior a 80%, havendo Estados como os de Alagoas, Bahia e Maranhão, em que se ultrapassa os 90%.

Na Justiça Federal, por sua vez, de acordo com a mesma fonte (ou seja: o *site* do CNJ), a média da taxa de congestionamento, tomando por base os dados dos 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais, também se aproxima dos 80% (ou, para sermos mais exatos, alcança 78%), sendo que no âmbito da 2ª Região (que abrange os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo), por exemplo, a taxa beira os 90% (ou, mais especificamente, 89,6%).

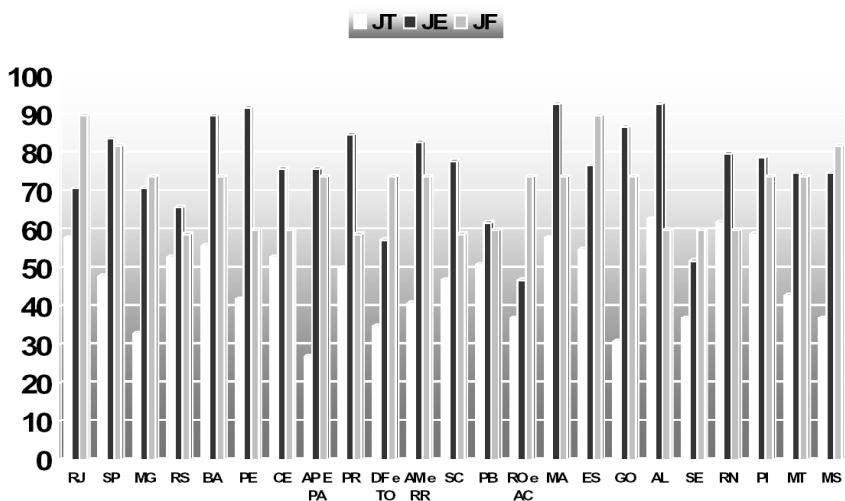
Se fizermos um gráfico⁽⁶⁾ tratando dos dados referentes às Justiças do Trabalho (JT), Estadual (JE) e Federal (JF), observamos que as taxas de congestionamento da JT são inferiores às dos outros

(4) Fonte: Notícias STF de 13.5.2005 — *Justiça em números* — confira os dados da Justiça Estadual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64782&caixaBusca=N>>.

(5) Nesse sentido, *vide* o entendimento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), publicado em seu *site* (Disponível em: <www.anamatra.org.br>) na seção notícias (dia 13.5.2005), sob o título “Anamatra aponta equívocos em relatório ‘Indicadores Estatísticos da Justiça’”.

(6) Gráfico extraído de apresentação elaborada, em conjunto, pela Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública do Ministério Público do Trabalho (CONAP/MPT) e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), intitulada “Poder Público e Justiça do Trabalho”

dois ramos do Judiciário em TODOS os Estados da Federação. Senão, vejamos:



Conjugando-se, pois, os dados atinentes à enorme quantidade de ações em trâmite na Justiça do Trabalho nas quais figura como parte a Administração Pública, bem como a situação atinente às taxas de congestionamento da Justiça Estadual e da Justiça Federal, observamos que, em alguns locais, os Tribunais Trabalhistas ficariam “ociosos”, sendo provavelmente necessária a extinção de algumas Varas do Trabalho, ao tempo em que, por outro lado, as demandas seriam deslocadas para ramos do Judiciário já assoberbados, que não conseguem dar conta de suas causas, revelando-se um verdadeiro contrassenso, além da denegação do direito fundamental a uma jurisdição efetiva aos cidadãos cujas causas seriam “deslocadas”.

Essa situação foge à razoabilidade, uma vez que não tem sentido, com a devida vênia a quem eventualmente pense de outro modo, que o Judiciário pátrio — e por que não dizer o Estado Brasileiro? — venha a “abdicar” de toda uma infraestrutura já existente (a Justiça do Trabalho) e que vem atuando há muito tempo e com bastante êxito no combate a irregularidades trabalhistas no âmbito da Administração Pública (aí incluído o combate às contratações irregulares realizadas por maus gestores públicos), com unidades espalhadas por todo o país, deixando parte significativa da mesma ociosa para, ato contínuo,

vir a sobrecarregar outros ramos do Judiciário que, de acordo com as suas taxas de congestionamento divulgadas no *site* do próprio Conselho Nacional de Justiça, já se encontram em situação próxima do colapso.

Não se concebe, portanto, que se deixe de aproveitar o ramo do Judiciário que atua com reconhecida eficiência nesse campo — até porque se está a tratar de relações de trabalho, e a Justiça Trabalhista é, logicamente, especializada para o julgamento de causas envolvendo esse tipo de relação —, acabando-se por dificultar ou até mesmo inviabilizar a adoção das providências necessárias para tentar evitar o retro aludido colapso.

Consolidando-se, contudo, o entendimento calcado em critérios meramente subjetivos para retirar da Justiça do Trabalho a competência para o processamento e julgamento de ações envolvendo Administração Pública, ainda que não tratem as causas de relações estatutárias típicas, certamente só se estará agravando a situação.

Afinal, se já se encontra a Justiça “Comum” (Estadual e Federal) congestionada com os processos que têm hoje, o que fará se vier a receber toda uma enxurrada de processos da Justiça do Trabalho (lembrando sempre que esta última já vem julgando esses feitos de maneira célere e eficaz)?

Realmente, por mais que se esforce este modesto escriba, não consegue vislumbrar qualquer razoabilidade nesse tipo de “estratégia”, se é que pode ser assim denominada.

6. MEDIDAS QUE VÊM SENDO ADOTADAS VISANDO REVERTER O QUADRO ATUAL

Merecem algumas considerações, até mesmo para melhor refletirmos acerca do tema, as providências que vêm sendo adotadas no campo político — e quanto a isso vale frisar, expressamente, que não se está aqui referindo a política partidária ou algo equivalente — tendo por objetivo tentar reverter esse entendimento que tem se firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal pela maioria dos seus digníssimos Ministros.

6.1. Atuação institucional e associativa

Quanto a tais providências, convém ressaltar, prefacialmente, que o Ministério Público do Trabalho (MPT), assim como a Associação

Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), ingressaram como *amicus curiae* nos autos da ADI n. 3.395.

Vale informar, por oportuno, que a ANAMATRA pleiteou sua admissão como *amicus curiae* na retro aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade no dia 4.4.2006, o que também fora pleiteado pela ANPT na mesma época, mais especificamente no dia 7.4.2006, mesma data do ingresso do MPT, por meio de sua então Procuradora-Geral do Trabalho, Sandra Lia Simón, também como *amicus curiae* na referida ADI.

Oportuno frisar que as medidas que vêm sendo adotadas pelas associações e instituições interessadas mostram-se ainda mais relevantes diante do fato de que, como se não bastassem os inúmeros argumentos de ordem técnico-jurídica já discutidos ao longo da tramitação da ADI por parte das entidades que ingressaram como *amicus curiae*, há de se atentar, conforme supra aduzido, para o enorme volume de processos — contados, no mínimo, à base de centenas de milhares de feitos — que seriam remetidos para a Justiça Comum, tanto Estadual quanto Federal, congestionando ainda mais tais ramos do Judiciário, que já se encontram indiscutivelmente assoberbados, além de esvaziar, de maneira significativa, a Justiça do Trabalho, notadamente nas regiões menos industrializadas do país, onde a Administração Pública figura, em verdade, como a maior “empregadora”.

Justamente visando obter dados estatísticos mais completos no que tange a tais questões, o MPT, por meio de seu atual Procurador-Geral do Trabalho, e da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), tem buscado obter e organizar as informações respectivas junto aos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, o que vem sendo feito por meio da colaboração das respectivas Procuradorias Regionais do Trabalho.

Além disso, outras medidas, tais como diálogos com parlamentares, magistrados e entidades de classe têm sido adotadas pela Procuradoria-Geral do Trabalho e pelos representantes da retroaludida Coordenadoria Nacional, bem como por diversos Procuradores lotados

em todo o país, estes últimos no âmbito dos processos em que oficiam, visando reverter o lamentável quadro que se vem desenhando, com restrição cada vez maior à competência da Justiça do Trabalho. Tudo isso sem olvidar os recursos judiciais e manifestações protocolizados no STF pela Coordenadoria de Recursos Judiciais (CRJ) da Procuradoria-Geral do Trabalho.

O fato é que não se compreende como se poderia justificar um entendimento que não tem outro intuito senão reduzir ao mínimo a competência de tal Justiça especializada, muito embora venha demonstrando a mesma excelentes resultados, notadamente por meio do julgamento célere dos casos submetidos à sua apreciação.

De se indagar, portanto, a quem interessa desestruturar e esvaziar a Justiça do Trabalho.

Independentemente dessa indagação, a qual se reputa pertinente, e nos reportando a outras medidas que vêm sendo adotadas visando alterar o entendimento que vem se firmando no âmbito da Suprema Corte, entidades ligadas ao Direito do Trabalho, tais como a ANPT, a ANAMATRA e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho (ALJT), a Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho (JUTRA), a Academia Nacional do Direito do Trabalho (ANDT) e a Associação Latino-Americana de Advogados Laboralistas (ALAL), estiveram recentemente — mais especificamente no dia 28.7.2009 — com o Presidente da Suprema Corte, Min. Gilmar Mendes, ocasião em que entregaram uma missiva intitulada “Carta ao Supremo Tribunal Federal”, por meio da qual ressaltaram aquelas entidades sua preocupação, “sobretudo, com perda de históricas atribuições da Justiça do Trabalho, e com o conseqüente deslocamento de centenas de milhares de ações que tramitam na Justiça do Trabalho para a Justiça Comum, caso prevaleça o entendimento restritivo, acerca da amplitude da Emenda Constitucional n. 45”.

Algumas de tais entidades, tais como a ANPT, ANAMATRA, ALJT e OAB, estiveram no dia seguinte — ou seja: 29.7.2009 — com o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, ocasião em que entregaram missiva semelhante à que havia sido entregue no dia anterior ao Presidente do STF, frisando que “a

constatação uníssona foi de que, apesar de a Emenda Constitucional n. 45 revestir-se do espírito ampliador da Competência da Justiça do Trabalho, ela vem sendo contrariamente restringida, com a devida vênia, por respeitáveis decisões do STF e do STJ”.

Outra entidade que vem desempenhando relevante papel, notadamente junto ao Congresso Nacional, visando ampliar a competência da Justiça do Trabalho é o Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e Ministério Público do Trabalho (IPEATRA), que tem atuado de maneira incansável nessa linha, embora lamentavelmente não possua, ainda, assim como as demais entidades mencionadas, muito o que comemorar.

6.2. Postura do TST no “enfrentamento” da questão

Como se pôde ver, mostra-se digna de elogios a atuação das supramencionadas entidades e instituições, ainda mais levando em consideração que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), como Corte que representa a cúpula da Justiça do Trabalho no país, não tem demonstrado muito esforço no sentido de lutar pela manutenção nem muito menos pela ampliação da competência da Justiça do Trabalho. Muito pelo contrário, aliás.

Nesse sentido, devemos observar, antes de mais nada, que nenhum outro ramo do Judiciário aceita “perder competência”. Na realidade, todos eles sempre lutaram e continuam a lutar, isto sim, pela ampliação de suas respectivas competências. Com a Justiça do Trabalho, no entanto, infelizmente não é assim.

Não é demais lembrar que toda essa discussão envolvendo a drástica redução da competência da Justiça Trabalhista para o processamento e julgamento dos casos envolvendo a Administração Pública nasceu a partir de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional de Juízes Federais (AJUFE).

Ainda à guisa de ilustração, observamos que os Procuradores da República, embora não tenham atuação histórica no combate aos crimes contra a organização do trabalho e outros que venham vitimando trabalhadores ao longo das últimas décadas — para se ter uma dimensão mais completa do que representa tal afirmação, basta tentar

pesquisar a jurisprudência atinente a esses tipos de crime, quando se observará que praticamente não existem casos no âmbito do Judiciário tratando da matéria, inobstante proliferem, a cada minuto, casos práticos de tais condutas, as quais vêm ficando impunes, estimulando, pela própria impunidade, a continuidade da conduta delituosa, praticada diuturnamente por empresários inescrupulosos, tanto “pequenos” quanto “grandes” —, irresignaram-se de maneira quase unânime quando alguns Membros do Ministério Público do Trabalho, a exemplo de Procuradores lotados nos Estados de Santa Catarina, São Paulo, Mato Grosso e Sergipe, para ficarmos em alguns exemplos, começaram a ajuizar ações penais na Justiça do Trabalho e obtiveram decisões judiciais favoráveis em alguns casos.

Essa situação culminou com a provocação, por meio da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), do Procurador-Geral da República — à época o Procurador Antônio Fernando de Souza —, o qual, por sua vez, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a famosa ADI n. 3.684, tendo em tais autos sido concedida liminar por meio da qual se esposou entendimento no sentido de que seria inconstitucional qualquer interpretação do art. 114 da Constituição Federal que reconhecesse a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações criminais, ainda que relacionadas de forma direta com o trabalho (e, portanto, vitimando obreiros que veem seus direitos serem vilipendiados sem nada ocorrer, ao mesmo tempo em que por se deixar de recolher alguns tributos muitos vão para a cadeia, merecendo ainda destaque o fato de que embora para alguns possa parecer “exagerado” querer tipificar a conduta dos que cometem delitos relacionados ao trabalho, não se pode olvidar que, em tais casos, muitas vezes se “rouba” toda a perspectiva de futuro dos trabalhadores, como se dá naquelas fraudes que os impedem de ter reconhecido qualquer direito, inclusive o de se aposentar e, assim, envelhecer com alguma, ainda que mínima, dignidade).

Nada disso tem sido suficiente para “sensibilizar” os nobres Membros do Ministério Público que atuam na área criminal, que parecem entender que os delitos relacionados ao trabalho são de menor importância, como, na ótica de muitos operadores do direito, seria tudo que é relacionado ao Direito do Trabalho, direta ou indiretamente.

Pois bem, independentemente de se discutir o acerto ou não, sob o ponto de vista técnico, da decisão do STF nos autos da ADI n. 3.684, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, o fato é que, em mais esse caso, demonstrou-se que nenhum ramo aceita “perder” competência ou atribuição, mesmo, repita-se, não tendo tradição em enfrentar determinadas matérias.

Já a cúpula da Justiça do Trabalho — leia-se: TST —, por sua vez, não costuma empreender, ao que parece, qualquer esforço no sentido de resguardar a competência que tem tal ramo especializado do Judiciário, mesmo tendo a Justiça trabalhista, no caso das contratações irregulares praticadas no âmbito da Administração Pública e das discussões atinentes a eventuais direitos dos trabalhadores assim contratados, um histórico reconhecido de centenas de milhares (talvez mais) de casos julgados, na maior parte das vezes com elogiável celeridade.

Isso, todavia, não parece ter comovido os doutos integrantes daquela Corte Superior (TST) no sentido de se esforçar — seja por meio de contatos com Ministros do STF, seja por discussões no âmbito legislativo, ou por qualquer outro meio lícito válido — para defender a competência da Justiça do Trabalho, o que, quando ocorreu, deu-se única e exclusivamente pela persistência de alguns magistrados de primeiro (notadamente) e segundo grau, mas não, repita-se, por meio do órgão de cúpula, como seria mais lógico.

Prova de tudo que se está a afirmar foi o cancelamento, pelo Pleno do TST, no dia 23 de abril de 2009 — e o que é pior: por unanimidade —, da Orientação Jurisprudencial n. 205 (OJ n. 205) da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), que admitia expressamente a competência da Justiça do Trabalho “para dirimir dissídio individual entre trabalhador e entre público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício”, e estabelecia que “a simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da Constituição Federal) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial”.

Não se viu nada além, portanto, de uma atitude extremamente passiva, com o devido respeito, por meio da qual uma Corte Superior optou por simplesmente desistir de uma competência do ramo da Justiça que é por ela capitaneada sem sequer se esforçar para tentar modificar o entendimento que vem se firmando na Suprema Corte, para o que contaria, certamente — caso resolvesse “abraçar a causa” efetivamente —, com inúmeros argumentos, tanto de ordem técnico-jurídica quanto de política judiciária (conforme suprademonstrado), apenas para abordarmos alguns poucos aspectos.

Nem se tentou, contudo, tal modificação de entendimento e o TST achou mais fácil se curvar à gradativa e drástica redução da competência da Justiça do Trabalho, inobstante todas as repercussões dessa tendência, inclusive de cunho orçamentário, que será inevitável diante do “apequenamento” desse ramo do Judiciário, sem contar os prejuízos para a sociedade como um todo, que acaba tendo de deixar de contar com toda uma estrutura já montada e capilarizada — que julga com inegável rapidez e alcança, no mais das vezes, a tão almejada efetividade processual — para o julgamento de uma infinidade de processos, os quais passarão a abarrotar outros ramos da Justiça já assoberbados.

6.3. Providências adotadas no campo legislativo

Mas também verificamos boas notícias, ou ao menos possibilidade concreta de surgimento destas, no que tange ao cenário futuro da competência da Justiça do Trabalho para os casos envolvendo a Administração Pública, notadamente no que concerne às malsinadas contratações irregulares.

Quanto a essa questão, merecem alguns comentários uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) em trâmite na Câmara dos Deputados desde outubro de 2008, a PEC n. 294/08, de autoria do Deputado Eduardo Valverde (PT-RO), tendo sido designado relator o Deputado Flávio Dino (PCdoB-MA).

A referida PEC tem por escopo a modificação da redação do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, para, conforme ressalta sua ementa, “afirmar a competência material da Justiça do Trabalho nos dissídios decorrentes da contratação irregular na administração pública, em inobservância ao disposto no art. 37, incisos II, V e IX da CRFB”.

Para uma compreensão mais detalhada, mostra-se oportuno a transcrição da redação do retro aludido dispositivo constitucional, já de acordo com o proposto na mencionada PEC, a qual passaria a ser a seguinte:

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

I — as ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive aquelas decorrentes de contratações temporárias (art. 37, XI), de comissionados (art. 37, V), ou as irregularmente estabelecidas ante a ausência de prévio concurso público, em violação do disposto no art. 37, incisos II, V e IX (art. 37, § 2º).

Vê-se, assim, que, em sendo aprovada tal PEC, a situação certamente será solucionada em definitivo, inobstante não fosse sequer necessária, a nosso ver, tal providência para os casos dos quais aqui se trata, haja vista, conforme já dito tantas vezes ao longo do presente texto, a decisão do STF na ADI n. 3.395 não ter, nem de longe, afastado a competência da Justiça do Trabalho para os casos envolvendo as contratações irregulares.

O que vem afastando essa competência, em verdade, vêm sendo as decisões proferidas nas Reclamações, o que se mostra de difícil compreensão, haja vista estas últimas, ao menos em tese, prestarem-se à preservação da autoridade da decisão da Suprema Corte (no caso, a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade), sendo que tal decisão, como já demonstrado, nem de longe teve a amplitude que se vem dando nas Reclamações, até porque, repita-se, em se reconhecendo uma suposta inconstitucionalidade formal, o máximo que poderia ocorrer era retornar à situação anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 45, e não havia, antes, conforme também já comprovado, essa restrição à competência da Justiça especializada trabalhista para os casos em que se discutem contratações irregulares de pessoal por parte da Administração Pública. Nem de longe.

Relevante ressaltar que na justificativa apresentada pelo autor da PEC n. 294/08, Deputado Valverde, ressalta Sua Excelência, com

bastante propriedade, que o encaminhamento de todas as ações envolvendo trabalhadores vinculados à Administração Pública para ramos do Judiciário distintos do trabalhista compromete os ideais que nortearam a Reforma do Judiciário.

Nesse sentido, observemos como se manifestou o parlamentar Federal:

(...) Com efeito, todo compromisso da Reforma do Judiciário foi voltado à qualidade da prestação jurisdicional, mais especificamente com o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Donde se conclui que a justificativa para a ampliação da competência da Justiça do Trabalho não se traduz em um simples redimensionamento da jurisdição estatal, mas, ao contrário, tem por mira oferecer ao jurisdicionado uma estrutura judiciária capaz de solucionar mais rapidamente a demanda levada a Juízo.

E essa maior agilidade da Justiça do Trabalho decorre justamente de sua especialização, uma vez que tem um procedimento menos complexo que o estabelecido no Processo Civil e porque o magistrado trabalhista detém uma natural vocação para atuar nessa seara do direito que envolve o trabalho humano.

Tais comentários se mostram em perfeita sintonia, ressalte-se, com a postura do Conselho Nacional de Justiça, que vem empreendendo visitas a Tribunais e juízos de primeiro grau em todo o Brasil cobrando o cumprimento de metas, notadamente no que tange ao julgamento de processos que já tramitam no Judiciário há vários anos. Por que retirar, portanto, processos de uma justiça que os julga com celeridade e com excelentes resultados para passar para outras que enfrentam uma série de problemas no que tange ao atraso em tais julgamentos? Realmente difícil de compreender.

A PEC n. 294/08, todavia, ainda tem um longo caminho a percorrer, haja vista sua tramitação ter apenas se iniciado, muito embora devamos reconhecer que teve um início bem auspicioso.

De fato, o Relator da referida PEC, Deputado Flávio Dino, apresentou parecer no início do mês de julho de 2009 — mais especificamente em 2.7.2009 — por meio do qual manifestou-se “favoravelmente à

admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição n. 294, de 2008, e da Proposta de Emenda à Constituição n. 328, de 2009, apensada⁷.

Podem arguir alguns menos otimistas que as conclusões do parecer apresentado pelo Relator da PEC não significam, necessariamente, boas notícias, já que essa sua primeira análise referir-se-ia, mal comparando, a um mero “juízo de admissibilidade”, nada impedindo que ele mesmo, relator, venha a se manifestar contrariamente ao “mérito” da proposta, quando vier este a ser votado.

Não entendemos ser essa, contudo, a melhor interpretação de seu posicionamento, até porque, ao longo do parecer, o relator da PEC já ressaltou, expressamente, seu entendimento favorável quanto à proposta em si, e não apenas no que tange ao atendimento dos pressupostos constitucionais e regimentais exigidos. Senão, observemos o seguinte trecho do mencionado parecer:

(...) Cumpre destacar a importância desta proposta. Com efeito, trata-se de importante reconhecimento de direitos aos inúmeros funcionários contratados pela Administração Pública de forma temporária ou comissionada, que se encontram, como bem ressalta o autor da presente PEC, em “um verdadeiro limbo jurídico”, não havendo regras claras que lhes informem qual o órgão judiciário é competente para julgar eventuais ações oriundas de suas relações de trabalho. A admissibilidade permitirá um melhor exame na instância própria, no caso, Comissão Especial constituída para pronunciamento de mérito.

Começou bem, portanto, a tramitação da PEC, mas o caminho a ser percorrido, temos de ser realistas, não é nada curto.

7. À GUIZA DE CONCLUSÃO

Como se observa, vem se interpretando cada vez mais restritivamente a questão atinente à competência da Justiça do Trabalho,

(7) No que tange a esta última Proposta de Emenda Constitucional mencionada, a PEC n. 328/09, consiste a mesma em uma proposta de autoria do Deputado Valtenir Pereira (PSB-MS), apresentada em 17.2.2009, a qual, conforme reconhecido no parecer do Deputado Flávio Dino, “tem intuito semelhante e, portanto, tramita em conjunto com a PEC n. 294”, tendo sido determinado, ademais, o apensamento das duas Propostas pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, o que se deu em 4.3.2009.

notadamente no que tange às questões envolvendo o combate às contratações irregulares no âmbito da Administração Pública, o que se mostra de difícil compreensão quando se constata que, ironicamente, essa situação se intensificou após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, cujo intuito foi, originalmente, o de ampliar a competência de tal ramo especializado do Judiciário.

Observa-se, assim, que tal entendimento parte de uma aplicação equivocada do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI n. 3.395, a qual afastou a competência da Justiça do Trabalho tão somente para apreciar e julgar relações de trabalho mantidas entre a Administração Pública e servidores a ela vinculados por relação estatutária típica, a qual, evidentemente, não se configura numa contratação nula, que, embora continue a consistir numa relação de trabalho, não poderá jamais ser dotada de natureza jurídico-administrativa típica, diante do não preenchimento de pressuposto objetivo essencial, tal como se dá quando se está diante da ausência de prévia submissão e aprovação no necessário certame.

Não se olvida, ademais, que, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45, já era pacífico o entendimento no sentido de que a Justiça do Trabalho tinha competência para tratar das contratações irregulares de trabalhadores no âmbito da Administração Pública, o que não comportava maiores discussões, por exemplo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação de tal questão em sede de conflitos de competência, o mesmo se dando no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o qual já tinha pacificado seu entendimento por meio da Súmula n. 363 e da Orientação Jurisprudencial n. 205, da Seção de Dissídios Individuais n. 1 (SDI-I).

Foge, portanto, à razoabilidade entender-se que uma suposta inconstitucionalidade formal de uma Emenda Constitucional poderia retroagir a tal ponto que viesse a alterar o entendimento existente antes da promulgação daquela, razão pela qual não se pode admitir como lógico que, pela via do controle concentrado de constitucionalidade, seja possível, no caso do qual ora se trata, reduzir a competência da Justiça do Trabalho a patamares inferiores aos existentes antes da promulgação da Emenda n. 45, até porque, ainda que existente a inconstitucionalidade, o texto do dispositivo constitucional só poderia, no máximo, voltar à redação anterior.

Como se tudo isso não bastasse, foi o próprio Plenário do STF que, em sessão na qual referendou a liminar que havia sido concedida pelo Min. Jobim nos autos da MC-ADI n. 3.395, ressaltou, conforme se depreende da simples leitura das notas taquigráficas daquele julgamento, que as relações decorrentes de contratações temporárias, por exemplo, independentemente de serem regulares ou não, seriam julgadas pela Justiça obreira, tendo o Min. Cezar Peluso, inclusive, ressaltado que a competência para apreciar e julgar tais casos “fora de dúvida que é da Justiça do Trabalho”.

Inobstante os relevantes argumentos técnico-jurídicos existentes para tentar reverter o quadro que se vem delineando, pôde-se observar, ainda, que muitos dos gestores que costumam se valer das malsinadas contratações irregulares empenham-se muito mais em discutir questões processuais (no caso, a suposta ausência de competência da Justiça do Trabalho) que tratar de eventuais alegações de regularidade da situação ou mesmo de pedido de prazo para providenciá-la, centralizando, portanto, todos os esforços para retirar o julgamento da matéria da Justiça do Trabalho, uma vez que observam que as ações ali ajuizadas são julgadas com celeridade.

Insurgem-se, portanto, quanto ao fato de as Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho em tal ramo especializado do Judiciário terem, via de regra, tramitação bastante célere, sendo rapidamente proferidas decisões por meio das quais se impede que os gestores continuem a se valer das malsinadas contratações irregulares e sejam obrigados a desligar os contratados irregularmente, o que, por conseguinte, impede que os maus gestores públicos continuem a se utilizar dos cargos públicos como forma de se perpetuar no poder, servindo-se dos mesmos como moeda política e como forma de inserir nos quadros da Administração toda uma gama de apaniguados e, ainda, engordar os rendimentos familiares por meio da reiterada contratação de parentes e amigos que tantos malefícios trazem à sociedade.

É exatamente isso que está ocasionando tanto incômodo, o que representa um grande risco para a sociedade, notadamente diante do grande número de cargos públicos que têm passado a ser ocupados por concursados em decorrência de ações movidas pelo *Parquet* laboral, atuação que está ameaçada.

A situação se mostra ainda mais preocupante quando se observa que a atuação do Ministério Público do Trabalho em outras matérias que envolvem a Administração Pública, tais como a exigência de adoção de políticas públicas eficazes para a erradicação do trabalho infantil, ou a promoção de um meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável para os integrantes da Administração Pública ou, ainda, a própria atuação como *custos legis*, também estão seriamente ameaçadas com esse entendimento que vem se firmando no âmbito do Pretório Excelso, o qual tem levado em consideração critérios meramente subjetivos para restringir a competência da Justiça trabalhista.

Também há, ademais, sérias e graves repercussões da restrição da competência da Justiça do Trabalho quando se observa a questão sob o enfoque da política judiciária, até porque muito embora toda a discussão restritiva da competência tenha se intensificado a partir de ações coletivas (assim consideradas em seu sentido lato) movidas pelo Ministério Público do Trabalho, obviamente que o mesmo entendimento dado a tais ações deverá ser dado, até por uma questão de coerência, às ações individuais.

E aí o problema se agrava enormemente, haja vista se estar a tratar de um número elevadíssimo de ações, contado no mínimo à base de centenas de milhares, as quais, caso venham a ser simplesmente remetidas para os demais ramos do Judiciário, irão inviabilizar o funcionamento dos mesmos, que já se encontram, de acordo com dados do próprio Conselho Nacional de Justiça, à beira de um colapso, de modo que não há muita lógica em se “abdicar” de toda uma infraestrutura já existente (a Justiça do Trabalho) e que vem atuando há muito tempo e com bastante êxito no combate a irregularidades trabalhistas no âmbito da Administração Pública, com unidades espalhadas por todo o país, deixando parte significativa da mesma ociosa para, ato contínuo, vir a sobrecarregar outros ramos do Judiciário historicamente congestionados e que já não têm condições de julgar com celeridade os processos que ali tramitam atualmente.

Quanto às medidas que vêm sendo adotadas visando reverter esse quadro, observa-se que há um intenso trabalho institucional, notadamente por parte do Ministério Público do Trabalho, e associativo, a exemplo daquele desenvolvido pela ANPT, ANAMATRA, IPEATRA,

OAB, ALJT, JUTRA, ANDT, ALAL, dentre outras, as quais vêm envidando esforços junto ao STF, STJ, Congresso Nacional e por outros meios correlatos, inclusive tendo havido o ingresso — no caso do Ministério Público do Trabalho, por meio da Procuradoria Geral do Trabalho, além da ANPT e da ANAMATRA — como *amicus curiae* nos autos da ADI n. 3.395.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, não “abraçou a causa”, haja vista não ter empreendido maiores esforços no sentido de resguardar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar casos envolvendo contratações irregulares de pessoal praticadas no âmbito da Administração Pública, tendo chegado, até mesmo, a cancelar, em abril do corrente ano de 2009, a OJ n. 205, da SDI-1, que regulava a matéria e reconhecia a competência da Justiça obreira para tais casos, demonstrando, assim, uma atitude extremamente passiva, com o devido respeito, por meio da qual uma Corte Superior optou por simplesmente desistir de uma competência do ramo da Justiça que é por ela capitaneada sem sequer se esforçar para tentar modificar o entendimento que vem se firmando na Suprema Corte, para o que contaria, certamente, com inúmeros argumentos, tanto de ordem técnico-jurídica quanto de política judiciária.

Achou mais fácil o TST, contudo, curvar-se à gradativa e drástica redução da competência da Justiça do Trabalho, inobstante todas as repercussões dessa tendência, inclusive de cunho orçamentário, que será inevitável diante do “apequenamento” desse ramo do Judiciário, sem contar os prejuízos para a sociedade como um todo, que acaba tendo de deixar de contar com toda uma estrutura já montada e capilarizada para o julgamento de uma infinidade de processos, os quais passarão a abarrotar outros ramos da Justiça já assoberbados.

Inobstante tal cenário não muito animador, existem algumas boas notícias no campo legislativo, notadamente diante da tramitação conjunta das PECs ns. 294/08 e 328/09, as quais buscam alterar a redação do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, para afirmar a competência material da Justiça do Trabalho nos dissídios decorrentes de contratações irregulares realizadas no âmbito da Administração Pública, em inobservância ao disposto no art. 37, incisos II, V e IX da Carta Magna.

Com satisfação, portanto, verificamos que existe luz no fim do túnel, notadamente diante da recente apresentação de parecer pelo

relator das referidas PEC's, o qual se manifestou favoravelmente às mesmas, e não apenas no que tange ao atendimento dos pressupostos constitucionais e regimentais exigidos, mas também já tecendo comentários destacando a importância das propostas em seu aspecto "meritório".

Constata-se, assim, haver plausíveis esperanças de uma alteração do lamentável quadro que vem se delineando ao longo dos últimos anos, adequando a situação aos ditames da Reforma do Judiciário, que teve por escopo a busca de uma maior racionalidade do sistema jurisdicional e das tão almejadas celeridade e efetividade processuais.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO HÍGIDO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Gustavo Filipe Barbosa Garcia^(*)

1. INTRODUÇÃO

Os *direitos humanos fundamentais* podem ser entendidos como prerrogativas essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana.

Historicamente, podem ser mencionados, com certa generalização, três momentos de conscientização dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, é possível distinguir-se três “dimensões” de direitos humanos fundamentais⁽¹⁾, conforme teoria lançada por *Karel Vazak*, “em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979”⁽²⁾.

A “primeira dimensão” corresponde à consagração dos chamados direitos individuais, civis e políticos⁽³⁾. Assim, nas Declarações de Direito

(*) Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões. Ex-Auditor Fiscal do Trabalho. Professor Universitário.

(1) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007. p. 54: “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais”.

(2) RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 82.

(3) Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.

do século XVIII, ganham destaque os direitos de “liberdade”, no sentido de que o Estado deve abster-se de interferir na conduta dos indivíduos.

A “segunda dimensão” corresponde aos direitos econômicos, sociais e culturais, envolvendo uma prestação positiva do Estado⁽⁴⁾, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, trabalhistas e previdenciários, enfatizados no início do século XX⁽⁵⁾. Objetiva-se corrigir as desigualdades sociais e econômicas, procurando solucionar os graves problemas da chamada “questão social”, surgida com a Revolução Industrial. O Estado, assim, passa a intervir no domínio econômico-social⁽⁶⁾.

A “terceira dimensão” refere-se aos direitos de solidariedade, pertinentes ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à paz, à comunicação e à *preservação do meio ambiente*⁽⁷⁾.

Cabe registrar a existência de autores que fazem menção a uma “quarta geração” (ou dimensão), referente aos direitos ligados à biogenética e ao patrimônio genético⁽⁸⁾, ou à participação democrática, à informação e ao pluralismo⁽⁹⁾.

O fundamento dos direitos fundamentais relaciona-se com o valor jurídico supremo da *dignidade da pessoa humana*. Nesse sentido, a previsão do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Como se pode notar, o “meio ambiente” pode ser visto justamente entre os chamados direitos fundamentais de “terceira dimensão”.

Ao mesmo tempo, importantes direitos trabalhistas, diretamente relacionados à *segurança e medicina do trabalho*, fazem parte dos

(4) Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49-50.

(5) Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52-54.

(6) Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 249-251.

(7) Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 117-118; REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 225.

(8) Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

(9) Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.

direitos sociais, os quais também figuram como *direitos humanos fundamentais*, normalmente conhecidos como de “segunda dimensão” ou “família”⁽¹⁰⁾.

Assim, observa-se nítida interdependência entre o *meio ambiente do trabalho*, a *segurança e medicina do trabalho*, o Direito do Trabalho, os direitos sociais, os direitos fundamentais e o próprio Direito Constitucional⁽¹¹⁾.

Nesse tema, cabe destacar, ainda, o mandamento constitucional de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inciso XXII, da CF/88).

Observa-se, assim, a existência de *sistema jurídico de tutela do meio ambiente do trabalho*, reconhecido pela Constituição da República, em seu art. 200, inciso VIII, e que integra o próprio meio ambiente em sentido global (art. 225 da CF/88); a par disso, estão incluídas no importante rol dos *direitos humanos fundamentais* (art. 5º, § 2º, da CF/88)⁽¹²⁾.

2. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUA INSERÇÃO NO MEIO AMBIENTE COMO UM TODO

A *proteção ao meio ambiente* é questão de grande relevância na atualidade, tendo em vista que a sociedade moderna, apesar dos avanços e desenvolvimentos alcançados, muitas vezes acaba por acarretar a degradação ambiental⁽¹³⁾.

Justamente em razão disso, a Constituição Federal de 1988, no art. 225, assegura a todos o direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, considerado “bem de uso comum do povo e essencial à

(10) Cf. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 104-105.

(11) Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

(12) Cf. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004. p. 31: “O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (*lato sensu*)”.

(13) Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 506.

sadia qualidade de vida”, impondo ao Poder Público e à coletividade “o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O *meio ambiente* é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, possibilitando o desenvolvimento equilibrado da vida⁽¹⁴⁾.

A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. De acordo com o seu art. 3º, inciso I, entende-se por meio ambiente: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

O Direito Ambiental, assim, estabelece as normas jurídicas que disciplinam a conduta humana em relação ao meio ambiente, com o fim de preservá-lo e protegê-lo.

O meio ambiente pode ser classificado nas seguintes espécies⁽¹⁵⁾:

— *meio ambiente natural* ou físico: constituído pelo solo, água, ar atmosférico, flora e fauna.

— *meio ambiente cultural*: valores históricos, ou seja, o patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico existentes em determinado país.

— *meio ambiente artificial*: espaço urbano construído pelo ser humano, englobando o conjunto de edificações e espaços urbanos públicos.

— *meio ambiente do trabalho*: local de realização da atividade laboral.

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais

(14) SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 2.

(15) Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 506; MELO, Raimundo Simão de. *Op. cit.*, p. 28-29.

e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º, da CF/88).

Nesse sentido, adotando a responsabilidade objetiva em matéria de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, de acordo com o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, o poluidor é obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Quanto ao *meio ambiente cultural*, de acordo com o art. 216 da Constituição Federal de 1988, constituem *patrimônio cultural brasileiro* os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Quanto ao *meio ambiente artificial*, incide na disciplina da propriedade urbana e rural⁽¹⁶⁾.

O *meio ambiente do trabalho* também conta com previsão constitucional, conforme art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal, destacando-se, ainda, o art. 7º, incisos XXII e XXIII, os quais preveem os seguintes direitos: redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

O meio ambiente como um todo está inserido no âmbito dos direitos humanos fundamentais⁽¹⁷⁾, apresentando-se como um direito difuso ou coletivo, a ser tutelado por meio da ação civil pública⁽¹⁸⁾.

Desse modo, o art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, estabelece ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

(16) Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 509.

(17) Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 62; ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 117-118; REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, cit., p. 225.

(18) Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148.

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública, indicando os entes legitimados para o seu ajuizamento (art. 5º).

Destaca-se, ainda, o cabimento da ação popular também com o objetivo de defesa do meio ambiente, conforme prevê o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

O meio ambiente, como um bem jurídico essencial para a vida humana, é objeto de disciplina por diversos ramos do Direito, estando presente, assim, no Direito Constitucional, no Direito Administrativo, no Direito Penal, no Direito Civil, no Direito do Trabalho e no Direito Processual.

3. PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Podem ser destacados os seguintes princípios ambientais, ou seja, pertinentes ao Direito Ambiental⁽¹⁹⁾:

— *princípio da prevenção*: no sentido de se evitar qualquer perigo de dano ou prejuízo ao meio ambiente.

De acordo com o princípio 15 da “Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, tendo-se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 21 de junho de 1992: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

(19) Cf. MELO, Raimundo Simão de. *Op. cit.*, p. 48-55.

— *princípio do desenvolvimento sustentável*: no sentido de que o desenvolvimento econômico deve levar em conta a necessidade de defesa e preservação do meio ambiente, como prevê o art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, de acordo com o art. 4º, inciso I, da Lei n. 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente visará a tornar compatível “o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

— *princípio do poluidor-pagador*: o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição que causou (princípio 16 da “Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, Rio de Janeiro, 1992).

Como já mencionado, em matéria ambiental, o mandamento principal é no sentido de prevenir qualquer dano ao meio ambiente. Mesmo assim, caso ocorra algum dano a este bem jurídico, torna-se devida a reparação integral do dano causado (art. 225, § 3º, da CF/88, art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, o qual adota a teoria da responsabilidade civil objetiva).

Nessa linha, conforme o art. 4º, inciso VII, da Lei n. 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

— *princípio da participação*: no sentido de que a defesa e a preservação do meio ambiente são deveres tanto do Poder Público como da coletividade (art. 225, *caput*, da CF/88).

Como dispõe o art. 4º, inciso V, da Lei n. 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico” (destaquei).

— *princípio da ubiquidade*: tendo em vista que toda a sociedade e todos os povos devem se empenhar na preservação e na proteção do meio ambiente.

De acordo com a parte inicial do princípio 7 da “Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” (Rio de Janeiro, 1992): “Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre”.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E DANOS AMBIENTAIS

Observados os aspectos acima, caba analisar a temática da responsabilidade civil do empregador quanto a danos causados a seus empregados, com especial destaque para as hipóteses de acidente de trabalho e doenças ocupacionais.

No aspecto processual, merece destaque a atual redação do art. 114, incisos I e VI, da Constituição da República, incluindo-se na competência da Justiça do Trabalho a “ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-)empregador”, conforme interpretação do Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Conflito de Competência n. 7.204/MG (j. 29.6.2005, Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

Dano pode ser entendido como o prejuízo causado à pessoa, ou seja, a lesão a bem ou interesse jurídico, podendo ser de ordem material ou moral⁽²⁰⁾.

Pode-se conceituar o *dano moral* como a lesão a direitos extrapatrimoniais da pessoa, violando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem ou outros *direitos da personalidade*, ou mesmo *direitos fundamentais* que preservem a *dignidade da pessoa humana*.

Parte da doutrina prefere a expressão “dano pessoal”, pois “expri-me com mais fidelidade o que é efetivamente lesado pelo dano: os direitos da pessoa humana”⁽²¹⁾, ou seja, os direitos da personalidade, “em suas diversas integridades psicofísicas, intelectual e moral”⁽²²⁾.

(20) Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7, p. 48.

(21) OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 18.

(22) *Ibidem*, p. 35.

Dano material, por sua vez, refere-se à violação de direitos patrimoniais (pecuniários) ⁽²³⁾.

Por dano moral trabalhista entenda-se aquele ocorrido no âmbito do contrato de trabalho, no seu bojo e em razão da sua existência, envolvendo os dois polos desta relação jurídica (de emprego), ou seja, o empregador e o empregado⁽²⁴⁾. Normalmente, este se apresenta como o lesado e aquele como o sujeito ativo, embora nada impeça que estas posições se invertam. Aliás, ressalte-se que a jurisprudência já se pacificou quanto à possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral⁽²⁵⁾. Nesta linha, dispõe o art. 52 do CC/02 que é aplicável “às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Cabe fazer menção, ainda, ao *dano estético*, o qual resulta da lesão da integridade física, especialmente quanto ao direito à imagem, o qual é direito da personalidade.

Entende-se que o dano estético é abrangido pelo conceito de dano moral, embora mereça, conforme o entendimento majoritário da jurisprudência (inclusive do STJ), uma indenização diferenciada e separada (a ser cumulada com a indenização pelo dano moral em si), em razão do direito de personalidade especificamente violado, como quando são verificadas sequelas, mutilações ou deformações físicas⁽²⁶⁾, o que encontra fundamento na parte final do art. 949 do Código Civil de 2002.

A *responsabilidade civil*, por sua vez, é a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando o prejuízo causado.

Essa responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual. A primeira decorre do descumprimento de dever contratual. A segunda

(23) Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1, p. 570.

(24) Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 167-187.

(25) Súmula n. 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

(26) Cf. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 199: “mesmo estando o dano estético compreendido no gênero dano moral, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para definir indenizações distintas quando esses danos forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis”.

refere-se à violação de preceito jurídico-legal, sem se reportar a uma norma contratual.

No caso em estudo, defende-se que esses danos estão inseridos no contexto mais amplo da relação jurídica de emprego, de natureza contratual.

Não há como negar que um dos principais deveres do empregador, sempre presente no contrato de trabalho, é a *preservação da dignidade da pessoa humana do empregado, bem como de seus direitos da personalidade e seus direitos fundamentais*.

Havendo a afronta a tal dever substancial, inerente ao contrato de emprego, surge o dano moral e material, a ser indenizado pelo empregador justamente por ter descumprido o referido dever contratual trabalhista⁽²⁷⁾.

A relevância prática dessa conclusão é evidente, pois “na responsabilidade civil aquiliana a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima provar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade”⁽²⁸⁾.

Por isso, tendo em vista a conclusão de que a responsabilidade do empregador por danos morais e materiais (inclusive quando decorrentes de acidente do trabalho e doença ocupacional) é modalidade de *responsabilidade contratual*, a culpa é presumida, invertendo-se o ônus da prova em favor da vítima (no caso, o trabalhador). Nesse sentido, cabe destacar o Enunciado n. 41, aprovado na “1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho”, ocorrida no TST, em Brasília, em 23.11.2007:

(27) Cf. o Enunciado n. 39, aprovado na “1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho”, ocorrida no TST, em Brasília, em 23.11.2007: “MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização”.

(28) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 20.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.

No caso de danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho, a que a Lei n. 8.213/91 (art. 20) equiparou a doença profissional e a doença do trabalho⁽²⁹⁾, deve-se destacar que a ocorrência, em si, de acidente do trabalho ou doença ocupacional, não é propriamente o que gera ao empregado o direito a reparações civis por danos morais contra o empregador, pois estes decorrem, na verdade, de *lesões aos direitos da personalidade, aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana*.

Na jurisprudência, há decisão do Tribunal Superior do Trabalho, analisando pretensão de dano moral decorrente de doença profissional, que assim decidiu:

A existência de Lesão por Esforços Repetitivos (LER), por si só, não gera necessariamente um sofrimento psíquico de modo a autorizar sempre e indistintamente uma condenação por dano moral. Deve-se analisar caso a caso e verificar se, efetivamente, decorreu do dano físico alguma consequência psíquica relevante, a ponto de merecer indenização. (TST, SBDI-I, E-RR 483.206/98.4, Rel. p/ o Acórdão Min. Vantuil Abdala, DJ 17.10.2003).

Na realidade, o que não se exige é a demonstração (ou seja, a prova) de eventual sofrimento, aflição ou outro sentimento intimamente padecido pela vítima, pois é do fato da violação do referido direito da personalidade, ou da lesão a direito fundamental, preservando a dignidade da pessoa humana, que surge, automaticamente, o prejuízo de ordem moral⁽³⁰⁾.

A Constituição Federal, no art. 7º, inciso XXVIII, segunda parte, ao versar sobre o acidente de trabalho, assegura o direito à indenização

(29) Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 18-19.

(30) Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 2, p. 503: "A responsabilidade de agente causador do dano moral advém da violação, ou seja, trata-se de responsabilidade *ex facto*, bastando a demonstração dos acontecimentos causadores do dano. A prova do dano moral decorre, destarte, da mera demonstração dos fatos (*damnum in re ipsa*). [...] A presunção da existência do dano no próprio fato violador é absoluta (presunção *iure et de iure*), tornando-se prescindível a prova do dano moral".

a que está obrigado o empregador, “quando incorrer em dolo ou culpa”. O benefício previdenciário acidentário, previsto na lei de seguridade social, é que se rege pela responsabilidade objetiva, fundada no risco social (art. 7º, inciso XXVIII, primeira parte, da CF/88).

Apesar dessa previsão, cabe analisar os casos em que a atividade desenvolvida pelo empregador é prevista em lei como hipótese de responsabilidade objetiva, ou mesmo quando a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único, do CC/02).

Nessas hipóteses, ocorrendo lesões patrimoniais e/ou morais ao empregado, decorrentes de acidente do trabalho ou doença profissional, é necessário saber se a responsabilidade do empregador é subjetiva ou objetiva.

Nos casos em questão, evoluindo na compreensão da matéria, o correto é entender que prevalece a nova disposição, mais favorável, do Código Civil em vigor, ao prever a *responsabilidade objetiva* nos casos previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida seja de risco⁽³¹⁾.

Nessa linha, seria um paradoxo que o terceiro lesado possa obter a reparação civil independentemente de culpa, mas, quanto a danos sofridos pelo empregado, exija-se a sua presença⁽³²⁾. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte julgado oriundo do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA — DANO MORAL — ACIDENTE DE TRABALHO — RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR — ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL — CONCEITO DE ATIVIDADE HABITUALMENTE DESENVOLVIDA — DIREITO DO CONSUMIDOR — DIREITO DO TRABALHO — PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA — INCIDÊNCIA. O sistema de responsabilidade civil adotado pelo ordenamento jurídico é um dos reflexos da preocupação do legislador com a tutela dos direitos pertencentes àqueles que não podem negociar, em condições de igualdade, os seus interesses com a outra parte da relação contratual. Nesse passo, o Código Civil,

(31) Cf. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. cit.*, p. 103-105.

(32) Cf. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, ano 29, n. 111, p. 173, jul./set. 2003.

em seu art. 927, parágrafo único, estabelece que será objetiva a responsabilidade daquele que, em face do desenvolvimento normal de sua atividade, puder causar dano a outrem. Atividade, no sentido utilizado pela norma, deve ser entendida como a conduta habitualmente desempenhada, de maneira comercial ou empresarial, para a realização dos fins econômicos visados pelo autor do dano. Entretanto, dado o caráter excepcional de que se reveste a responsabilidade objetiva em nosso ordenamento jurídico (já que a regra é a de que somente haverá a imputação de conduta lesiva a alguém se provada a sua atuação culposa), somente nos casos em que os produtos e serviços fornecidos pelo causador do dano apresentarem perigo anormal e imprevisível ao sujeito que deles se utiliza haverá espaço para a incidência do citado diploma legal. Ressalte-se, ainda, que o Código Civil, por força dos arts. 8º, parágrafo único, da CLT e 7º do CDC ostenta a condição de norma geral em termos de responsabilidade civil, motivo pelo qual a sua aplicação aos demais ramos do direito depende da inexistência de legislação específica sobre o assunto, assim como de sua compatibilidade com os princípios inerentes à parcela do direito a que se visa a inserção da aludida regra geral. No direito do consumidor, a responsabilidade do fornecedor pelos defeitos dos produtos e serviços despejados no mercado é objetiva, independentemente da atividade por ele normalmente desenvolvida apresentar risco a direito de outrem. Assim, desnecessária a aplicação da norma civil às relações de consumo, dado o caráter mais benéfico desta. No direito do trabalho, entretanto, o art. 7º, XXVIII, determina, tão somente, que o empregador responderá pelos danos morais e materiais causados aos seus empregados, desde que comprovada a culpa daquele que suporta os riscos da atividade produtiva. A Constituição Federal, como se percebe, não faz menção à possibilidade de se responsabilizar objetivamente o empregador pelos aludidos danos. Apesar disso, tendo em vista o disposto no *caput* do aludido dispositivo constitucional e o princípio da norma mais benéfica, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que não se vedou a criação de um sistema de responsabilidade mais favorável ao empregado, ainda que fora da legislação especificamente destinada a reger as relações laborais, mormente se considerarmos que o trabalhador, premido pela necessidade de auferir meios para a sua sobrevivência, apresenta-se, em relação ao seu empregador, na posição mais desigual dentre aquelas que se pode conceber nas interações humanas. Dessa forma, a fim de evitar o paradoxo de se responsabilizar o mesmo indivíduo (ora na condição de empregador, ora na condição de fornecedor) de forma diversa (objetiva ou subjetivamente) em face do mesmo evento danoso, somente pelo fato das suas consequências terem atingidos vítimas em diferentes estágios da atividade produtiva, necessária se faz a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil ao direito do trabalho, desde

que, no momento do acidente, o empregado esteja inserido na atividade empresarialmente desenvolvida pelo seu empregador. A adoção de tal entendimento confere plena eficácia ao princípio constitucional solidarista, segundo o qual a reparação da vítima afigura-se mais importante do que a individualização de um culpado pelo evento danoso. Na hipótese dos autos, restam presentes os elementos necessários à incidência do dispositivo civilista, motivo pelo qual merece acolhida a pretensão esposada pelo obreiro em sua petição inicial. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR — 946/2006-025-12-00.0 Data de Julgamento: 17.12.2008, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 20.2.2009.

Entretanto, cabe registrar a existência de decisões do Tribunal Superior do Trabalho em sentido diverso:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS PROVENIENTES DE INFORTÚNIOS DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR DE QUE TRATA O ART. 7º, INCISO XXVII DA CONSTITUIÇÃO EM DETRIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONSAGRADA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL DO § 1º DO ART. 2º DA LICC. I — É sabido que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego, e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí ser impondo a conclusão de a indenização prevista no art. 7º, inciso XXVIII da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista. II — Essa conclusão não é infirmável pela versão de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não observância dos deveres contidos no art. 157 da CLT. III — Sendo assim, havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. IV — Isso em razão da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do art. 59 da Constituição, pelo que não se pode absolutamente cogitar da revogação do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição, a partir

da superveniência da norma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, evidentemente, a regra de Direito Intertemporal do § 1º do art. 2º da LICC. Recurso conhecido e desprovido. Processo: RR — 1832/2006-026-12-00.4 Data de Julgamento: 15.10.2008, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 24.10.2008.

I) AGRAVO DE INSTRUMENTO — DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL — CARACTERIZAÇÃO. Demonstrado no agravo de instrumento que a revista oferecia divergência jurisprudencial válida e específica em relação à não aplicação da responsabilidade objetiva para a condenação à indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho, o apelo merece ser provido. Agravo de instrumento provido. II) RECURSO DE REVISTA — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — INEXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA RECLAMADA — RESPONSABILIDADE OBJETIVA — IMPOSSIBILIDADE. 1. Para a existência do dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem estar presentes, sem os quais o próprio instituto da responsabilidade se torna inaplicável à hipótese, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexo de causalidade e a culpa ou o dolo do agente. Trata-se do estabelecimento do nexo causal entre lesão e conduta omissiva ou comissiva do empregador, sabendo-se que o direito trabalhista brasileiro alberga tão somente a teoria da responsabilidade subjetiva, derivada de culpa ou dolo do agente da lesão em matéria trabalhista (CF, art. 7º, XXVIII). 2. *In casu*, o Regional confirmou a sentença condenatória de pagamento de indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho, sob o fundamento de que, independentemente de culpa da Reclamada, a sua responsabilização seria objetiva, na forma do art. 927, parágrafo único, do CC, na medida em que desempenha atividade empresarial intrinsecamente perigosa (laminação de madeira). 3. Se, por um lado, a norma civil não alcança a esfera trabalhista, iluminada pelo comando constitucional do art. 7º, XXVIII, por outro, nenhuma atividade laboral está infensa a riscos de acidente (no próprio dizer de Guimarães Rosa, em sua epopeia 'Grande Sertão: Veredas', 'viver é muito perigoso'), mas a CLT somente admite o adicional de periculosidade para as atividades de risco acentuado, ínsito ao manuseio de explosivos, inflamáveis (art. 193) e energia elétrica (Lei n. 7.369/85, art. 1º), o que descartaria, em tese, a invocação da responsabilidade objetiva por risco em relação ao setor de laminação de madeira, que é a hipótese dos autos. 4. Assim, não há como se atribuir responsabilidade à Empregadora pelos danos morais decorrentes de acidente de trabalho que resultou na amputação parcial do 2º quirodáctilo da mão direita do Reclamante apenas considerando a teoria da responsabilidade objetiva. Recurso de

revista provido. Processo: RR — 995/2007-120-08-40.7 Data de Julgamento: 27.5.2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 29.5.2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ante a provável ofensa ao art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. A Constituição da República incluiu entre os direitos do empregado o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, inc. XXVIII). Assim, constata-se que a Constituição da República, quanto à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador. Na hipótese dos autos, a responsabilidade objetiva da reclamada pela indenização por danos decorrentes do acidente de trabalho foi declarada pelo Tribunal Regional, ao atestar que “nossa linha de reflexão segue a doutrina mais autorizada da objetivação da culpa, em tais hipóteses” (fl. 102). Dessa forma, consoante o quadro expresso pelo Tribunal Regional, não tendo sido demonstrada a ocorrência de culpa da reclamada para o surgimento do dever de indenizar, deve ser afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. Processo: RR 1376/2005-002-19-40.8. Data de Julgamento: 24.9.2008, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 10.10.2008.

Apesar da controvérsia na jurisprudência sobre o tema, tendo em vista a incidência do princípio da norma mais benéfica, decorrente do princípio protetor, inerente ao Direito do Trabalho e de hierarquia constitucional⁽³³⁾, o mais coerente é concluir que a aplicação da regra do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, torna possível assegurar aos empregados a incidência de direitos trabalhistas superiores ao patamar legislativo mínimo, com vistas à melhoria de sua condição social (art. 7º, *caput*, da CF/88).

Nesse sentido, a regra geral da exigência de culpa para a responsabilização do empregador por danos decorrentes de acidente

(33) Cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. p. 55: “Não é ocioso lembrar que o princípio da norma mais benéfica está estampado no *caput* do art. 7º da Constituição Federal”.

do trabalho seria apenas um *patamar mínimo* (art. 7º, inciso XXVIII, parte final da CF/88), o qual pode (e deve) ser *ampliado e aperfeiçoado em benefício dos trabalhadores e da melhoria de sua condição social* (art. 7º, *caput*, da CF/88), por meio de outras disposições, ainda que infraconstitucionais, estabelecendo a incidência da responsabilidade objetiva⁽³⁴⁾.

Em razão da interpretação sistemática (do ordenamento jurídico como um todo) e teleológica dos princípios da proteção e da aplicação da norma mais favorável no âmbito trabalhista, evoluiu-se, aqui, para o entendimento de que a incidência da responsabilidade objetiva também é uma forma legítima e válida de *melhoria da condição social do trabalhador*. Torna-se viável, desse modo, o efetivo recebimento da devida indenização por danos morais e materiais, mesmo quando decorrente de acidente do trabalho, em plena e total conformidade com o *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, de acordo com o Enunciado n. 37, aprovado na “1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho”, ocorrida no TST (Brasília, 23.11.2007):

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Além disso, cabe registrar a hipótese em que as doenças ocupacionais (profissionais e do trabalho) e os acidentes do trabalho se consubstanciem, na realidade, em lesões ao chamado *meio ambiente do trabalho*, o qual faz parte do meio ambiente como um todo (art. 200, inciso VIII, da CF/88).

Nessa situação especial, as referidas doenças e infortúnios “decorrem, na verdade, dos danos maiores ao meio ambiente do

(34) No caso, por exemplo, o art. 927, parágrafo único, do CC/02: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Cf. ainda o art. 225, § 3º, da CF/88 e art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), que preveem a responsabilidade civil objetiva nas lesões ao meio ambiente, o qual inclui o meio ambiente de trabalho (art. 200, inciso VIII, da CF/88).

trabalho”. Por isso, assim ocorrendo, defende-se que a responsabilidade civil, nesses casos, também é de natureza *objetiva*, com fundamento no art. 225, § 3º, da CF/88 e art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente)⁽³⁵⁾.

Em conformidade com o Enunciado n. 38, também aprovado na “1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho”:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.

Vejamos, ainda, a hipótese em que servidor público, de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, regido pela legislação trabalhista (empregado público), sofre acidente do trabalho ou doença profissional.

O art. 37, § 6º, da CF/88 estabelece a responsabilidade dos referidos entes públicos “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Como se nota, trata-se de responsabilidade objetiva da Administração Pública (tendo adotado a teoria do risco administrativo),⁽³⁶⁾ que se dirige às reparações civis de danos causados pelos agentes públicos a terceiros. Mesmo assim, de acordo com o Enunciado n. 40, também aprovado na “1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho”:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do art. 37, § 6º da Constituição Federal e do art. 43 do Código Civil.

(35) Cf. MELO, Raimundo Simão de. *Op. cit.*, p. 278-282.

(36) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 614.

Se o empregador exerce atividade nuclear, ainda que sob o regime de concessão ou permissão (art. 21, inciso XXIII, da CF/88), e ocorre acidente do trabalho, de acordo com o art. 21, inciso XXIII, *d*, da CF (com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 49/06), a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa, tratando-se de caso específico de responsabilidade objetiva, mais especificamente de “responsabilidade civil por risco exacerbado”⁽³⁷⁾.

Desse modo, a reparação civil decorrente de dano nuclear não exige a culpa. No entanto, registre-se que se o acidente do trabalho ou a doença profissional não decorrerem do fato em questão (dano nuclear), não há como incidir esta disposição constitucional para a reparação civil em favor do empregado. Ainda assim, podem ser aplicadas as previsões do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *c/c* art. 7º, *caput*, da CF/88 (por se tratar de atividade de risco), ou mesmo do art. 225, § 3º, da CF/88 e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), que preveem a responsabilidade civil objetiva nas lesões ao meio ambiente, o qual inclui o meio ambiente de trabalho (art. 200, inciso VIII, da CF/88).

5. CONCLUSÃO

O fundamento e a evolução dos direitos humanos fundamentais revelam que os direitos sociais e trabalhistas também estão neles inseridos⁽³⁸⁾.

Da mesma forma, o meio ambiente do trabalho, inserido no meio ambiente como um todo, também apresenta natureza de direito humano fundamental, tendo como essência a garantia da dignidade da pessoa humana.

Tratando-se de responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho, a Constituição Federal de 1988, à primeira vista, pode parecer que se exige a culpa (*lato sensu*) para a responsabilização do empregador (art. 7º, inciso XXVIII, parte final).

(37) LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 643.

(38) Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008. p. 18-44.

No entanto, após exame mais aprofundado e sistemático da matéria, evoluiu-se no sentido da aplicação da *responsabilidade objetiva*, prevista no Código Civil de 2002, na hipótese de atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano que implique, por sua natureza, *risco* para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único, parte final).

Da mesma forma, em se tratando de acidente do trabalho ou principalmente doença ocupacional decorrente de lesão ao *meio ambiente do trabalho* (art. 200, inciso VIII, da CF/88), incidem as regras que impõem a *responsabilidade objetiva*, conforme art. 225, § 3º, da CF/88 e art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente).

6. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, Constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, ano 29, n. 111, p. 173, jul./set. 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

NATUREZA JURÍDICA TRANSACIONAL DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO

Luis Fabiano Pereira^()*

1. INTRODUÇÃO

O compromisso de ajustamento de conduta é um dos instrumentos mais importantes na atuação do Ministério Público, assim como de outros órgãos e entidades legitimados à defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, também mencionados simplesmente como direitos e interesses coletivos.

Por meio desse ato, os interessados ou investigados, no curso de procedimento administrativo ou de inquérito civil, se comprometem a um determinado comportamento que, no entendimento do órgão público, é o mais adequado à preservação dos direitos e interesses por ele defendidos.

Se a conceituação mais elementar do compromisso não traz maiores dificuldades de assimilação, a prática jurídica tem demonstrado que há inúmeras dúvidas na aplicação desse instrumento, tanto da parte dos investigados, quanto dos próprios órgãos legitimados. Discute-se, entre outras questões, se existe autorização ao compromissário para o exercício de qualquer ato de flexibilização ou renúncia a direito ou interesse coletivo.

(*) Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria do Trabalho no Município de Itabaiana — 20ª Região — Sergipe.

A resposta é quase sempre negativa: o órgão legitimado não pode dispor do direito ou interesse coletivo, uma vez que estes se revestem da característica de indisponibilidade.

Surge, neste ponto, um problema contraposto. Se o órgão tomador não pode dispor do interesse defendido, que vantagens teriam os compromitentes ao assumir obrigações positivas e renunciar expressamente à sua oportunidade de defesa?

Qualquer tentativa de resposta representa um longo caminho doutrinário, no qual não se pode prescindir de uma posição firme quanto ao problema da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta. Sem uma base conceitual coerente, a solução de qualquer questão decorrente do manejo do compromisso de ajustamento de conduta estará fadada à contradição e, conseqüentemente, à perda de utilidade como argumento de convencimento.

Embora relegada a nota introdutória de estudos doutrinários, a natureza jurídica do compromisso é matéria fundamental no sistema de defesa dos direitos e interesses coletivos.

Ressalte-se, por oportuno, que a celeuma e a imprecisão não foram óbice a que o compromisso ganhasse vigorosa utilidade na prática jurídica nacional, especialmente no âmbito de atuação do Ministério Público.

Invariavelmente, o compromisso foi operacionalizado como uma espécie de transação extrajudicial, ou mesmo judicial, uma vez que também passou a ser utilizado como causa de extinção consensual do processo.

Para muitos, porém, a indisponibilidade dos direitos e interesses coletivos impediria qualquer flexibilidade do poder público em sua defesa, concluindo-se pela impossibilidade de transação por parte dos órgãos legitimados. Não caberiam, nesta seara, as concessões recíprocas, que são elementos essenciais em qualquer transação.

Inviabilizando-se a conceituação do compromisso como transação, foi criado um hiato aparentemente insuperável entre teoria e prática.

Essa lacuna tem gerado insegurança nas relações entre os investigados — possíveis compromitentes — e os órgãos legitimados

à defesa dos interesses coletivos — potenciais compromissários, além de dificultar o aprimoramento doutrinário do instituto.

Ante a ausência de regramento específico e suficientemente minucioso, o enquadramento do compromisso em uma categoria jurídica mais ampla — estabelecendo-se assim sua natureza jurídica — serviria como ponto de partida para a superação de aspectos ainda obscuros.

Não obstante a matéria diga respeito ao compromisso firmado perante qualquer órgão público legitimado, a peculiaridade institucional do Ministério Público permite uma abordagem diferenciada da questão, considerando-se o princípio da independência funcional dos Membros do *Parquet* como elemento potencializador desse instrumento de atuação.

A proposta deste estudo, portanto, é o enfrentamento do tema da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta no contexto do processo coletivo de tutela dos direitos e interesses coletivos, sempre em cotejo com a independência funcional dos órgãos do Ministério Público.

2. O PROBLEMA DA NATUREZA JURÍDICA DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Existe atualmente uma considerável multiplicidade de entendimentos acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta. A grande maioria, entretanto, pode ser reunida pela comum negação de sua natureza transacional. Ou seja, a maior parte dos autores tem em comum apenas o entendimento sobre o que o compromisso não é.

Em obra de vulto sobre o tema, *Geisa de Assis Rodrigues* (2006) cataloga vários posicionamentos doutrinários.

Cita *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Carvalho Filho*, para quem o ajuste de conduta seria “um ato jurídico de reconhecimento da violação ou ameaça de violação de um direito transindividual por parte do agente da conduta” (RODRIGUES, 2006, p. 143).

Em sua obra, *José dos Santos Carvalho Filho* afirma que “a natureza jurídica do instituto é, pois a de ato jurídico unilateral quanto à

manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente” (CARVALHO FILHO, 1999, p. 182), no que é seguido por *Carlos Henrique Bezerra Leite* (2002).

Ainda segundo *Rodrigues, Hindemburgo Cheteaubriand Filho* equipara o instituto ao “*negozio di accertamento* do direito italiano”, que “implica vislumbrar na manifestação da vontade das partes o condão de erradicar incertezas através da fixação do alcance efetivo da norma no caso concreto, sem qualquer tipo de modificação, extinção ou criação de direitos” (2006, p. 144).

Para *Francisco Sampaio* também seria um negócio jurídico declarativo, enquanto *Roberto Senise Lisboa* o considera apenas um negócio jurídico (RODRIGUES, 2006).

Hugo Nigro Mazzilli assim caracteriza o compromisso:

um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete. Exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. (2006, p. 366)

No mesmo sentido, *Raimundo Simão de Melo* (2006) e *Edson Braz da Silva*, este último sustentando a natureza de “ato negocial restrito” (2000, p. 15).

Já a autora *Luciana Silva*, acompanhando *Carvalho Filho*, refuta a natureza transacional por considerar que no compromisso “não há concessões recíprocas de direitos apodícticas no instituto da transação” (2004, p. 22), enquanto *Fernando Reverendo Vidal Akaoui* afirma:

não se trata esta figura de uma transação (que impõe necessariamente concessões bilaterais), mas sim, mero acordo, em que a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, porém sempre após análise criteriosa da melhor forma, bem como do tempo mais exíguo possível. (2004, p. 70)

A negação da natureza transacional do compromisso é também a posição adotada por *Geisa de Assis Rodrigues* (2006), que a justifica

pela impossibilidade de concessões recíprocas entre os pactuantes, uma vez que os direitos e interesses metaindividuais não comportariam disponibilidade. Para a autora, o ajustamento de conduta é “um acordo, um negócio jurídico bilateral, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais” (RODRIGUES, 2006, p.159).

Não obstante a diversidade de nomenclatura — ato jurídico de reconhecimento, ato jurídico, *negozio di accertamento*, negócio jurídico, ato administrativo negocial, acordo e negócio jurídico bilateral —, pode-se vislumbrar alguma agregação entre os autores citados em torno da natureza negocial do compromisso de ajustamento de conduta. Também se identifica claramente uma refutação da sua possível natureza transaccional.

Essa confluência de ideias foi percebida por *Geisa de Assis Rodrigues*, que sintetizou: “podemos agrupar as posições doutrinárias acerca do tema basicamente em duas correntes: uma reputa que o ajuste de conduta seria uma transação, e a outra que seria um ato jurídico diverso, no sentido amplo do vocábulo” (2006, p. 142).

A vertente antagônica aos doutrinadores nominados, que reconhece no compromisso de ajustamento de conduta a ocorrência de uma verdadeira transação, tem em *João Bosco Leopoldino da Fonseca* um dos principais expoentes. Comentando o instituto do compromisso de cessação, previsto na Lei n. 8.884/94 e de contornos similares ao compromisso de ajustamento de conduta, o autor assim se posiciona:

A criação legal do “compromisso de cessação” deixa no âmbito da incerteza a infringência contra a ordem econômica. Esse compromisso se insere no instituto jurídico da *transação*, previsto nos arts. 1.025 a 1.036 do Código Civil. As características da transação se evidenciam como um *acordo*, que se manifesta com o propósito de *extinguir* um litígio, em que existe uma *reciprocidade de concessões* e em que permanece inequívoca a *incerteza* quanto ao direito das partes. (1998, p. 136)

Apesar da majoritária tendência contrária à natureza de transação, foi este o posicionamento que prosperou na redação do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, modelo de inspiração do anteprojeto de uma nova Lei da Ação Civil Pública, em tramitação no Congresso Nacional (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 457).

Outro aspecto curioso é que os argumentos dos que se posicionam pela inexistência de transação tendem quase sempre a admitir algum arrefecimento da indisponibilidade dos interesses defendidos, especialmente quando reconhecem a possibilidade de “negociação das condições de tempo, modo e lugar da efetivação dos direitos” (CARELLI, 2007, p. 123).

Passa-se, portanto, à análise dos fundamentos de cada uma das duas correntes doutrinárias.

2.1. Compromisso de ajustamento de conduta como negócio jurídico

Ganhou força na doutrina a corrente que caracteriza o compromisso de ajustamento de conduta como um negócio jurídico, ainda que por vezes a natureza negocial venha adjetivada ou subentendida em expressões como “acordo” ou “ato jurídico”.

Destaque-se mais uma vez que a utilidade no estabelecimento da natureza jurídica do instituto estaria em se poder lhe aplicar a disciplina da categoria mais geral de sua classe. Isto implica reconhecer que, sendo o compromisso uma espécie de negócio jurídico, ser-lhe-ão aplicáveis as normas comuns que regulam quaisquer outras espécies de negócios.

O negócio jurídico é, sem dúvida, uma das categorias mais fundamentais do nosso ordenamento jurídico. Embora tenha origem no direito privado, sua noção se irradia por todos os ramos do Direito, sendo comum sua aplicação também em áreas de forte publicização, como a administrativa, a ambiental e a trabalhista. Em qualquer caso, contudo, conserva plenamente a conformação advinda do Direito Civil. É na doutrina civilista, portanto, que se encontra a sua mais pura definição.

O negócio jurídico é conceituado pela doutrina como o ato jurídico deliberadamente dirigido a um determinado efeito. Trata-se, portanto, de uma classe de ato jurídico em que o sujeito direciona sua vontade à criação, modificação ou extinção de direitos.

Este conceito e colocação tópica encontram-se, por exemplo, na seguinte lição de *Nélson Nery Júnior*:

Fato jurídico, em sentido amplo, é o acontecimento a que o direito atribui efeito, seja dependente ou não da vontade humana. Em sentido estrito, é o acontecimento onde efetivamente se encontra presente a manifestação da vontade. O ato jurídico é uma espécie do gênero fato jurídico, onde a vontade humana está sempre presente, ainda que viciada. É o ato jurídico, nada mais do que o fato jurídico *stricto sensu*, manifestações de vontade que produzem, de acordo com a lei, a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Negócio jurídico é o ato jurídico celebrado com declaração e manifestação da vontade dirigida, especificamente, a um fim determinado. Enquanto no ato jurídico há manifestação da vontade, querida ou não, no negócio jurídico essa manifestação além de querida, pretende atingir um objetivo predeterminado. Pode não alcançar o efeito desejado, mas esse efeito foi querido. (1983, p. 6)

Em complementação à anterior formulação, *Vicente Ráo* lembra que os efeitos do negócio jurídico não decorrem exclusivamente da vontade de quem o realiza, mas da conjugação da vontade do sujeito com a vontade da Lei. Afirmo o jurista:

não se pode afirmar que só a vontade produz efeitos jurídicos, nem, tampouco, que estes efeitos sejam produzidos somente pelo ordenamento; há de se dizer, sim, que a lei autoriza a autonomia privada de modo a permitir a produção de efeitos jurídicos pelos negócios, quando, por ela, com esta eficácia forem dotados. (1994, p. 32)

Fica claro, dessa forma, que o negócio jurídico é um ato jurídico direcionado pela vontade humana a alguma finalidade específica, sendo esta finalidade autorizada pelo ordenamento.

Torrieri Guimarães também oferece uma síntese para a qualificação do ato como negócio jurídico:

negócio jurídico caracteriza-se pela relação de causalidade entre a vontade do homem e a obtenção dos efeitos jurídicos que busca; logo, é a declaração de vontade que objetiva produzir efeitos jurídicos ou a realização de um fim prático tutelado pela ordem jurídica. (1998, p. 415)

Estabelece-se assim uma nítida distinção entre os atos jurídicos negociais e não negociais, na medida em que nos primeiros existe a conjugação de vontades do sujeito e da Lei, enquanto no segundo o efeito não é buscado pelo sujeito. A topologia proposta interessa bastante, uma vez que exclui da categoria o fato jurídico em sentido estrito, porque não tem origem na vontade direcionada, assim como o ato ilícito, porque não permitido pelo ordenamento.

A distinção entre negócio e ato em sentido estrito, ou ato não negocial, restou primorosamente esclarecida por *Pontes de Miranda*:

Negócio jurídico é ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica. É pois definir b como a + d, isto é, falar-se de negócio jurídico, b, que é manifestação de vontade, a, com intuito de eficácia jurídica, d, omitindo-se a alusão à classe a que pertence b (atos humanos) e ao elemento, c, que o faz causa de efeitos jurídicos: a incidência da regra jurídica (1970a, p. 92).

[...]

A presente função do conceito de negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico não negocial ou *strito sensu*, naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico *strito sensu* consiste em manifestação de vontade. Frisemo-lo bem: manifestação de vontade; para que não incorramos no êrro de definirmos como coextensivos superponíveis de modo completo, a manifestação de vontade (suporte fático) e o negócio jurídico, que é apenas uma das classes em que há, como elemento fático, manifestação de vontade. (1970b, p. 3)

É nesta categoria de ato jurídico que a maioria da doutrina tem lançado o compromisso de ajustamento de conduta. Alguns o fazem explicitamente, utilizando expressões como “negócio jurídico”, “ato administrativo negocial”, “acordo” e “negócio jurídico bilateral”.

Outros, mesmo utilizando expressões diversas, acabam por admitir a natureza negocial do compromisso, no sentido ora proposto. Quando os autores se referem a “ato jurídico”, a princípio estão

aderindo a uma categoria mais genérica que “negócio jurídico”. Em consequência, esses conceitos tornam-se de uma vagueza insustentável, motivo pelo qual acabam requerendo algum complemento.

Desse processo surgem conceitos como “ato jurídico de reconhecimento”, de *Paulo Cezar Pinheiro e Carvalho Filho*, citado por *Rodrigues* (2006). Pela proposta desses autores, o ato de reconhecimento seria aquele pelo qual o agente violador de interesses transindividuais declararia solenemente a ilegalidade da sua conduta.

Ora, um ato jurídico com tal conteúdo amolda-se perfeitamente à classe dos atos negociais, pois, além de ser realizado pela vontade humana direcionada a um fim (reconhecimento), sua finalidade é admitida pelo ordenamento (não há norma que proíba a confissão).

A natureza negocial também está presente no conceito de *negozio di accertamento*, proposto por *Hidelbrando Chateaubriand Filho*, referido por *Rodrigues* (2006), com o mesmo conteúdo do “ato jurídico de reconhecimento”.

Admitindo-se a classificação, dela se pode inferir que o compromisso de ajustamento de conduta, sendo fato jurídico, situa-se entre os atos humanos que têm o condão de produzir efeitos jurídicos (atos jurídicos). Mais especificamente, distingue-se dos atos em que os efeitos jurídicos não decorrem da vontade direcionada do sujeito (atos jurídicos em sentido estrito) para se enquadrar na categoria dos atos conscientemente direcionados a um determinado fim (negócio jurídico).

Esta classificação não encontra maiores dificuldades de aceitação, o que não significa, entretanto, que seja suficiente.

Ocorre que a categoria escolhida é de tamanha generalidade que se torna de pouca utilidade. Ou seja, a simples afirmação de que o compromisso de ajustamento de conduta é um negócio jurídico apenas o torna igual a uma infinidade de outras espécies de negócios jurídicos. Sob o aspecto normativo, o único efeito da classificação é que o compromisso passa a ser regido pelas disposições legais concernentes ao negócio jurídico.

Veja-se, a partir da aceitação da natureza negocial, quais disposições legais passariam a regular o compromisso.

O negócio jurídico rege-se pelo disposto no Título I do Livro III (Dos Fatos Jurídicos) do Código Civil de 2002. Integram o mesmo Livro também o Título II (Dos Atos Jurídicos Lícitos), o Título III (Dos Atos Ilícitos), o Título IV (Da Prescrição e da Decadência) e, por fim, o Título V (Da Prova).

É interessante perceber que todo o longo Título I, com 81 (oitenta e um) artigos, regula os atos negociais. Já o Título II possui apenas 1 (um) artigo, e nele apenas se estatui que os atos não negociais se regem pelo disposto no Título I, no que for aplicável.

De tal maneira, o Código Civil de 2002 acabou por regular, no mencionado Título I, todos os atos jurídicos lícitos, negociais ou não. Embora com melhor preocupação tópica, o novo Código seguiu a mesma lógica do Código Civil de 1916, que regulava apenas os atos jurídicos.

Ora, a consequência desse nível de generalização quanto à natureza do compromisso é que este passa a comungar da mesma regulação de qualquer outro ato jurídico, como o contrato, o distrato, o testamento, o casamento, a oferta de recompensa, a transação etc. De forma que a sua classificação como negócio jurídico, apesar de correta, torna-se desprovida de conteúdo pragmático. Não está incorreta, mas tem utilidade mínima.

Em uma análise mais aprofundada — e talvez mais arriscada — parte da doutrina empenha-se em sustentar uma natureza específica do compromisso em face de outras espécies de atos também negociais. Estes, ao seu turno, inclinam-se a admitir a natureza do compromisso como ato de transação.

2.2. Compromisso de ajustamento de conduta como transação

Poucos autores sustentam a natureza do compromisso de ajustamento de conduta como transação.

É certo que alguns fazem referência à transação, mas restringem o seu conceito ao ponto de lhe desvirtuar o sentido. Veja-se, por exemplo, o posicionamento de *Hugo Nigro Mazzilli* que, ao tratar de transação judicial, afirma

Nesses compromissos, de um lado, o causador do dano se obriga a ajustar sua conduta às exigências da lei; de outro lado, o tomador do compromisso não transige em nada: apenas estará implicitamente aceitando deixar de promover ação civil pública ou coletiva contra o causador do dano (ao obter título executivo extrajudicial, faltar-lhe-ia interesse processual para mover ação de conhecimento, visando a obter a formação do mesmo título que já detém). (2006, p. 372)

Ora, quando o doutrinador sustenta que o tomador do compromisso “não transige em nada”, a própria expressão “transação judicial” deixa de fazer sentido. Falar em transação é falar necessariamente em concessões recíprocas. Se não há reciprocidade, não há transação.

Neste aspecto, a lição de *João Bosco Leopoldino da Fonseca* (1998) surge com coerência inestimável. O autor investiga a natureza jurídica do compromisso de ajustamento a partir do instituto denominado “compromisso de cessação”, regulado pela Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispunha, em sua redação original:

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE *ad referendum* do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no arts. 60 e seguintes.

A Lei n. 8.884/94, que trata da organização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e regula o procedimento administrativo de sua competência, instituiu, com denominação própria, uma variação do compromisso de ajustamento de conduta. Foi a partir deste instrumento que o doutrinador firmou seu posicionamento pela natureza transacional do compromisso.

Embora seja certo que o texto transcrito apresenta uma maior riqueza de regulação em relação à Lei da Ação Civil Pública, além de terminologia diferenciada, não há dificuldade em reconhecer que também neste diploma legal se estabeleceu uma forma de compromisso de ajustamento de conduta.

Ademais, os textos são perfeitamente conciliáveis.

Comentando o compromisso de cessação, *João Bosco Leopoldino da Fonseca* o apresenta com natureza jurídica de transação. Sem adjetivações ou restrições conceituais, o jurista sustenta:

A verificação da existência concreta de prática que possa ser declarada contrária à ordem econômica pode não ser conveniente para os interesses de uma empresa. Essa declaração pode vir a ser-lhe desvantajosa.

A criação legal do “compromisso de cessação” deixa no âmbito da incerteza a infringência contra a ordem econômica. Esse compromisso se insere no instituto jurídico da transação, previsto nos arts. 1.025 a 1.036 do Código Civil. As características da transação se evidenciam como um acordo, que se manifesta com o propósito de extinguir um litígio, em que existe uma reciprocidade de

concessões e em que permanece inequívoca a incerteza quanto ao direito das partes.

Na verdade, diferentemente do acordo do âmbito civil, aqui ocorre um acordo entre a autoridade encarregada de investigar e o representado cuja atividade econômica se analisa. Com esse acordo se extingue ou paralisa a investigação, havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica. O elemento da incerteza, de dúvida está presente porque nem a autoridade nem o representado têm segurança sobre o desfecho da investigação, que poderia confirmar a existência de infração, mas poderia também afastar essa hipótese. (1998, p. 136)

Ao contrário de *Mazzilli*, para quem o órgão público em nada transige, *Fonseca* faz perceber que o órgão público tomador do compromisso “não investiga mais”. O efeito favorável ao compromitente estaria na paralisação ou extinção da investigação, sendo esta uma concessão do compromissário.

Em primeira análise, a posição de *Fonseca* parece mais coerente com a realidade. A ideia de que os investigados comparecem espontaneamente perante o poder público para assumir um compromisso, sem que com isso auferam alguma vantagem ou benefício, parece por demais utópica. Ainda mais quando se leva em consideração que o acordo tem eficácia de título executivo, pelo que se restringem em muito as possibilidades de defesa futura do investigado.

Considerando, dessa forma, a viabilidade de se admitir que o compromisso de ajustamento de conduta tem natureza jurídica de transação, cabe investigar em que medida o instituto se adequa ao conceito e às normas que regem essa espécie de negócio jurídico.

2.2.1. Conceito de transação

A transação passou a ser regulada pelos arts. 840 a 850 do Código Civil como uma espécie de contrato. Os dois primeiros artigos tratam de, indiretamente, definir a espécie contratual:

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Em exercício de conceituação, *Maria Helena Diniz* destaca com propriedade a finalidade precípua da transação, asseverando:

A transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. [...] A transação seria uma composição amigável entre os interessados sobre seus direitos, em que cada qual abre mão de parte de suas pretensões, fazendo cessar as discórdias. (2003, p. 313-314)

A expressão “obrigações litigiosas ou duvidosas”, neste caso, deve ser entendida simplesmente como “litígios” ou “dúvidas”. Sendo a transação um contrato, não apenas se presta a extinguir obrigações, mas sobretudo a criá-las ou lhes dar certeza.

Mesmo antes da vigência do atual Código Civil, a doutrina já havia superado o entendimento que classificava a transação como simples forma extintiva de obrigações, como ensina *Pontes de Miranda*:

A transação é instituto de direito material, negócio jurídico bilateral (contrato); consiste na concessão recíproca, pela qual se põe termo a litígio, ou à incerteza (subjativa) das partes (= discrepância), quanto a alguma ou algumas relações jurídicas. O Código Civil brasileiro, art. 1.025, de certo modo a definiu: “É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Entenda-se: de cada um dos sujeitos da relação jurídica, ou das relações jurídicas, ao outro, ou outros. Há um toma-lá-dá-cá, que satisfaz aos interessados. (1970b, p. 37)

Vê-se, dessa forma, que a transação, sendo contrato, é uma espécie de negócio jurídico. Logo, o reconhecimento de que o compromisso de ajustamento de conduta tem natureza jurídica de transação não representa uma negativa da natureza negocial do ato. A natureza transacional representa um passo a mais na classificação do

compromisso, adicionando-se à sua disciplina um conjunto de regras mais específicas do que aquelas aplicáveis aos negócios em geral.

2.2.2. Elementos da transação no compromisso

Precisamente nos aspectos de bilateralidade e reciprocidade se encontram as mais veementes objeções ao reconhecimento do compromisso como transação. A indagação é mesmo inevitável: sendo o compromisso de ajustamento de conduta um ato de transação, quais seriam as concessões recíprocas de cada uma das partes?

Como possibilidade de resposta, retorna-se à proposta de *João Bosco Leopoldino da Fonseca* (1998), ao comentar o compromisso de cessação perante o CADE.

Da parte do investigado, este admite pautar sua conduta da forma proposta ou esperada pela autoridade compromissária. Com isso, desiste de prosseguir na sua defesa e deixa de provar a inexistência da conduta ou de sustentar a sua licitude.

Contrariamente ao entendimento de alguns doutrinadores, a exemplo de *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro* e *Carvalho Filho*, citados por *Rodrigues* (2006), não se encontram elementos normativos para afirmar que haja reconhecimento de conduta ilegítima por parte do compromitente.

Ressalvada a possibilidade de uma declaração expressa de ilicitude de conduta pretérita, a melhor posição parece ser aquela que concede ao compromitente o benefício da dúvida, na forma positivada no *caput* do art. 53 da Lei n. 8.884/94, já transcrito.

O compromisso, em especial pelo seu caráter de título executivo, representa um gravame à esfera jurídica do compromitente, mas sempre em vista das ações futuras, jamais um reconhecimento implícito de culpa.

As vantagens para o compromitente são tanto de ordem processual quanto material. No âmbito processual, livra-se previamente dos ônus jurídico, econômico e moral de sua defesa. No aspecto material, pode conseguir dilação de prazo para aferição do efetivo cumprimento das obrigações avençadas.

Ademais, o assentimento pela mudança de comportamento futuro normalmente ameniza o juízo de reprovação da autoridade tomadora em relação à conduta pretérita. Essa redução se torna importante em determinadas situações, a exemplo dos casos em que são arbitrados valores pecuniários de indenização.

Ora, tendo a indenização o duplo objetivo de reparação e punição, parece justo que aquele que se submete imediatamente à norma de conduta desejada seja considerado merecedor de uma punição menor.

A título de exemplo, imagine-se um empreendimento industrial que, no entendimento do poder público, esteja causando danos ao meio ambiente. Duas são as posturas possíveis do investigado. Ou assente em adotar medidas de controle e proteção propostas pela autoridade — e para isso firma compromisso de ajustamento de conduta — ou mantém-se inerte, aguardando ser citado em ação civil pública. A segunda postura, como é de senso comum, retarda ao máximo a cessação da conduta indesejada e, não raro, torna impossível a reparação do dano.

Nesse contexto, tratar com equivalentes medidas duas condutas tão diversas conduziria a autoridade, inexoravelmente, a violar o princípio constitucional da igualdade. Conduziria, enfim, à realização de uma grande injustiça.

A possibilidade de vantagem para o comprometente no âmbito do direito material tem sido o maior entrave doutrinário ao reconhecimento da natureza transacional do compromisso. Admitir a redução dos ônus do investigado corresponderia, conforme a doutrina majoritária, a flexibilizar os direitos e interesses coletivos. Seria dispor do interesse público indisponível.

A objeção, contudo, não é intransponível. Mesmo no aspecto material — sobre o qual é irrefutável a indisponibilidade dos interesses coletivos pela autoridade — existem espaços para a transação.

Ocorre, em primeiro aspecto, que nem sempre o conteúdo do interesse coletivo está completamente determinado na norma, seja constitucional, legal ou regulamentar. Isto faz com que o poder público, em determinados momentos, seja convocado a complementar o seu conteúdo.

O dever de complementação aparece de várias formas no ordenamento. Na esfera da Administração Pública, tem-se o poder discricionário do administrador. Na atividade judicante, aparece como livre convencimento fundamentado do juiz e, na atuação do Ministério Público, como independência funcional dos seus membros.

É no exercício desse poder-dever que surge a possibilidade de os órgãos públicos legitimados complementarem o conteúdo do interesse coletivo, ao mesmo tempo em que o compatibilizam com as possibilidades materiais do investigado e valorizam a espontaneidade daquele que se compromete a uma mudança de conduta.

Ainda favoravelmente ao comprometente, tem-se a vantagem de que a proposta ou aceitação do compromisso pela autoridade tomadora cria, também para ela, um vínculo de entendimento acerca do conteúdo exato do interesse defendido e das medidas adequadas à sua preservação, embora essa vinculação tenha certos limites.

Trata-se portanto de uma autolimitação do interesse processual do órgão público legitimado, elemento de concessão na transação. As possibilidades de concessão do órgão legitimado, entretanto, serão abordadas em tópico específico.

Prosseguindo na análise, cabe ainda destacar as vantagens da transação para o órgão compromissário, que são basicamente de ordem processual e comuns a todas as formas de solução consensual e extrajudicial de conflitos. Colhe-se aqui a enumeração de *Cândido Rangel Dinamarco*:

- a) custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias etc.);
- b) a excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causa a diluição da utilidade do resultado final;
- c) o necessário cumprimento das normas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo. (2005, p. 143)

Se, em primeira impressão, as vantagens do órgão público parecem pequenas em relação às do comprometente, em verdade

podem fazer a diferença entre a preservação de interesses fundamentais e o seu total perecimento.

Não se deve olvidar que, na ação civil pública, o autor comparece com os mais pesados ônus processuais, seja ele uma pessoa de direito público ou um particular.

O custo do processo para o poder público não se refere exclusivamente ao pagamento de taxas, emolumentos e honorários. Trata-se da manutenção das estruturas de praticamente todos os envolvidos no processo: o autor, quando se tratar de pessoa de direito público; o Ministério Público, que mesmo não sendo parte funcionará no processo; além do próprio órgão do Poder Judiciário.

A solução extrajudicial alivia o funcionamento de todas essas estruturas, maximizando o retorno dos investimentos públicos.

A duração irrazoável dos processos talvez seja um dos mais graves problemas que se tenta evitar com a formalização do compromisso, assim como o seu efeito mais nefasto, que é completa ou parcial inutilidade do provimento final. Suplantando-se a fase de conhecimento da ação civil pública com a formação antecipada de título executivo, certamente fica reduzida a probabilidade de, apenas por decurso de tempo, chegar-se ao completo perecimento do direito e à impunidade absoluta do violador de interesses coletivos.

A terceira vantagem apontada por *Dinamarco* (2005) merece uma reflexão até mais ampla. Além do excessivo rigor formal do processo, também referido como formalismo, existe o risco inerente ao processo.

Ainda que o processo seja célere e o órgão judicial não adote posição formalista, o autor da ação civil pública permanece com o ônus de demonstrar a ocorrência ou a probabilidade de ocorrência da conduta, além de ter que convencer o juiz da sua ilicitude e da adequação do provimento requerido.

E nada há de errado na manutenção desse ônus. Naquilo em que não extrapola para o campo do formalismo, o processo deve atender aos ditames constitucionais da presunção de inocência, da inafastabilidade do contraditório e da ampla defesa.

Percebe-se que, no compromisso, o investigado renuncia ao exercício desses direitos fundamentais, assentindo com a pretensão

do tomador. Esta é a fundamental e determinante vantagem para o defensor dos interesses coletivos e, em consequência, para os próprios destinatários da prestação.

A propósito de as vantagens do tomador serem todas de ordem processual, é importante trazer à consideração que a transação não tem efeitos apenas materiais. Ao apresentarem os conceitos e características da transação, *Maria Helena Diniz* (2003) e *Pontes de Miranda* (1970b) colocam em destaque que a finalidade do negócio é sempre a extinção ou prevenção de um litígio. Logo, reforça a natureza transacional do compromisso de ajustamento de conduta a característica de servir sempre como meio alternativo de solução da lide, não produzindo efeitos apenas de direito material, mas sobretudo efeitos de direito processual, pelo que pode ser considerado como negócio heterotópico.

Esta especial qualidade da transação constitui-se no elemento conceitual que permite a superação da aparente incompatibilidade entre a reciprocidade inerente à transação e a indisponibilidade dos direitos e interesses coletivos.

3. TRANSAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO HETEROTÓPICO

A transação, apesar de sua reconhecida natureza contratual, e de ser regida pelo Código Civil, não deixa de ser estudada pelo direito processual.

O interesse dos processualistas pelo instituto advém da sua inerência a situações de conflito. A jurisdição e a transação compartilham, dessa forma, o mesmo pressuposto fático de existência. Se não há litígio, não pode haver nem transação nem atuação da jurisdição, ressalvada a chamada “jurisdição voluntária”.

Sobre a importância do conflito para a jurisdição, colaciona-se a seguinte afirmação de Cintra, *Grinover* e *Dinamarco*:

A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional, quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao

juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado. (2001, p. 134)

Enumerando características comuns entre as várias formas de autocomposição, *Cândido Rangel Dinamarco* sustenta a “equivalência funcional” (2005, p. 141) entre a jurisdição e a transação, enquanto forma de conciliação assim descrita:

A autocomposição bilateral transparece na transação, que se resolve em múltiplas concessões (CC, art. 840) e, portanto, participa ao mesmo tempo da natureza de renúncia e de submissão, cada um dos sujeitos acedendo na parcial disposição de seus próprios interesses. (2005, p. 140)

Dinamarco faz referência ainda à possibilidade de a transação e de outras formas de autocomposição darem origem a atos dotados do atributo de título executivo. O autor cita os exemplos de transação extrajudicial levada à homologação em juízo e da transação endoprocessual, formalizada e homologada no processo judicial (2005, p. 142-143).

Com tais ensinamentos se percebe que a transação, mesmo enquanto contrato entre particulares, já tem elevado potencial de transcendência do direito material, faltando-lhe apenas a homologação judicial para se converter em título executivo. Logo, não há como se empreender um estudo satisfatoriamente abrangente do instituto se não forem levados em consideração os seus efeitos processuais.

Tratando-se do compromisso de ajustamento de conduta firmado perante órgãos público legitimados à propositura de ação civil pública, a homologação é dispensada, bastando sua redução a termo para formação do título executivo.

As implicações processuais da transação não são matéria nova. *Pontes de Miranda* já as estudava com peculiar minúcia:

Negócios Jurídicos perante a lide — Há negócios jurídicos que se perfazem durante a relação processual. Discutiu-se se, por serem em forma que as regras processuais regulam, a) teriam

que seguir a sorte dos atos processuais ou b) se conservariam o seu caráter de negócios jurídicos de direito material. Segundo a primeira opinião, a tais negócios jurídicos seriam revogáveis as manifestações de vontade, de regra declarações de vontade, contidas no suporte fático e, no caso de não terminar com sentença sobre eles o processo, não teriam qualquer significação [...], por serem negócios jurídicos que se fizeram processuais, na forma e nos pressupostos. A isso contrapôs-se a segunda opinião, que sustentou não perderem tais negócios, por ocorrerem no processo, a sua natureza de negócios jurídicos regulados alhures (e.g., no direito civil), — devendo, em seus pressupostos e eficácia, ser incólumes ao direito processual [...], — terem eficácia imediata, serem irrevogáveis e independentes de êxito do processo as declarações de vontade negociais ou em exercício de direito. [...] Nos comentários a Código de Processo Civil (I, 88) escrevemos: “Alguns negócios jurídicos privados são conteúdo de ato processual (a transação judicial, a compensação, etc.). Visto pelo lado do direito material, são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito alcançam o mesmo ato, submetendo-o aos seus preceitos. Os efeitos do direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como ato processual, salvo regra do direito material”. Nos atos jurídicos heterotópicos, o plano de direito em que só deveriam estar é o plano que prima, aquêles que se permitem decide em segundo lugar. A análise das espécies mais correntes, sobre ser de interesse teórico, é útil. (1970b, p. 30-31)

Como uma espécie de transação, o compromisso de ajustamento de conduta enquadra-se perfeitamente na classe dos negócios jurídicos heterotópicos, que ao mesmo tempo irradia efeitos materiais e processuais. Se essa característica já era visível na transação entre particulares, mais ainda o será em relação ao compromisso firmado perante o órgão público, uma vez que nessa modalidade adquire imediata qualidade de título executivo.

Estando em dois campos diversos do estudo jurídico — daí o adjetivo de heterotópico — o compromisso, enquanto transação qualificada pela executividade, merece estudo que contemple também os seus efeitos processuais. A partir da conjugação entre os efeitos materiais e processuais torna-se visível o conteúdo das concessões recíprocas.

4. INTERESSE PROCESSUAL DO COMPROMISSÁRIO

Cabe inteira razão aos doutrinadores quando sustentam a impossibilidade de transação que importe renúncia de interesse coletivo.

Entretanto, as concessões do órgão público tomador do compromisso de ajustamento de conduta não representam flexibilização ou renúncia do interesse coletivo, muito menos disposição de interesse legalmente tutelado. A disposição do tomador se restringe à complementação do conteúdo jurídico do interesse coletivo, aplicando o comando normativo ao caso concreto, assim como ao interesse processual.

A necessidade de distinção entre as diferentes espécies de interesse e os limites de sua disposição exigem um estudo mais acurado do conteúdo do compromisso e do seu procedimento.

Quando firmada no curso do processo, a transação tem o efeito de encerrar a lide. Uma vez homologada judicialmente, exaure a fase de conhecimento com resolução de mérito e faz coisa julgada material. Dessa forma, a transação endoprocessual carrega-se de conteúdo tão decisivo que acaba por ocupar a função primordial da sentença.

Após negociada a transação, ao juiz não cabe mais do que certificar o atendimento dos requisitos normativos do negócio jurídico. De centro do poder de decisão, o órgão judicante converte-se em certificador da licitude do negócio entre terceiros.

No entanto, quando a transação é formalizada fora do processo, a sua interferência na lide judicializada — atual ou futura — não ocorre automaticamente. Em princípio, a relação jurídica processual repudia a intervenção do direito material, tendendo a permanecer como relação autônoma. No processo, a relação jurídica de conteúdo material ocupa apenas a posição de objeto. O resultado do processo deve modificar a relação-objeto, nunca o contrário.

Na processualística moderna, criou-se uma verdadeira “blindagem” para a relação processual, tornando-a quase que impenetrável aos efeitos dos atos jurídicos de direito material. Tome-se como exemplo dessa doutrina autonomista a seguinte enumeração de características:

Em síntese, a relação jurídica reveste-se das seguintes características: é autônoma (não se confunde com a relação jurídica que se discute no processo), trilateral (dela participam autor, réu e juiz), pública (o juiz nela figura como órgão do poder estatal), complexa (há recíprocos direitos, deveres e ônus) e dinâmica (desenvolve-se progressivamente até um ato final). (WAMBIER, 2005, p. 173)

A teoria da ação como direito autônomo, que considera a relação processual como estritamente independente das relações de direito material, em que pese representar um grande avanço para o direito processual, cria a exigência de uma análise mais acurada dos efeitos da transação extrajudicial sobre a lide. Conquanto não seja comum, há casos em que a relação de direito material interfere e até determina o destino do processo.

Para fins de análise, diferencia-se a transação comum daquela que se realiza no compromisso de ajustamento de conduta, em razão da qualidade de título executivo desta última.

A interferência do compromisso de ajustamento de conduta na relação processual é mais intensa que a da transação comum, precisamente por sua executoriedade.

Nada obsta que o compromisso seja levado a juízo para homologação ou com objetivo de demonstrar renúncia ou reconhecimento de direito. Mas esta não é a sua utilidade precípua.

Constituído em título, o compromisso invade a relação jurídica processual para fulminar uma das condições da ação, que é o interesse de agir e, em consequência, extinguir prematuramente a própria relação.

Sobre o interesse de agir, assim o descrevem *Cintra, Grinover e Dinamarco*:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse

prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. (2001, p. 259)

A aferição da necessidade e da utilidade do processo, na forma como justificada pela doutrina, atende a uma questão de ordem prática, de economia processual.

Mas o pragmatismo ínsito na norma processual acaba por criar uma exceção ao postulado da autonomia da ação e da relação processual. Em linguagem metafórica, pode-se afirmar que a aferição do interesse de agir, assim como das demais condições da ação, cria uma pequena fresta na redoma sobreposta à relação processual, por onde esta entra em contato com a relação de direito material.

Excepcionando a regra, nessa situação o negócio de direito material não é simples objeto da relação processual, mas irradia ele próprio os seus efeitos processuais.

Transparece com perfeição, portanto, a natureza heterotópica da transação, que produz tanto efeitos de direito material quanto efeitos de direito processual.

Estes últimos se consolidam com a perda do interesse de agir do compromissário. O órgão público tomador, e a própria pessoa compromitente, implicitamente admitem que o cumprimento das obrigações avençadas na transação satisfazem o interesse defendido por um e resistido pelo outro. Logo, torna-se desnecessário ingressar em juízo com uma ação de conhecimento, pois o direito que poderia ser perseguido pelo órgão compromissário já se tornou incontroverso no compromisso.

Ademais, não há sequer necessidade de homologação judicial, pois a natureza executiva do título é decorrência automática da Lei.

A renúncia ao interesse processual é a grande concessão do órgão público. O legitimado defende interesses reconhecidamente indisponíveis, mas ainda assim está legalmente autorizado a tomar compromisso das pessoas a quem se imputam violações desses interesses.

Pelo acordo de vontades, o compromitente se obriga a adequar sua conduta aos ditames legais. Contudo, normalmente vai além disso.

Admite também cumprir a lei de acordo com a interpretação proposta pelo compromissário, conforme consignada no termo, ou mesmo reparar ou compensar os efeitos de violações pretéritas.

Os ônus do comprometente podem parecer bastante severos à primeira vista. Mas os seus benefícios também não são pequenos.

Superada a visão ingênua de que o órgão público tomador a nada se obriga, e de que o comprometente assume uma postura de reconhecimento unilateral e desinteressado da ilicitude de sua conduta, torna-se necessário levar em consideração os efeitos processuais que lhe são favoráveis.

Tomado o compromisso do interessado, o órgão público abdica do interesse de agir em juízo e limita os efeitos de sua atuação às obrigações consignadas no compromisso. O negócio revela assim a sua bilateralidade: de um lado o interessado se obriga a adotar tal conduta; de outra parte, o tomador se vincula a perseguir exclusivamente o cumprimento daquelas mesmas obrigações.

O reconhecimento da natureza transaccional plena do compromisso, destacando-se sua bilateralidade e a reciprocidade dos direitos e deveres de natureza material e processual, resolve alguns problemas conceituais.

A primeira questão superada — mais de conteúdo ético do que jurídico — é a que diz respeito às vantagens recíprocas do compromisso. A ideia de que os interessados admitem espontaneamente a ilicitude de sua conduta e decidem se portar de forma diversa sem que nada recebam em troca parece incompatível com os patamares tanto de democracia quanto de litigiosidade reinantes na sociedade moderna. O reconhecimento da onerosidade bilateral do compromisso preenche essa lacuna do senso comum.

A segunda questão respondida se refere à indisponibilidade dos interesses defendidos pelo órgão público. Se são mesmo indisponíveis, como poderia o compromissário admitir a modificação de elementos obrigacionais como o modo e o tempo de satisfação desses interesses?

A resposta é direta: o compromissário não pode. Uma vez reconhecido que o compromisso tem efeitos apenas processuais para o tomador, é decorrência lógica que as obrigações legais fiquem

preservadas em sua integralidade. Dessa forma, quando o órgão público concede ao interessado um determinado prazo para cumprir uma obrigação legal já vencida, ele está apenas afirmando que não intentará a ação judicial durante o prazo estipulado, mas não está conferindo legalidade à mora do compromitente.

Como não há alteração no conteúdo das obrigações, durante o prazo concedido o compromitente fica sujeito à atuação de qualquer outro colegitimado à defesa do interesse violado.

Tome-se como exemplo um caso hipotético em que o Ministério Público conceda prazo para uma empresa instalar determinado equipamento de proteção do meio ambiente, conforme previsto em norma técnica. Durante este prazo, o Ministério Público fica impedido de intentar qualquer medida judicial por ausência de interesse processual. Entretanto, como a formalização do compromisso não modifica o elemento temporal da obrigação, é possível que, mesmo no curso do prazo, uma entidade colegitimada, como uma associação de defesa ambiental, resolva ajuizar uma ação civil pública e consiga uma liminar para interditar a atividade. O compromisso também não impediria a imposição de multa administrativa pelos órgãos de polícia ambiental.

Se, como pretende a maioria dos doutrinadores, o compromisso modificasse características das obrigações, como prazo e modo, qualquer órgão legitimado poderia vincular a atuação dos demais. Uma vez concedido o prazo, a obrigação simples se converteria em obrigação a termo.

Mas isso não ocorre porque a obrigação tem conteúdo indisponível, imutável em todos os seus caracteres. No caso hipotético, o que o Ministério Público transacionou foi o seu próprio interesse de agir, enquanto a obrigação permanece exigível por quem mais detenha legitimidade na sua defesa.

Na prática jurídica brasileira, o laconismo da legislação, aliado à ausência do debate acadêmico sobre o tema, tem conduzido a algumas dificuldades na atuação dos órgãos de defesa dos interesses transindividuais, mas não ao ponto de inviabilizar a utilização do compromisso de ajustamento de conduta com efeitos de transação.

Em regra, o Ministério Público, que se destaca pela larga utilização desse instrumento, tem reconhecido tacitamente a perda de interesse de agir quando formaliza compromisso de ajustamento de conduta, deixando para ingressar em juízo somente após o comprovado descumprimento do pacto. Os próprios compromitentes também o admitem, pois, embora haja razoável número de ações anulatórias de compromisso, os argumentos têm se concentrado na irregularidade na formação do negócio, como indução a erro, coação e irregularidade de representação do compromitente.

Vê-se, dessa forma, que a natureza transaccional do compromisso e o seu efeito processual de perda do interesse de agir do compromissário acabaram por aceder definitivamente à cultura jurídica nacional.

Superado o problema da indisponibilidade dos interesses materiais defendidos pelos órgãos públicos legitimados, uma vez que no compromisso tais interesses não sofrem qualquer flexibilização, resta esclarecer se e em que medida seria possível a disposição do interesse de agir.

4.1. Disponibilidade do interesse processual pelo Ministério Público

O caráter transaccional do compromisso de ajustamento de conduta, uma vez admitido, implica a necessidade de reconhecimento de um ato de renúncia por parte do órgão público tomador. Mas o ato de renúncia, para ser considerado válido, precisa incidir sobre um direito ou interesse jurídico dotado de disponibilidade.

Conforme já exposto neste mesmo capítulo, o objeto da renúncia é sempre e apenas o interesse de agir.

Diante da constatação ou do indício de violação dos interesses transindividuais, o órgão público depara-se com a possibilidade de escolha entre o ajuizamento da ação civil pública e a admissão do compromisso. Para exercer este ato de disposição do interesse de agir, o legitimado, que é parte da Administração Pública, precisa estar legalmente investido de discricionariedade. Assentindo com o acordo, o tomador do compromisso assume espontaneamente uma limitação significativa no seu poder de atuação, em vista de uma contrapartida de obrigações com conteúdo material determinado.

O poder discricionário, longe de ser um poder ilimitado ou passível de exercício arbitrário, representa apenas um conjunto de possibilidades de ação da autoridade pública, sempre direcionado à consecução de uma finalidade expressa na lei ou presumida do ordenamento. Orientando-se inclusive pelas lições de *Vítor Nunes Leal* e *Seabra Fagundes*, *Leonardo José Carneiro da Cunha* esclarece com propriedade os limites de qualquer atuação:

A adoção da providência adequada, longe de constituir medida tomada ao exclusivo talante do administrador público, deflui do próprio ordenamento positivo, ou melhor, do princípio da legalidade que exige sejam obedecidos os ditames legais que norteiam e disciplinam a atividade administrativa, vinculada ou discricionária.

Eis que exsurge o primeiro limite de exercício do poder discricionário: a própria lei. Ora, se a discricção outorgada à autoridade pública decorre da lei, aquela mesma discricção deve ser exercida nos precisos limites definidos no texto legal. Fora daí, a atuação administrativa será tisonada de ilegalidade.

[...]

A par da legalidade, a discricionariedade tem como limite a finalidade pública, cuja persecução cumpre à autoridade empreender. Há que se ter, “como intrinsecamente próprio de todo ato administrativo a conformação, direta ou indireta, ao interesse público”, sob pena de restar malferida a própria norma jurídica. (2007, p. 480)

Em síntese, é possível sustentar que a medida do poder discricionário tem dois parâmetros de aferição. Primeiro é preciso que a Lei não imponha um conteúdo necessário ao ato da autoridade e, em segunda exigência, que a opção adotada pelo órgão público seja compatível com a finalidade da norma jurídica.

Analisando as possibilidades de atuação em face da comprovada ou suposta violação de interesses transindividuais, percebe-se que a

Lei n. 7.347/85 outorgou uma opção aos órgãos legitimados para escolherem entre a promoção da ação civil pública e a tomada de compromisso, embora o texto pudesse ter sido mais direto e objetivo que o seguinte:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 1985)

O dispositivo que regula o compromisso de ajustamento de conduta figura como parágrafo de um artigo cuja cabeça trata da legitimidade para propor ação civil pública. Considerando que “o parágrafo é o complemento aditivo ou restritivo do *caput* do artigo” (MACIEL; PENNA; p. 13), é razoável entender que se trata de uma autorização criadora de via alternativa ao ingresso em juízo, uma vez que o compromisso em nada amplia a legitimidade dos órgãos para a ação.

A instituição legal de opção entre os dois instrumentos de atuação abre espaço para o exercício de um poder discricionário sobre o conteúdo do ato que melhor atende à finalidade da Lei.

No âmbito do Ministério Público, outros elementos normativos podem ser agregados para reforço desse poder discricionário. O mais importante deles é o comando do parágrafo primeiro do art. 127 da Constituição Federal, que estabelece a independência funcional como princípio institucional do Ministério Público.

Vários autores, a exemplo de *Saraiva* (2005, p. 118), *Leite* (2002, p. 51) e *Moraes* (2005, p. 543), destacam que o princípio da independência funcional afasta a vinculação hierárquica dos membros do Ministério Público na sua atividade finalística, o que torna os seus membros limitados apenas pela finalidade da Constituição, das leis e da sua própria consciência. Trata-se portanto da instituição de um poder discricionário, em cujo exercício o membro exerce da forma mais autônoma possível a opção pelos instrumentos legais disponíveis e pela complementação dos conteúdos jurídicos indeterminados.

Observadas as competências de cada sujeito quanto à sua posição processual, a independência funcional tem conteúdo muito próximo ao princípio do livre convencimento fundamentado, que norteia a atividade judicante. Ressalte-se mais uma vez que não se trata de um poder ilimitado, pois ambos estão sujeitos a fortes instrumentos de controle, não obstante a consideração desses controles refujam ao objeto do presente estudo.

O manejo da ação civil e do compromisso de ajustamento pelo Ministério Público estão intimamente relacionados à sua atuação precípua. Tanto que *Hugo Nigro Mazzilli* sustenta a existência de uma “discricionariedade controlada” (2006, p. 82). A combinação entre as atribuições irrenunciáveis de defesa dos direitos e interesses transindividuais e a necessidade de optar entre a propositura da ação e a tomada de compromisso, diante uma comprovada violação, não permite que o Membro se esquive da responsabilidade de adotar a medida adequada.

Com isso não se pretende afirmar que outros órgãos não detenham poder discricionário, inclusive para tomar compromisso de ajustamento de conduta e limitar seu próprio interesse de agir. Para os demais órgãos e entidades da Administração Pública, sobretudo os integrantes do Poder Executivo ou a ele vinculados, o exercício do poder discricionário tem a mesma abrangência, podendo o legitimado optar entre ajuizar a ação ou tomar compromisso, conforme previsto na Lei n. 7.347/85. Outros elementos normativos, entretanto, tornam difícil e por vezes inviabilizam essa forma de atuação.

Os órgãos que exercem o poder de polícia administrativa, por exemplo, apesar de defenderem interesses difusos e coletivos, têm sua atribuição vinculada a atos e procedimentos específicos que, de um lado tornam a propositura da ação incompatível com a organização normal do trabalho, e de outro esvaziam a possibilidade de negociação.

A tomada do compromisso, portanto, implica um prévio juízo de suficiência da medida para satisfação do interesse defendido pela entidade pública. Nesse procedimento, a autoridade assume o ônus de sopesar as vantagens e desvantagens entre a admissão de um compromisso voluntário e o ajuizamento de uma ação, devendo sempre optar pela posição que permita a máxima preservação do interesse

defendido. As variáveis são tão complexas e particulares que não cabem em parâmetros rígidas de decisão. O ato implica necessariamente uma opção discricionária da autoridade compromissária, discricionariedade esta que tem como base legal a Lei n. 7.347/85 — notadamente quando se estabelecem formas alternativas e excludentes de atuação — e, particularmente para o Ministério Público, o princípio institucional da independência funcional, na forma da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

O compromisso de ajustamento de conduta firmou-se como um elemento essencial na seara da tutela de direitos e interesses transindividuais. Em alguns anos de vigência do dispositivo legal que o instituiu, converteu-se em um poderoso e efetivo instrumento de defesa desses interesses.

A legislação, contudo, é escassa na regulação do instituto, o que acabou por criar dificuldades até mesmo na teorização da sua natureza jurídica, tema basilar para qualquer estudo mais aprofundado.

Refazendo o caminho da maioria dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, percebe-se que a caracterização do compromisso como negócio jurídico é praticamente incontestada. A generalidade da categoria de ato negocial, entretanto, torna essa classificação de pouca ou nenhuma utilidade.

Dentre os incontáveis tipos de negócio, o compromisso amolda-se às características de uma transação plena, da qual participam os órgãos públicos encarregados da defesa dos direitos transindividuais, de um lado, e do outro a pessoa a quem se imputam violações desses direitos.

Na transação, o compromitente assume determinadas obrigações de direito material, assentindo em se portar da forma proposta pela autoridade pública. Em contrapartida, a autoridade vincula seu interesse processual ao cumprimento do compromisso, o que ocasiona óbice intransponível ao aperfeiçoamento da relação processual da ação civil pública.

Analisando-se o conteúdo do ato, não se vislumbra disposição do interesse coletivo defendido pelo órgão público, mas apenas do interesse processual deste último. A disposição se torna possível com o reconhecimento do poder discricionário da autoridade. Especificamente em relação aos órgãos do Ministério Público, essa discricionariedade é reforçada pelo princípio institucional da independência funcional.

A partir da tomada de posição pela natureza transacional do compromisso de ajustamento de conduta, pode-se enfrentar com honestidade alguns aspectos inquietantes da tutela dos direitos e interesses coletivos, como os efeitos da transação em relação às pessoas e órgãos que não participam do acordo e a inconstitucionalidade das eventuais normas que venham a admitir modificações de prazo e modo de cumprimento de obrigações previstas em Lei.

De qualquer forma, o tema da natureza transacional do compromisso de ajustamento de conduta não pode ser tido como um fim em si. Pelo oposto, com ele se descortina uma série de inquietações e desafios.

6. REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstrução dos bens lesados. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVII, n. 33, p. 122-129, mar. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Lei n. 7.347, de 24.7.85. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: (Comentários à Lei Antitruste)*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. São Paulo: Rideel, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida; PENNA, Sérgio F. P. de O. *Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos*. Brasília: Senado Federal, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo I: Introdução. Pessoas físicas.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo III: fatos jurídicos.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JR., Nélson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre elementos volitivos e a declaração*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Edson Braz da. Inquérito civil trabalhista. Termo de ajuste de conduta. execução do termo de ajuste de conduta na justiça do trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano X, n. 20, p. 10-20, set. 2000.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTr, 2004.

WABIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM *DWORKIN*

Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda^(*)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo estabelecer os pilares da teoria de *Ronald Dworkin* sobre a distinção entre princípios e regras, para em seguida elaborar uma pequena digressão quanto às críticas que lhe são dirigidas pela doutrina nacional, encerrando o trabalho com a defesa da tese de *Dworkin*, com algumas ressalvas quanto à questão da única resposta correta para os casos difíceis. São ratificadas as teses de que: a) existe uma diferença qualitativa entre princípios e regras; b) os princípios, quando em conflito, são ponderados, enquanto as regras são aplicadas segundo o critério de validade, e c) desobedecer a um princípio é mais grave do que desobedecer a uma regra, porquanto esta última é a densificação daquele. Por fim, são também tecidas críticas acerca da tese da única resposta correta para os casos difíceis.

Palavras-chave: *Ronald Dworkin*, teoria dos princípios, normatividade dos princípios, *hard cases*, ponderação de princípios, aplicação de regras.

1. INTRODUÇÃO

A teoria dos princípios de *Dworkin* tem alicerçado a doutrina dos direitos fundamentais da atualidade, sendo instrumento precioso para ponderação de valores e estabelecimento de distinções conceituais e funcionais entre princípios e regras. A sua importância, por conseguinte, é fulcral para a interpretação do Direito, na medida em que norteia a sua aplicação ao caso concreto e estabelece premissas axiológicas

(*) Procuradora do Trabalho da 5ª Região/BA, Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

para a solução que melhor se coadune com os paradigmas vigentes em determinada sociedade, considerando ademais o seu contexto histórico.

O objetivo do presente trabalho, desta sorte, foi o de estabelecer os pilares da teoria de *Dworkin* sobre a distinção entre princípios e regras, para em seguida elaborar uma pequena digressão quanto às críticas que lhe são dirigidas pela doutrina nacional, encerrando o trabalho com a defesa de suas teses, com algumas ressalvas quanto à questão da única resposta correta para os casos difíceis, mas ratificando as assertivas de que: a) existe uma diferença qualitativa entre princípios e regras; b) os princípios, quando em conflito, são ponderados, enquanto as regras são aplicadas segundo o critério de validade, e c) desobedecer a um princípio é mais grave do que desobedecer a uma regra, porquanto esta última é a densificação daquele.

Inicialmente foi elaborada uma explanação acerca do positivismo norte-americano, indispensável à compreensão da teoria de *Dworkin*, que expressamente afirma ser contrária aos seus postulados. Em seguida, plasma-se a teoria dos princípios em seus mais relevantes aspectos, para logo depois destacar a crítica de *Humberto Ávila* e de parte da doutrina nacional. A crítica é então rechaçada, sendo defendida a tese de *Dworkin*, que ilumina todo o entendimento contemporâneo acerca da normatividade dos princípios, sendo escólio precipuamente do neoconstitucionalismo. Por derradeiro, são tecidas importantes considerações acerca da única resposta correta e os dois fundamentos apresentados por *Dworkin* para sua ratificação, e em seguida são apreciadas as críticas quanto a este entendimento.

2. A TEORIA POSITIVISTA NORTE-AMERICANA SOBRE O SISTEMA JURÍDICO

Ronald Dworkin expressamente define a sua teoria como uma crítica ao positivismo prevaiente nos Estados Unidos, capitaneado por *Herbert Lionel Adolphus Hart*. Entrementes, antes de adentrarmos o ponto fulcral da teoria de *Hart*, é imperiosa uma digressão acerca do início do positivismo americano.

No século XIX, *John Austin* elaborou a teoria de que o direito é um conjunto de regras de caráter geral e impessoal ditadas pelo

soberano, que tem o poder de aplicar uma sanção a todos aqueles que não a obedecem. Considerando que o soberano não é capaz, por ser humanamente impossível, de regulamentar todas as condutas, então delega parte do seu poder a agentes públicos — os juízes — para criar novas regras sempre que casos inéditos ou problemáticos se apresentem. Este poder de criar novas ordens, portanto, é denominado poder discricionário. O juiz, então, cria novas regras ao julgar os casos difíceis, e o soberano pode anular as suas sentenças ou, ao não fazê-lo, concordar tacitamente com o que foi decidido. Esta era, portanto, a teoria prevalecente no direito americano, que sofreu críticas por parte dos doutrinadores em pelo menos dois aspectos. Em primeiro lugar, o fundamento da teoria de *Austin* era a autoridade da força, vez que o soberano poderia infligir penas e castigos para aqueles que o desobedecessem. Sob esta ótica, não haveria qualquer distinção, portanto, na ordem emanada por uma autoridade e na ordem ditada por um bandido, por exemplo, um chefe do narcotráfico. E, em segundo lugar, é mister asseverar que, em sociedades complexas, é muito difícil estabelecer qual a vontade do “soberano”, pois o poder é fragmentado em diversos setores, órgãos e entidades cuja “vontade” muitas vezes não pode ser identificada com facilidade.

No escopo de responder a estas críticas, portanto, surge a teoria de *H. L. A. Hart*. Em seu entendimento, o direito também é um conjunto de regras jurídicas, mas de duas espécies: regras primárias e regras secundárias. Regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. Regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras primárias devem ser estabelecidas, modificadas ou extintas⁽¹⁾. Em sua teoria, a autoridade de uma regra não depende da força ou do poder político do grupo ou segmento social que as edita, ao contrário da teoria de *Austin*. Haveria, nesta ordem de ideias, duas fontes possíveis para a autoridade de uma regra: a aceitação social da regra como padrão de conduta e a promulgação de uma regra de conformidade com a regra secundária que assim determina.

Em outras palavras, uma regra primária que estabelece, por exemplo, o pagamento de determinado imposto, seria obrigatória

(1) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 31.

porque uma regra secundária que estipula o seu surgimento foi obedecida — no caso do direito brasileiro, porque o Congresso Nacional fixou os seus parâmetros de pagamento, obedecendo aos critérios de iniciativa legislativa, *quorum de votação*, prazos para emendas e sanção ou veto do Presidente da República. Significa afirmar que todo o processo legislativo, que nada mais é do que um conjunto de normas secundárias por excelência, foi observado para edição da norma que cria uma obrigação jurídica. Prosseguindo no seu raciocínio, afirma que a regra secundária fundamental, da qual se originariam todas as outras, é denominada *regra de reconhecimento*, uma espécie de *pedigree* das normas, ou seja, um critério normativo a partir do qual seria possível afirmar a validade ou não das normas dela derivadas.

Em sociedades primitivas, prevalecem as normas que têm sua autoridade derivada da simples aceitação social; nas complexas, contudo, a regra de reconhecimento pode ser simples (como em *Austin*, é norma o que o rei decreta) ou pode ser mais elaborada, como por exemplo uma Constituição Federal.

Seguindo o mesmo pensamento de *Austin*, *Hart* afirma que, quando o juiz se depara com um caso difícil, para o qual não existe uma norma de regulamentação, há o exercício do poder discricionário, ou seja, o juiz cria uma nova regra a ser obedecida pelas partes, que antes não existia no ordenamento jurídico. Neste sentido, o juiz não apenas adapta a regra existente às contingências sociais, econômicas, culturais e políticas, utilizando-se de uma certo senso criativo com o material existente; a palavra criar, neste contexto, significa que há um verdadeiro “parto” de uma nova regra.

Dworkin afirma que ordinariamente a locução “poder discricionário” é utilizada em sentido forte e em sentido fraco. Em sentido fraco, significa justamente o poder que detêm as autoridades de adaptar as regras existentes, tornando-as mais razoáveis, mais condignas com a realidade social, com o momento histórico, com as circunstâncias fáticas, etc. Este poder, segundo *Dworkin*, é inerente à própria aplicação do direito, e seu âmbito abrange não apenas as autoridades judiciárias, mas principalmente as que exercem atribuições na Administração Pública, porquanto o conjunto de regras de que se compõe o direito não é estático, rígido e engessado. Este, todavia, não é o sentido de poder discricionário utilizado pelos positivistas, quando afirmam o seu

exercício pelo Judiciário nos casos difíceis. O sentido forte, portanto, é de que há efetivamente a criação de uma nova regra, ou seja, uma nova ordem nasce para o mundo jurídico a partir da decisão judicial — é o sentido empregado por *Hart* e pelos demais positivistas ao fundamentarem suas teses.

Encerrando sua teoria, *Herbert Hart* assevera que, em todas as sociedades, primitivas ou mais desenvolvidas, a regra de reconhecimento em última análise está fundamentada na aceitação social, tendo sido editada, por exemplo, pelo grupo que alcançou o poder ou por uma maioria de eleitores, o que se traduz por fim no mesmo critério: aceitação social.

O positivismo jurídico traduziu-se na redução do Direito à norma, negando a existência de qualquer direito que não fosse conferido pelo ordenamento jurídico de cada Estado. Segundo *Luís Roberto Barroso*⁽²⁾,

[...] correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

(2) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24-25.

O que há de comum em todas as correntes positivistas é a assepsia valorativa do Direito. Conforme ensinamento de *Hans Kelsen*, seu maior expoente de todos os tempos, os valores existem no Direito, não há como negar a sua importância. Todavia, no momento em que o juiz prolata a sua decisão, ou seja, no momento em que deve densificar a carga valorativa da norma, pratica ato de vontade, não ato de razão. Desta sorte, a sentença é um ato que escapa ao âmbito da ciência do direito, sendo considerado um simples ato de vontade. A sua grande contribuição consistiu em separar do Direito todo o conhecimento que anteriormente se encontrava a ele amalgamado, como a sociologia, a moral, a ética, etc. Neste sentido⁽³⁾:

A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supraindividual, supraempírica-metafísica — concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos — mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo o mais exata possível liberta de todo juízo de valor ético-político.

Historicamente, coincide o positivismo jurídico com a internacionalização e a positivação dos Direitos Fundamentais, após a Revolução Francesa. A sua decadência coincide com a derrocada do nazi-fascismo, no final da II Guerra Mundial, após a constatação de que o mito da “neutralidade” do Direito assegurava a primazia dos detentores do poder, olvidando os limites éticos para a sua atuação.

A teoria dos princípios de *Dworkin*, portanto, representa uma crítica ao positivismo, em especial a *Herbert Hart*, e à assepsia valorativa do Direito.

(3) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 134.

3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM DWORKIN

Segundo *Hart*, o direito é um conjunto de regras, que podem ser classificadas em regras primárias ou secundárias; segundo *Dworkin*, o direito é um conjunto de regras, princípios e políticas públicas.

Política é um padrão normativo que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria no aspecto econômico, político ou social da comunidade. Princípio é um padrão normativo a ser obedecido porque estabelece uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁽⁴⁾. Exemplificativamente, o padrão que estabelece a necessidade de redução do número de acidentes automobilísticos é uma política, assim como o que estabelece instrumento de combate ao trabalho infantil. Princípios são enunciados valorativos, que fixam *standards* a serem observados pelas partes, em suas relações privadas, ou ainda pelo poder público. O princípio da proteção da intimidade, por exemplo, tanto os contratos entre particulares quanto a conduta da Administração Pública.

A principal distinção estabelecida por *Dworkin*, e atualmente majoritária na doutrina brasileira, é a que considera diferenças qualitativas entre princípios e regras.

Regras são normas jurídicas das quais se extraem consequências jurídicas específicas, ou seja, uma vez ocorridos os fatos descritos em seu enunciado, a consequência jurídica é tangível e delimitada. Dos princípios, ao contrário, não se extraem consequências específicas, automáticas; apenas enunciam uma razão que conduz ao argumento em uma certa direção. Por exemplo, do princípio da proteção do hipossuficiente, em causas trabalhistas, não é possível extrair uma consequência automática, em abstrato; mas num caso concreto, o juiz poderá deferir ou indeferir determinado pedido, sob este fundamento, porquanto a conduta em sentido diverso violaria o seu enunciado. Da regra que estabelece o direito a horas extraordinárias, por exemplo, pode-se extrair uma consequência específica: uma vez extrapolada a jornada diária ou semanal, faz jus o empregado ao pagamento das horas laboradas, com adicional de no mínimo cinquenta por cento.

(4) DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 36.

Desta conceituação extraem-se ilações muito relevantes. A primeira é de que as regras são logicamente aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*). Significa que, num caso concreto, ou uma regra é válida e deve incidir sobre a hipótese fática, ou não é válida e não se aplica.

Ao se deparar com uma regra, o jurista deve observar se os fatos nela estabelecidos como premissa de incidência se encontram consumados na realidade concreta; uma vez verificada a hipótese, a norma incide de forma imediata, ordinariamente por subsunção, não dando margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. A regra, portanto, pode ser válida ou inválida para o caso concreto, nunca admitirá uma aplicação flexível e ponderada. Existindo colisão entre regras, somente uma delas prevalecerá, pelos postulados de que a lei posterior revoga a anterior, a lei especial sobrepõe-se à geral e pelo princípio máximo da hierarquia, cujo enunciado é de que as regras de maior hierarquia devem sempre prevalecer.

Os princípios, ao revés, densificam uma carga valorativa e abrigam decisões políticas. Por esta razão, a colisão entre princípios não se resolve pela exclusão de um deles, mas pela ponderação, ou seja, utiliza-se uma técnica pela qual se busca estabelecer o pesos de cada um dos princípios envolvidos. Na decisão, serão sopesados e contrabalançados os princípios, para determinar em que medida cada um irá ceder em função do outro, porquanto ambos serão aplicados e terão incidência sobre o caso concreto. Em algumas hipóteses, todavia, a interpretação pode conduzir à ilação de que o afastamento de um dos princípios estabeleceria a decisão mais justa; este é um caso possível e até admissível, em face da flexibilidade, maleabilidade e indeterminação que caracterizam os princípios.

Neste mesmo sentido, destaca *Ana Paula de Barcellos*⁽⁵⁾:

[...] O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como

(5) BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49-118, p. 57. Ressalte-se que a autora admite a ponderação de regras e que estas devem prevalecer quando em confronto com os princípios.

um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes. A ponderação também se presta a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, a despeito do esforço do intérprete, haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicação negada em casos específicos.

Quando dois princípios se inter cruzam, o Juiz tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta mensuração, evidentemente, não é rígida e exata; muito ao contrário, dependerá de suas idiossincrasias e da sua pré-compreensão.

Outra importante consequência, já asseverada, é de que as regras admitem a subsunção dos fatos; os princípios, ao contrário, não se adaptam a esta técnica positivista de formulação de premissa maior (norma), premissa menor (fatos) e conclusão (decisão judicial), porquanto carregam em si enunciados axiológicos.

Neste diapasão, é possível asseverar a prevalência de um princípio sobre outro apenas no caso concreto; a técnica de ponderação, portanto, requer a apreciação das circunstâncias fáticas para verificação do peso a ser atribuído a cada um dos princípios em confronto. No caso das regras, é possível afirmar a sua validade *in abstracto*: exemplificativamente, observando o seu enunciado, se constitucional ou não, ou avaliando se há norma posterior que a derogue, ou se há infringência de norma hierarquicamente superior, etc. Enfim, é possível estabelecer, sem qualquer enunciação acerca de fatos, se uma regra é válida ou inválida; quanto aos princípios, o seu sopesamento somente ocorre no caso concreto.

É mister gizar que a forma de um padrão normativo nem sempre deixa extreme de dúvidas a sua natureza jurídica: se um princípio ou uma regra. Todavia, o paradigma a ser observado é precisamente o que os distingue: ser possível ou não extrair consequências jurídicas de seu enunciado.

Voltando à teoria de *Hart*, que apenas distingue entre regras primárias e secundárias, é notório que não há espaço para os princípios no Direito: para os positivistas, são elementos extrajurídicos, que estão

à parte do universo conceitual da ciência do direito. Em sua crítica, afirmam que, exatamente por não possuírem consequências específicas, os princípios não detêm força normativa, podendo ou não ser aplicados pelo juiz no caso *sub examine* de acordo com suas convicções éticas.

A teoria de *Dworkin*, ao revés, traz os princípios — e consequentemente os valores — para a órbita do Direito, destacando a sua normatividade e obrigatoriedade de sua observância.

Por derradeiro, mas não menos importante, cumpre ressaltar que a distinção entre regras como mandados de definição e de princípios como mandados de otimização é derivada da teoria de *Dworkin* e com ela se coaduna; a sua autoria, todavia, deve ser creditada a *Robert Alexy*⁽⁶⁾:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Destarte, são estes os pontos mais relevantes da teoria dos princípios de *Ronald Dworkin*, indispensáveis à compreensão de sua crítica pela doutrina nacional.

(6) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

4. A CRÍTICA À TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM DWORKIN POR HUMBERTO ÁVILA

Na doutrina nacional, a crítica à teoria dos princípios em *Dworkin* encontra-se capitaneada por *Humberto Ávila*, para quem não existe diferença intrínseca ou qualitativa entre regras e princípios, mas apenas uma diferença funcional, que depende da interpretação do enunciado normativo.

De acordo com a tese sufragada por *Ávila*, a norma é o resultado da interpretação, enquanto o texto é o seu objeto. É imperioso, portanto, distinguir entre texto normativo e norma, vez que esta última é sempre o resultado da reconstrução pelo intérprete. Deste entendimento não discrepa *Eros Roberto Grau*⁽⁷⁾:

As normas, portanto, resultam da interpretação. É o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto de disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete.

Muito embora ambos os autores espossem a tese de que a norma é o resultado da interpretação e não o seu ponto de partida, é mister destacar que a conclusão de que o mesmo enunciado pode servir tanto como regra quanto como princípio é de autoria de *Humberto Ávila*. Para este último, as normas serão regras ou princípios a depender da colaboração constitutiva do intérprete⁽⁸⁾, ao reconstruir o sentido da norma.

Prosseguindo em seu raciocínio, afirma que, para o entendimento predominante, existem três critérios para distinção entre princípios e normas: o caráter hipotético-condicional, o critério do modo final de aplicação e o critério do conflito normativo. Para o presente estudo,

(7) GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 85.

(8) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35.

contudo, interessam apenas os pontos em que se estabelece uma crítica à teoria de *Dworkin*.

Com efeito, sustenta *Humberto Ávila* que tanto princípios quanto as regras podem ser ponderados, não sendo esta forma de solução de conflitos admitida exclusivamente para os princípios. Exemplificativamente⁽⁹⁾, quanto à regra de estupro presumido inculpada no art. 224 do Código Penal, assevera que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a suposta vítima era menor de 12 (doze) anos, terminou por afastar a tipicidade da conduta, sob fundamento de que havia circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência e a aparência de física e mental de pessoa mais velha, que rechaçavam configuração do crime.

Outro exemplo trazido à baila foi o de uma importação de pés de sofá, por uma pequena fábrica de estofados optante do regime simplificado de tributos federais, cuja exclusão do regime fiscal, como sanção pela importação realizada, foi anulada com escólio no argumento de que o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido apenas devido à simples importação de pés de sofá⁽¹⁰⁾.

Não é adequado, por conseguinte, falar em aplicação à maneira do tudo-ou-nada para as regras, vez que também quanto a estas pode haver a consideração de aspectos específicos, abstratamente considerados, assim como os princípios. Em resumo, também as regras admitem ponderação.

De acordo com o seu entendimento, princípios são normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um estado de coisas ideal para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Já as regras são normas imediatamente descritivas, são regras-do-que-fazer (*ought-to-be-norms*), pois estabelecem ações específicas a serem realizadas pelos seus destinatários. Por esta razão, conclui que desobedecer a uma regra é mais grave do que desobedecer a um princípio⁽¹¹⁾:

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave

(9) *Ibidem*, p. 45.

(10) *Ibidem*, p. 46-47.

(11) *Ibidem*, p. 90.

que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.

A tese defendida pelo referido autor é de que a maior relevância conferida aos princípios pela doutrina majoritária termina por beneficiar o decisionismo, as sentenças que são uma ode à retórica e à aplicação subjetivista do Direito, o que conduz ao conservadorismo⁽¹²⁾:

[...] O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função de razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado.

Ávila também distingue três espécies normativas, porém ao contrário de *Dworkin* corrobora a existência de regras, princípios e postulados. Em sua concepção, postulados são normas que estruturam a aplicação de outras normas, sendo portanto vazias de conteúdo axiológico. Subdividem-se em duas categorias: postulado hermenêutico,

(12) ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

do qual o único exemplo é o postulado da coerência, e postulados normativos, que são a ponderação, a concordância prática, a proibição do excesso, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Os postulados, portanto, são enunciados que auxiliam a estruturação e a aplicação de outras normas, mas que não contêm em si mesmos qualquer juízo de valor ou regra que determine um comportamento específico.

Em apertada síntese, portanto, a crítica à teoria de *Dworkin*, por *Humberto Ávila*, possui os seguintes aspectos mais relevantes:

- a) não há distinção qualitativa entre princípios e regras; o mesmo enunciado normativo pode ser utilizado com ambas as funções, tudo a depender da interpretação que lhe é conferido pelo aplicador do Direito;
- b) regras podem ser ponderadas, assim como os princípios, vez que também carregam consigo valores e demandam soluções, quando em conflito, não previstas pelo legislador;
- c) As espécies normativas podem ser classificadas em três categorias: regras, princípios e postulados, sendo que estes últimos apenas regulam a forma de estruturação das regras e princípios, sendo vazios de conteúdo axiológico;
- d) Desobedecer a uma regra é mais grave do que desobedecer a um princípio, pois as regras possuem uma carga de decidibilidade muito superior à dos princípios.

Entrementes, o entendimento que melhor se coaduna com a efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais, de fato, ratifica a diferenciação ontológica e intrínseca entre princípios e regras. Ora, não há como asseverar, apenas a título de exemplo, que o princípio da moralidade administrativa, da legalidade ou da igualdade possam ser aplicados como regras em determinados casos concretos. Existe, efetivamente, um conteúdo a ser preenchido pelo intérprete, tanto nas regras quanto nos princípios, porém este ponto de intersecção entre os conceitos não torna indiferentes ou idênticos, tudo a depender da

função escolhida pelo intérprete, como pretende fazer crer *Bergmann Ávila*. A própria utilização de conceitos indeterminados pelo legislador, maciçamente para construção de princípios, demonstra que existe, efetivamente, um campo de flexibilização e de porosidade que não é inerente às regras, pelo menos não *prima facie*. É certo que existem conceitos indeterminados também insculpidos em regras; tudo corrobora, portanto, o fato de que tanto as regras quanto os princípios encerram em si valores, e apenas isso.

Ora, considerando que as regras são a densificação dos princípios, a afirmação de que é admissível a ponderação de regras é verdadeira somente na medida em que são ponderados os princípios dos quais elas derivam. Em todos os exemplos citados por *Humberto Ávila*, exsurge cristalina a circunstância de que está efetivamente ocorrendo uma ponderação — mas não de regras; o que está sendo ponderado é o conjunto de valores a partir dos quais o legislador pretendeu fundamentar a própria existência da regra.

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inexistência do crime de estupro, por possuir a suposta vítima um discernimento pessoal, uma vida pregressa e uma aparência que lhe conferiam *status* de maior de 14 anos, na verdade ponderou o princípio da proteção da criança e do adolescente com o princípio da liberdade, e no caso concreto considerou que este último deveria prevalecer, pois de criança já não se tratava. Não há uma negação do princípio da proteção dos menores, nem de anulação do seu enunciado, o que deveria ocorrer se se tratasse de uma regra. O art. 224 do Código Penal continua incólume; o princípio do qual se origina o dispositivo é que merece ser sopesado, porque outros bens jurídicos também estão em jogo. O mesmo se pode afirmar quanto exemplo da importação dos pés de sofá: nada mais ocorreu do que a aplicação do princípio da razoabilidade, que afastou a aplicação da regra.

Por esta razão, também não há que se cogitar de maior importância para as regras, quando em conflito com os princípios. Considerando que as regras são a materialização e a densificação do princípio que a fundamenta, não há dúvida de que ao princípio deve ser atribuída maior relevância.

A distinção entre regras, princípios e postulados, por seu turno, é muito proveitosa para o intérprete e para a concretização da norma

jurídica. De fato, existem determinados enunciados que não carregam, em si mesmo, qualquer juízo de valor, mas devem ser utilizados, como uma técnica, para sopesamento de valores. Há discordância, contudo, quanto aos exemplos apresentados — o princípio da igualdade possui um conteúdo material, ao contrário do quanto asseverado por *Humberto Ávila*.

Esposa-se, destarte, o entendimento de que a teoria dos princípios de *Dworkin* apresenta maior cabedal teórico e maior consonância prática com a aplicação e interpretação das normas jurídicas, sendo relevan-tíssimo na doutrina de *Humberto Ávila* a diferenciação de uma terceira categoria de normas: os postulados. Amalgamando as duas concepções, é possível asseverar a existência de quatro categorias normativas: regras, princípios, políticas públicas e postulados.

Ressalte-se que não há incompatibilidade entre a conceituação de políticas públicas de *Dworkin* e os postulados de *Ávila*, porquanto não existe qualquer ponto de imbricação entre os dois conceitos e ambos podem ser utilizados de forma distinta pelo intérprete.

5. A ÚNICA RESPOSTA CORRETA, OS JUÍZOS DE EMPATE NA ESCALA E SUA CRÍTICA

Há um aspecto na doutrina de *Dworkin* que tem originado diversas críticas na doutrina e na jurisprudência: a afirmação de que, nos casos difíceis, existe apenas uma única resposta correta. Antes, porém, é necessária uma pequena teorização sobre as respostas dadas pelo positivismo norteamericano à questão, para melhor entendimento da tese do aludido autor.

Ab initio, cumpre estabelecer que os denominados *hard cases* não são casos em que a prova dos autos se encontra dividida, de modo que o julgador poderá deferir ou indeferir o pedido, e ambas as decisões estarão bem fundamentadas. *Hard cases*, portanto, são situações concretas em que teses jurídicas encontram-se em confronto, uma vez tendo sido demonstrados os fatos. Esta ressalva assume importância na medida em que é correta a afirmação de que os casos difíceis podem ser julgados tanto por tribunais que apreciam a prova quanto por tribunais que julgam recursos extraordinários, que não admitem a discussão sobre a demonstração ou não dos fatos alegados.

De acordo com a teoria ortodoxa norte-americana, os juízes decidem de acordo com as normas estabelecidas no ordenamento jurídico, como regra geral; excepcionalmente, e apenas no caso de não existir uma regra que regulamente a matéria em questão, o juiz deve decidir no exercício do poder discricionário, ou seja, criando uma nova regra que antes não existia no ordenamento. Esta atividade, portanto, é geratriz; é um verdadeiro “parto” de uma nova regra. A decisão, por conseguinte, é uma questão de política, não de princípio.

Dworkin se opõe de modo veemente a esta concepção, sob fundamento de que, ao criar uma nova regra, o juiz subverte o devido processo legal, pois a norma será aplicada retroativamente. Ora, se antes de ser levado a juízo o caso concreto a regra não existia, é evidente que o juiz criou a regra de modo particular e casuístico, sem a devida generalidade e impessoalidade que a norma jurídica requer para possuir legitimidade. Ademais, criar a regra depois que o conflito se instalou pode significar, em muitos casos, a injustiça, porque a parte não pode sequer vislumbrar qual o direito incidirá sobre a hipótese *sub examine*. O segundo argumento para rechaçar o poder discricionário é de que o juiz, ao contrário do legislador, não pode ser responsabilizado politicamente pelos seus atos, não está submetido a uma opinião pública como os que exercem mandato legislativo e nem se submetem a uma eleição periodicamente, para avaliação da sua conduta. Se não são eleitos democraticamente, então, não podem se substituir ao legislador, que foi escolhido pela maioria⁽¹³⁾.

Ao contrário do quanto afirmado pelos positivistas, a decisão dos casos difíceis deve ser baseada em argumentos de princípio e não em

(13) Se este raciocínio é válido para o direito norte-americano, com maior razão ainda é válido para o Brasil. O Poder Judiciário, nos EUA, apresenta-se organizado em dois blocos distintos e autônomos: a Justiça Federal (da qual fazem parte a Suprema Corte, como órgão máximo, as Cortes de Apelação, como instâncias recursais, e as Cortes Distritais, como juízos federais de primeiro grau) e a Justiça de cada um dos Estados, organizada de acordo com suas respectivas constituições (com três ou quatro instâncias, a depender do Estado). Todos os juízes da Justiça Federal são indicados pelo Presidente da República (mesmo modelo adotado o Brasil para o STF), após sabatina pelo Senado. Os juízes federais são vitalícios e não há uma carreira, com promoções de uma instância para outra. Existem, contudo, eleições para ocupação dos cargos de juiz nos Estados, que têm mandato fixo. No Brasil, em geral, os juízes são submetidos a concurso público de provas e títulos, como regra geral, sendo admitida a indicação pelo Presidente da República, nos tribunais, a partir de listas elaboradas pelos membros da categoria ou de forma livre, como é o caso do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

argumentos de política, para *Dworkin*. A diferença entre ambos consiste em que, nos argumentos de princípio, tenta-se justificar uma decisão que beneficia pessoa ou grupo demonstrando que existe, efetivamente, o direito ao benefício. No argumento de política, a decisão é fundamentada mostrando-se que, apesar do fato de que os destinatários não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política. O exemplo clássico é o da propriedade ao lado da fábrica poluidora. Utilizando-se argumentos de princípio, é possível construir uma decisão que determine à fábrica a obrigação de adotar medidas que encerrem ou pelo menos reduzam a poluição, porquanto os proprietários vizinhos têm o direito de usufruir de sua propriedade sem poluição. Num argumento de política, a decisão seria baseada, por exemplo, no maior benefício de ausência de poluição para toda a comunidade⁽¹⁴⁾.

Destarte, conclui-se que a tese de *Dworkin* é contrária ao exercício do poder discricionário pelo juiz. Para solução dos casos difíceis, utiliza uma abstração: o Juiz Hércules, que, em sua própria dicção, seria uma jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas⁽¹⁵⁾.

Ao se deparar com um caso difícil, portanto, o Juiz Hércules deve perscrutar todo o ordenamento jurídico, em busca da razão mais apropriada para decidir, primeiro desenvolvendo uma teoria da Constituição, na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, e que fundamentem a política e os objetivos da nação. Em seguida, deve passar à análise da legislação infraconstitucional, como um árbitro do jogo de xadrez, para descobrir quais as razões ínsitas às regras do jogo, elaborando uma teoria política especial que justifique a norma em conflito. Para decidir o conflito, portanto, deve embasar-se nos valores adotados pela comunidade e que norteiam a conduta de seus membros — e a resposta a ser encontrada é a única correta. Em suma, a tarefa é hercúlea; não por outra razão foi escolhido o mito de *Hércules*⁽¹⁶⁾ para criar uma imagem,

(14) DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 452-453.

(15) DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 165.

(16) Impõe-se uma pequena explicação sobre a mitologia invocada. Na mitologia romana, Hércules era filho de Zeus e Alcmena. Seu pai tomou a forma do marido de Alcmena, Anfítrião, enquanto ele estava na guerra, e manteve relações com ela. Foi Hércules o mais célebre dos heróis da mitologia romana, símbolo do homem em luta contra as

uma abstração na qual todos os juízes devem se espelhar ao buscar a solução dos *hard cases*.

forças da natureza. Desde que nasceu teve de vencer as perseguições de Hera, esposa ciumentíssima de Zeus. Tanto é que, com oito meses de vida, estrangulou com as mãos duas serpentes que a deusa mandou ao seu berço para o matarem. Quando homem, sobressaiu-se pela sua enorme força. Por livrar a cidade de Tebas de um tributo que tinha de pagar à cidade de Arcádia, o rei da primeira, Creonte, casou-o com a sua filha mais velha, Mégara. Num acesso de loucura provocado por Hera, Hércules matou os filhos tidos com Mégara. Após recuperar a sanidade, Hércules foi a Delfos consultar o oráculo sobre o meio de se redimir desse crime e poder continuar uma vida normal. O oráculo ordenou-lhe que servisse, durante doze anos, o seu primo Euristeu, rei de Micenas e de Tirinto. Pondo-se Hércules ao seu serviço, o rei, simpatizante de Hera, que não cessava de perseguir os filhos adúlteros de Zeus, impôs-lhe, com a oculta intenção de o eliminar, doze perigosíssimos trabalhos, dos quais o herói sagrou-se vitorioso:

No Peloponeso, estrangulou o Leão de Nemeia, que devastava a região e cujos habitantes não conseguiam matar. Na segunda tentativa de matá-lo, sendo a primeira infrutífera, estrangulou-o após com ele lutar. Acabada a luta, arrancou a pele do animal com as suas próprias garras e passou a utilizá-la como vestuário.

Matou a Hidra de Lerna. Era uma serpente com corpo de dragão misturado com o de um cachorro, com nove cabeças (uma delas parcialmente de ouro e imortal), que se regeneravam mal eram cortadas e exalavam um vapor que matava quem estivesse por perto. Segundo a tradição, o monstro foi criado por Hera para matar Hércules, e ele matou-a cortando suas cabeças enquanto seu sobrinho lolau impedia sua reprodução, queimando suas feridas com tições em brasa. Por fim, o herói banhou suas flechas com o sangue da serpente para que ficassem envenenadas;

Alcançou correndo a corça do Monte Cerineu, com chifres de ouro e pés de bronze, consagrada à deusa Ártemis. A corça corria com assombrosa rapidez e nunca se cansava; Capturou vivo o javali de Erimanto, que devastava os arredores, ao fatigá-lo após persegui-lo durante horas. Euristeu, ao ver o animal no ombro do herói, teve tamanho medo que foi se esconder dentro de um caldeirão de bronze. As presas do animal foram mostradas no templo de Apolo;

Limpou em um dia os currais do Rei de Áugias, que continham três mil bois, e que há trinta anos não eram limpos. Estavam tão fedorentos que exalavam um gás mortal. Para isso, Hércules desviou dois rios;

Matou no Lago Estínfalo, com suas flechas envenenadas, monstros cujas asas, cabeça e bico eram de ferro, e que, pelo seu gigantesco tamanho, interceptavam no voo os raios do sol;

Venceu o touro de Creta, mandado por Posídon contra Minos;

Castigou Diómedes, filho de Ares, possuidor de cavalos que vomitavam fumo e fogo, e que eram alimentados por ele com os estrangeiros que naufragavam durante as tempestades e apareciam nas suas praias. O herói entregou-o à voracidade de seus próprios animais;

Venceu as Amazonas, tirou-lhes a rainha Hipólita, apossando-se do seu cinturão mágico; Matou o gigante Gerion, monstro de três corpos, seis braços e seis asas, e tomou-lhe os bois que se achavam guardados por um cão de duas cabeças e um dragão de sete;

Colheu as maçãs de ouro do Jardim das Hespérides. Este trabalho foi o mais difícil de todos, pois para encontrar o jardim, Hércules percorreu quase todo o mundo. Após ter encontrado o jardim, ainda teve de matar o dragão de cem cabeças que o guardava. Pediu a Atlas que o matasse e durante o trabalho foi Hércules que sustentou o céu nos ombros;

Desceu ao palácio de Hades e de lá trouxe vivo Cérbero, o cão de três cabeças, guardião do submundo.

Além da abstração do Juiz Hércules, *Dworkin* também elabora uma tese, como resposta a seus opositores, do juízo de empate na escala, no escopo de fundamentar a assertiva de existência de uma única resposta correta.

Tome-se um *hard case*, por exemplo, sobre a licitude da revista, feita pelo empregador ou seus prepostos, em bolsas e sacolas de seus empregados. Imagine-se então uma escala, como uma régua, na qual há duas extremidades, cada uma com uma resposta para este caso difícil. Assim, na extremidade da direita, por exemplo, estará a resposta A, na qual não é lícita a revista em bolsas e sacolas; na extremidade da esquerda está a resposta B, segundo a qual é lícita a revista em bolsas e sacolas.

Entre uma e outra resposta existe uma diferença de segurança na resposta dos juízes: a opinião do magistrado ou do aplicador do direito pode estar mais à direita da escala, e ele então terá muita segurança de que não é lícita a conduta do empregador; ou pode estar mais voltada para o centro, e isto significa que ainda terá esta mesma opinião, porém com menos segurança; em outra circunstância, outro magistrado pode posicionar-se na escala totalmente para o lado esquerdo, admitindo a revista em bolsas e sacolas com muita segurança, ou pode estar neste mesmo lado da escala, porém mais para o

Após esses trabalhos Hércules entregou-se a muitos outros, por sua livre vontade, na defesa dos oprimidos: a) tendo encontrado Prometeu acorrentado por Zeus no cume do Cáucaso, entregue a um abutre que devorava o seu fígado, libertou-o; b) entre as faanhas de Hércules, conta-se ainda separar os montes Calpe (da Espanha) e Ábilla (da África), abrindo assim o estreito de Gibraltar. Casou-se posteriormente com Dejanira e, tendo de atravessar o rio Eveno, pediu ao Centauro Nesso que conduzisse Dejanira no ombro, enquanto ele faria a travessia a nado. No meio do caminho, tendo Nesso se recordado de uma injúria que outrora Hércules lhe dirigira, resolveu, por vingança, raptar-lhe a esposa, passando com esse intuito, a galopar rio acima. O herói, tendo percebido as suas intenções, aguardou que ele alcançasse terra firme, e então atravessou-lhe o coração com uma das flechas envenenadas. Nesso tombou e, ao expirar, deu a Dejanira a sua túnica manchada do sangue envenenado, convencendo-a de que seria, para ela, um precioso talismã, com a virtude de restituir-lhe o esposo, se este viesse, em qualquer tempo, a abandoná-la. Mais tarde, Hércules apaixonou-se pela sedutora Iole, e se dispunha a desposá-la, quando recebeu de Dejanira, como presente de núpcias, a túnica ensanguentada. Ao vesti-la, o veneno infiltrou-se-lhe no corpo; louco de dores, ele quis arrancá-la, mas o tecido achava-se de tal forma aderido às suas carnes que estas lhe saíam aos pedaços. Vendo-se perdido, o herói ateou uma fogueira e lançou-se às chamas. Logo que as línguas de fogo começaram a serpentear no espaço, ouviu-se o rebumar do trovão. Era Zeus que arrebatava seu filho para o Olimpo, onde ganhou a imortalidade.

centro, hipótese em que a sua opinião é favorável à revista em bolsas e sacolas, porém não de modo radical ou muito seguro. Segundo *Dworkin*, há um ponto de empate na escala, que corresponde exatamente ao centro da régua, no qual não há segurança nem para uma resposta, nem para outra. Este ponto é denominado juízo de empate na escala — e neste ponto a assertiva de que “não há resposta correta” é verdadeira, pois há uma indiferença para ambas as respostas. E *Dworkin* conclui que, como este ponto de empate é, na prática, impossível de acontecer, conquanto seja possível na teoria, então jamais a assertiva de que “não há resposta correta” será verdadeira, ou seja, o ponto de vista de seus opositores torna-se insustentável. E arremata⁽¹⁷⁾:

Podemos agora retomar a afirmação do filósofo de que os juízes estão cometendo um grave erro ao pressuporem que não pode haver uma resposta correta num caso difícil. Se consideramos sua afirmação como uma resposta do empreendimento, como se um juiz mesmo a fizesse, ela é quase certamente falsa. Resume-se no seguinte: o juízo de empate é necessariamente o juízo correto em cada caso controverso, ou seja, em todos os casos nos quais uma resposta não puder ser comprovada de um modo unicamente contestável por via irracional. Mas (a menos que a instrução especial para ignorar os empates seja parte do empreendimento) todos os juízes admitirão que alguns casos difíceis podem, de fato, ser empates, mas nenhum irá pressupor que todos serão empates. Para defender sua afirmação contra a opinião deles, o filósofo teria de apresentar argumentos que efetivamente comprovassem que todos os casos difíceis incidiriam exatamente no centro da escala que imaginamos. Mas esta afirmação é tão implausível que podemos descartá-la de imediato.

A crítica a esta tese de *Dworkin*, que surgiu como resposta aos seus opositores, em momento posterior à teoria do Juiz Hércules, é contundente. Ora, o problema não é existir ou não, na prática, um juízo de empate na escala; o problema é que cada pessoa terá a sua resposta para o problema, e não será possível verificar, tecnicamente e cientificamente, quem está com a razão. Em outras palavras, considerando

(17) DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 440-441.

que: a) Direito é retórica; b) o Direito é composto por *topos* de argumentação, e c) cada pessoa pode ou não estar convencida sobre determinado ponto de vista, torna-se evidente que cada intérprete irá adotar uma posição diferente na escala: mais para o centro, mais para direita ou mais para esquerda. Logo, como não há instrumento científico, rigoroso, preciso e atemporal para afirmar quem está correto e quem está errado, tem-se que não há uma única resposta correta, mas apenas a resposta que melhor convence, e naquele momento histórico e para aquele conjunto de circunstâncias fáticas.

Outrossim, o juízo de empate na escala preconizado por *Dworkin* muito se aproxima conceitualmente do *non liquet*, ou seja, o ponto no qual o juiz afirma que não pode decidir porque não tem segurança sobre uma ou outra resposta e, portanto, não irá adotar a resposta A nem a resposta B. Ressalte-se, nos ordenamentos jurídicos da atualidade, a possibilidade do *non liquet* é vedada. A expressão latina *non liquet* é uma abreviatura da frase *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*, que significa aproximadamente “jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Ao declarar o *non liquet*, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida. Na atual fase de evolução do direito, vigora a regra da sua proibição, ou seja, os juízes devem julgar todos os conflitos que lhes são submetidos, mesmo que não estejam seguros sobre qual é a melhor solução.

Quanto ao Juiz Hércules, o próprio caráter mitológico da abstração demonstra a sua ausência de facticidade e de verossimilhança na realidade prática. E não existe uma única resposta correta porque cada intérprete possui a sua pré-compreensão sobre o objeto de interpretação, oriunda de suas heranças culturais, sociais, econômicas, políticas e até mesmo biológicas. Ainda que se obtenha uma identidade de pré-compreensão, o que é humanamente impossível, mas que se admite apenas por amor ao debate, não haverá uma única resposta correta, porque o Direito é convencimento, é retórica — não há uma paradigma de exatidão ou de certeza que possa nortear as decisões judiciais. Por esta razão, afirma *Luiz Fernando Coelho*⁽¹⁸⁾ que “a certeza do direito é

(18) COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 137.

um mito, não passa de uma ilusão”. Este entendimento também é ratificado por *Eros Roberto Grau*⁽¹⁹⁾:

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico — ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [*Dworkin*] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

Destarte, conclui-se que a tese de existência de uma única resposta correta, defendida por *Dworkin*, não se coaduna com a realidade fática e com o atual entendimento de Direito como retórica, porquanto não há parâmetros de certeza e de precisão para solução dos casos difíceis.

6. CONCLUSÕES

6.1. O positivismo jurídico traduziu-se na redução do Direito à norma, negando a existência de qualquer direito que não fosse conferido pelo ordenamento jurídico de cada Estado. A teoria de *Ronald Dworkin* é uma crítica a este entendimento.

6.2. Segundo *Hart*, o direito é um conjunto de regras, que podem ser classificadas em regras primárias ou secundárias; segundo *Dworkin*, o direito é um conjunto de regras, princípios e políticas públicas.

6.3. Regras são normas jurídicas das quais se extraem consequências jurídicas específicas, ou seja, uma vez ocorridos os fatos descritos em seu enunciado, a consequência jurídica é tangível e delimitada. Dos princípios, ao contrário, não se extraem consequências específicas, automáticas; apenas enunciam uma razão que conduz ao argumento em uma certa direção.

6.4. As regras são logicamente aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*). Significa que, num caso concreto, ou uma regra é válida e deve incidir sobre a hipótese fática, ou não é válida e não se aplica. Os princípios, ao revés, densificam uma carga valorativa e

(19) GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 40.

abrigam decisões políticas. Por esta razão, a colisão entre princípios não se resolve pela exclusão de um deles, mas pela ponderação, ou seja, utiliza-se uma técnica pela qual se busca estabelecer o peso de cada um dos princípios envolvidos.

6.5. As regras admitem a subsunção dos fatos; os princípios, ao contrário, não se adaptam a esta técnica positivista de formulação de premissa maior (norma), premissa menor (fatos) e conclusão (decisão judicial), porquanto carregam em si enunciados axiológicos.

6.6. Segundo *Humberto Ávila*, crítico de *Dworkin*, não existe diferença intrínseca ou qualitativa entre regras e princípios, mas apenas uma diferença funcional, que depende da interpretação do enunciado normativo.

6.7. De acordo com o entendimento sufragado por *Ávila*, princípios são normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um estado de coisas ideal para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Já as regras são normas imediatamente descritivas, são regras-do-que-fazer (*ought-to-be-norms*), pois estabelecem ações específicas a serem realizadas pelos seus destinatários.

6.8. *Ávila* também distingue três espécies normativas, porém, ao contrário de *Dworkin*, corrobora a existência de regras, princípios e postulados. Em sua concepção, postulados são normas que estruturam a aplicação de outras normas, sendo portanto vazias de conteúdo axiológico.

6.9. Em apertada síntese, portanto, a crítica à teoria de *Dworkin*, por *Humberto Ávila*, possui os seguintes aspectos mais relevantes: a) não há distinção qualitativa entre princípios e regras; o mesmo enunciado normativo pode ser utilizado com ambas as funções, tudo a depender da interpretação que lhe é conferida pelo aplicador do Direito; b) regras podem ser ponderadas, assim como os princípios, vez que também carregam consigo valores e demandam soluções, quando em conflito, não previstas pelo legislador; c) As espécies normativas podem ser classificadas em três categorias: regras, princípios e postulados, sendo que estes últimos apenas regulam a forma de estruturação das regras e princípios, sendo vazios de conteúdo axiológico; d) Desobedecer a uma regra é mais grave do que desobedecer a um princípio,

pois as regras possuem uma carga de decidibilidade muito superior à dos princípios.

6.10. Considerando que as regras são a densificação dos princípios, a afirmação de que é admissível a ponderação de regras é verdadeira somente na medida em que são ponderados os princípios dos quais elas derivam.

6.11. Esposa-se, destarte, o entendimento de que a teoria dos princípios de *Dworkin* apresenta maior cabedal teórico e maior consonância prática com a aplicação e interpretação das normas jurídicas, sendo relevantíssimo na doutrina de *Humberto Ávila* a diferenciação de uma terceira categoria de normas: os postulados. Amalgamando as duas concepções, é possível asseverar a existência de quatro categorias normativas: regras, princípios, políticas públicas e postulados.

6.12. De acordo com a teoria ortodoxa norte-americana, os juízes decidem de acordo com as normas estabelecidas no ordenamento jurídico, como regra geral; excepcionalmente, e apenas no caso de não existir uma regra que regulamente a matéria em questão, o juiz deve decidir no exercício do poder discricionário, ou seja, criando uma nova regra que antes não existia no ordenamento. Esta atividade, portanto, é geratriz; é um verdadeiro “parto” de uma nova regra. A decisão, por conseguinte, é uma questão de política, não de princípio.

6.13. Ao contrário do quanto afirmado pelos positivistas, a decisão dos casos difíceis deve ser baseada em argumentos de princípio e não em argumentos de política, para *Dworkin*.

6.14. A tese de *Dworkin* é contrária ao exercício do poder discricionário pelo juiz. Para solução dos casos difíceis, utiliza uma abstração: o Juiz Hércules, que, em sua própria dicção, seria uma jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas.

6.15. Segundo *Dworkin*, a ausência de uma única resposta correta é logicamente inverossímil em face da impossibilidade prática de existência de juízos de empate na escala.

6.16. A crítica a esta tese é de que o problema não é existir ou não, na prática, um juízo de empate na escala; o problema é que cada pessoa terá a sua resposta para o problema, e não será possível

verificar, tecnicamente e cientificamente, quem está com a razão.

6.17. Como não há instrumento científico, rigoroso, preciso e atemporal para afirmar quem está correto e quem está errado, tem-se que não há uma única resposta correta, mas apenas a resposta que melhor convence, e naquele momento histórico e para aquele conjunto de circunstâncias fáticas. A única resposta correta simplesmente não existe.

6.18. Quanto ao Juiz Hércules, o próprio caráter mitológico da abstração demonstra a sua ausência de facticidade e de verossimilhança na realidade prática.

6.19. A tese de existência de uma única resposta correta, defendida por *Dworkin*, não se coaduna com a realidade fática e com o atual entendimento de Direito como retórica, porquanto não há parâmetros de certeza e de precisão para solução dos casos difíceis.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO)

Evanna Soares^(*)

Sumário: *Introdução; 1. A escravidão no Brasil colonial e imperial; 1.1. Breve visão histórica da escravidão; 1.2. O trabalho dos negros escravos como sustentáculo do Brasil Imperial; 1.3. A desigualdade e a questão central da escravidão; 1.4. O liberalismo e o discurso abolicionista; 1.5. Alguns agentes do abolicionismo; 1.6. A abolição da escravatura no Brasil: um processo legislativo-progressivo e paulatino; 2. O pensamento constitucional brasileiro e a desigualdade de direitos trabalhistas do doméstico; 2.1. O legado escravagista das funções do trabalho doméstico; 2.2. A regulamentação do trabalho doméstico; 2.3. A desigualdade de direitos do trabalhador doméstico: a visão discriminatória; 2.4. A igualação de direitos do trabalhador doméstico: um processo lento e gradual, a exemplo da abolição da escravidão negra; Conclusão; Referências.*

INTRODUÇÃO

O trabalho em regime de escravidão que serviu de sustentáculo econômico, social e político à elite, formada por grandes proprietários

(*) Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA, Buenos Aires). Pós-graduada (Especialização) em Direito Processual (UFPI, Teresina). Mestranda em Direito Constitucional (Unifor, Fortaleza). Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho na 7ª Região (CE). E-mail: evannasoares@hotmail.com.

rurais, e ao governo no Brasil, até 1888, quando foi abolido, é um tema que ainda desperta interesse dos pesquisadores, consideradas as profundas marcas deixadas na sociedade, nos costumes, na cultura e no próprio pensamento constitucional brasileiro, responsável pela fundamentação do ordenamento jurídico nacional.

O iluminismo forneceu inspiração teórica para a condenação da escravidão adotada pelo antigo regime, mas não se mostrou forte o suficiente no Brasil para apressar o fim da exploração da mão de obra servil. Os ideais de igualdade e liberdade que ecoaram da Revolução Francesa penetraram na intelectualidade brasileira de forma lenta e com pouca intensidade, a ponto de tolerar a ambiguidade de apregoar o discurso liberal, mas praticar e apoiar-se no trabalho escravo.

O pensamento constitucional brasileiro de então, mormente no período imperial, emergiu de juristas que formavam uma elite incumbida, também, de prestar aconselhamento ao imperador, conselhos estes que refletiam as ideias de índole conservadora, próprias de quem tinha interesse em manter o estado de coisas que favorecia a classe dominante.

O colapso econômico do sistema escravista decorreu, primeiramente, da Revolução Industrial, em suas duas etapas (1760 e 1880); seguiu-se a queda do preço da reprodução, na própria Europa, dos homens brancos, decorrente dos benefícios de ordem sanitária e farmacológica trazidos pela própria Revolução Industrial; e, ainda, pela elevação dos custos da mão de obra escrava, a ponto de tornar-se mais cara do que a contratação assalariada dos brancos. Acresça-se que, no fundo, o interesse na abolição da escravidão, com substituição pelo trabalho assalariado, iria fazer surgir um novo segmento de compradores, expandindo os negócios e os mercados.

O presente artigo científico tem o objetivo geral de analisar o processo de abolição da escravatura no Brasil, cotejando-o com o princípio da igualdade — cuja desconsideração representou seu problema central —, procurando identificar suas características à luz do pensamento constitucional nacional. E, como objetivo específico, busca localizar, nesse processo legislativo-progressivo e lento de libertação dos escravos, traços de semelhança com o processo de reconhecimento da profissão e de igualação de direitos dos empregados domésticos

contemporâneos, relativamente aos demais trabalhadores, tendo em vista a diferenciação que ainda pesa contra os primeiros.

Nesse contexto, indaga-se qual o papel do pensamento constitucional brasileiro na abolição da escravatura e os reflexos desse regime de servidão no processo de reconhecimento e de igualação dos direitos do trabalhador doméstico, considerado o princípio da igualdade.

A pesquisa é de natureza qualitativa, realizada na legislação e na doutrina, com fins descritivos. Quanto ao resultado, é pura ou destinada ao conhecimento, sem pretender transformar o objeto apreciado. Adota-se, portanto, o método qualitativo.

São tratados, no primeiro capítulo, após resumida visão histórica, a situação da escravidão no Brasil e sua importância econômica à época da colônia e do império; a desigualdade como sua questão central e a convivência com os ideais liberais, além da indicação dos principais atores no processo de libertação, bem como este se desenvolveu. No segundo capítulo analisa-se o trabalho doméstico como herdeiro de uma das atividades exercidas pelos negros do período de servidão, e o tratamento discriminatório que vem recebendo do legislador brasileiro, em comparação com o referido itinerário demorado e legislativo-progressivo que se impôs para a abolição, concluindo-se pela existência de reflexos daquele processo na situação jurídica dos trabalhadores domésticos.

1. A ESCRAVIDÃO NO BRASIL COLONIAL E IMPERIAL

Os portugueses lançaram mão do trabalho escravo dos negros traficados da África como forma de explorar as terras coloniais no Brasil, apropriadas à cultura extensiva da cana-de-açúcar, inicialmente, e, depois, para a cultura do café.

1.1. Breve visão histórica da escravidão

Para *Montesquieu*⁽¹⁾, “a escravidão propriamente dita é o estabelecimento de um direito que torna um homem tão próprio

(1) MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tir. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 253.

de outro homem, que este é o senhor absoluto de sua vida e de seus bens”.

São várias as origens da escravidão apontadas por *Montesquieu*. A mais propalada — e por ele refutada, uma vez que insensata —, oriunda dos jurisconsultos romanos, explica que

O direito das gentes quis que os prisioneiros fossem escravos, para que não fossem mortos. O direito civil dos romanos permitiu que devedores que podiam ser maltratados por seus credores vendessem a si mesmos; e o direito natural determinou que crianças que um pai escravo não podia mais alimentar se tornassem escravos como seu pai⁽²⁾.

A escravidão dos negros africanos, pelos europeus, é creditada a razões de necessidade visando à exploração das colônias na América, notadamente a cultura da cana-de-açúcar, diante do extermínio dos nativos. A tais motivos somam-se outros pertinentes aos traços físicos, dúvidas quanto à sua identidade humana e à existência de uma alma dentro deles, bem como a ausência de senso comum⁽³⁾. Não seria, então, injusto, nesse contexto, submetê-los à escravidão.

O ressurgimento da escravidão no mundo ocidental não guarda semelhança com a lógica da antiguidade, posto que orientado, desta vez, marcadamente, pelo interesse econômico.

Os portugueses, no Brasil colonial, primeiramente tentaram utilizar a mão de obra indígena na cultura da cana-de-açúcar, mas não lograram êxito, seja pela forte resistência oferecida pelos jesuítas que se dedicavam à catequização dos silvícolas, seja porque era difícil a sua captura, seja, ainda, pela redução dessa população, devastada que foi pelos germes trazidos pelo homem branco⁽⁴⁾.

A escravidão dos negros no Brasil recebeu o impulso dos altos lucros propiciados pelo tráfico, a partir da segunda metade do século

(2) *Ibidem*, p. 254.

(3) *Ibidem*, p. 257.

(4) AQUINO, Rubim Santos Leão de; VIEIRA, Fernando Antonio da Costa; AGOSTINHO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 115-116.

XVI, estabelecendo uma rota do crescente comércio negreiro entre a África e o Brasil, inicialmente com desembarque nos portos do Recife, Salvador, Belém, São Luís e Rio de Janeiro, para abastecer a demanda da força de trabalho em uma economia voltada para o mercado externo⁽⁵⁾, fundada na lavoura de extensão.

As grandes fortunas que se formaram graças ao comércio negreiro eram majoritariamente portuguesas, e, não, brasileiras — como observa *Buarque de Holanda*⁽⁶⁾ —, de sorte que os lusitanos não tinham interesse na modificação da situação, mormente do tráfico.

Independente de Portugal em 1822, o império brasileiro herdou dos lusitanos a escravidão dos negros, formada por um contingente daqueles trazidos da África e outros aqui nascidos — como observa *Valladão*⁽⁷⁾ —, restando-lhe o desafio de com ela conviver por mais sessenta e seis anos, até a abolição total da servidão.

1.2. O trabalho dos negros escravos como sustentáculo do Brasil Imperial

Desde a época colonial, a sociedade brasileira se achava estruturada no meio rural, constituindo não apenas uma civilização agrícola, mas, propriamente, uma civilização de raízes rurais, conforme *Buarque de Holanda*⁽⁸⁾, assim permanecendo até a abolição.

Durante o período monárquico, no Brasil a riqueza se assentava na utilização da mão de obra escrava “e na exploração extensiva e perdulária das terras de lavoura”, concentrando-se em mãos dos “fazendeiros escravocratas”⁽⁹⁾.

A política era dominada, sem contestação, por esses fazendeiros e seus filhos, também educados para as profissões liberais, diretamente ou através de pessoas por eles eleitas, de modo que ocupassem parlamentos, ministérios e demais postos de comando, dando, assim, o

(5) *Ibidem*, p. 119.

(6) HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 20. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 75.

(7) VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 156.

(8) HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 73.

(9) *Ibidem*, p. 74.

tom e a estabilidade das instituições⁽¹⁰⁾. O domínio econômico, social e político dessa classe foi de tal modo tranquilo que lhe permitia até incursões liberais, contrariando as próprias tradições e expondo suas fragilidades — o que, depois, propiciaria a abolição da escravatura.

A sociedade desse período imperial se concentrava no “binômio senhor/escravo” e tal significava, além dos próprios extremos, sua “marca mais característica, o que não implicava a inexistência de uma camada intermediária”⁽¹¹⁾. Mas, nesse universo em que preponderava a escravidão, ao homem livre que não fosse senhor de escravos restava um diminuto papel, relegado à vadiagem ou à atividade de caçador de servos foragidos.

O proprietário das terras concentrava, assim, desde o período colonial, uma autoridade incontestável, às “vezes caprichosa e despótica”, e nessas propriedades autossuficientes se encontravam capelas, escolas primárias, produção de alimentação e de móveis, enfim, tudo o que era necessário à sobrevivência, observada, ainda, uma estrutura familiar inspirada no modelo clássico romano-canônico, sob a autoridade do *pater-famílias*⁽¹²⁾.

Logo no primeiro reinado iniciaram-se as mudanças econômicas, tendo em vista a expansão da lavoura do café. No entanto, continuava o Brasil servindo-se da mão de obra escrava e prosseguia sua economia voltada para o comércio exterior. Apesar da crise nas exportações do açúcar, deflagrada pela queda do preço do produto no mercado externo, as tentativas de extinção do tráfico de escravos e as ideias de abolição eram fortemente resistidas, considerada a necessidade do trabalho forçado para garantir a prosperidade do setor cafeeiro.

Nesse contexto do predomínio do trabalho escravo, sobressaiu-se a função do Estado imperial — alimentado financeiramente pelos recursos alfandegários do produto desse trabalho e pelos empréstimos obtidos no exterior —, assim resumida:

(10) *Ibidem*, p. 73.

(11) PRADO, Maria Emília. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambiguidades do império do Brasil. In: GUIMARÃES, Maria Paschoal; PRADO, Maria Emília (orgs.). *O liberalismo no Brasil Imperial — origens, conceitos e prática*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 174.

(12) HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 82.

Um outro dado de importância foi o papel central do Estado imperial na manutenção da escravidão. Cabia ao Estado não só a tarefa de vigilância das senzalas, combatendo suas fugas, os quilombos e esmagando as revoltas. O Estado efetou também a legalização do sistema escravista mediante a instauração de uma ordem jurídica que, defensora da propriedade privada, não hesitava em definir os negros escravizados como objetos da propriedade dos escravistas, portanto, protegidos pela lei⁽¹³⁾.

Era a mão escrava quem também obrava no meio urbano, incorporando-se ao sistema produtivo, onde os negros assumiram, além dos afazeres domésticos, trabalhos variados de vendedores no comércio, marinheiros, estivadores, entre outros ofícios⁽¹⁴⁾.

Nesse contexto, como resume *Carvalho*⁽¹⁵⁾, “o escravo era, até pelo menos a Lei do Ventre Livre, a mão de obra quase exclusiva da grande lavoura de exportação que, por sua vez, era a geradora das principais receitas do Estado”.

1.3. A desigualdade e a questão central da escravidão

A produção no período imperial, como visto, organizava-se “sob a égide do escravismo, que proporcionava alta lucratividade e por isto era impossível se empreender a defesa ou sequer concordar com argumentos em prol dos direitos individuais à liberdade”⁽¹⁶⁾.

As ideias revolucionárias do século XVIII, produzidas pelo Iluminismo, haviam abalado as antigas razões que sustentavam a escravidão, apregoando, principalmente, conforme *Costa*⁽¹⁷⁾, “a supremacia das leis e os direitos naturais do homem, entre os quais o direito de propriedade, liberdade e igualdade de todos perante a lei”.

(13) AQUINO, Rubim Santos Leão de *et al.* *Op. cit.*, p. 436.

(14) *Ibidem*, p. 121.

(15) CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 293.

(16) PRADO, Maria Emília. *Op. cit.*, p. 172.

(17) COSTA, Emília Viotti da. *A abolição — história popular*. 4. ed. São Paulo: Global, 1988. p. 18.

Repousam nessas ideias as origens da teoria abolicionista, que influenciou os movimentos pela libertação dos escravos, no Brasil, notadamente a Inconfidência Mineira.

Conciliar o direito de propriedade dos senhores de escravos com o direito à liberdade e à igualdade desses servos passou a ser, então, a grande contradição que alimentava os debates e as ideias em torno do regime escravista.

No entanto, no Brasil, nenhum movimento revolucionário nos séculos XVIII e XIX expressou a preocupação com a questão da igualdade e da liberdade, exceto a Conjuração Baiana, ao pretender a abolição da escravatura. E, embora tenha sido pouco provável a manutenção de algum contato com a obra dos autores ilustrados, em 1798 os revoltosos na Bahia — escravos, mulatos e negros livres —, foram condenados “por defenderem os ‘abomináveis princípios franceses’⁽¹⁸⁾.

A proclamação da independência em 1822 absteve-se de considerar o direito à igualdade relativamente aos escravos, e não correspondeu às expectativas de abolição para aquele momento. Mas, por outro lado, possibilitou que os homens livres participassem mais do jogo político, aliando liberdade e propriedade mínima, nada obstante o exercício da maioria dos cargos legislativos continuasse fora do alcance de grande parte desses homens livres, pois, ainda, sob o domínio dos grandes proprietários⁽¹⁹⁾.

A Constituição Imperial de 1824 também ignorou o problema da desigualdade enraizado no regime escravagista brasileiro. As ideias de *José Bonifácio de Andrada e Silva* levadas à Assembleia Nacional Constituinte de 1823 condenavam explicitamente a “escravidão, em nome dos direitos individuais e do progresso do império nascente”⁽²⁰⁾, mas nem chegaram a ser efetivamente debatidas, ante a dissolução dessa Assembleia por D. Pedro I.

Importante, porém, registrar que o projeto de constituição discutido na frustrada Assembleia Nacional Constituinte, como descreve *De*

(18) *Ibidem*, p. 18.

(19) PRADO, Maria Emília. *Op. cit.*, p. 177.

(20) *Ibidem*, p. 169-170.

Roure⁽²¹⁾, no art. 5º, § 6º, reconhecia o “status” de cidadão brasileiro aos escravos que obtivessem carta de alforria, e tivessem emprego ou ofício. Isso gerou debates que revolviam o próprio sistema escravista. O deputado Munis Tavares, por um lado, relembrou os efeitos sobre os negros da Ilha de São Domingos, produzidos por oradores da Constituinte francesa, representando tal assunto, por si, um perigo capaz de deflagrar revoltas sangrentas também no Brasil. O deputado Alencar, por seu turno, sustentou que deveriam ser cidadãos brasileiros todos os alforriados, inclusive os negros vindos da África. O certo é que “a Assembleia tinha tendências abolicionistas e lamentava a escravidão, manifestando verdadeiros sentimentos de humanidade e justiça”⁽²²⁾.

Informa *De Roure* que houve “um debate prolongado, no qual a escravidão foi condenada em these e os pretos foram maltratados de facto, lembrando-se o odio das raças nos Estados Unidos”⁽²³⁾. Nesse debate destacou-se o deputado *Silva Lisboa*, “que defendeu os pretos com calor, protestando contra o systema de perpetuar a irritação dos africanos e seus oriundos e de tratá-los com desprezo e odio”, de sorte que apresentou um substitutivo, a final aprovado, que considerava brasileiros “os libertos que adquirissem sua liberdade por qualquer titulo legitimo”⁽²⁴⁾. Assim, arremata *De Roure*, saiu vencedora a doutrina do *Decalogo*, defendida pelo deputado *Silva Lisboa*, “no sentido de evitar que o preto, cidadão brasileiro por ter nascido no paiz, *desdenhasse e desobedecesse* a seus paes, não *os honrando* só porque estes, nascidos na África, não podiam ser cidadãos como os filhos”⁽²⁵⁾.

Mas a Carta Imperial outorgada por D. Pedro I, apesar de transcrever quase que literalmente disposição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sobre o direito inalienável à liberdade, veio a ignorar os cativos e manteve “escravizada quase a metade da população brasileira”⁽²⁶⁾.

(21) ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1914. p. 118-119.

(22) *Ibidem*, p. 119.

(23) *Idem*.

(24) *Idem*.

(25) *Idem*.

(26) COSTA, Emília Viotti da. *Op. cit.*, p. 19.

A primeira Constituição do Brasil nem sequer reconhecia a existência desse contingente⁽²⁷⁾ e, obviamente, a ele não destinava suas garantias, mas, nada obstante isso, adotou princípios liberais que viabilizaram a “formação de uma consciência crítica em relação ao sistema escravista”⁽²⁸⁾, assumindo, a mesma Carta, uma importância histórica, na medida em que assegurou a evolução nos aspectos políticos, econômicos e sociais, tais “a supressão do tráfico de escravos, o início da industrialização e a própria Abolição em 1888”⁽²⁹⁾.

Observa-se, portanto, que a desigualdade não foi devidamente considerada como questão central da escravidão. Optou-se pela convivência da contradição entre a adoção dos princípios iluministas, notadamente a igualdade e a liberdade, e a servidão, tida, então, como um mal necessário ao desenvolvimento do País.

1.4. O liberalismo e o discurso abolicionista

O Brasil que se seguiu a 1822 estruturou-se sobre os pressupostos liberais, apesar da sociedade dominante escravagista. Os ideais liberais, aqui, no entanto, não alcançaram a mesma expressão obtida na Europa, posto que nem sequer havia uma burguesia formada que empunhasse essa bandeira, esbarrando, de mais a mais, nos interesses preponderantes do sistema de servidão.

Os princípios liberais encaravam a escravidão não mais sob o ângulo religioso, e, sim, como um desrespeito ao direito à liberdade⁽³⁰⁾ — ignorado no País.

Após a independência, então, como observa *Prado*⁽³¹⁾

a problemática da escravidão no Brasil assumia uma dimensão maior. Afinal, o império nascente precisava conviver com a ambiguidade proveniente de ter sido seu estabelecimento efetuado

(27) Excetuadas referências indiretas ao tratar dos libertos, como cidadãos brasileiros, no art. 6º, I, e como capacitados a votar, no art. 94, II.

(28) COSTA, Emília Viotti da. *Op. cit.*, p. 19.

(29) NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras — 1824*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 14.

(30) PRADO, Maria Emília. *Op. cit.*, p. 165.

(31) *Ibidem*, p. 168.

com base nos pressupostos liberais e não terem sido essas ideias utilizadas para romper a ordem escravista, além do que a vigência da escravidão inviabilizava que este Estado se constituísse por meio de um pacto liberal e/ou democrático.

Optou-se, então, por conciliar as ideias liberais e o regime da escravidão no Brasil imperial, como explica *Costa*⁽³²⁾:

A elite brasileira, composta predominantemente por grandes proprietários e por comerciantes envolvidos na economia de exportação-importação, estava interessada em manter as estruturas tradicionais. Escolheram cuidadosamente os aspectos da ideologia liberal que se adequassem à sua realidade e atendessem a seus interesses. Purgando o liberalismo de seus aspectos radicais adotaram um liberalismo conservador que admitia a escravidão e conciliaram liberalismo e escravidão da mesma forma que seus avós haviam conciliado a escravidão com o cristianismo.

E o processo de abolição foi submetido aos interesses do sistema escravista, que corrompeu, também, as ideias liberais.

1.5. Alguns agentes do abolicionismo

A resistência negra teve seu papel no processo abolicionista: não foram os negros tão submissos nem dóceis diante da servidão, como, não raramente, se costuma asseverar na história mal contada do Brasil.

É certo que, diferentemente de outros países, como registra *Valladão*⁽³³⁾, a abolição da escravatura brasileira não foi precedida de uma guerra sangrenta, como a da Secessão, nos Estados Unidos da América, nem de indenização aos senhores de escravos, tal como ocorrido na Inglaterra.

No entanto, registraram-se reações ao estado servil e à violência praticada contra os escravos, que iam desde o suicídio às fugas. Essas fugas — as mais comuns das reações — levaram à formação dos

(32) COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Unesp, 1999. p. 358.

(33) VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 155.

quilombos, com destaque para Palmares e seus líderes Ganga Zumba e Zumbi, este último convertido “em símbolo da resistência negra e de todos aqueles que lutam pela dignidade do homem, livre e senhor dos seus atos, sem abdicar de direitos iguais para os demais homens”⁽³⁴⁾.

Mas, segundo *Costa*⁽³⁵⁾, a fase, propriamente, de insurreições em prol da abolição iniciou-se somente por volta de 1880, ocasião em que surgiram sociedades secretas a exemplo do Clube do Cupim (Recife) e os caifazes em São Paulo, com a finalidade de fomentar a rebelião nas senzalas e as fugas dos escravos. Os caifazes — sociedade organizada por *Antonio Bento* e que reunia pessoas de várias profissões, brancos, negros e mulatos — empenhavam-se em combater a escravidão, especialmente através da imprensa, da mobilização social, realização de atos públicos, patrocínio da defesa judicial de escravos, compra de alforrias, proteção aos negros em fuga e sabotagem das ações de caça aos foragidos⁽³⁶⁾.

A par dessas atitudes de rebeldia, inclusive mediante esforço físico — que não poderiam deixar de ser mencionadas neste artigo ainda que de modo resumido —, o processo abolicionista teve sua política, com fases bem delimitadas e personagens proeminentes, até o êxito em 1888.

Esse processo se iniciou com o combate ao tráfico negreiro, cuja luta foi deflagrada em 1807, como observa *Carvalho*⁽³⁷⁾, desde quando a Inglaterra proibiu a prática por seus súditos e iniciou extensa campanha para extingui-lo em outros países, inclusive Portugal e, depois, o Brasil — cujo reconhecimento da independência e a celebração de tratados comerciais foram condicionados ao fim desse tráfico.

Às exigências inglesas resistiu o governo brasileiro, inclusive na voz de políticos do jaez de José Bonifácio, que, nada obstante fosse declaradamente contrário à escravidão, entendia que a abolição imediata do tráfico significaria “autêntico suicídio político”⁽³⁸⁾.

(34) AQUINO, Rubim Santos Leão de *et al. Op. cit.*, p. 128.

(35) COSTA, Emília Viotti da. *Op. cit.*, p. 83.

(36) *Ibidem*, p. 83.

(37) CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 293.

(38) *Ibidem*, p. 294.

Carvalho⁽³⁹⁾ registra, aliás, que, ressalvada a revolta dos malês, nenhuma rebelião deflagrada até 1830, nem mesmo as que contavam com a participação de escravos, postulava a imediata abolição da escravatura.

Apesar da edição da lei contra o tráfico de 1831 — que nunca foi cumprida na prática, pelo contrário —, incrementou-se a importação de escravos. Diante disso, abolicionistas e escravagistas passaram a debater suas posições com maior intensidade no cenário político, sob os olhos indecisos do Governo imperial. Com receio de que a revolta levada a efeito por escravos baianos no mesmo ano replicasse no Rio de Janeiro, ergueu-se a voz do liberal *Evaristo da Veiga*, para propor o fim do tráfico e que fossem expulsos do Brasil os “libertos perigosos”. Advertência feita em vão: o tráfico prosseguia sem repressão, até que a Inglaterra voltou a pressionar o Governo brasileiro em 1839, inclusive com apreensões de navios do Brasil e portugueses, o que provocou a reação de parte da população e da imprensa, mormente o jornal ministerial “O Brasil”, de *Justiniano José da Rocha*, que, considerando “a continuação do tráfico um mal necessário para sustentar a agricultura”⁽⁴⁰⁾, efetuou forte campanha pelo fim do tratado antitráfico de 1842.

A ascensão política dos liberais em 1844 não mudou muito esse quadro, prosseguindo-se com o discurso da defesa da soberania nacional perante a Inglaterra, enquanto aqui se tolerava o tráfico negreiro, discurso esse que reunia até figuras de posturas distintas quanto à importação de escravos, como *Paula Souza e Vasconcelos*⁽⁴¹⁾. Em 1850, precipitado por ações inglesas de invasão dos portos brasileiros, com apreensão e afundamento de seus navios — afrontando, efetivamente, a soberania nacional —, o Governo conservador, finalmente, aprovou a Lei Euzébio de Queiroz, abolindo o tráfico e punindo seus agentes, de sorte que no ano seguinte somente 3.278 escravos foram desembarcados⁽⁴²⁾.

Nesse percurso abolicionista, sempre resistido pelos políticos ligados aos interesses dos proprietários rurais, merece destaque a iniciativa do deputado Silva Guimarães, que, em 1850, apresentou

(39) *Idem*, p. 294.

(40) *Ibidem*, p. 295.

(41) *Ibidem*, p. 297.

(42) *Ibidem*, p. 298.

projeto que dispunha sobre a liberdade dos nascidos de mãe escrava, rejeitado, porém, em duas ocasiões⁽⁴³⁾.

Também de ser posta em relevo a atuação do Instituto dos Advogados do Brasil, nas figuras de “Joaquim Nabuco, Saldanha Marinho, Montezuma, Carvalho Moreira, Caetano Alberto Soares, Urbano Pessoa, Perdigão Malheiro”, os quais, em um tempo “em que o princípio da escravidão era acatado por todos como um mistério sagrado”, “representam o protesto solitário do Direito” — como enfatiza *Valladão*⁽⁴⁴⁾. Perdigão Malheiro, em 1863, produziu a obra “Da ilegitimidade da propriedade constituída sobre os Escravos”, traduzida para o inglês e publicada na Inglaterra, tendo sido reconhecida como a mais bem escrita no Brasil sobre a escravidão e que contribuiu para a queda desse regime⁽⁴⁵⁾.

A favor da abolição ergueu-se também a voz da Mocidade Acadêmica, guiada por *Castro Alves*, de 1862 a 1870, influenciando as mentes nas Faculdades em São Paulo, seguindo-se Recife, a Bahia e o Rio de Janeiro, rumo à abolição (e também à República)⁽⁴⁶⁾.

Em 1866 D. Pedro II, instigado pelas ideias de *Perdigão Malheiro* e *Castro Alves*, apresentou ao Conselho de Estado cinco projetos elaborados por *Pimenta Bueno*, um deles sobre a libertação dos nascituros, quebrando, assim, o Imperador, “a ordem constitucional”, pois “apelava para os juristas, superava o Governo e os políticos”⁽⁴⁷⁾. Em 1871, após intensos e longos debates, notadamente no parlamento, e diante da incansável luta de figuras como *Pimenta Bueno* e *Nabuco de Araújo*, a Câmara aprovou a Lei do Ventre Livre.

A atuação de D. Pedro II é analisada no contexto da política da abolição, por *Carvalho*⁽⁴⁸⁾, como a luta do “rei contra os barões”, retratando as “relações entre o governo, isto é, o rei e seus burocratas, e a classe dos proprietários rurais”. Era a grande lavoura, como dito, quem mais utilizava a mão de obra escrava. Eram, também, esses proprietários, quem detinha o poder. Obviamente, opunham-se à

(43) VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 157.

(44) *Ibidem*, p. 158-159.

(45) *Ibidem*, p. 159.

(46) *Ibidem*, p. 160-161.

(47) *Ibidem*, p. 161.

(48) CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 293.

abolição, de modo que deixasse claro o confronto de interesses entre o polo burocrático do poder e o polo social e econômico do mesmo poder.

A política da Lei do Ventre Livre envolveu liberais e conservadores para a sua aprovação, observando-se que a ideia fazia parte do discurso dos primeiros, mas foi apropriada e concretizada pelos últimos, quando estavam no poder⁽⁴⁹⁾.

Em 1879 inicia-se “o movimento abolicionista concretizado”, conforme *Valladão*⁽⁵⁰⁾, com o discurso do deputado Jenonymo Sodré, no sentido da imediata emancipação. Foi seguido por *Joaquim Nabuco*, que veio a fundar, em 1880, a Sociedade Brasileira contra a Escravidão, e seu trabalho foi decisivo para a total abolição, mesmo estando, depois, fora da Câmara. Sua força moral conseguiu que o Clube Militar se posicionasse junto à Princesa Izabel para que os ofícios e praças do Exército não fossem desviados para caça aos escravos fugidos.

Nada obstante a resistência à imediata e total abolição, pelos políticos ligados aos proprietários rurais, mas já aberta a estrada jurídica pela Lei do Ventre Livre, em 1885 foi aprovada a Lei dos Sexagenários, resultante do Projeto Saraiva, pelo Gabinete ultraconservador de Cotegipe⁽⁵¹⁾. Seu objetivo era a extinção gradual da servidão, na medida em que a população de escravos fosse envelhecendo.

Enquanto os escravistas tentavam postergar o fim da escravidão que se avistava, inclusive porque não mais apoiada pela Coroa, e procuravam vender seus escravos, libertar voluntariamente outros e atrair imigrantes da Europa para substituir mão de obra cativa⁽⁵²⁾, vivia-se a última fase do processo abolicionista, demarcada por um novo elemento, qual seja, a participação popular⁽⁵³⁾ — decisiva, aliás, para a aprovação da Lei dos Sexagenários.

O movimento abolicionista, segundo *Valladão*, chegou ao Judiciário, “com sentenças de ilustres magistrados, *Macedo Soares e Teixeira de Sá*, demonstrando a falta de fundamento do direito à escravidão”⁽⁵⁴⁾.

(49) *Ibidem*, p. 312.

(50) VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 163.

(51) *Ibidem*, p. 164.

(52) CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 318.

(53) *Ibidem*, p. 318.

(54) VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 164.

Em 1886, a Lei n. 3.310 alterou o Código Criminal para extinguir a pena de açoite, ficando os escravos sujeitos às mesmas penalidades dos homens livres. A falta de receio aos castigos corporais de antes incrementou as fugas das fazendas e a recusa ao trabalho pelos escravos, desorganizando seus serviços⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, em 1888, com o apoio dos republicanos paulistas e dos conservadores liderados por *Antonio Prado*, foi aprovada a Lei Áurea. Isso se deu no Gabinete do conservador *João Alfredo*, tendo a Princesa Izabel, na Fala do Trono de 7 de maio daquele ano, apresentado a proposta, que foi aprovada com poucos votos contrários⁽⁵⁶⁾.

1.6. A abolição da escravatura no Brasil: um processo legislativo-progressivo e paulatino

Considerada como “a grande reforma social do Império”, segundo *Valladão*⁽⁵⁷⁾, a abolição da escravatura deu-se “na linha brasileira das mudanças, sem violência, em forma pacífica, evolutiva, juridicamente, por via legislativa-progressiva, com espírito de sacrifício individual para o bem geral, sem derramamento de sangue, sem doentes, feridos ou mortos”. A afirmação está correta apenas em parte. Como se viu, apesar de o Brasil não ter passado por uma Guerra de Secessão, como os norte-americanos, para libertar seus escravos, aqui houve alguma resistência à servidão, reprimida com violência, e os feridos e mortos nos quilombos são prova disso, notadamente os do quilombo de Palmares, destruído por *Domingos Jorge Velho* em 1694, ocasião em que os negros foram “abatidos a tiros, talhados a golpes de armas brancas, submetidos à degola”⁽⁵⁸⁾.

Essas reações violentas foram, porém, minoritárias, e o que prevaleceu no processo rumo à libertação dos escravos foi o que se denomina de tradição brasileira de efetuar mudanças lentas e graduais, sem profundas rupturas sociais e sem batalhas sangrentas.

A confirmação dessa assertiva é obtida a partir da análise do caminho percorrido desde a primeira lei tendente à abolição do tráfico de africanos, até a Lei Áurea, que se demorou por quase sessenta anos.

(55) *Ibidem*, p. 164.

(56) *Ibidem*, p. 165.

(57) *Ibidem*, p. 155.

(58) AQUINO, Rubim Santos Leão de *et al.* *Op. cit.*, p. 129.

Tem-se, assim, de 1831, quando editada a Lei de 7 de novembro daquele ano, que proibia o tráfico e declarava livres os escravos que entrassem nos portos brasileiros (não cumprida), até 1850, quando, efetivamente, o tráfico foi abolido pela Lei Euzébio de Queiroz, um período de vinte anos. E até 1866, quando D. Pedro II encaminhou os cinco projetos sobre emancipação dos escravos, passaram-se mais dezesseis anos, e mais cinco até 1871, ano da Lei do Ventre Livre. Daí, transcorreram mais doze anos até a Lei dos Sexagenários e, finalmente, mais cinco, até a Lei Áurea.

Observa-se, também, que é inegável que esse processo se deu por via legislativa e progressivamente: primeiro, aboliu-se a importação de escravos, estancando a maior fonte de alimentação do contingente de servos. Em seguida, libertou-se quem nascia do ventre escravo e, mais tarde, com a libertação dos maiores de sessenta anos, restringiu-se, mais ainda, a quantidade de cativos — libertos, completamente, em 1888.

Percebe-se nessa lenta marcha a permanente tentativa de conciliação do direito de propriedade dos senhores e dos interesses econômicos predominantes, com a consciência da necessidade de respeito aos direitos de liberdade e igualdade dos escravos, sacrificando-se, com a demora, estes últimos, nada obstante a incidência dos fundamentos jurídicos que se ergueram sobre os ideais da Ilustração.

2. O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A DESIGUALDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS DO DOMÉSTICO

No pensamento constitucional brasileiro do período imperial prevalecia a aceitação da escravidão, de acordo com o ideal reinante à época.

O sentimento de liberdade e igualdade iniciado em 1822, com a Independência, tomou impulso na proclamação da República, em 1889, e somente veio a completar-se em 1988, com a Constituição da República em vigor.

No entanto, sobejam segmentos da sociedade em que a desigualdade ainda se faz presente, como ocorre no que se refere ao reconhecimento dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos.

2.1. O legado escravagista das funções do trabalho doméstico

Os escravos no Brasil colonial e imperial, como visto, desempenhavam tarefas nas zonas rural e urbana, a exemplo da agricultura, pecuária, venda ambulante de mercadorias e alimentos, transporte de coisas e pessoas, serviços de barbearia, artesanaria, enfim, “em todos os ofícios encontrava-se o escravo: pedreiros, carpinteiros, sapateiros, funileiros, a trabalhar por conta do senhor, a quem entregavam o que ganhavam”⁽⁵⁹⁾, observando-se que também era comum o aluguel da mão de obra desse trabalhador. O escravo constituía propriedade do senhor que, sobre ele, exercia direitos, notadamente de explorar-lhe o esforço físico diretamente, beneficiando-se do trabalho desempenhado, ou alugando-o a terceiros, apropriando-se o dono do servo do valor desse aluguel.

O trabalho doméstico que lhe era cometido absorvia lavadeiras, engomadeiras, pajens, amas, mucamas, cozinheiras, em suma, todos os serviços caseiros.

Transportando essa realidade para os séculos XX e XXI, tem-se que aquelas atividades caseiras, às quais se somaram outras funções correlatas, foram legadas aos atuais empregados domésticos.

Com efeito, formam essa categoria: “cozinheiro(a), governanta, babá, lavadeira, faxineiro(a), vigia, motorista particular, jardineiro(a), acompanhante de idosos(as), entre outros(as)”, bem assim o(a) caseiro(a) de sítio sem finalidade lucrativa⁽⁶⁰⁾.

Trabalhador doméstico, por sua vez, é aquele “que presta serviços de natureza contínua (frequente, constante) e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”⁽⁶¹⁾.

Assim, na época da escravidão, diante da total disponibilidade sobre a mão de obra do servo, a finalidade lucrativa, ou não, da atividade, era irrelevante.

(59) COSTA, Emília Viotti da. *Da senzala à colônia*. 4. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Unesp, 1998. p. 280.

(60) BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho doméstico: direitos e deveres*. Brasília: Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2007. p. 6.

(61) *Idem*.

Atualmente, o que caracteriza o trabalhador doméstico diante dos demais trabalhadores é exatamente a finalidade não lucrativa do trabalho prestado ao tomador desses serviços, ou seja, o empregador não pode auferir nenhum lucro com o trabalho do doméstico, sob pena de descaracterizar-lhe e considerar-se uma relação de emprego comum, com todos os encargos.

2.2. A regulamentação do trabalho doméstico

Apesar de secularmente exercida no País, a profissão de empregado doméstico somente foi regulamentada em 1972, com a edição da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro daquele ano (e Decreto n. 71.885, de 9.3.1973)⁽⁶²⁾.

A Constituição da República de 1988, apesar de estampar o princípio da igualdade em seu art. 5º, *caput*, como aquele princípio que orienta e ilumina os demais direitos fundamentais, e nada obstante no seu art. 7º arrole os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais — igualando-os de modo que corrija a distinção, em direitos, até então reinante entre essas duas categorias — no parágrafo único desse mesmo art. 7º assegura apenas uma parte dos direitos trabalhistas ali reconhecidos, aos empregados domésticos, mantendo-os, ainda, em situação inferiorizada relativamente aos demais trabalhadores.

Depois disso, a Lei n. 10.208⁽⁶³⁾, de 23.3.2001, estendeu aos empregados domésticos o direito aos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), com conseqüente fruição do seguro desemprego. Esse passo, porém, foi de pouco significado para a aguardada igualação de direitos, uma vez que desprovida de obrigatoriedade para os patrões a efetivação dos depósitos junto ao citado Fundo, de modo que a medida alcançou menos de dois por cento dos trabalhadores registrados⁽⁶⁴⁾.

Mais recentemente, a Lei n. 11.324, de 19.7.2006, acresceu ao rol previsto no art. 7º, parágrafo único, da Constituição da República,

(62) *Idem*.

(63) BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 25 maio 2009.

(64) CASAGRANDE, Cássio. *Trabalho doméstico e discriminação*. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/site/index.php?view=article&catid=45%3Aartigos&id=319%3Atrabalho-domestico-e-discriminacao&option=com_content&Itemid=63> Acesso em: 25 maio 2009.

outros direitos trabalhistas aos empregados domésticos. Mesmo assim, subsiste a situação inferiorizada, uma vez que essa categoria ainda não goza, como direito pleno, do FGTS e do seguro-desemprego, nem tem assegurados todos os direitos dos demais trabalhadores.

Em resumo, observa-se que, até o advento da Lei n. 5.859/72, o trabalho doméstico não gerava de qualquer direito trabalhista ou previdenciário, e nem sequer existia como profissão regulamentada. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, excluiu os empregados domésticos de seus preceitos (art. 7º, “a”)⁽⁶⁵⁾.

A Lei n. 5.859/72 reconheceu-lhe os primeiros direitos: registro do contrato de trabalho doméstico na carteira de trabalho, férias anuais remuneradas de vinte dias úteis e inclusão obrigatória no regime geral de Previdência Social.

O art. 7º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, manteve esse pequeno rol e acresceu alguns direitos, de sorte que, desde então, os empregados domésticos auferem, por força de lei: salário mínimo; irredutibilidade salarial, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho; décimo terceiro salário; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; férias anuais acrescidas de um terço, pelo menos; licença à gestante com duração de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; aviso prévio; aposentadoria e integração à previdência social⁽⁶⁶⁾.

A Lei n. 11.234/06 veio para vedar descontos salariais a título de vestuário, higiene e moradia; transformar aquelas férias anuais de vinte dias úteis em trinta dias corridos, mais a remuneração de um terço; dar estabilidade provisória à gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses depois do parto; e permitir o gozo de feriados civis e religiosos. Os empregados domésticos também fazem jus ao vale-transporte (Lei n. 7.418/85) e aos depósitos do FGTS e parcelas do seguro-desemprego — estes, ainda, dependentes de liberalidade do empregador, como dito.

Nesse contexto, observa-se que, do elenco de direitos alinhados no art. 7º da Constituição da República, os empregados domésticos

(65) BRASIL. Presidência da República.

(66) BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 2008.

ainda não gozam, por força de lei, de proteção contra a despedida arbitrária⁽⁶⁷⁾ (inciso I); seguro-desemprego e FGTS de modo pleno (incisos II e III); piso salarial (inciso V); remuneração do trabalho noturno superior ao diurno (inciso IX); proteção do salário contra a retenção dolosa (inciso X); salário-família (inciso XII); jornada normal máxima de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (XIII)⁽⁶⁸⁾; jornada de seis horas para turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV); remuneração do serviço extraordinário com, pelos menos, adicional de cinquenta por cento (inciso XV); proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX); proteção à saúde, segurança e higiene no trabalho, por meio de normas (inciso XXII); adicional de insalubridade, periculosidade ou penosidade (inciso XXIII); assistência gratuita aos filhos de até cinco anos em creches e pré-escolas (inciso XXV); reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI); proteção em face da automação (inciso XXVII); seguro contra acidentes de trabalho e direito à reparação de danos diretamente contra o empregador em caso de dolo ou culpa (inciso XXVIII); não discriminação salarial, de função ou para admissão no emprego, em razão do gênero, cor, idade ou estado civil (inciso XXX); não discriminação salarial e de critérios admissionais no tocante à pessoa com deficiência (XXXI); e igualdade entre o trabalho manual, técnico e intelectual e entre os respectivos profissionais (XXXII).

Vale ressaltar que outros direitos previstos no referido art. 7º não comportam regulamentação. Assim, a participação nos lucros da empresa (inciso XI) constitui direito inextensível aos empregados domésticos, visto que a característica dessa categoria é exatamente a finalidade não lucrativa da atividade do empregador. O salário-família do doméstico (inciso XII) seria pago pela Previdência Social, mas foi vetado conforme mensagem presidencial respectiva pertinente ao art. 3º da Lei n. 11.326/06. O Decreto n. 6.481, de 12.6.2008, dando efetividade à Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil, já proíbe o trabalho doméstico aos menores de dezoito anos no Brasil, restando atingida, de outro modo, a vedação contida no inciso XXXIII, do art. 7º. E o previsto no inciso XXXIV, do art. 7º, não pertine

(67) Esse direito, na verdade, ainda não foi regulamentado para nenhuma categoria obreira.

(68) Isso significa que o doméstico não tem direito à remuneração de horas extras.

ao caso, eis que não existe a categoria de empregado doméstico “avulso”. Por outro lado, observa-se que a reclamação trabalhista do emprego doméstico, na praxe forense, submete-se ao prazo prescricional previsto no item XXIX, do art. 7º, da Constituição.

Vê-se, diante desse quadro, que ainda é grande a diferença de direitos entre os empregados domésticos e os demais empregados urbanos e rurais.

2.3. A desigualdade de direitos do trabalhador doméstico: a visão discriminatória

Se essa desigualdade é inegável, como demonstrado no item anterior, não corrigida nem pela Constituição de 1988 — conhecida como “Constituição Cidadã” —, deve-se procurar a sua razão de ser na formação legislativa, econômica e política do Brasil, enfim, nas raízes e no pensamento constitucional brasileiro.

Casagrande⁽⁶⁹⁾ entende que tal desigualdade decorre da discriminação secular sofrida pelo tipo de trabalho (doméstico) e pelas pessoas que, na maioria das vezes, o exercem.

Com efeito, o regime escravagista marcou, profundamente, a sociedade brasileira, de sorte a permear

as relações sociais brasileiras para além da questão racial, uma vez que aquele regime influenciou também no modo como a sociedade brasileira valora o trabalho manual, em especial o prestado no âmbito doméstico por serviços, do que é prova a situação de notória discriminação a que estão relegados, até hoje, os trabalhadores domésticos⁽⁷⁰⁾.

Muitos dos escravos domésticos, após a abolição, permaneceram na mesma labuta, à míngua de opções, sem remuneração pelos serviços, apenas em troca de casa e alimento, convertendo-se, com o passar do tempo, em “agregados, sendo tratados (por vezes melifluamente) ora como serviços, ora como familiares de segunda categoria,

(69) CASAGRANDE, Cássio. *Op. cit.*

(70) *Idem.*

num limbo social e também jurídico, sem direito a herança, salário ou aposentadoria⁽⁷¹⁾.

A desvalorização do trabalho doméstico foi sendo alimentada depois da abolição, notadamente em momentos importantes para a evolução social, econômica e política do País, como exemplo, quando do advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, que afastou, expressamente, de sua proteção, os empregados domésticos.

Tal exclusão se assenta em verdadeira discriminação da atividade doméstica, juntamente com a rural, como explica *Casagrande*⁽⁷²⁾, pois “este tipo de trabalho foi desde sempre desvalorizado em nossa sociedade”. O fato de o empregador não desenvolver uma atividade com fins econômicos não foi considerado, por exemplo, na CLT, como pressuposto para excluir empregados de entidades que também não têm finalidade lucrativa, tais as beneficentes, as associações recreativas e demais instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores.

A discriminação se fez presente, igualmente, na primeira norma a tratar do trabalhador doméstico, a Lei n. 5.859/72, considerado o parcimonioso reconhecimento de direitos, restrito ao registro do contrato de trabalho na carteira profissional, inscrição previdenciária e férias anuais diferenciadas de vinte dias. A situação de inferioridade é apontada por *Casagrande*⁽⁷³⁾ não somente em comparação com os trabalhadores urbanos, mas, principalmente, em relação aos trabalhadores rurais, até então também alvo de discriminação, mas que, à época, foram reconhecidos (Lei n. 5.889/13) e receberam mais direitos trabalhistas do que os domésticos. Além da discriminação, credita-se à não organização sindical dos domésticos esse amesquinamento de direitos trabalhistas.

Dita discriminação, representada pelo reconhecimento de direitos a quem dos demais trabalhadores, se acha presente também na Constituição de 1988, na Lei n. 10.208/01 — que apenas facultou aos empregadores domésticos aderirem ao FGTS, para que seus empregados possam usufruir dos depósitos do Fundo e do seguro-desemprego — e, mais recentemente, na Lei n. 11.324/06.

(71) *Idem.*

(72) *Idem.*

(73) *Idem.*

Observa-se que essa Lei n. 11.324/06 teve origem na Medida Provisória n. 284/06, aprovada, com alterações, pelo Congresso Nacional, modificações estas que continham vantagens trabalhistas, tal a obrigatoriedade das contribuições patronais para o FGTS, mas que foram vetadas pelo Presidente da República, cujas razões de veto, segundo *Casagrande*⁽⁷⁴⁾, “não escondem mais uma vez a discriminação, já que o pressuposto é claramente o de poupar o empregador de maiores despesas”.

A categoria dos trabalhadores domésticos é composta, na sua maioria, por negros e mulheres — segmentos historicamente objeto de discriminação na sociedade brasileira —, o que, de um lado, reforça a tese do mote discriminatório que domina o trabalho doméstico, e, por outro, inclui essa categoria na pauta das atenções do Legislativo e do Executivo, com vistas a eliminar as diferenças, relativamente aos demais trabalhadores.

Com efeito, como registra *Casagrande*⁽⁷⁵⁾,

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD) de 2006, o trabalho doméstico representa 16,7% da força de trabalho feminina no país (ou cerca de 6,2 milhões trabalhadoras), sendo que entre as mulheres negras ocupadas este percentual chega a 21,7%, quase o dobro do contingente formado por brancas, amarelas e indígenas (13%). Outro dado interessante desta pesquisa, com relação ao tema da discriminação por gênero e raça, revela que entre as mulheres negras que são trabalhadoras domésticas, 75,6% não tem carteira assinada. Esse percentual é de 69,6% entre mulheres não negras.

Diante desses dados não se pode deixar de concordar que é falacioso o argumento governamental utilizado, em pleno século XXI, para não se outorgarem direitos trabalhistas totais aos domésticos, ou seja, de que “o aumento da proteção legal levaria a categoria à informalidade e diminuiria as oportunidades de emprego”.⁽⁷⁶⁾ Ora, a

(74) *Idem.*

(75) *Idem.*

(76) *Idem.*

informalidade já é enorme “nesta categoria de trabalhadores, uma vez que apenas 27,8% dos domésticos possuem registro em carteira (dados da PNAD 2006)”,⁽⁷⁷⁾ e os demais trabalhadores que gozam de maior rol de direitos — no mínimo todos aqueles alinhados no art. 7º da Constituição de 1988 — têm, em média, um percentual menor de informalidade que os domésticos.

Em outras palavras, não é a proteção social ou a grande quantidade de direitos que levam determinada categoria a ter elevado percentual de seus membros na informalidade — ou seja, sem registro, sem gozar, de fato, daquilo que lhe é conhecido por lei — mas, sim, elementos culturais, institucionais e econômicos, donde se destaca, segundo *Casagrande*⁽⁷⁸⁾, “na sociedade brasileira, pela herança da escravidão, o sentimento de que ter a sua disposição um trabalhador serviçal é um direito de quem atinge um nível de renda minimamente razoável, sendo inclusive medida de status a comprovar ascensão social”.

Em arremate, reforçam as razões discriminatórias referenciadas “a oferta abundante de mão de obra feminina barata, seja pela desqualificação de imensa parcela das trabalhadoras brasileiras, seja pelo grande número de famílias chefiadas por este tipo de profissional”, como salienta *Casagrande*⁽⁷⁹⁾, que contribuem, também, para a informalidade e demora na aplicação da igualdade de direitos trabalhistas, que se pretende superar através de vários projetos de lei⁽⁸⁰⁾ em tramitação no Congresso Nacional, a favor do trabalhador doméstico.

2.4. A igualação de direitos do trabalhador doméstico: um processo lento e gradual, a exemplo da abolição da escravidão negra

A desigualdade, em direitos trabalhistas, entre empregados domésticos e os demais empregados urbanos e rurais, então, é produto

(77) *Idem*.

(78) *Idem*.

(79) *Idem*.

(80) Entre os Projetos de Lei que tramitam no Legislativo Federal cita-se, pela amplitude do conteúdo tendente à igualação total de direitos do doméstico com os demais trabalhadores, o mais antigo, PL n. 1.626/89, de autoria da então Deputada Benedita da Silva, e o PL n. 4.787/09, da Deputada Luciana Costa, cuja finalidade é substituir a denominação empregado doméstico por “funcionário do lar”, considerada a discriminação que pesa sobre a primeira. Confira-se em BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>> Acesso em: 28 maio 2009.

da forte discriminação que incide sobre a natureza dos serviços (domésticos) e das pessoas que os executam, preponderantemente (negros e mulheres).

Mas a discriminação não é o único motivo dessa desigualdade, que ainda clama por superação na legislação brasileira: é preciso enxergar as intenções e razões que se colocam por trás dos fatos, para compreender o presente, à luz do pensamento constitucional.

A temática sobre a liberdade e a igualdade no Brasil se desenvolveu paulatinamente, sem ruptura revolucionária; tem sido uma temática progressiva. Na verdade, a igualdade ainda hoje é um problema, porque não implementada conforme o princípio consagrado constitucionalmente, ou seja, no sentido da igualdade material ou substancial, e não meramente formal.

A situação de reconhecimento dos direitos dos empregados domésticos — herdeiros dos serviços e dos estigmas dos escravos — e a busca de sua isonomia com o *status* jurídico dos demais trabalhadores assemelham-se àquele processo longo, legislativo-progressivo e gradual que marcou a abolição da escravidão. Com efeito, percebe-se que nesses mais de cento e vinte anos de trabalho livre no Brasil subsiste o estado de inferioridade dos domésticos perante a lei; da abolição da escravidão à primeira lei de proteção aos empregados domésticos, em 1972, passaram-se oitenta e quatro anos, e desde então, nada obstante os avanços verificados na Carta de 1988 e na legislação ordinária de 2001 e 2006, com sucessivos incrementos no rol de direitos, ainda existe desigualdade.

Verifica-se, também, nesse processo, a preponderância dos interesses econômicos da classe empregadora, considerada a finalidade não lucrativa de sua atividade, diante da preocupação em não onerá-la com encargos e direitos trabalhistas, em detrimento da igualdade de direitos trabalhistas dos domésticos, cujo trabalho tem valor econômico para si, por constituir sua fonte de sustento próprio e da família.

CONCLUSÃO

Tal qual se verificou nas colônias estabelecidas na América, o sistema escravagista brasileiro assentou-se na contradição que enxerga

o escravo como coisa (ou propriedade) e ser humano, concomitantemente — representando capital e trabalho ao mesmo tempo. O acúmulo dessa propriedade conferia “status” não só econômico, como político e social, aos senhores.

O trabalho escravo serviu como sustentáculo econômico, social e político da elite dominante, representada pelos grandes proprietários de terras, e, por isso, demorou a ser abolido no Brasil, apesar da incompatibilidade desse tipo de trabalho com o capitalismo moderno e com a burguesia em ascensão.

No longo processo iniciado pelas primeiras tentativas de extinção do tráfico de negros da África, pressionadas pela Inglaterra, rumo à abolição, predominaram os interesses patrimoniais dessa elite herdada de Portugal e personificada nos conservadores, em detrimento do direito à igualdade e à liberdade dos servos. Esses interesses suplantaram até os ideais iluministas e o discurso liberal, optando-se por conciliar situações antagônicas, representadas pelo liberalismo abraçado desde a Independência, concomitante à manutenção do regime escravista.

O processo de abolição transcorreu, conforme a tradição brasileira, de modo lento e gradual, operando-se pela via legislativo-progressiva, sem rupturas revolucionárias, passando por etapas demarcadas, primeiramente, pela extinção da importação de escravos (Lei Euzébio de Queiroz), seguindo-se a Lei do Ventre do Livre e a Lei dos Sexagenários, até a Lei Áurea, demorando-se quase sessenta anos entre a primeira tentativa de abolição do tráfico e a emancipação total dos escravos.

Apesar de constituir a abolição da escravatura um item do programa do partido liberal, os maiores passos rumo à emancipação dos escravos foram dados pela Coroa e no governo dos conservadores, que também souberam perceber, premidos pelas vozes abolicionistas oriundas dos liberais e mesmo de conservadores contrários ao regime servil, a insustentabilidade da situação gerada pela escravidão.

O trabalho escravo deixou marcas indeléveis na formação social, cultural e política do Brasil, e, especialmente, nas relações de trabalho, observando-se que uma das atividades antes reservadas aos cativos — o trabalho doméstico — sobejou para o Brasil do trabalho livre com

forte carga de discriminação decorrente da natureza da atividade e, também, contra as próprias pessoas que a exercem — negros e mulheres, na sua maioria.

O pensamento constitucional brasileiro detectado à época — impregnado de cautela, aversão a mudanças ríspidas, longos debates de ideias e implementação das inovações mediante lei, bem como a preocupação com a situação econômica do tomador dos serviços em detrimento do direito à igualdade do trabalhador — projetou-se e reflete no Brasil pós-1888. Consta-se disso pela demora no reconhecimento legislativo da categoria do trabalhador doméstico e no processo de igualação de seus direitos trabalhistas aos trabalhadores em geral, inclusive na Constituição de 1988 — nessa parte injusta para com os domésticos.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de; VIEIRA, Fernando Antonio da Costa; AGOSTINHO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>> Acesso em: 28 maio 2009.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 2008.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho doméstico: direitos e deveres*. Brasília: Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2007.

_____. *Presidência da República*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 25 maio 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASAGRANDE, Cássio. *Trabalho doméstico e discriminação*. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/site/index.php?view=article&catid=45%3Aartigos&id=319%3Atrabalho-domestico-e-discriminacao&option=com_content&Itemid=63> Acesso em: 25 maio 2009.

COSTA, Emília Viotti da. *A abolição — história popular*. 4. ed. São Paulo: Global, 1988.

- _____. *Da senzala à colônia*. 4. ed. 1. reimp. São Paulo: Unesp, 1998.
- _____. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Unesp, 1999.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 20. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tir. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras — 1824*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- PRADO, Maria Emília. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambiguidades do império do Brasil. In: GUIMARÃES, Maria Paschoal; PRADO, Maria Emília (orgs.). *O liberalismo no Brasil imperial — origens, conceitos e prática*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1914.
- VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — HARMONIZAÇÃO DAS SÚMULAS NS. 363 E 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Annelise Fonseca Leal Pereira^()*

Resumo: A Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê, em seu art. 37, inciso II, o princípio constitucional do concurso público e comina com nulidade o ato praticado em desobediência a tal regra democrática, nos termos do § 2º, do mesmo dispositivo da Lei Maior, tendo a Súmula n. 363 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST) delimitado os efeitos da declaração de tal nulidade contratual. Ocorre que a Administração Pública, com vistas a burlar tal regra constitucional proibitiva de contratação de pessoal com preterição do concurso público, faz uso em larga escala do instituto da terceirização, contratando empregados através da fórmula trilateral terceirizante. A habitualidade na utilização ilícita da terceirização dos serviços, seja pelos entes públicos, seja na esfera privada, impulsionou o Tribunal Superior do Trabalho a fixar os parâmetros para a licitude do instituto, o que foi feito através da Súmula n. 331. A utilização fraudulenta da terceirização pelo ente público gera, como será demonstrado, um aparente conflito entre os entendimentos constantes das Súmulas ns. 363 e 331 do TST. O presente trabalho se propõe, portanto, a solucionar tal conflito, harmonizando os bens jurídicos constantes dos referidos enunciados do TST, o que será feito com a aplicação dos princípios e regras da hermenêutica jurídica e constitucional.

Palavras-chave: Terceirização Ilícita. Administração Pública. Nulidade.

(*) Procuradora do Trabalho, pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho, 2008.

INTRODUÇÃO

A utilização ilícita da terceirização pelo ente estatal gera um aparente conflito entre os entendimentos constantes nas Súmulas ns. 331 e 363 do Tribunal Superior do Trabalho, que tratam, respectivamente, do instituto da terceirização e dos efeitos da nulidade do contrato de trabalho celebrado sem concurso público pela Administração Pública.

O conflito aparentemente existente entre os bens jurídicos constantes dos supracitados entendimentos sumulados ocorre em razão de o primeiro verbete vedar a formação de vínculo empregatício do empregado terceirizado com a Administração Pública (conforme disposto no seu inciso II)⁽¹⁾, enquanto o segundo, ao fixar os efeitos do contrato de trabalho celebrado entre o ente público e o empregado contratado sem concurso público, acaba por admitir a existência de tal vínculo, não fazendo, outrossim, distinção entre as hipóteses de contratação direta do empregado e de contratação deste mediante empresa interposta/terceirizada⁽²⁾.

Assim, a questão que surge é como conciliar os posicionamentos — aparentemente divergentes — adotados nos citados enunciados do TST?

Tal questionamento será objeto de estudo no presente trabalho, que, partindo-se primeiramente da análise da nulidade contratual do ato de contratação do servidor com preterição do concurso público, buscar-se-ão subsídios para a solução da questão, elucidando o regime das nulidades no Direito Civil e sua aplicabilidade no Direito do Trabalho, para, assim, concluir com os efeitos da nulidade do contrato celebrado pela Administração Pública sem concurso público, previstos na Súmula n. 363 do TST.

Outrossim, após traçados os efeitos da nulidade elencados na Súmula n. 363 do TST, o presente trabalho ingressará no estudo da terceirização, de forma que delimite sua origem, conceito e finalidades, bem como esclareça as hipóteses de licitude do referido instituto.

(1) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Res. n. 121/03. Publicada no Diário da Justiça em 19, 20 e 21 de novembro de 2003.

(2) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 363. Res. n. 121/03. Publicada no Diário da Justiça em 19, 20 e 21 de novembro de 2003.

A ilicitude da fórmula trilateral terceirizante será explicitada de acordo com os parâmetros traçados na Súmula n. 331 do TST, que fixou seus efeitos, a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços e a sua aplicabilidade nos casos de terceirização perpetrada pela Administração Pública, conforme será demonstrado em ponto específico.

Somente após tecidas as considerações acerca da nulidade do contrato de trabalho celebrado pela Administração Pública sem concurso público, bem como sobre os efeitos da ilicitude da terceirização, é que o presente trabalho estará apto a responder o questionamento que se propõe a solucionar, utilizando-se dos princípios e regras da hermenêutica jurídica e constitucional, de forma que harmonize os entendimentos constantes das Súmulas ns. 363 e 331 do Colendo TST.

1. DA NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM A PRÉVIA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

1.1. Teoria das nulidades no direito civil

Antes de ingressar no tema objeto do presente estudo, faz-se necessário que sejam tecidas algumas considerações a respeito da teoria geral das nulidades do negócio jurídico no âmbito do direito civil, para que assim seja formado entendimento acerca da possível aplicabilidade de tais premissas no Direito do Trabalho, bem como estabelecer qual vício existe na contratação em desrespeito ao art. 37, II, da Constituição Federal de 1988⁽³⁾.

Primeiramente, há de se conceituar o instituto da nulidade, citando, para tanto, as palavras irretocáveis de *Stolze e Pamplona Filho*, segundo os quais “a nulidade se caracteriza como uma sanção pela ofensa a determinados requisitos legais, não devendo produzir efeito jurídico, em função do defeito que carrega em seu âmago” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 383).

(3) Cabe, primeiramente, esclarecer que o único interesse do presente artigo é analisar o plano de validade do negócio jurídico. Assim, prescindem de análise os planos de existência e de eficácia do ato negocial, sob pena de desvirtuamento do núcleo central deste trabalho científico.

Com efeito, todo negócio jurídico, para produzir seus regulares efeitos, deve atender a certos requisitos de validade, sob pena de padecer de nulidade. O vício existente no ato, por sua vez, pode gerar a nulidade absoluta ou relativa do negócio jurídico, a depender da gravidade do bem jurídico afetado pela irregularidade.

Assim, o ato nulo (nulidade absoluta) é aquele que viola preceito cogente de natureza pública, contendo vício grave, motivo pelo qual existe um interesse de toda coletividade, além do interesse individual, em privar a produção dos efeitos de tal ato.

Segundo ensinamentos de *Carlos Roberto Gonçalves*:

o negócio é nulo quando ofende preceitos de ordem pública, que interessam à sociedade. Assim, quando o interesse público é lesado, a sociedade o repele, fulminando-o de nulidade, evitando que venha a produzir os efeitos esperados pelo agente (GONÇALVES, 2007, p. 431).

Nos termos do art. 168 do Código Civil⁽⁴⁾, a nulidade absoluta pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no feito, e, ainda, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, tendo em vista a ofensa aos princípios de ordem pública, “razão por que se diz que a nulidade opera-se de pleno direito” (DINIZ, 2008, p. 388).

No tocante à aptidão para gerar efeitos, cumpre elucidar que, segundo *Gonçalves*, o ato nulo não é capaz de produzir efeitos, razão pela qual o pronunciamento judicial de tal nulidade opera efeitos *ex tunc*, ou seja, desde o momento da declaração da vontade (GONÇALVES, 2007, p. 437).

Ato anulável, por sua vez, como esclarece *Rodrigues Pinto*, é aquele “nascido com defeito corrigível, via de regra intrínseco, porque de sua própria essência” (1998, p. 144). Deveras, a nulidade relativa é a consequência jurídica do vício existente no ato que atinge apenas

(4) Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.
Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

interesses particulares, sendo que a sua prática constitui um defeito menos grave do que a nulidade absoluta.

O art. 177 do Código Civil estabelece, no tocante à iniciativa de arguição, que a nulidade relativa não pode ser reconhecida de ofício, somente podendo ser alegada pelos interessados. Com relação aos efeitos produzidos pelo ato anulável, cumpre salientar que a “declaração judicial de sua ineficácia opera *ex nunc*, de modo que o negócio produz efeitos até esse momento (CC, arts. 177 e 183)” (DINIZ, 2008, p. 537).

Com os elementos civilistas do assunto em tela devidamente explicitados, o passo seguinte é promover a análise perfunctória do regime das nulidades no Direito do Trabalho.

1.2. Teoria das nulidades no direito do trabalho

O ramo material trabalhista não se preocupou em criar, em suas normas, regras específicas e conceituais sobre a nulidade e seus efeitos no contrato de trabalho. Em razão de tal lacuna legislativa, coube à doutrina e à jurisprudência delimitar o alcance das normas gerais de nulidade do Direito Comum e a sua aplicabilidade no Direito Laboral.

Vale asseverar que a Consolidação das Leis do Trabalho trata do assunto em questão, apenas, em seu art. 9º, estabelecendo a nulidade absoluta do ato praticado com fraude aos dispositivos constantes no referido diploma legal⁽⁵⁾.

Sobre o tema, o mestre e doutor *Maurício Godinho Delgado* defende a existência de uma teoria justrabalhista de nulidades, que tem como regra geral o critério da irretroação da nulidade decretada (DELGADO, 2007, p. 510).

É de salutar relevância esclarecer, *a priori*, que, com o Estado Democrático de Direito, consagrado no Brasil através do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, os princípios passaram a ocupar um

(5) Nos arts. 794 a 798 limitou-se a CLT a estabelecer uma teoria de nulidades no âmbito do direito processual do trabalho, “no qual se praticam atos jurídicos de fins formais específicos dentro da relação processual” (PINTO, 1998, p. 143/144).

papel de extrema importância na ordem jurídica brasileira, de modo a exercerem diversas funções no direito pátrio⁽⁶⁾.

Nesse diapasão, há que se ressaltar os princípios do valor social do trabalho (esculpido como fundamento: da República Federativa do Brasil — art. 1º, *caput*, CF/88; da ordem econômica — art. 170, *caput*, CF/88 e; da ordem social — art. 193, *caput*, CF/88) e da dignidade da pessoa humana (também consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme previsão no art. 1º, *caput*, CF/88).

O escopo do constituinte originário, ao elencar o princípio do valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, da ordem econômica e da ordem social, foi, sem dúvida:

reconhecer no trabalho o meio de dignificação do homem, pois representa a forma que este encontrou de garantir a sua subsistência. A expressão Social que qualifica o valor do trabalho humano não foi inserida por acaso pelo legislador constituinte, ao contrário, a conclusão que deve ser feita é a de que o valor do trabalho transcende o âmbito do trabalhador, sendo reconhecido como patrimônio da coletividade. (RIATTO, 2007, p. 18).

Por sua vez, *Ingo Wolfgang Sarlet* conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos

(6) Sem intuito de esgotar o assunto, mas apenas como uma forma de esclarecer o tema, pode-se dizer que os princípios podem exercer função interpretativa — pois orientam o operador do direito no momento da aplicação da lei ao caso concreto —, função informativa — vez que informam o legislador no processo de elaboração das leis —, função normativa supletiva — haja vista servirem como fonte integradora na hipótese de existência de lacunas na lei — e função normativa autônoma — pois criam um direito subjetivo, “preenchendo o vazio existente no ordenamento jurídico e não na regra” (CASSAR, 2008, p. 173).

da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2006, p. 60)

Logo, segundo *Godinho*, existe um critério de salvaguarda do valor-trabalho e dos direitos trabalhistas quando em confronto com outros valores e normas eleitos como relevantes pela ordem jurídica. “Esse critério de salvaguarda determina a repercussão de efeitos justralhistas ao trabalho efetivamente cumprido (embora negando tais repercussões a partir do instante em que a nulidade é reconhecida)” (DELGADO, 2007, p. 510).

Em verdade, não há como admitir-se a total aplicação ao Direito do Trabalho das regras civilistas sobre nulidade, tendo em vista a situação peculiar da efetiva prestação de serviço pelo empregado no contrato individual de emprego, o que impossibilita o retorno ao *status quo ante*. Caso admitida a total aplicação da teoria civilista das nulidades na seara trabalhista, haveria afronta aos princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, acima explicitados, bem como possibilitaria o enriquecimento sem causa do empregador.

Por tais razões, *Delgado* — que entende pela existência de uma teoria justralhista das nulidades, conforme mencionado *supra* — faz a distinção entre as hipóteses de aplicação plena, de aplicação restrita e de inaplicabilidade da teoria especial trabalhista, a depender do caso concreto.

Com efeito, segundo o precitado doutrinador, existem situações em que há a aplicação plena da teoria justralhista das nulidades, na qual vigorará a regra da irretroação da nulidade decretada, dando-se efeito *ex nunc* à declaração judicial da nulidade reconhecida. Isso ocorre, por exemplo, quando o vício existente no contrato de emprego refere-se ao elemento jurídico-formal da capacidade (como o exemplo do trabalho prestado por menor de 16 anos), hipótese em que caberia o total reconhecimento dos efeitos do contrato de emprego (DELGADO, 2007, p. 511).

No tocante à aplicação restrita da teoria justralhista de nulidades, ensina *Godinho* que “o tipo de defeito emergente do ato jurídico e o bem jurídico afrontado por esse defeito são aspectos que tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial de nulidades” (2007, p. 511).

Assim, pontua o autor, na hipótese em que a afronta ao bem jurídico tutelado se verifica como de interesse apenas do empregado, a teoria das nulidades se aplica em sua inteireza “porém, à medida que os bens tutelados aproximam-se do interesse público (confrontando o valor trabalho a outro valor também de inquestionável interesse público), tende-se a restringir, proporcionalmente, a aplicação da teoria trabalhista especial” (DELGADO, 2007, p. 511). Ilustrativamente, cita-se a situação de contratação de empregado sem concurso por entes públicos.

No que se refere à inaplicabilidade da teoria trabalhista de nulidades, informa o renomado jurista que existem casos em que a nulidade é tão intensa que ofende bem social relevante, razão pela qual nem sequer se configura o valor-trabalho protegido pela Constituição Federal. (DELGADO, 2007, p. 513). É o que se passa com o trabalho ilícito, que será oportunamente tratado em item específico.

Feita essa introdução sobre a teoria das nulidades no âmbito civil e trabalhista, delimitados os elementos conceituais necessários para o entendimento do assunto proposto no presente trabalho, passa-se, a seguir, à análise do tema concernente à contratação de empregado sem concurso público por entes estatais, a fim de serem especificados o tipo de defeito existente no referido contrato, bem como os efeitos reconhecidos em face de sua declaração de nulidade.

1.3. Da nulidade da contratação de empregado sem concurso público por entes estatais

1.3.1. Princípios e normas aplicáveis à administração pública

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 arrolou como princípios vetores da Administração Pública, dentre outros, a Legalidade, a Impessoalidade, a Moralidade e a Eficiência.

No âmbito da Administração Pública, o princípio da legalidade tem aplicação diversa da conotação dada aos particulares — que podem fazer tudo o que a lei não proíbe —, pois impõe aos administradores a estrita observância ao estabelecido na lei, de forma que somente podem atuar quando existente autorização legal e nos moldes por esta determinados.

Segundo ensinamentos de *Alexandre de Moraes*, o princípio da legalidade “coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica” (2006, p. 303)

O princípio da impessoalidade, por sua vez, significa que o administrador deverá atribuir tratamento igualitário aos administrados, vedando-se discriminações e favorecimentos indevidos, “nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas (...) O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia” (MELLO, 2006, p. 110)

Pelo princípio da moralidade extrai-se a ideia que impõe aos detentores do poder uma atuação proba, honesta e com lisura, não bastando ao administrador público o exato cumprimento da lei, sendo necessário, ainda, o respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça (MORAES, 2006, p. 304).

Por fim, o princípio da eficiência propõe que a atuação da Administração deve se dar com celeridade e precisão, de sorte a satisfazer as necessidades dos administrados como um todo. Cabe citar os ensinamentos irretocáveis de *Alexandre de Moraes* que, ao lecionar sobre o tema, explicitou que o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a busca do bem comum, “de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos” (2006, p. 309).

Atento aos princípios constitucionais acima explanados e conferindo-lhes aplicabilidade e eficácia, o legislador constituinte determinou a obrigatoriedade de prévia realização de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, conforme preceitua o art. 37, inciso II, da Carta Política de 1988, segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”⁽⁷⁾. Dito dispositivo

(7) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

constitucional estabeleceu, ainda, em seu § 2º, que a inobservância do disposto no inciso II implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável.

Destarte, a exigência de concurso público tem como propósito o atendimento aos princípios anteriormente referidos, tendo em vista que impõe ao administrador a obrigação de somente contratar mediante a realização do certame público — só estando isento do cumprimento dessa obrigação nas hipóteses estritamente previstas em lei (princípio da legalidade); confere tratamento igualitário e sem favoritismos a todos que desejam ingressar no serviço público (princípios da impessoalidade e da moralidade); e, por fim, seleciona o candidato mais qualificado e que melhor atenda às expectativas da coletividade (princípio da eficiência exigido a todo servidor público).

Para uma melhor compreensão sobre o tema em destaque, faz-se necessário, ainda, mencionar que, além da previsão constitucional expressa, a obrigatoriedade de realização de concurso para o ingresso no serviço público também está prevista em outros diplomas infraconstitucionais, os quais cominam com nulidade o ato que não observa tal requisito, a exemplo do art. 4º, inciso I, da Lei n. 4.717/65, que regula a Ação Popular⁽⁸⁾.

Por sua vez, a Lei n. 8.429/92 — que dispõe sobre as sanções aplicáveis ao administrador público que pratica ato de improbidade administrativa —, no seu art. 11, inciso V, elenca a inobservância do concurso público, por parte do exercente do poder, como sendo uma espécie de ato ímprobo⁽⁹⁾.

Assim, o administrador público que não observa as regras para contratação de pessoal constantes nas normas constitucionais e legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio comete ato de improbidade administrativa — sendo tal ato passível de nulidade —, sujeitando-se às penalidades previstas na Lei n. 8.429/92.

(8) BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 de julho de 1965.

(9) BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 3 de junho de 1992.

1.3.2. *Princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público ante a contratação nula do empregado por parte da administração pública*

Inicialmente, citando *Bandeira de Mello*, cumpre asseverar que os princípios acima referidos são “as pedras angulares do Direito Administrativo” (2006, p. 54). Ocorre que, antes de adentrar na análise dos seus significados, faz-se necessário elucidar o real sentido jurídico do termo interesse público.

Segundo o doutrinador acima citado, “o interesse público, interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, 2006, p. 57).

Daí afirmar-se que é equivocada a ideia de que o interesse público significa o próprio interesse do Estado, pois, conforme a explicação acima transcrita, o interesse público é o interesse de toda a coletividade. Em verdade, deve ser feita a distinção entre o interesse primário e o interesse secundário do ente estatal. O interesse primário significa a atuação do Estado, como entidade representante do grupo social, desenvolvida em benefício da coletividade. Por sua vez, secundário é o interesse do próprio Estado, como sujeito de direitos, ou seja, é o interesse particular do Estado, encarado como pessoa jurídica.

Assim, quando se fala no princípio da supremacia do interesse público, quer-se afirmar que o interesse do grupo social (interesse primário do Estado) prepondera em face do interesse particular.

Lecionando sobre o tema, *José dos Santos Carvalho Filho* dispõe que:

saindo da era do individualismo exarcebado, o Estado passou a caracterizar-se como *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. (2008, p. 26)

O princípio da indisponibilidade do interesse público, por sua vez, exprime a noção de que os interesses e os bens qualificados como

próprios do grupo social não estão à livre disposição nem da Administração nem de seus agentes, incumbindo-lhes, no entanto, o dever de conservá-los e destiná-los à finalidade constitucional e legalmente prevista.

Feita essa breve explanação acerca dos princípios acima citados, cabe pontuar que a proibição de contratação de servidores sem concurso público, após a Carta Magna de 1988, visa, sem sombra de dúvidas, atender ao interesse de toda a coletividade — que espera, quando do acesso aos cargos públicos, sejam obedecidos, pelo administrador público, os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, legalidade e eficiência.

Conforme resta explicitado pelo mestre *Maurício Godinho*:

o que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia em favor de toda sociedade, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares. (2007, p. 448)

Pelos motivos ora explanados, a Carta Política Brasileira de 1988 cominou com nulidade o ato de a Administração Pública contratar sem concurso público, sendo que, a declaração de nulidade do contrato do trabalhador celebrado com o ente estatal, sem a prévia aprovação em concurso público, ganha força quando em cotejo com a disposição prevista no art. 8º, *in fine*, da norma consolidada trabalhista, no sentido de que nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público, corroborando, portanto, a preponderância da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o interesse privado do trabalhador.

Assim, pontua *José Diniz de Moraes* que:

a garantia que deve merecer todo o direito individual é o direito que toda a sociedade espera e luta para que seja garantido a todos, e não o de um contra todos. Ela não pode pretender garantir a um o que não quer ver garantido a ninguém, e tanto não quer

que o constituinte antecipou-se com o cutelo da nulidade absoluta. (2000, p. 109)

Em atenção aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, portanto, deve ser declarada a nulidade do contrato celebrado nesses moldes, aplicando-se a teoria restrita das nulidades no direito do trabalho, conforme será a seguir elucidado.

1.3.3. Efeitos da declaração de nulidade contratual e a Súmula n. 363 do TST

Primeiramente, cumpre observar que a conduta da Administração Pública de contratar sem concurso público, após a Carta Magna de 1988, enseja a nulidade absoluta do ato (nos termos do art. 37, inciso II, da Carta Magna de 1988), não em razão de ser ilícito, mas sim por propiciar a realização de trabalho constitucionalmente proibido⁽¹⁰⁾ por ausência de formalidade legal (objeto impossível) — investidura em cargo ou emprego público sem a observância de formalidade prévia e necessária para tal investidura.

Entretanto, os efeitos dessa nulidade absoluta não são os mesmos previstos pela teoria tradicional civilista, tendo em vista que, conforme esclarecido *supra*, o obreiro empregou energia física e/ou mental na execução de seus serviços, não sendo possível, por conseguinte, o retorno ao *status quo* ante, sob pena de afrontar os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, bem como possibilitar o enriquecimento sem causa do ente público.

(10) Para uma melhor compreensão do tema em análise, é imprescindível que seja estabelecida a distinção entre trabalho ilícito e trabalho proibido. Na primeira hipótese, o contrato de trabalho é celebrado visando à realização de condutas tipicamente penais ou reprovadas pelo direito, por inobservância das regras dos bons costumes e dos valores socialmente relevantes. Nessas hipóteses, não há que se cogitar a produção de efeitos por parte do contrato de trabalho celebrado. Ilustrativamente, pode-se citar o trabalho realizado pelo chamado “bicheiro” (conforme OJ n. 199 da SBDI-1 do TST) e o trabalho realizado para o tráfico de drogas.

Trabalho proibido, por sua vez, é aquele cujo objeto é juridicamente impossível, ou seja, “o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer ilicitude, porque a atividade empreendida pelo laborista é intrinsecamente incensurável; nada obstante, circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho têm o condão de torná-lo proibido” (FELICIANO, 2006, p. 933). Nos casos de trabalho proibido, portanto, poderão surtir efeitos no contrato de trabalho celebrado, até que sobrevenha a sua declaração de nulidade. É o que se verifica, por exemplo, com o trabalho realizado pelo menor de 14 anos.

Ocorre, porém, que o texto constitucional, ao cominar com nulidade o ato de contratação sem concurso público, não estabeleceu quais seriam os efeitos advindos dessa declaração de nulidade, cabendo, assim, à doutrina e à jurisprudência delimitar os referidos efeitos.

Percebe-se que há cizânia doutrinária e jurisprudencial no tocante a tais efeitos. Parte minoritária da doutrina nega o reconhecimento de efeitos ao ato declarado nulo em razão do não atendimento ao requisito constitucional referente ao concurso público, ao fundamento de que o interesse público prevalece, por completo, em face do interesse do trabalhador (DELGADO, 2007, p. 512).

Outra parcela da doutrina entende que o ato admissional de servidor sem concurso público deve ser anulado (aplicando-se a teoria justrabalhista das nulidades no tocante ao período de efetiva prestação de serviço), afastando-se, a partir da declaração de tal nulidade, o empregado do posto de trabalho. Garante-se ao obreiro, outrossim, todas as verbas contratuais trabalhistas devidas durante o vínculo laboral, negando-se, todavia, as verbas rescisórias decorrentes da rescisão sem justa causa, vez que a extinção do pacto se deu em razão da nulidade declarada e não por dispensa injusta. Adeptos desse entendimento, pode-se citar *Maurício Godinho Delgado* (2007, p. 512) e *Eduardo Sérgio de Almeida* (2007, p. 4154).

Há, ainda, quem defenda que são devidos todos os direitos trabalhistas advindos de tal relação laboral, ao fundamento de que a norma constitucional que vedou a contratação sem concurso público estaria dirigida apenas ao administrador público e não ao obreiro (DELGADO, 2007, p. 512).

Por fim, prevalece o entendimento constante na Súmula n. 363 do TST, segundo a qual “a contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS⁽¹¹⁾”.

(11) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 363. Res. n. 121/03. Publicada no *Diário da Justiça* em 19, 20 e 21 de novembro de 2003.

Verifica-se que o TST buscou um equilíbrio diante do conflito existente entre os princípios constitucionais aplicáveis à espécie (conforme supramencionado). Com efeito, como não se pode admitir contratação pela Administração Pública com preterição do concurso público, como também não se pode ignorar que houve a prestação de serviço com o dispêndio de energia física e/ou mental por parte do trabalhador, não há como conferir ou negar totais efeitos a tal contrato, apresentando-se razoável, portanto, a solução encontrada pelo colendo Tribunal Trabalhista.

Destarte, a posição adotada pelo TST dá aplicabilidade e efetividade ao texto constitucional, vez que resguarda os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa, ao mesmo tempo em que os concilia com o princípio democrático do concurso público, de forma a não conferir plenos efeitos ao ato administrativo constitucionalmente considerado nulo⁽¹²⁾.

2. DA TERCEIRIZAÇÃO

2.1. Origem e referências legais

A terceirização é um fenômeno novo no Direito do Trabalho brasileiro, tendo assumido relevância em razão da globalização e da crise econômica mundial, que ocasionaram a fragilidade do mercado interno, passando-se a exigir maior produtividade e menores custos aos empresários, de forma a possibilitar-lhes a competitividade com o mercado externo (CASSAR, 2008, p. 494).

A origem da terceirização ocorreu nos Estados Unidos da América, após a Segunda Guerra Mundial, consolidando-se naquele país em 1950. Tal modelo, que foi trazido para o Brasil nas décadas de 1950 e 1960 pelas multinacionais de automóveis, se expandiu, no âmbito nacional, ao longo dos anos, nos diversos setores, inclusive, na Administração Pública (VIEIRA; VIEIRA; FURTADO, 2007, p. 20), conforme se verá em seguida.

(12) As supracitadas parcelas reconhecidas pelo TST consistem, em verdade, numa indenização devida pela força de trabalho do obreiro apropriada pelo ente público, calculada com base no salário pactuado, sendo que os valores referentes aos depósitos do FGTS devidos em razão de tal contratação nula encontram, ainda, previsão no art. 19-A da Lei n. 8.036/90 (introduzido pela Medida Provisória n. 2.164-41/01).

Na ordem jurídica pátria não existe um arcabouço legislativo apropriado para regular a terceirização, havendo apenas alguns poucos diplomas normativos que tratam do assunto. Essa ausência legislativa impulsionou o Judiciário Trabalhista brasileiro a se debruçar sobre o tema, ampliando suas hipóteses e enfrentando essa nova tendência através da Súmula n. 331 do TST.

De fato, a CLT apenas faz referência a dois modelos de subcontratação de mão de obra, que são a empreitada e a subempreitada (art. 455), o que se justifica em razão de que à época de sua elaboração (década de 1940) a terceirização ainda não havia tomado corpo na realidade brasileira (DELGADO, 2007, p. 431).

Cabe acrescentar que, além do dispositivo consolidado supramencionado, as primeiras referências legais sobre a terceirização ocorreram no setor público, com o Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70, que estimulavam a descentralização administrativa, por meio da contratação de empresas privadas para atuarem nos serviços meramente executivos e operacionais do segmento estatal (DELGADO, 2007, p. 433).

Somente a partir da década de 1970 é que a legislação heterônoma estatal incorporou ao ordenamento jurídico pátrio as primeiras formas de terceirização no setor privado, o que se deu com as Leis ns. 6.019/74 (que autoriza a contratação temporária nas hipóteses ali previstas) e 7.102/83 (que autoriza, em caráter permanente, a terceirização do trabalho de vigilância bancária) (CASSAR, 2008, p. 502). Vale citar, ainda, que a Lei n. 8.949/94 inseriu o parágrafo único ao art. 442 da CLT e introduziu uma nova fórmula de terceirização, que são as cooperativas de trabalho.

A ausência de normatização autorizando a exceção do modelo empregatício clássico, no entanto, não foi óbice para o avanço da fórmula trilateral terceirizante, tendo esta se concretizado e se tornado uma realidade no modelo organizacional das empresas, o que forçou a doutrina e a jurisprudência trabalhista a se dedicarem ao tema, a fim de serem fixados os contornos e os limites de tal instituto.

2.2. Conceito e natureza jurídica

A terceirização ocorre quando uma empresa entrega determinada atividade para outra organização empresarial, a fim de que esta a execute

de forma autônoma, com seus próprios empregados e equipamentos. Consiste, assim, em exceção à regra geral da relação bilateral existente no contrato de emprego, já que propicia a formação de uma relação trilateral empregatícia, “caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal” (CASSAR, 2008, p. 492).

O objetivo da terceirização é a transferência de atividades de uma empresa para outra empresa especializada, a fim de possibilitar à empresa tomadora dos serviços uma maior concentração de esforços gerenciais na sua atividade principal, garantindo-se a qualidade e a produtividade, bem como a redução dos custos e o aumento da competitividade.

Segundo *Rodrigo Carelli*, a terceirização tem natureza jurídica de contrato comercial entre empresas, não sendo um “contrato civil de fornecimento de trabalho, ou de mão de obra, e sim contrato civil de atividade que será realizada autonomamente por empresa especializada” (2004, p. 45).

Para um melhor esclarecimento sobre o instituto em debate, vale, ainda, diferenciá-lo da intermediação de mão de obra. Esta consiste no mero fornecimento de trabalhadores de uma empresa para outra, a fim de eximir a tomadora da mão de obra de toda e qualquer responsabilidade pelas obrigações derivadas da relação de trabalho. Tal modelo é permanentemente proibido na ordem jurídica trabalhista, haja vista possibilitar a mercantilização do trabalho, o que vai de encontro ao quanto estabelecido na Declaração de Filadélfia de 1944, que “estatuíu, como primeiro princípio para a proteção do trabalho humano, que o ‘trabalho não é uma mercadoria’” (CARELLI, 2004, p. 43).

Constata-se, portanto, que a intermediação de mão de obra é ilegal e proibida, enquanto a terceirização em si é legal, desde que, por óbvio, não configure fraude consistente em acobertar uma verdadeira relação de emprego travada entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços.

Com feito, os arts. 2º e 3º da CLT, que definem as figuras do empregado e do empregador, são normas cogentes e não podem ser afastadas pelas partes contratantes. Logo, em havendo efetivamente um vínculo de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora — o que se verifica com a análise da presença dos elementos fático-

-jurídicos da relação empregatícia⁽¹³⁾ —, restará configurada a fraude, ensejando o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com esta, nos termos dos mencionados dispositivos consolidados.

2.3. Da Súmula n. 331 do TST e dos requisitos para licitude da terceirização

Conforme já explicitado no título anterior, em face da insuficiência do ordenamento jurídico pátrio, no tocante à normatividade da terceirização, a jurisprudência e a doutrina tiveram que fixar os parâmetros e os limites para validade do referido modelo de contratação.

Nesse diapasão, o TST, através da Súmula n. 331, estabeleceu a distinção entre a terceirização lícita e a ilícita, sendo que o ponto de partida para a análise da licitude da terceirização é verificar se a atividade transferida configura-se como atividade-fim ou atividade-meio da empresa tomadora.

Ao tratar do tema em análise, o mestre *Godinho* elucidou que “atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica” (2007, p. 442). Atividades-meio, de outra sorte, são “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços” (DELGADO, 2007, p. 443).

Deveras, a atividade-fim consiste naquela ligada diretamente ao núcleo da atividade empresarial do tomador de serviços, enquanto a atividade-meio é aquela em que, não se dirigindo ao mister da empresa, consiste apenas no caminho para obtenção dos fins empresariais.

Logo, a terceirização, para ser considerada lícita, não deve ocorrer na atividade-fim da empresa, mas, tão somente, na atividade-meio, nos termos do inciso III da Súmula n. 331 do TST⁽¹⁴⁾, ressaltando-se,

(13) São cinco tais elementos: “a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade” (DELGADO, 2007, p. 290).

(14) Súmula n. 331. III — Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

inclusive, que a licitude da relação trilateral ainda estará condicionada à inexistência da subordinação direta e da pessoalidade do trabalhador para com o tomador dos serviços.

Vale acrescentar, no entanto, que a Lei n. 6.019/74 não proíbe a contratação temporária na atividade-fim, tendo em mente que é irrelevante para tal modelo a distinção entre esta e a atividade-meio, razão pela qual o TST admite a referida forma de intermediação, desde que, por óbvio, presentes os requisitos previstos no referido diploma legal⁽¹⁵⁾. De fato, “não obstante esteja vedada a contratação de trabalhadores, em caráter permanente, por interposta pessoa, em caráter temporário ela é garantida pela Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974” (BRITO FILHO, 2004, p. 117).

Outras hipóteses de terceirização lícita tratadas na indigitada súmula referem-se à contratação para as atividades de vigilância regidas pela Lei n. 7.102/83 e para as atividades de conservação e limpeza. Assim, o segmento empresarial que desejar contratar serviços de vigilância (nos moldes da Lei n. 7.102/83), conservação e limpeza, mediante empresas especializadas, poderá se valer, para a execução desses serviços, do instituto da terceirização, de forma que não haverá a formação de vínculo empregatício com a empresa tomadora dos serviços, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Em resumo, pode-se dizer que há terceirização lícita na contratação: a) de serviços para a execução de atividades periféricas (atividade-meio) da empresa tomadora, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta; b) de serviços de vigilância, conservação e limpeza, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta; c) de trabalho temporário nos moldes da Lei n. 6.019/74.

Assim, segundo o entendimento sumulado do c.TST, toda e qualquer forma de terceirização de serviços contratada em desrespeito aos moldes acima explicitados configurar-se-á como ilícita e terá como consequência o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, por constituir em mera intermediação de mão de obra, vedada no ordenamento jurídico pátrio, visto ser um instrumento de transformação do trabalho humano em mercadoria.

(15) Súmula n. 331. I — A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

Vale mencionar, ainda, as lições de *Rodrigo Carelli* que, em demonstração de elevado conhecimento jurídico, resumiu em três os indícios demonstradores da intermediação de mão de obra, são eles: gestão do trabalho, especialização da empresa contratante e prevalência do elemento humano no objeto da contratação (2004, p. 51).

Quanto ao primeiro elemento — gestão do trabalho —, deve-se verificar no caso concreto se a empresa tomadora dos serviços determina o modo, o tempo e a forma com a qual o trabalho deve ser realizado. Em se constatando tal gestão do trabalho por parte da tomadora dos serviços, restará configurada a existência da subordinação jurídica e, por conseguinte, a burla ao instituto da terceirização.

A especialização da empresa contratada é outro elemento essencial para verificação da licitude da relação trilateral. Com efeito, há que se analisar se a empresa terceirizada é especializada na atividade específica objeto da contratação, ou seja, é necessário que sejam empregados o *know-how* e toda a estrutura operacional na execução dos serviços contratados. Conforme esclarece *Carelli*, “não basta qualquer tipo de especialização”, em verdade, a empresa contratada deve deter um saber-fazer específico distinto daquele empregado pelos demais empregados da tomadora dos serviços (2004, p. 52), sob pena de estar-se diante de mero fornecimento de mão de obra.

Por fim, o último elemento indicador da ilicitude da terceirização refere-se à prevalência do elemento humano no objeto da contratação. É necessário apurar se, no caso concreto, “o objeto contratual se satisfaz com o mero emprego de mão de obra, ou se há a necessidade de um conhecimento técnico específico e uma estrutura de apoio operacional com utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato” (CARELLI, 2004, p. 53).

Para a terceirização ser considerada lícita, portanto, é imprescindível a utilização, por parte da empresa terceirizada, de estrutura operacional própria na execução dos serviços contratados. Caso contrário, se verificado que a empresa contratada utiliza dos meios materiais fornecidos pela tomadora dos serviços, encerrando-se o objeto contratual na prestação de trabalho pelos empregados da empresa terceirizada, haverá fortíssimo indício de que, em verdade, houve fraude na utilização do instituto da terceirização.

Assim, constatando-se que gestão do trabalho é realizada pela tomadora dos serviços, que a empresa terceirizada não é especializada na atividade específica contratada e, por fim, que o objeto contratual se resume ao mero fornecimento de mão de obra, restará configurada a burla ao instituto da terceirização, formando-se o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora dos serviços, a real empregadora do trabalhador.

2.4. Da responsabilidade do tomador dos serviços

Conforme já elucidado acima, em se identificando a ilicitude perpetrada na terceirização, o vínculo empregatício se formará diretamente com o tomador dos serviços, nos termos do inciso I da Súmula n. 331 do TST. Esclarece *Vólia Cassar* que, nesse caso, haverá a responsabilização solidária entre o tomador dos serviços (real empregador) e o intermediador de mão de obra (empregador formal ou aparente), isso porque “não se pode premiar o infrator da norma em seu próprio proveito, o que é repudiado pelo direito. Logo, o tomador responde porque é o real empregador e o intermediador porque é o empregador aparente” (CASSAR, 2008, p. 518).

Outrossim, em se tratando de terceirização lícita, o inciso IV da supracitada súmula estabelece que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”.

Destarte, de acordo com o entendimento constante do referido entendimento sumulado, em havendo o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, responderá subsidiariamente a tomadora dos serviços pelos créditos do trabalhador⁽¹⁶⁾.

Para *Vólia Cassar*, a responsabilidade subsidiária na terceirização se justifica por força do art. 9º da CLT, que considera como ato praticado

(16) O entendimento constante do enunciado do TST, no sentido de atribuir responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas descumpridas pela empresa terceirizante, tem como fundamento principal a ideia da existência da culpa *in vigilando* e *in eligendo* do tomador com relação à empresa contratada.

em fraude à lei todo aquele que visa impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos constantes do diploma consolidado. Assim, para a magistrada trabalhista, “o empregador que sonega direitos trabalhistas de seu empregado comete ato ilícito, e o tomador dos serviços abusa do direito de terceirizar, pois deveria fiscalizar o cumprimento do contrato e escolher melhor as empresas intermediadoras de mão de obra” (2008, p. 519).

Em resumo, pode-se dizer que, em se tratando de terceirização lícita, a responsabilidade do tomador dos serviços é subsidiária, porém, configurada a ilicitude da relação trilateral, a responsabilidade será solidária entre a empresa terceirizante e o tomador dos serviços, formando-se o vínculo empregatício diretamente com este último.

3. DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O entendimento constante do inciso IV, da Súmula n. 331, do TST, estabelece a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços no tocante às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada, não fugindo a Administração Pública à referida regra⁽¹⁷⁾.

Vale salientar que tal regra da responsabilização subsidiária se aplica, tão somente, no que se refere às terceirizações lícitas ocorridas tanto no âmbito de entes privados como no seio da Administração Pública, sendo que, em se tratando de burla à terceirização, outro regramento irá incidir sobre tal relação trilateral ilícita.

Com efeito, de acordo com o que foi esclarecido no capítulo anterior, a fraude à terceirização perpetrada por particulares solucionou-se com o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços (real empregador) e com a responsabilização solidária deste e da empresa contratada (empregador aparente).

Ocorre, no entanto, que, no tocante à terceirização ilícita praticada pela Administração Pública, identificam-se, pelo menos, quatro entendimentos divergentes no que se refere aos efeitos dessa contratação. A

(17) Não cabe neste trabalho, sob pena de fuga do tema central, discutir acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, cabendo salientar, no entanto, que se coaduna com a corrente doutrinária que entende pela inconstitucionalidade do referido comando legal.

celeuma doutrinária e jurisprudencial se justifica em razão de a regra constitucional vedar a contratação para investidura em cargo ou emprego público, sem prévia realização de concurso público. Dita proibição constitucional foi incorporada no texto da Súmula n. 331 do TST, conforme se verifica no inciso II, segundo o qual “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88)”.

Três dessas correntes interpretativas são analisadas por *Maurício Godinho Delgado*. A primeira delas aplica, em sua inteireza, a Súmula n. 331 do TST, de modo a não fazer distinção entre a terceirização lícita e ilícita praticada pelo ente estatal, que, em qualquer situação, apenas responderá pelas obrigações trabalhistas de forma subsidiária, sem garantir ao trabalhador qualquer isonomia salarial ou comunicação remuneratória com os empregados do Poder Público (2007, p. 448)⁽¹⁸⁾.

A segunda corrente, com o escopo de evitar o resultado alcançado pelo primeiro posicionamento, “situa-se no polo extremado oposto, suplantando o texto constitucional expresso vedatório de vínculo empregatício sem concurso público”, vez que confere validade ao vínculo travado com o Poder Público tomador dos serviços, que assume a posição de empregador desde o início da relação jurídica firmada (DELGADO, 2007, p. 448-449).

Por fim, a terceira corrente, com vistas a harmonizar o preceito constante no art. 37, *caput*, II e § 2º, da Constituição Federal de 1988, com o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I, c/c art. 7º, inciso XXXII, da Carta Política), assegura “ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços” (DELGADO, 2007, p. 450). Entretanto, no que se refere à retificação da Carteira de Trabalho do trabalhador, para constar o seu real empregador (no caso, o ente público), tal corrente não admite esse efeito, em razão da expressa vedação constitucional (art. 37, *caput*, II e § 2º, da Constituição Federal de 1988). Essa é a linha

(18) Sobre o tema, conferir decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Recurso de Revista n. TST-RR-774/2007-022-13-40.6. Recorrente: José Daniel dos Santos. Recorrido: Município de Caaporã. 8ª Turma. Ministra Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Pub.: DJ 6.2.2009.

interpretativa a que se filiam *Maurício Godinho Delgado* (2006, p. 451-453) e *Fernando Basto Ferraz* (2006, p. 263-264).

Assevera, ainda, tal vertente, que o empregador formal (entidade terceirizante) deve responder em primeiro plano pelas obrigações trabalhistas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias, somente respondendo o ente público de forma subsidiária, na linha da Súmula n. 331 do TST⁽¹⁹⁾.

Acrescente-se, ainda, aos três entendimentos supraexplanados, mais uma corrente interpretativa, que será defendida no presente estudo, no sentido de que a terceirização ilícita praticada pela Administração Pública enseja o reconhecimento do vínculo direto com o ente estatal, vínculo este, no entanto, nulo de pleno direito, por violar a regra constitucional que veda a contratação para investidura em cargo ou emprego público, sem prévia aprovação em concurso público. Essa posição divergente, que visa à harmonização das Súmulas ns. 331 e 363 do TST, será abaixo elucidada.

3.1. Da harmonização das Súmulas ns. 331 e 363 do Tribunal Superior do Trabalho

Primeiramente, cabe esclarecer que a defesa da declaração de nulidade do contrato de trabalho resultante da terceirização ilícita perpetrada pela Administração Pública tem como pilares fundadores os princípios da primazia da realidade, da isonomia, da unidade do ordenamento jurídico, da harmonização, da máxima eficácia das normas constitucionais, bem como a técnica da interpretação sistemática, que serão a seguir abordados.

Vige no Direito do Trabalho o princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, segundo o qual “deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços,

(19) Vejam-se, a respeito, os acórdãos proferidos pelo Colendo TST, nos autos dos seguintes processos: 1) TST. Agravo de Instrumento n. TST-AIRR-848/2006-028-03-40.6. Agravante: Liquigás Distribuidora S.A. Agravado: Uemerson Júnio Mendes Silva. 7ª Turma. Ministro Relator Caputo Bastos. Pub.: DJ 6.3.2009; 2) TST. Embargos em Recurso de Revista n. ED-RR-655.028/2000.1, Embargante: Nossa Caixa Banco S.A. Embargados: Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, Donizete de Oliveira Carvalho e Newtime Serviços Temporários Ltda. Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Pub: DJ 25.5.2007.

independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica” (DELGADO, 2007, p. 208).

O indigitado princípio é de suma relevância no caso da terceirização ilícita realizada pela Administração Pública, já que, restando comprovado, no caso concreto, que foi terceirizada atividade-fim, típica e permanente do Estado; que a gestão do trabalho é realizada pelo ente estatal (que dirige e fiscaliza o trabalho dos empregados terceirizados); que a empresa terceirizada não é especializada na atividade específica contratada; e que o objeto contratual se resume ao mero fornecimento de mão de obra, há que se dar primazia à realidade, com vistas a reconhecer-se o Poder Público como o real empregador do trabalhador.

Assim, o princípio da primazia da realidade é o primeiro fundamento para corroborar o entendimento anunciado pela quarta corrente interpretativa, ora adotada no presente estudo, no sentido do reconhecimento do ente estatal como sendo o real empregador do trabalhador ilicitamente terceirizado. Não há como admitir-se que seja mantido o vínculo com a empresa terceirizada, por ser esta apenas uma empregadora formal/aparente, sob pena de restar ignorado, por completo, o princípio em comento.

Outrossim, a contratação de pessoal, após a Carta Política de 1988, pela Administração Pública, sem a prévia realização de concurso público, através de terceirização ilícita não difere da contratação direta com a mesma preterição. Admitir-se tese contrária significa corroborar com a afronta ao princípio da isonomia, propiciando o tratamento desigual entre iguais.

O princípio da igualdade, segundo *Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino*, “determina que se dê tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades” (2008, p. 109).

O supracitado direito fundamental será violado ao se admitir que, para os contratados diretamente pela Administração Pública, com preterição do concurso público, sejam negados efeitos a tal ato (na forma do § 2º, art. 37, da Carta Magna), enquanto, para os admitidos através de intermediação ilícita de terceiros, também sem concurso público, sejam validados os efeitos do ato de contratação. A única

diferença existente em ambas as situações tratadas consiste, apenas e tão somente, na via eleita para vulneração do texto constitucional: na primeira situação a contratação se dá de forma direta, enquanto na segunda a via eleita é a contratação indireta, mediante empresa interposta.

Não se pode permitir, portanto, que, para os admitidos pela Administração Pública, após a Carta Política de 1988, mediante o instituto da terceirização ilícita, sejam reconhecidos direitos trabalhistas negados àqueles admitidos diretamente por esta sem a realização de concurso público. Na primeira situação — utilização fraudulenta da terceirização pelo ente estatal —, a aplicação isolada da Súmula n. 331 do TST ocasiona o afastamento da Súmula n. 363 do referido tribunal superior. Tal postura interpretativa cria uma situação de superioridade hierárquica do Enunciado n. 331 do TST e de inaplicabilidade da Súmula n. 363 do TST, o que não se pode admitir, pois o ordenamento jurídico é uno e suas normas e princípios não devem ser interpretados isoladamente, mas sim se levando em conta que são partes integrantes de uma estrutura unitária.

Com efeito, não há que se falar em superioridade entre os enunciados acima listados, mas em convivência harmônica entre os bens jurídicos constantes em ambos os entendimentos. O aplicador da norma, ao se deparar com um conflito em que estão presentes bens jurídicos de mesma hierarquia — como o acima tratado —, deve fazer uso do princípio da harmonização, bem como da técnica de interpretação sistemática, a fim de evitar o predomínio de uns sobre os outros.

Segundo *Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino* (2008, p. 71), “o princípio da harmonização (ou da concordância prática) impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos — quando se verifique conflito ou concorrência entre eles — de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

A interpretação sistemática, por sua vez, é decorrência lógica do princípio da unidade do ordenamento jurídico, tendo em vista impor ao intérprete que, na busca do real significado da norma e/ou princípio, leve em consideração o sistema jurídico como um todo, em sua globalidade, procurando sempre harmonizar as ideias aparentemente

antagônicas, preservando-se, assim, a unidade lógica do sistema e a convivência pacífica entre bens jurídicos diversos.

Sobre o tema, importante trazer à baila os ensinamentos de *Luís Roberto Barroso*, segundo o qual:

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e normas jurídicas. (1998, p. 127)

Ora, acredita-se que o escopo da Suprema Corte Trabalhista, na hipótese de terceirização ilícita praticada pela Administração Pública, não seja o de afastar a incidência da Súmula n. 363 do TST. Consentir com tal postura, *data maxima venia*, é o mesmo que chancelar e estimular a prática deste ato ilícito por parte do Administrador Público, que, além de poder contratar empregado sem concurso público, estará a salvo das punições que decorrem deste ato de improbidade, nos termos do art. 37, §§ 2º e 4º, da Carta Política de 1988.

O uso da técnica de interpretação sistemática e do princípio da unidade, portanto, viabiliza a harmonização e a aplicação simultânea no caso concreto dos entendimentos aparentemente antagônicos constantes dos supracitados enunciados do TST, de forma que se reconheça a nulidade do contrato de trabalho resultante de terceirização ilícita perpetrada pela Administração Pública.

Atrelado à técnica da interpretação sistemática, encontra-se, ainda, o princípio da máxima efetividade ou eficiência da norma constitucional, que dispõe sobre a “necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso” (BARROSO, 1998, p. 219).

Segundo o princípio da máxima efetividade, às normas constitucionais deve ser atribuído o sentido que lhes dê maior eficácia. Afastar a incidência da norma constitucional preconizada no art. 37, inciso II, da

Carta Magna de 1988, nos casos de terceirização ilícita praticada pela Administração Pública, é negar eficácia à regra proibitiva constante da Lei Maior, violando-se, assim, tal princípio da hermenêutica constitucional.

A vulneração ao princípio do concurso público atrai a incidência do § 2º do supracitado dispositivo constitucional e gera a aplicação dos efeitos impostos na Súmula n. 363 do TST. Tais efeitos devem incidir em todos os casos de contratação sem concurso público, independentemente da via eleita para burlar o referido princípio constitucional.

Logo, se de um lado encontra-se a Administração Pública como sendo a real empregadora do trabalhador terceirizado e se, do outro, existe a proibição do reconhecimento do vínculo empregatício por força da vedação constitucional de contratação sem prévio concurso público (inciso II da Súmula n. 331 do TST), alternativa não resta senão reconhecer o vínculo com o ente estatal, declarando-se, no entanto, a nulidade do contrato de trabalho, nos termos da Súmula n. 363 do TST, com vistas a salvaguardar o princípio da unidade do sistema jurídico, bem como dar eficácia e aplicabilidade à regra preconizada no art. 37, inciso II e § 2º, da CF/88.

A presente linha interpretativa parece ser a adotada por doutrinadores como *Alice Monteiro de Barros* (2006, p. 429)⁽²⁰⁾, *Vólia Bonfim Cassar* (2008, p. 516-517) e *Rodrigo Coimbra Santos* (2008, p. 141-142), que divergem apenas quanto aos efeitos da declaração de nulidade contratual decorrente da terceirização ilícita praticada pela Administração Pública⁽²¹⁾.

Assim, verificando o juiz, no caso concreto, que a situação levada a julgamento trata-se de terceirização ilícita praticada pela Administração Pública, incumbe-lhe declarar a nulidade da contratação do

(20) Que aplica os efeitos da Súmula n. 363 do TST para a hipótese de terceirização ilícita praticada pelos órgãos da Administração Pública direta ou indireta.

(21) TST também já aplicou o citado entendimento em alguns de seus julgados, a exemplo dos seguintes processos: 1) TST. Recurso de Revista n. TST-RR-15591/2003-006-09-00.0. Recorrente: Centro de Integração Tecnológica do Paraná — Citpar. Recorrido: Ruy Carlos Bernardelli de Godoy. 3ª Turma. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Pub.: DJ 21.11.2008; 2) TST. Agravo de Instrumento n. AIRR-690/2005-007-18-40. Agravante: Daniela Rodrigues de Oliveira. Agravado: Município de Trindade. 8ª Turma. Ministro Relator: Márcio Aurélio Vitral Amaro. Publicação: DJ 29.8.2008.

trabalhador, até mesmo de ofício, por se tratar de nulidade absoluta, conforme esclarecido no primeiro capítulo do presente trabalho.

Outrossim, após expor os fundamentos para a adoção desta quarta corrente, necessário se faz trazer a lume as razões para o não acolhimento das três primeiras correntes explanadas no item anterior.

A primeira vertente explicitada — que aplica a Súmula n. 331 do TST em qualquer situação de terceirização praticada pelo ente público, seja lícita ou ilícita, de forma que se reconheça sempre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas — incorre no equívoco de fazer distinção entre o empregado contratado diretamente, sem concurso público, e o contratado indiretamente, através do instituto da terceirização, pelo ente estatal.

Com efeito, essa corrente permite que sejam negados os regulares efeitos de uma relação empregatícia àquele contratado diretamente pela Administração Pública, sem realização de prévio concurso público, na medida em que garante, ao empregado contratado indireta e ilicitamente de forma terceirizada, pelo ente estatal, todos os direitos advindos de uma relação empregatícia e, ainda, com uma garantia maior que é a responsabilização subsidiária do Poder Público pelo inadimplemento, por parte da entidade terceirizante (empregador aparente), das verbas trabalhistas.

É flagrante a ofensa ao princípio da isonomia com a aplicação de tal linha interpretativa, não sendo razoável adotá-la, pois os efeitos preconizados pela Súmula n. 363 aplicam-se em qualquer caso, independentemente da via eleita para burlar o princípio constitucional do concurso público.

A segunda corrente — que confere validade ao vínculo jurídico travado entre o empregado e o ente estatal tomador dos serviços, assumindo este a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada —, também não merece guarida. Conforme esclarecido pelo Ministro do TST, *Mauricio Godinho Delgado*, tal vertente “padece da falha de fazer absoluta tabula rasa do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida” (2007, p. 449), indo, portanto, na contramão dos princípios da Hermenêutica Constitucional, que tem como pilar a atribuição de máxima eficácia às normas constitucionais, de forma a concretizá-las, aplicá-las e realizá-las.

Por último, tem-se a terceira corrente interpretativa, que assegura ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal, mantendo-se, no entanto, o vínculo empregatício com a empresa terceirizante. Essa posição também não é acolhida no presente estudo, por incorrer no mesmo equívoco, *data maxima venia*, da primeira corrente, haja vista fazer a distinção entre o empregado contratado indiretamente pelo ente estatal, através do instituto da terceirização, e o contratado de forma direta, sem realização de prévio concurso público, de forma que se garanta ao primeiro todas as verbas trabalhistas advindas da relação empregatícia e negar ao segundo os regulares efeitos de um contrato de trabalho.

Ademais, a referida corrente, com vistas a harmonizar o princípio da isonomia e a regra proibitiva constante no art. 37, *caput*, II e § 2º, da CF/88, garante a comunicação remuneratória entre o empregado terceirizado e o empregado estatal, fato este que, também, não se pactua, tendo em vista não haver que se falar em isonomia entre o empregado ilicitamente terceirizado e o servidor público. Ora, este se encontra regularmente investido no cargo ou emprego público, tendo se submetido ao concurso público, sendo o seu contrato de trabalho plenamente válido, razão pela qual se lhe aplicam todas as regras celetistas ou estatutárias (a depender do regime para o qual foi contratado). Por outro lado, o empregado terceirizado galgou um emprego público através da utilização fraudulenta do instituto da terceirização, em total afronta à norma constitucional proibitiva, estando, portanto, em situação jurídica diversa do empregado concursado.

Isonomia, em verdade, há de ser garantida ao empregado contratado, após a Constituição Federal de 1988, diretamente pela Administração Pública com preterição do concurso público e àquele por esta contratado mediante a utilização fraudulenta da terceirização, pois em ambas as situações constata-se a violação ao princípio constitucional do concurso público, bem como aos princípios norteadores da atuação administrativa, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, já elucidados anteriormente.

As três correntes acima explanadas ofendem o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na medida em que ignora o interesse público existente na previsão constante do art. 37, inciso II e § 2º, da Carta Política de 1988, fazendo prevalecer o interesse

do gestor público que contrata com vulneração a tal regra, bem como do trabalhador que ocupa o cargo público sem submeter-se à prévia realização de concurso público, ferindo, assim, o interesse de toda a coletividade em ter o acesso democrático aos cargos públicos.

Por todos os motivos acima expostos, é que o presente trabalho filia-se à quarta corrente interpretativa, com vistas a harmonizar os entendimentos preconizados nas Súmulas ns. 363 e 331 do TST, declarando-se, assim, a nulidade da contratação do trabalhador ilicitamente terceirizado pelo ente público.

CONCLUSÃO

Com fulcro nos argumentos expostos nos títulos anteriores, faz-se necessária a harmonização dos entendimentos constantes das Súmulas ns. 363 e 331 do C. TST, tendo em vista que as normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio devem conviver harmonicamente, de forma a preservar a unidade lógica do sistema.

Logo, não há que se falar em afastamento ou superioridade entre os enunciados supracitados, tendo em vista que ambos trazem em seu bojo bens jurídicos de mesma hierarquia, razão pela qual se impõe uma interpretação conjunta, sistêmica e harmônica, de forma que se inviabilize a predominância de um sobre o outro, bem como com vistas a dar máxima eficácia ao conteúdo das normas ali referidas.

Nesse diapasão, não obstante as citadas súmulas versarem sobre entendimentos aparentemente divergentes, o presente trabalho demonstrou ser possível a convivência harmônica dos referidos enunciados, que devem ser aplicados conjuntamente nas hipóteses de terceirização ilícita perpetrada pela Administração Pública.

Outrossim, a conciliação das Súmulas ns. 363 e 331 do TST nos casos de ilicitude da terceirização praticada pelo ente público é medida que não pode ser ignorada, a fim de evitar-se o tratamento desigual entre o servidor contratado, após a Constituição Federal de 1988, diretamente e sem concurso público, pela Administração Pública e o empregado por esta contratado mediante intermediação ilícita de empresa terceirizada. Conforme explicitado *supra*, a única diferença existente entre as duas situações consiste na via escolhida para burlar o princípio constitucional do concurso público: na primeira hipótese a

contratação se dá diretamente e na segunda através da terceirização da mão de obra.

Seja na contratação direta, seja na contratação indireta pela Administração Pública, sem concurso público, estará configurada a vulneração da norma constante no art. 37, inciso II, da Lei Maior, bem como restará explicitada a ofensa aos princípios da impessoalidade, moralidade, legalidade e eficiência, que orientam a atuação administrativa dos gestores públicos.

Em sendo assim, há que prevalecer em ambas as hipóteses (contratação direta e indireta) o interesse público existente na contratação mediante concurso público, coibindo-se toda e qualquer prática utilizada com o escopo de fraudar tal princípio decorrente do Estado Democrático de Direito.

A solução encontrada no presente trabalho, portanto, viabiliza a harmonização das Súmulas ns. 363 e 331 do TST, de forma que se reconheça o ente público como sendo o real empregador do trabalhador ilicitamente terceirizado (aplicando-se o princípio da primazia da realidade) e que declare a nulidade da contratação efetuada nesses moldes, por manifesta ofensa ao art. 37, inciso II e § 2º, da Carta Política de 1988.

Essa vertente interpretativa, além de propiciar a máxima efetividade da norma constitucional prevista no dispositivo supramencionado, mantém a unidade lógica do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que interpreta tais entendimentos de modo globalizado, levando-se em conta o sistema jurídico como um todo e não de forma fragmentada.

Destarte, a adoção pela postura ora defendida abrirá o caminho para a regularização da contratação dos servidores públicos, com vistas a cessar as práticas ilícitas de fraude ao princípio constitucional do concurso público por parte da Administração e do gestor público e, por fim, possibilitar, a todos aqueles que desejam e que efetivamente estejam preparados, o acesso democrático e transparente aos cargos públicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eduardo Sérgio. Admissão de pessoal pela Administração Pública sem a realização de concurso. Suplemento Especial *O trabalho de doutrina em fascículos*, Curitiba: Decisório Trabalhista, n. 129, p. 4154-4158, nov. 2007.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com Projeto de Lei n. 276/07. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I: teoria geral do Direito Civil.

FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I: parte geral.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I: parte geral.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, José Diniz de. Contrato Nulo e direito ao salário mínimo: um falso dilema constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr, ano X, n. 20, p. 85-112, set. 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *O direito do trabalho e as questões de nosso tempo*. São Paulo: LTr, 1998.

RIATTO, Ana Paula Dal Igna. Os efeitos trabalhistas da declaração de nulidade do contrato de emprego entre o Estado e o empregado contratado sem concurso público. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária. Doutrina — Jurisprudência — Legislação*. Rio Grande do Sul, ano III, n. 11, p. 7-26, abr. 2007.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. *Relações terceirizadas de trabalho*. 1. ed. 3. tir., 2006. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL, OS NOVOS CAPITALISTAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Carolina Pereira Mercante^(*)

Resumo: Neste ensaio, far-se-á uma reflexão sobre o monitoramento da responsabilidade social empresarial pelos novos capitalistas (investidores-cidadãos) e seus efeitos nas relações de trabalho. Para isso, serão analisadas as relações entre fatores econômicos transnacionais e as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Globalização. Direito econômico. Direitos sociais. Capitalismo. Responsabilidade Social.

Sumário: *Introdução. 1. As relações de trabalho no sistema capitalista; 1.1. Os modos de produção globalizados; 1.2. O Estado mínimo; 2. O ordenamento jurídico brasileiro e a realidade econômica internacional; 2.1. A ordem econômica nacional; 2.1.1. Valor social do trabalho; 2.1.2. Livre iniciativa; 2.2. Os limites econômicos à intervenção do Estado; 3. Os novos capitalistas e as relações de trabalho; 3.1. Quem são os novos capitalistas?; 3.2. A responsabilidade social como um dos critérios de escolha do investidor; 3.3. As novas concepções dos capitalistas contemporâneos como mecanismos de melhoria das condições de trabalho; Considerações finais; Bibliografia.*

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos e a conseqüente mundialização da produção, do consumo e da circulação das finanças vêm remodelando

(*) Procuradora do Trabalho. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

as estruturas das relações laborais. Empregos estáveis e bem remunerados são cada vez mais raros no mercado. O atual estágio do sistema capitalista apresenta vulnerabilidades sociais que se consubstanciam no aumento do desemprego e das ocupações precárias.

Contudo, a visão de que o trabalho configura-se como elemento propulsor da produção ainda subsiste. *Ricardo Antunes* observa o surgimento de uma nova forma de ser do trabalho, em que são predominantes as tarefas de esforço intelectual. Para ele, o trabalho tem se tornado *heterogeneizado, complexificado* e ainda *mais intensificado nos seus ritmos e processos* (2002, p. 159).

A tentativa de equilibrar interesses conflitantes existentes no sistema capitalista, especialmente o embate entre o direito a um emprego de boa qualidade e o alcance de menores custos e maiores lucros pelas empresas, é instrumentalizada por fatores jurídicos, tais como a legislação social e o direito de propriedade e fatores extrajurídicos, com destaque para os movimentos de responsabilidade social empresarial e as tendências do mercado internacional.

Em paralelo a esses conflitos, é crescente o número de empresas engajadas em programas de responsabilidade social, que, além de promover obras assistenciais em variados setores (educação, saúde, meio ambiente, etc.), também objetivam cumprir rigorosamente a legislação trabalhista e proporcionar melhores condições de trabalho aos seus empregados. Essas práticas de cidadania corporativa⁽¹⁾ têm sido cada vez mais consideradas pelos investidores na escolha das empresas das quais comprarão ações.

Este trabalho objetiva identificar as principais transformações ocorridas nas relações de trabalho em decorrência do modo de produção globalizado e iniciar uma análise jurídica de como essas relações laborais estão sendo enxergadas pelos novos capitalistas (acionistas-cidadãos) e em que medida o ativismo acionário pode servir de mecanismo de melhoria das condições de trabalho.

(1) "A cidadania corporativa remete à empresa inserida num contexto global, com o qual compartilha valores e maneiras responsáveis de gerir os negócios com todos com os quais tem intercâmbio. A responsabilidade social está inserida na cidadania corporativa, que, por sua vez, é parte do planejamento, dos objetivos e da operação da empresa para atingimento de objetivos, tendo a mesma importância que outras áreas têm" (ALESSIO, 2004, p. 69).

1. AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO SISTEMA CAPITALISTA

As principais causas da crise do emprego no capitalismo contemporâneo são, em regra, analisadas apenas quanto às variáveis endógenas do mercado de trabalho (normas trabalhistas, previdenciárias, acordos sindicais, etc.), não sendo consideradas as variáveis exógenas (baixa qualificação profissional, ausência de políticas reguladoras, automação, globalização, concorrência desregulada, etc.).

Este estudo terá como foco as variáveis exógenas, que, em muito, influenciam e direcionam a elaboração e execução das normas e políticas públicas voltadas às questões trabalhistas. Iniciar-se-á pela descrição do modo de produção globalizado.

1.1. Os modos de produção globalizados

Os antigos modelos de produção *taylorista* e *fordista*⁽²⁾ prevalentes no início do século XX, fase de expansão da atividade industrial, que objetivavam o aumento da produção e se destacavam pela valorização do tamanho da empresa (*the big is beautiful — versão: quanto maior, melhor*), foram substituídos pelo *toyotismo*⁽³⁾, novo modelo

(2) *Taylorismo*: “conjunto de teorias para o aumento da produtividade do trabalho fabril, elaboradas pelo engenheiro norte-americano Frederick Winslow Taylor (1856-1915). Abrange um sistema de normas voltadas para o controle dos movimentos do homem e da máquina no processo de produção, incluindo propostas de pagamento pelo desempenho do operário (prêmios e remuneração extras, conforme o número de peças produzidas). O sistema foi muito aplicado nas medidas de racionalização e controle do trabalho fabril, mas também criticado pelo movimento sindical que o acusou de intensificar a exploração do trabalhador e desumanizá-lo, na medida em que procura automatizar seus movimentos”. *Fordismo*: “conjunto de métodos de racionalização da produção elaborados pelo industrial norte-americano Henry Ford, baseado no princípio de que uma empresa deve dedicar-se apenas a um produto. Para isso, a empresa deveria adotar a verticalização, chegando até a dominar as fontes de matéria-prima (borracha, ferro, carvão) e o sistema de transporte de mercadorias. Para diminuir os custos, a produção deveria ser em massa, a mais elevada possível e aparelhada com tecnologia capaz de desenvolver ao máximo a produtividade por operário. O trabalho deveria ser também altamente especializado, cada operário realizando determinada tarefa. E para o operário ter boa produtividade, deveria ser bem remunerado e não ter uma jornada de trabalho muito prolongada” (SANDRONI, 2002, p. 580).

(3) *Toyotismo ou ohnismo*, de Ohno, engenheiro que o criou na fábrica da Toyota, como via japonesa de expansão e consolidação do capitalismo monopolista industrial, é uma forma de organização do trabalho que nasce na Toyota, no Japão pós-1945 e que, rapidamente, propaga-se para as grandes companhias daquele país (BERGAMANN, 2003, p. 279).

de organização de produção, cujas principais características são a produção vinculada à demanda, ao contrário da produção em massa; o trabalho operário em equipe, com pluralidade de funções, processo produtivo flexível, que possibilita ao operário manusear simultaneamente várias máquinas; presença do *just in time*⁽⁴⁾ (melhor aproveitamento do tempo de produção); estoques mínimos; senhas de comando para reposição de peças e estoque; estrutura horizontalizada — apenas 25% (vinte e cinco por cento) da produção é realizada pela própria empresa, o restante é realizado por empresas terceirizadas; organização de círculos de controle de qualidade, compostos pelos empregados, que são instigados a melhorar seu trabalho e desempenho.

O fracionamento das cadeias produtivas dá-se tanto pela divisão das etapas produtivas por diferentes empresas, como pela distribuição das atividades por uma mesma empresa, em locais (cidades, estados e países) distintos⁽⁵⁾. Empresas multinacionais, objetivando maiores lucros, instalam suas fábricas em países menos rigorosos com a imposição e fiscalização de direitos sociais.

A transnacionalização da produção e do consumo acirra o alto nível de competitividade empresarial, estimulando a necessidade de redução de empregos e de despesas com encargos sociais⁽⁶⁾. Nesse quadro,

(4) “A flexibilidade externa procura traduzir para a gestão do pessoal o que representa o método *just in time* na gestão de estoques. Trata-se de evitar estoques de mão de obra sem utilidade imediata. Procurar-se-á, pois, ajustar continuamente o nível de efetivos o mais rente possível às flutuações do mercado. Emprego estável só será assegurado a um núcleo de trabalhadores de difícil substituição em função de suas qualificações, de sua experiência e de suas responsabilidades. Ao redor deste núcleo estável gravitará um número variável de trabalhadores periféricos, engajados por um prazo limitado, pouco qualificados e, portanto, substituíveis. As vantagens da flexibilidade externa são evidentes no curto prazo. A empresa pode funcionar com mais flexibilidade, sem se preocupar em continuamente encher sua carteira de pedidos e, sobretudo, manter o sindicato em posição de fraqueza. É difícil organizar sindicalmente os precários, e a solidariedade entre o pessoal estável e eles é fraca (GORZ, 1991, p. 69 *apud* SINGER, 2006, p. 25-26).

(5) “Na produção transnacional não se observa um padrão de distribuição espacial muito definido. A localização de cada etapa produtiva depende dos fatores que são utilizados de forma mais intensa e dos seus custos relativos. A partir do final dos anos 70, a estratégia de fragmentar a produção em várias partes, alocando-a internacionalmente de forma a minimizar os custos totais (*intra-firm sourcing*), tornou-se mais frequente. Os segmentos dos processos produtivos que utilizam mais trabalho intensivo não qualificado têm sido deslocados para países nos quais esse fator é abundante e barato, em geral países de periferia” (DUPAS, 2000, p. 49).

(6) “A questão de determinar, pois, como a nova lógica das cadeias globais afeta a qualidade e a quantidade de oferta global de emprego é extremamente complexa. Parecem claramente evidenciadas, porém, algumas tendências empíricas. Em primeiro

verifica-se a crescente “reestruturação das empresas, em que são realizadas medidas direcionadas à redução dos empregos, por meio da adoção de programas de reengenharia, de reorganização do trabalho e da produção (POCHMANN, 2006, p. 71).

Nesse contexto fragmentado da produção, os sindicatos profissionais têm sua capacidade de negociação sensivelmente prejudicada, pois há redução do número de trabalhadores pertencentes à categoria (proliferação de várias categorias de trabalhadores), o que favorece a continuidade da fragilização das relações de trabalho.

1.2. O Estado mínimo

Os modos de produção globalizados solidificam-se com a abertura proporcionada pelo modelo de Estado não intervencionista, ou seja, aquele em que há o mínimo possível de interferência estatal nas atividades econômicas, sem a existência de normas sociais e ambientais rígidas que sirvam de obstáculo aos empreendimentos comerciais e financeiros.

Por outro lado, observa-se que o Estado mínimo não vem sendo óbice ao aumento do desemprego e à precarização das ocupações. *Márcio Pochmann* cita o exemplo da economia inglesa no século XIX em que o Estado pouco intervinha e as taxas de desemprego eram expressivas (2002, p. 23).

Tal modelo de Estado, sob a justificativa de ter por finalidade o impulso ao desenvolvimento econômico, não vem considerando as crescentes mazelas sociais, se é que é possível distinguir tais problemáticas⁽⁷⁾.

lugar, a de redução da geração de empregos qualificados e formais por investimento direto adicional. Em segundo lugar, a de contínua flexibilização da mão de obra em todos os níveis, no sentido de transformá-la, sempre que possível, em componente cada vez mais variável do custo final dos produtos globais. E, finalmente, a de clara inter-relação entre agentes econômicos formais e informais na medida em que se caminha para a base das cadeias produtivas, o que permite abrigar na lógica das cadeias crescentes espaços para a utilização do trabalho informal e de baixos salários” (DUPAS, 2000).

(7) “De qualquer modo, já se estabeleceu um razoável consenso no sentido de que o desenvolvimento é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou por obras de ação governamental em três campos: econômico, social e político (...). O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A REALIDADE ECONÔMICA INTERNACIONAL

São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, da Constituição da República de 1988). No entanto, o mercado internacional desqualifica o sistema de proteção social brasileiro, denominando-o *Custo Brasil*, que se exterioriza na folha de pagamento das empresas e na política tributária.

Passa-se à análise da colisão entre as vontades do Estado brasileiro e as vontades do *mercado*.

2.1. A ordem econômica nacional

A atual Constituição adotou o sistema de produção capitalista para reger as atividades econômicas no país. Assegura-se a propriedade privada (art. 170, II), bem como a livre iniciativa (art. 170, *caput*).

Quanto ao modelo econômico vigente na Constituição, são predominantes as características do modelo planejado, pois foram previamente estabelecidos os princípios e regras à luz dos quais deve ser desenvolvida a ordem econômica nacional. Trata-se do planejamento das políticas econômicas, as quais devem se harmonizar com os fins do Estado Brasileiro.

Muito embora a Constituição dite normas que objetivam direcionar políticas econômicas e sociais, o mercado nem sempre assimila essas diretrizes. Tal conflito fático-normativo será abordado neste capítulo, enfatizando-se os dois fundamentos da ordem econômica brasileira: o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

de caráter econômico, social e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação e o direito de fruição dos bens culturais” (COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 363. *apud* BERCOVICI, 2005, p. 108).

2.1.1. Valor social do trabalho

Ao estatuir o valor social do trabalho como fundamento da ordem econômica, o Constituinte indicou um norte para a elaboração e execução de políticas públicas: o fomento do direito ao trabalho. Frise-se que a leitura constitucional deve ser voltada também para os aspectos qualitativos da relação de trabalho e não apenas para os aspectos patrimoniais. Logo, é evidenciado o direito ao trabalho de boa qualidade⁽⁸⁾.

Na análise do *trabalho* no âmbito da atividade econômica, destaca *Fabiano Del Masso* a impossibilidade de desenvolvimento da atividade econômica sem a valorização do trabalho humano, que se caracteriza como *ponto de toque da produção* (2007, p. 44). Evidencia *Lafayette* que “o trabalho é muito mais do que um fator de produção” (2008, p. 168). A concepção do homem como objeto contraria a noção de dignidade humana.

Registra-se, contudo, que o tema *trabalho* é visto por parte dos operadores do Direito como empecilho ao desenvolvimento econômico. Porém, poucos são aqueles que se distanciam dos mitos e estudam dados estatísticos e a evolução histórica da problemática no Brasil. Restringem-se à emissão de opiniões sobre factoides.

Eros Grau concorda com a tese de *José Afonso da Silva* de que o valor social do trabalho tem prevalência quanto à livre iniciativa, pois o Constituinte no art. 170, *caput*, enaltece a **valorização** do trabalho humano, o que não o faz quanto à livre iniciativa (2008, p. 201).

Nesse ambiente constitucional, deve o Poder Público implantar políticas de qualificação profissional do trabalhador e de geração de empregos, não visando somente ao patrimônio monetário do trabalhador, mas também a sua qualidade de vida.

2.1.2. Livre iniciativa

O princípio da livre iniciativa põe freios à intervenção estatal na atividade econômica, mas não anula essa intervenção por completo, pois certas medidas estatais são necessárias até mesmo para se

(8) Por trabalho de boa qualidade entende-se aquele que está em conformidade com os padrões mínimos estabelecidos pela Constituição de 1988 (art. 7º e incisos).

preservar a livre iniciativa diante de possíveis abusos do poder econômico.

Trata-se da liberdade de empreender. Porém, *Fabiano del Masso* ressalva que:

A livre iniciativa garante a liberdade de empreender, o que não induz a possibilidade de empreender. A simples garantia de liberdade de iniciativa não é suficiente para o estímulo à atividade produtiva. Outros fatores, como infraestrutura do sistema de transportes, do sistema tributário, do sistema registrário da atividade empresária, da política de concessão de crédito, entre outros, são os responsáveis para o empreendedorismo. (2007, p. 44)

Eros Grau salienta o aspecto coletivo desse princípio ao sustentar que “a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (2008, p. 201)⁽⁹⁾.

2.2. Os limites econômicos à intervenção do Estado

Como já dito, o capital nem sempre se amolda às diretrizes do Direito. Ao contrário, por vezes, o ordenamento jurídico tem que se adaptar aos fluxos estabelecidos pelo capital. Assim, percebe-se que, no atual contexto globalizado, torna-se uma tarefa árdua ao Estado desencorajar a competitividade que sacrifique salários, postos de trabalho e a qualidade ambiental laboral.

Pochmann aponta os retrocessos que vem sofrendo a economia nacional, com a insuficiente criação de empregos e a precarização dos postos de trabalho⁽¹⁰⁾.

(9) O Autor atribui os seguintes sentidos ao princípio da livre iniciativa: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico); a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública (2008, p. 205).

(10) “Diante da difusão de uma nova Divisão Internacional do Trabalho nas duas últimas décadas, o Brasil experimenta uma situação de retrocesso. A economia nacional

Acerca das limitações ao Estado-nação, ensina *José Eduardo Faria* que:

No âmbito específico do Estado-nação, suas instituições jurídicas acabaram sendo progressivamente reduzidas, no que se refere ao número de normas e diplomas legais, e tornadas mais ágeis e flexíveis, em termos processuais. Evidentemente, o Estado continuou legislando, inclusive em matéria econômica, financeira, monetária, tributária, previdenciária, trabalhista, civil e comercial. Mas passou a fazê-lo agora, e esse é o fato novo digno de nota, diminuindo em seu poder de intervenção e, muitas vezes, constringido a compartilhar sua titularidade de iniciativa legislativa com diferentes forças que transcendem o nível nacional. (2004, p. 141)

Nesse sentido, afirma *Nusdeo*:

O Direito Econômico tende a adquirir uma dimensão de caráter mais procedimental, com vistas a permitir o encontro de soluções, dentro de quadros de negociação, entre interesses diversos, sob a égide de normas propiciadas pelo poder público, não se devendo confundir o público com o governamental. (2005, p. 227)

Todavia, espera-se que essa maleabilidade do Estado não signifique apenas a sua debilidade ante o mercado internacional e que os gestores de políticas públicas consigam, ao menos, detectar as reais causas dos problemas sociais nacionais, sem se iludirem com os dogmas impostos pelos Estados dominantes⁽¹¹⁾.

perdeu sua tradicional dinâmica de alto crescimento econômico sustentado na ampla geração de vagas, restando atualmente a medíocre variação da renda nacional, com a insuficiente criação de postos de trabalho — na maior das vezes, de baixa qualificação — para todos que desejam trabalhar. Os empregos qualificados foram reduzidos, em parte, pela ampliação das importações, pela ausência de novos investimentos e pela reformulação do setor público, além de pelas baixas taxas de expansão do produto” (2001, p. 40).

(11) “Desprezando os elementos estruturais do problema do emprego, posição que permitia desconsiderar as raízes históricas do problema social no país, a política conservadora assume o discurso e as diretrizes recentes que foram dominando as políticas públicas nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Nessa perspectiva, o problema de emprego passa a ser, sistematicamente, vinculado ao funcionamento inadequado do mercado de trabalho, explicado pela regulação excessiva das relações de trabalho imposta pela proteção social. A política adotada, a partir do início dos anos 90,

3. OS NOVOS CAPITALISTAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

3.1. Quem são os novos capitalistas?

Atualmente, os principais acionistas de empresas multinacionais são instituições financeiras que administram fundos de investimento e de pensão, cujo capital pertence a dezenas de milhões de pessoas que deixam suas poupanças sob a gestão dessas empresas de serviços financeiros. Fala-se em democratização da propriedade. Até 1970, um pequeno grupo de capitalistas controlava as maiores organizações empresariais. Hoje, a maior parte delas é controlada pelas instituições financeiras patrocinadas pelas poupanças e fundos de pensão dos trabalhadores. Está-se diante de uma real revolução do proletariado. Mas essa realidade ainda não é a predominante no mercado de capitais brasileiro, pois a pulverização das ações empresariais entre os trabalhadores é mais comum nos países centrais, como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha. Ademais, no Brasil, ainda existem entraves na legislação quanto à efetiva participação dos acionistas nos rumos da empresa (DAVIS *et al.*, 2008).

3.2. A responsabilidade social como um dos critérios de escolha do investidor

Propaga-se, no meio empresarial, a ideologia da *economia civil*, que é o fenômeno correspondente ao procedimento de certas instituições que atuam no âmbito dos negócios com o objetivo de fortalecer um dinamismo comercial com responsabilidade e prestação de contas perante os acionistas. No entanto, a prática da economia civil ainda não é majoritária. Os cidadãos ainda não se conscientizaram do próprio poder, pois delegam a outros o gerenciamento de sua propriedade. Com isso, algumas empresas agem com irresponsabilidade e sem prestar contas a seus “donos”, incidindo em práticas de desvio de recursos, destruição de empregos e do meio ambiente. De todo modo, observa-se, nos países desenvolvidos, uma crescente participação dos

permitiu uma forte exposição externa da base produtiva local, implementou um novo receituário de política econômica e buscou enfraquecer o poder de barganha dos segmentos organizados da sociedade, na esperança de reduzir a resistência aos projetos de flexibilização do sistema de proteção social inscrito na Constituição de 1988” (DEDECCA, 2005, p. 105).

trabalhadores nas direções das companhias, o que vem fortalecendo as práticas de responsabilidade social empresarial.

No campo empresarial, a expressão responsabilidade social pode ser definida como:

um comportamento da organização que, sendo responsável, toma decisões orientadas por uma conduta ética, porque tem consciência de que seus atos não poderão gerar consequências sociais negativas, seja a um dos *stakeholders*, seja à sociedade em geral. (REIS *et al.*, 2007, p. 14)

Machado Filho sustenta que responsabilidade social abrange compromissos legais, éticos, econômicos e filantrópicos, sendo tais compromissos, nessa ordem, degraus a serem alcançados pelas corporações (2006, p. 25). A responsabilidade **legal** refere-se ao cumprimento das leis estatais; a **ética** determina que a empresa tenha um comportamento aceitável, da maneira definida pelos *stakeholders*⁽¹²⁾; a **econômica** objetiva maximizar o valor da empresa favoravelmente ao *stakeholder*; e a **filantrópica** indica que é preciso restituir à sociedade o que dela foi recebido. A responsabilidade filantrópica também pode ser denominada discricionária, por ser voluntária, ultrapassando as obrigações legais que a empresa deve cumprir⁽¹³⁾.

Verifica-se que muitos acionistas já escolhem em que empresas irão investir de acordo com seus respectivos índices de responsabilidade social. Por isso, como mecanismo de controle dos índices e critérios utilizados no âmbito da responsabilidade social empresarial, existe o balanço social⁽¹⁴⁾, que, na França, por força da Lei n. 77.769/77, é obrigatório para as empresas com mais de trezentos empregados.

(12) Pessoas interessadas, aí incluídos os consumidores, os empregados, acionistas, investidores, organizações civis, governo e comunidade.

(13) Segundo o *Business for Social Responsibility* (BSR), responsabilidade social corporativa refere-se a “decisões de negócios tomadas com base em valores éticos que incorporam as dimensões legais, o respeito pelas pessoas, comunidades e meio ambiente” (MACHADO FILHO, 2006, p. 24).

(14) “O balanço social é um instrumento que reúne um conjunto de informações sobre as atividades de caráter social e não obrigatórias que uma empresa realiza com o objetivo de gerar maior bem-estar junto a todas as partes interessadas — funcionários, comunidade, parceiros e outras — e à sociedade como um todo. As informações e os indicadores são mensurados e apresentados em forma de um relatório. Tal como num balanço contábil, torna-se um documento que permite um aperfeiçoamento contínuo das ações realizadas” (REIS *et al.*, 2007, p. 23).

3.3. As novas concepções dos capitalistas contemporâneos como mecanismos de melhoria das condições de trabalho

Não obstante ser atribuição do Estado a busca pelo pleno emprego⁽¹⁵⁾, os novos capitalistas podem se apresentar como instrumentos de pressão para a diminuição das tensões existentes entre o trabalho e o capital. *Davis et al.* observam que:

Estudos pioneiros mostram que as empresas alinhadas com os proprietários de ações criam mais empregos ao longo do tempo que as gerenciadas para atender aos interesses especiais dos gestores e dos acionistas controladores. (2008, p. 13)

O controle das agendas empresariais pelos acionistas-cidadãos está aumentando. No novo círculo capitalista de responsabilidade e prestação de contas, os executivos prestam contas ao Conselho de Administração e os Conselheiros prestam contas aos acionistas — representados pelos gestores de dinheiro (geralmente, controlados pelos administradores de fundos de pensão). Além disso, “cada vez mais, organizações especializadas analisam o desempenho social e ambiental das empresas” (DAVIS *et al.*, 2008, p. 20).

Em contrapartida, ainda há obstáculos à multiplicação da *economia civil*, tais como a existência de conflitos de interesses na gestão de recursos, de conselhos de administração não atuantes, de analistas de investimentos comprometidos com os interesses dos bancos de investimento, de auditores não independentes, de utilização de normas contábeis desatualizadas, de receio dos meios de comunicação em noticiar as atividades de responsabilidade social empresarial.

Reitera-se que, no Brasil, o ativismo societário ainda está engatinhando, mas a tendência é a sua adesão pelos empreendedores nacionais e a participação da sociedade brasileira no projeto de

(15) “O pleno emprego, na verdade, é uma das consequências da economia em pleno e eficiente funcionamento. O Estado pode operar identificando situações econômicas que afetem determinado setor produtivo com consequências para o mercado de trabalho. Assim, como o Banco Central vende dólares americanos de suas reservas para manter a taxa de câmbio, o Estado por intermédio de sua estrutura administrativa deve intervir e criar medidas para proporcionar o maior nível de emprego possível. Em conclusão, o Estado deve estimular os agentes de produção econômica a proporcionar maior quantidade possível de efeitos sociais, e a geração de empregos é um deles” (DEL MASSO, 2007, p. 55).

desenvolvimento socioeconômico. Sobre a participação democrática, leciona *Gilberto Bercovici*:

Apenas com a mobilização social, através da ampliação e efetivação da democracia participativa, será possível fazer com que os objetivos traçados na Constituição de 1988, entre eles, a superação definitiva das desigualdades regionais, saiam do papel, para que possamos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, realmente construir uma “sociedade livre, justa e solidária. (2005, p. 116)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É essencial que se priorize o projeto de desenvolvimento nacional previsto na Constituição de 1988, qual seja, o da distribuição-integração da sociedade brasileira, com incremento do desenvolvimento social e econômico do país. Para tanto, é fundamental a conscientização sobre o valor social do trabalho humano. O mercado financeiro pode, a princípio, existir com menor quantidade de trabalhadores, mas não com menos consumidores. E, em geral, quem não trabalha, não consome, mas sim, gera pobreza e violência.

Essa concepção sobre a essencialidade da valorização do trabalho vem sendo adotada pelos novos capitalistas e, conseqüentemente, pelas empresas preocupadas com a sua imagem no mercado.

Portanto, sem deixar de cobrar do Estado o cumprimento de seus papéis fundamentais, pode e deve a sociedade participar dessa empreitada, agora, não apenas por associações sem fins lucrativos, mas também por meio de sua novel ingerência nas grandes corporações.

BIBLIOGRAFIA

ALESSIO, Rosemeri. *Responsabilidade social das empresas no Brasil: reprodução de postura ou novos rumos?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2005.

BERGAMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. In: DALLEGRAVE, José Affonso Neto (coord.). *Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003.

DAVIS, Stephen; LUKOMNIK, Jon; PITT-WATSON, David. *Os novos capitalistas: a influência dos investidores-cidadãos nas decisões das empresas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e futuro do capitalismo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DEDECCA, Cláudio Salvadori. Notas sobre a evolução do mercado de trabalho no Brasil. In: *Revista de Economia Política*, v. 25, n. 1 (97), jan./mar. 2005.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO FILHO, Cláudio Pinheiro. *Responsabilidade social e governança: o debate e as implicações*. São Paulo: Thompson, 2006.

MASSO, Fabiano Del. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2001.

_____. *O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século*. São Paulo: Contexto, 2002.

_____. Desempregados no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (org.). *Riqueza e miséria no trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

REIS, Carlos Nelson dos; MEDEIROS, Luiz Edgar. *Responsabilidade social das empresas e balanço social: meios propulsores do desenvolvimento econômico e social*. São Paulo: Atlas, 2007.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 10. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnósticos e alternativas*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

EM BUSCA DE UMA MAIOR EFETIVIDADE NA NOSSA ATUAÇÃO JUDICIAL: ALGUMAS SUGESTÕES PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Pedro Lino de Carvalho Júnior^()*

Sumário: 1. Introdução. 2. Da tutela dos direitos individuais homogêneos e da execução da indenização prevista no parágrafo único do art. 100 do CDC. 3. Do fecundo diálogo entre as ações civis públicas e as ações individuais. 4. Do cumprimento imediato das sentenças proferidas nas ACPs. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No distante ano de 2000, a Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região propôs uma Ação Civil Pública em face da fraudulenta cooperativa ICTEBA — Instituto de Perícia Técnica Científica da Bahia, bem como a diversos tomadores de seus serviços, quais sejam, os principais Shopping Centers de Salvador, entre eles o Shopping Iguatemi e o Shopping Itagira, demanda esta tombada sob o n. 02780.2000.005.05.00-5.

Na oportunidade o feito foi extinto, sem resolução do mérito, por conta de uma suposta ilegitimidade do MPT para a defesa de interesses individuais homogêneos, sentença esta confirmada pelo TRT da 5ª Região e da qual foi interposto recurso.

(*) Procurador do Trabalho — PRT/5ª Região e professor universitário.

A nossa revista foi provida e, finalmente, em 2007, ao retornar ao juízo de origem para apreciação do mérito, a ação teve seus pedidos rejeitados em sentença prolatada no primeiro grau, mas a Corte baiana reformou-a, nos seguintes termos:

Dou parcial provimento ao recurso, para reconhecer como existente relação de emprego entre os trabalhadores cooperados e os recorridos tomadores dos seus serviços e para lhes deferir férias, décimos terceiros salários, direito ao recolhimento do fgts ou pagamento do valor correspondente com 40%, sendo que esta última parcela limita-se aos trabalhadores despedidos durante a tramitação desta ação, ademais para impedir que os reclamados contratem vigilantes por meio de cooperativa, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por trabalhador irregularmente contratado, devendo a liquidação dar-se de modo articulado, na forma da fundamentação.

Houve interposição de recurso de revista pelos acionados, não admitido pela ausência dos pressupostos específicos, o que ensejou diversos recursos de Agravos de Instrumentos. Estes não tiveram melhor sorte, posto não providos pelo TST, o que redundou no trânsito em julgado da ação proposta.

Em linhas gerais, foi esta a tramitação do feito.

A ele fazemos referência porque nos permitiu e nos permitirá adotar algumas providências que, ao nosso juízo, se empregadas rotineiramente, contribuiriam para uma maior efetividade da nossa atuação judicial.

Vejamo-las.

2. DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DA EXECUÇÃO DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 100 DO CDC

A despeito do quanto estatuído no art. 81 do CDC, ainda perdura uma grande celeuma quanto à exata configuração dos interesses ou direitos difusos, dos interesses ou direitos coletivos e dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

Além de outros critérios propostos, boa parte da doutrina considera que o modo de formulação do pedido delimitaria o seu espectro. Por exemplo: constatada exigência rotineira de horas extraordinárias em número superior ao legalmente permitido, tal fato poderia ensejar, dentre outras postulações, tanto o pleito no sentido de que a empresa se abstenha de exigi-las fora das hipóteses legais, quanto o requerimento no sentido de que seja promovido o pagamento, aos trabalhadores, das horas extras eventualmente prestadas.

Na primeira hipótese, manifesta a defesa de direitos coletivos; no segundo caso, patente a tutela de direitos individuais homogêneos.

À luz de tais considerações é importante que se analisem as disposições processuais do CDC referentes às **ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos**:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a *condenação será genérica*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 100. *Decorrido o prazo de 1 (um) ano* sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único — O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Como se constata, a condenação há de ser necessariamente **genérica e decorrido o prazo de 1 (um) ano** sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Ora, foi o que ocorreu no processo relativo ao ICTEBA: quando certificado o trânsito em julgado, o juízo notificou-nos para que promovêssemos a execução respectiva, ocasião em que, no lugar de efetuarmos para cada beneficiário individual a liquidação e execução do *decisum*, optamos por requerer a **publicação de edital** conclamando os eventuais interessados a vindicarem seus créditos, na forma e prazo estabelecidos na lei.

Deveras, conquanto inexista previsão legal específica, e mais do que isso, o próprio art. 96 do CDC, que previa o edital referido ter sido vetado pelo executivo, **toda a doutrina recomenda a adoção desta providência**, inclusive *Ada Pellegrini Grinover* esclarece que em relação à divulgação da sentença condenatória “a razão do veto foi a remissão errônea do dispositivo, no texto enviado à sanção, ao art. 93, quando a referência correta seria ao art. 94”⁽¹⁾.

Outrossim, aduz:

Mas o que o art. 96 colocava obrigatoriamente, de maneira didática ainda se sustenta, pela interpretação sistemática dos demais dispositivos do Código. O art. 100 fixa o prazo de um ano, após o que, se não houver habilitações em número compatível com a gravidade do dano, proceder-se-á à liquidação e execução da sentença condenatória, para recolhimento do fundo da *fluid recovery*. Ora, é evidente que o juiz deverá proceder a intimação da sentença e esta, no caso em tela, só poderá dar-se por meio de editais, devendo o juiz socorrer-se, por analogia, do disposto no art. 94. Além do mais, cabe ao juiz dar efetiva aplicação ao princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX e art. 94, IX, da CF), utilizando as técnicas que mais se coadunam com as ações coletivas⁽²⁾.

Pois bem. Ao mesmo tempo em que requeremos a publicação do edital, **alertamos o juízo** que decorrido 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, promoveríamos a liquidação e execução da indenização devida, agora em favor do *fluid recovery*.

(1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor* — comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 689.

(2) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 689.

A juíza titular do feito sabiamente acolheu nossa postulação e prazo para as habilitações atualmente encontra-se em curso.

É bem provável que poucos se habilitem. Talvez até se pudesse exigir da cooperativa a listagem de todos os “cooperados” no intuito de cientificá-los da possibilidade de liquidação individual do julgado.

E, neste caso, mesmo aqueles que prestaram serviços muitos anos atrás e não moveram reclamação trabalhista oportunamente, não serão afetados pela prescrição bienal, pois **beneficiários do trânsito em julgado da ação coletiva, o que seria aplicação do princípio da *actio nata***. E como se não bastasse esta circunstância, sob outra perspectiva, as ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas, consoante arts. 202 e 203 do Código Civil⁽³⁾.

A propósito, o entendimento de *Marcos Neves Fava*, ao lecionar que: “(...) negar o efeito interruptivo da prescrição à ação coletiva, no que se refere à postulação individual macularia o sistema, estimulando, em contrassenso, que todos os possíveis interessados — detentores de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos — a Juízo aportassem, com um sem-número de ações individuais, na dúvida da eficácia da proteção provada coletivamente. Desprestígio à ação

(3) No particular, conferir o artigo escrito por SILVA, Homero Batista Mateus da. As ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas? In: *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 219 e segs.

Também a jurisprudência já possui vários precedentes neste sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA EM DATA ANTERIOR À AÇÃO INDIVIDUAL — EFEITOS — INTERRUÇÃO DE PRESCRIÇÃO — O obreiro ingressou com ação individual, postulando reconhecimento de vínculo e pagamento de parcelas contratuais e rescisórias pertinentes, possuindo a tutela pretendida o mesmo objeto de ação civil pública ajuizada anteriormente. Apesar da abrangência maior desta, cuja sentença julgada procedente e confirmada em acórdão regional pode projetar seus efeitos para alcançar o obreiro, não se pode reconhecer como fulminada pela prescrição total reclamação trabalhista individual ajuizada após o biênio. Neste Regional, a matéria já se encontra pacificada com o entendimento de que nas ações coletivas a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, não irradiando seus efeitos, apenas e, exclusivamente, aos relacionados no título executivo, mas também a outros trabalhadores que não participaram da relação jurídico-processual, desde que estejam abarcados pela situação fática emergente, ocasião em que em regular fase de liquidação de sentença poderão se habilitar nos autos e requerer o pagamento dos valores devidos. **Com a propositura da ação civil pública, entende-se que houve a interrupção da prescrição da ação individual ajuizada pelo obreiro, retroagindo o efeito à data do ajuizamento da demanda coletiva.** Recurso conhecido e provido (TRT 22ª R. — RO 00494-2005-103-22-00-2 — Rel. Juiz Arnaldo Boson Paes — DJU 14.9.2006 — p. 13).

coletiva, prejuízo ao jurisdicionado e malefício ao Judiciário, sobrecarregado com demandas idênticas ou de semelhante objeto⁽⁴⁾.

Como quer que seja, conquanto estejamos em face de um conceito jurídico indeterminado — o relativo à *falta de habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano*, na hipótese ora tratada certamente não concorrerão interessados em número suficiente⁽⁵⁾.

Assim, após um ano da publicação do edital, voltaremos ao feito e reclamaremos a indenização a ser destinada ao *fluid recovery*.

Tal reparação, de nítido caráter punitivo, a despeito de sua destinação, não se confunde com o dano moral coletivo. Trata-se de reparação por danos materiais.

Verdadeiramente, a possibilidade de obtermos a reparação do parágrafo único do art. 100 do CDC pode ser uma arma poderosa para combater as ilegalidades na esfera trabalhista. Com ela, mesmo aqueles magistrados que ainda recalcitram em reconhecer a plena indenizabilidade dos danos morais coletivos, por certo não terão receios em conceder a indenização⁽⁶⁾ mencionada.

Realmente, esta indenização tem fins diversos do reparatório, como doutrina *Carlos Henrique Bezerra Leite*, ao se referir à liquidação coletiva nas ações que envolvem direitos individuais homogêneos:

Com efeito, a fixação do *quantum debeatur*, na liquidação coletiva, tem o nítido propósito *punitivo* para o causador do dano global a interesses metaindividuais, sejam estes difusos, coletivos ou individuais homogêneos, razão pela qual a indenização de dimensão global apurada será revertida para o *fluid recovery*.

(4) FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 185.

(5) Mesmo que a maior parte dos prejudicados já tenham aforado ações individuais — por exemplo, em um universo de 100 cooperados, 80 ingressaram com reclamações contra os tomadores dos serviços — deverão os legitimados coletivos ainda assim postular o resíduo que não foi reclamado, pois a “reparação fluida” não se resume unicamente à soma de interesses individuais não pleiteados, mas a lesão a interesses sociais mais amplos, sendo que o prazo de um ano é tão somente para que o juízo possa fixar minimamente os parâmetros quantitativos dos danos.

(6) Embora alguns façam a distinção entre as expressões indenização e reparação, utilizamo-las como sinônimas.

(...)

A bem ver, com a introdução da *fluid recovery* do direito estadunidense no sistema brasileiro de tutela dos interesses individuais homogêneos buscou-se muito mais do que uma questionável recomposição do dano provocado pelo ato irresponsável do agente condenado. Sua função axiológica, a nosso ver, deve servir como forma de prevenção global e especial à reiteração de comportamentos lesivos aos interesses metaindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Descortina-se, outrossim, o caráter preventivo e educativo do Fundo de reconstituição dos bens metaindividuais lesados (arts. 100 do CDC e 13 LACP), cuja finalidade não pode se resumir à mera “soma das indenizações individuais não cobradas pelas vítimas ou seus sucessores”, pois, possuindo a liquidação coletiva escopo autônomo, deve ela mensurar, também, o valor estimativo do dano metaindividual causada, incluindo-se, aí, obviamente, *‘o ganho indevido que obteve o agente responsabilizado pelo decreto condenatório, para ser destinado ao Fundo da LACP’*⁽⁷⁾ (grifamos).

No caso do ICTEBA, evidentemente que centenas de cooperados prestaram serviços aos maiores *shopping centers* da cidade.

Transcorrido o prazo de 1 (um) ano para as habilitações individuais,⁽⁸⁾ como afirmamos, queremos crer que não irão comparecer interessados em quantidade suficiente — e se aparecerem, tanto melhor.

(7) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Liquidação na ação civil pública*. São Paulo: LTr, 2004. p. 195-196.

(8) Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, o “prazo de que cuida o art. 100 do CDC, nada mais é do que simples *condição suspensiva* para que os entes coletivos tenham autorização para ajuizarem a liquidação coletiva” (*Op. cit.*, p. 204). Aduz, ainda, não haver prazo prescricional para os entes coletivos promoverem a execução, haja vista que a indenização é sempre revertida para o fundo fluido (*Op. cit.*, p. 204). De todo modo, para os individualmente lesados, o prazo de prescrição será o quinquenal, contados da cientificação do trânsito em julgado da ação coletiva, haja vista que, no particular, será o direito material que fixará tais limites, conforme leciona Ada Pellegrini Grinover (In: *Código brasileiro de defesa do consumidor* — comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, p. 690-691). Em sentido oposto, Zavascki afirma que não se pode negar a natureza decadencial do prazo do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, quando terminado o prazo, o direito de interpor ação de cumprimento se transfere aos legitimados como representantes do Fundo e não subsistirá

Assim, para execução dos valores destinados ao *fluid recovery*, tanto é possível nos louvamos no número dos cooperados que prestaram serviços a cada um dos tomadores, com exclusão daqueles que moveram ações individuais, como poderemos buscar a liquidação por arbitramento:

Cuidando-se, porém, de liquidação coletiva, cujo produto da indenização reverterá para um fundo, de natureza fluida, o foro competente será sempre o do juízo da sentença condenatória, sendo certo que, *in casu*, haverá *sempre estimativa dos prejuízos globalmente suportados pela massa* dos titulares dos direitos subjetivos lesados, o que poderá ser objeto, inclusive, de liquidação *por cálculo ou arbitramento*, situação essa que se assemelha às liquidações em ação civil pública destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos⁽⁹⁾. (grifos nossos)

Em verdade, alguns colegas resistem à propositura de ACPs que contenham pedidos para tutela dos direitos individuais homogêneos (mormente naquelas situações **que envolvem pagamento de valores**), não apenas pela dificuldade que eventualmente encontramos para ver reconhecida nossa competência em postulá-los, mas também, e fundamentalmente, pelos embaraços, às vezes intransponíveis, de se identificar na “fase” executiva os valores porventura devidos a cada um dos trabalhadores.

No particular, para muitos autores,⁽¹⁰⁾ falecer-nos-ia competência para **a execução** de valores relativos a interesses individuais homogêneos:

Ao dispor sobre as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, registra o art. 95 do CDC que, no caso de procedente o pedido, a condenação será *genérica*, “fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Ultrapassada a fase de cognição, prevê o mesmo CDC que a liquidação e a execução podem ser promovidas pela vítima e seus sucessores,

o mesmo direito individual para quem não se habilitou, devido à possibilidade de dupla execução do mesmo crédito (*Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2007. p. 218).

(9) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 167.

(10) Entre eles incluem-se Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

“assim como os legitimados de que trata o art. 82”. Em nosso entendimento, apenas na primeira etapa, em que a pretensão é *declaratória da responsabilidade e condenatória genérica* tem legitimidade o Ministério Público. (...) Só assim se pode harmonizar a legitimidade do Ministério Público para a defesa de tais direitos com o parâmetro básico de sua atuação — o art. 127, da Constituição, que alude apenas a interesses sociais e individuais indisponíveis⁽¹¹⁾. (grifos do autor)

A bem da verdade, a própria legislação estabeleceu que no campo das ações coletivas⁽¹²⁾ **para tutela de interesses individuais homogêneos**, a condenação será genérica, mas a preferência para a liquidação e execução é do liquidante individual, conforme os arts. 97, 99 e 100 do CDC⁽¹³⁾.

Malgrado entendimento contrário, como o anteriormente expedido, isto não impede **a legitimação de todos os entes coletivos arrolados no art. 82 do CDC** para liquidação e execução⁽¹⁴⁾ nas lides que envolvam os referidos direitos — como de resto operamos, por exemplo, nas

(11) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 152.

(12) Não vislumbramos qualquer diferença entre ação civil coletiva e ação civil pública. Deveras, ACP é designação genérica, que envolve todas as espécies de pretensões.

(13) Neste sentido, precedentes do TRT da 17ª Região: AÇÃO RESCISÓRIA. Art. 485, V e VIII, do CPC. Substituição processual. Tutela de interesses individuais homogêneos. Indisponibilidade dos direitos pelo substituto processual. Liquidação de sentença por artigos. preferência dos titulares dos direitos materiais. Inteligência dos arts. 97 e 100 do CDC: Em se tratando de sentença em ação (coletiva) ajuizada pelo sindicato (ou Ministério Público do Trabalho) em defesa de interesses individuais homogêneos, a liquidação pode ser individual (preferencial) ou coletiva (residual). **Os titulares dos direitos individuais reconhecidos na sentença têm preferência para promover a liquidação os quais terão o prazo de um ano para se habilitarem a contar da ciência do trânsito em julgado da sentença. Decorrido este prazo, o juiz, verificando que o número de liquidantes individuais é inexistente ou inexpressivo, determinará a intimação do ente (sindicato ou MPT) legitimado para a ação de conhecimento para promover a liquidação a título coletivo, cujo produto arrecadado vai para um fundo de recomposição dos bens, in casu, o FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador.** Logo, a decisão que homologa a transação entre a empresa-ré e o sindicato que atuou como substituto processual, além de violar todo o procedimento liquidatório, pois deu preferência ao sindicato, violou também a letra dos arts. 104, I e II, 138, 139, II, 166, IV e V, 662 e 850 do CCB, pois não era ele (sindicato) o titular do direito, nem poderia ele ter transacionado direito que não lhe pertencia (TRT 17ª R.; AR 00445.2005.000.17.00.0; Rel. Juiz Sérgio Moreira de Oliveira; Julg. 19.9.2006).

(14) Este o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, Raimundo Simão de Melo e Rodolfo de Camargo Mancuso.

nossas ações que dizem respeito à redução à condição análoga a de escravo; mas, de todo modo, não há de ser esta a regra, posto nos tocar, preferencialmente, a busca da reparação prevista no parágrafo único do art. 100 do CDC.

É preciso avançar mais. Devemos sim compartilhar a tese de que não apenas em relação às ações coletivas que buscam a tutela dos direitos individuais homogêneos, mas também nas demais ações coletivas *lato sensu*, que envolvam direito difusos e coletivos, por força do art. 103 c/c com art. 104 do CDC, **é possível a liquidação individual dos valores por parte dos possíveis lesados.**

Di-lo *Mancuso*:

Dado que a ideia é, de um lado, aproveitar ao máximo a cognição judicial no plano coletivo, e, de outro, propiciar o transporte da coisa julgada coletiva apenas no que possa *beneficiar* os sujeitos concernentes, é razoável entender que: i) esse transporte pode exsurgir de ações envolvendo qualquer dos três tipos de interesse metaindividual (pese a redação do art. 104 do CDC); ii) no caso dos individuais homogêneos há um rito previsto a partir do art. 95 do CDC, sob a denominação ‘ação coletiva’, discrimine justificado pelo fato de tais interesses serem na sua essência afetados aos sujeitos que a eles concernem diretamente, sendo coletivos apenas na forma processual sob a qual vêm tutelados; iii) esse aproveitamento *não se dá somente quando o julgado coletivo implica em condenação pecuniária, mas também, quando comina obrigação de fazer e não fazer (...)*⁽¹⁵⁾. (grifamos)

Com efeito, expõe *Ronaldo Lima dos Santos*:

Tome-se, por exemplo, uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho cujo objetivo é a eliminação da insalubridade no estabelecimento de determinada empresa. Embora o pedido seja a proteção de um bem essencialmente coletivo (meio ambiente do trabalho), em sendo julgada procedente a demanda, o reconhecimento da insalubridade no meio ambiente daquele estabelecimento, e dos danos reais ou

(15) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: RT, 2007. p. 521.

potenciais à saúde dos trabalhadores, aproveita *in utilibus* os trabalhadores individuais, que não necessitarão discutir novamente a salubridade daquele ambiente, podendo promover diretamente a execução do julgado, demonstrando, na liquidação, que se processará por artigos, os elementos necessários à fixação do adicional de insalubridade⁽¹⁶⁾.

No mesmo diapasão, o pronunciamento de *Eduardo Adamovich*:

Importante também rememorar a regra do art. 103, § 3º, do CDC, que, em caso de procedência de ação civil pública que trate, por exemplo, de direitos difusos, como seria aquela que visasse a proibir a confecção das chamadas “listas negras” trocadas entre empresas de um determinado município com os nomes dos empregados que porventura tivessem promovido ações contra algumas delas na Justiça do Trabalho e que autorizaria aos incursos em tais “listas” promoverem desde logo a liquidação dos danos individuais suportados em decorrência delas, sem que para tanto tivesse de ajuizar novas reclamações trabalhistas⁽¹⁷⁾.

Conclusões

a) Sugerimos, sempre quando possível, a inclusão de pedido que tutele interesses individuais homogêneos nas nossas ações civis públicas.

Por exemplo, em ação contra uma cooperativa e tomadores, além dos imprescindíveis requerimentos de abstenção quanto ao fornecimento e contratação de pseudocooperados, é recomendável que se inclua pleito autônomo (para melhor explicitar o pedido) no sentido de que se reconheça o vínculo com as tomadoras e que sejam estas condenadas ao pagamento de todas as verbas trabalhistas inadimplidas⁽¹⁸⁾.

(16) SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. In: *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 307-308.

(17) ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 445.

(18) O art. 95 do CDC estabelece que “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Evidente que o dano é pressuposto da reparação e abrange tanto a relação contratual quanto a extracontratual (ou aquiliana).

Da mesma forma, em ACPs que envolvam falsos estagiários, falsos autônomos e situações afins, seria prudente sempre requerer, além dos pleitos habituais, a atribuição do vínculo em favor de todos que prestaram serviços sob tais rótulos à empresa eventualmente acionada, com o adimplemento das verbas devidas.

O mesmo se diga nas hipóteses de lesões à saúde dos trabalhadores por descumprimento às regras protetivas do meio ambiente de trabalho, de discriminação, de ferimento à moralidade administrativa, de trabalho infantil e de outras situações de violação à ordem jurídico-trabalhista, quando possível identificar, ainda que por aproximação, o rol dos atingidos, devendo-se sempre pleitear a condenação genérica pelos danos causados.

Na pior das hipóteses, o máximo que poderá ocorrer é a rejeição específica deste pleito, se a visão do julgador for restritiva.

Deveras, no caso do ICTEBA (já esclarecido quanto aos seus contornos) acreditamos que a execução nos termos do parágrafo único do art. 100 do CDC alcançará valores expressivos, e, na verdade, os tomadores não aguardam **esta surpresa**, pois vários anos já se sucederam desde a propositura da nossa ACP..

b) É importante também alertar já na inicial que o pedido é de condenação genérica (infelizmente, alguns juízes não estão familiarizados com o processo coletivo), deixando claro que, na hipótese de condenação com trânsito em julgado, postular-se-á a publicação de edital e que **decorrido o prazo de 1 (um) ano** sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, o MPT promoverá a liquidação e execução da indenização devida em favor do fundo de recomposição dos bens lesados⁽¹⁹⁾.

(19) Em boa parte dos casos, em especial naqueles em que os empregados ainda estão trabalhando na empresa, dificilmente os lesados vão promover a execução individual dos valores. Exemplo: Empresa submete seus empregados a jornadas excessivas, sem o pagamento das horas suplementares. Se ajuizarmos, com êxito, ACP postulando que se abstenha de impor tais jornadas (direitos coletivos) e que seja condenada genericamente a adimplir as horas não pagas (direitos individuais homogêneos), dificilmente os trabalhadores se abalarão a vindicar individualmente seus créditos, pelo receio de colocar em risco seus empregos. Mas o MPT terá elementos para, na liquidação coletiva, demonstrar os ganhos indevidos do empregador e assim, nos termos do parágrafo único do art. 100 de CDC, buscar a condenação em favor do fundo de recomposição dos bens atingidos.

Este esclarecimento na inicial funciona como verdadeira “espada de Dâmocles”, pairando ameaçadoramente sobre a cabeça do acionado, pois deixa a empresa ciente do risco de arcar com uma pesada indenização⁽²⁰⁾.

E mais do que isso: mesmo que o juiz seja refratário à concessão de dano moral coletivo, ou mesmo que o conceda em valores reduzidos, a reparação do parágrafo único do art. 100 do CDC não poderá ser negada, se admitido seu pressuposto, e nem mesmo reduzida, pois a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944 do CC), tanto maior quanto mais expressivo o número de atingidos.

3. DO FECUNDO DIÁLOGO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E AS AÇÕES INDIVIDUAIS

A situação anteriormente exposta envolveria lesados que não acionaram o juízo em busca de seus direitos. Em relação àqueles que o fizeram, devemos sim dialogar com tais demandas.

Como é sabido, na hipótese de haver duas ações em trâmite — ação coletiva e ação individual —, o art. 104 do CDC oferece duas alternativas ao demandante a título individual⁽²¹⁾, desde que notificado,

(20) AÇÃO CIVIL COLETIVA — DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS — LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO — VERBAS RESCISÓRIAS — O ministério público tem legitimidade para buscar a defesa de direitos individuais homogêneos, que devem ser considerados em sua acepção global, porquanto o Código de Defesa do Consumidor dispõe, no art. 95 **que “a condenação será genérica” e a liquidação será promovida pelos lesados ou pelos próprios legitimados. A homogeneidade dos direitos, no caso em tela, revela-se na existência do vínculo de emprego e na frustração das obrigações decorrentes do contrato individual de trabalho, quais sejam, ausência de pagamento das verbas rescisórias, assim como o não recolhimento de encargos sociais, devidos a todos os empregados da ré** (TRT 24ª R. — RO 988/1998-005-24-00-0 — Rel. Juiz Ricardo Geraldo Monteiro Zandona — J. 12.11.2003).

(21) Neste sentido, a farta jurisprudência dos tribunais: RECURSO ORDINÁRIO — ACÕES COLETIVAS E AÇÕES INDIVIDUAIS — LITISPENDÊNCIA — INEXISTÊNCIA — APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA AO CONSUMIDOR — INAPLICABILIDADE DO CPC — Nos termos do art. 104, do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, porém, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Portanto, o prosseguimento da ação individual é faculdade do autor, que pode optar pela sua desistência no prazo de 30, dias após o ajuizamento da ação coletiva. O CDC oferece

nos autos, da existência de ação coletiva: a) se quiser dar prosseguimento à sua ação, concomitantemente com a ação coletiva, não poderá servir-se dos efeitos da sentença, beneficiando-se da coisa julgada que se formar nesta. Se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente, os efeitos da sentença, mesmo com o seu trânsito em julgado, não afetarão a sua demanda, não obstante possuir seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* (CDC, art. 103, I a III, c/c seus §§ 1º e 2º)⁽²²⁾ b) se optar pela suspensão da sua demanda, poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva, ou beneficiar-se dos efeitos da coisa julgada que nesta se formar, em caso de decisão favorável.

Em relação ao ICTEBA, tão logo o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região condenou-o nos pedidos formulados na exordial, requisitamos o rol das ações em tramitação que abrangiam a cooperativa e os tomadores e, de posse desta listagem, constatamos a existência de 63 reclamações trabalhistas ainda em curso.

Peticionamos em **todas elas**, dando conhecimento aos reclamantes da tramitação da nossa ACP (anexamos, ademais, cópia do acórdão do TRT/5), nos termos do citado art. 104 do CDC, sendo que várias dessas ações aportaram a regional com manifestação de concordância com a suspensão.

duas opções ao demandante a título individual: A) pretendendo o autor prosseguir em sua ação individual, ficará excluído da extensão subjetiva do julgado proferido na ação coletiva, mesmo sendo ela favorável e projetando-se os seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*. B) se o autor preferir, poderá requerer a suspensão do processo individual, no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Nesse caso, será ele beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva. A recorrente optou pelo prosseguimento da ação individual. Decisão reformada para afastar a litispendência decretada. Recurso ordinário parcialmente provido. (TRT 19ª R. — RO 00432.2004.004.19.00-4 — Relª Juíza Nova Moreira — J. 2.6.2005) JCDC.104.

(22) No particular, as conclusões do Enunciado n. 78 da 1ª Jornada de direito material e processual da JT 23.11.2007 — 78. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL. Às ações coletivas ajuizadas pelos sindicatos e pelo Ministério Público na Justiça do Trabalho aplicam-se subsidiariamente as normas processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, devendo o juiz adotar o procedimento indicado no art. 104 do CDC: a) o autor da ação individual, uma vez notificado da existência de ação coletiva, deverá se manifestar no prazo de trinta dias sobre o seu prosseguimento ou suspensão; b) optando o autor da ação individual por seu prosseguimento, não se beneficiará dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva; c) o autor da ação individual suspensa poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva.

Houve um caso emblemático: antes mesmo de adotarmos tal providência, ao acompanharmos determinada sessão no tribunal, presenciamos a entrada em pauta de feito envolvendo um reclamante individual, o ICTEBA e um tomador.

O reclamante não tivera êxito na reclamationária, uma vez que, intimado a depor em audiência instrutória designada, não compareceu ao referido ato, atraindo os efeitos da pena de confesso. Ele recorreu e o parecer ministerial fora pelo improvimento do recurso.

Como tivemos acesso ao voto da relatora, constatamos que este se direcionava à manutenção do *decisum*, ou seja, pelo improvimento do recurso do reclamante.

Quando chamado o feito a julgamento, solicitamos a palavra e demos conhecimento aos julgadores que um acórdão proferido em ACP proposta pelo MPT declarara a ilegalidade da cooperativa e reconheceu o vínculo de todos os cooperados com os tomadores.

À ocasião, a relatora retirou o feito de pauta, oportunidade em que nele peticionamos para que ela intimasse o reclamante a fim de que este manifestasse seu interesse em usar a faculdade prevista no art. 104 do CDC, pois tal dispositivo exige a ciência, **nos autos da ação individual**, de que a ação coletiva está em curso.

Deferido o requerimento, o resultado foi o pedido de suspensão formulado pela parte e deferido pela juízo. Em suma: **uma ação individual perdida** foi ressuscitada por conta da providência que adotamos, e, melhor ainda, o reclamante certamente receberá seus créditos, pois o tomador é um dos maiores *shopping centers* de Salvador.

Esclareça-se, ademais, que a suspensão, no particular, não está submetida **ao prazo anual** do CPC, conforme entendimento dominante na jurisprudência: perdura até o trânsito em julgado da ação coletiva. Ademais, o pedido de suspensão é faculdade do autor a título individual, sem haver necessidade de anuência da parte contrária, e ao Magistrado caberá simplesmente suspender o feito, sem qualquer indagação, desde que obedecido o prazo de 30 dias para manifestação da parte interessada, pois se negasse sua concessão cometeria uma ilegalidade, passível de correção via **mandado de segurança**.

Conclusão

Sugerimos que devemos buscar um diálogo com as ações individuais, pois isto favorece os trabalhadores e intimida e onera os maus empregadores.

Quando propusermos nossas ACPs, principalmente quando alcançarmos uma condenação no tribunal, seria interessante obtermos, no setor de distribuição de feitos, o rol das ações individuais em curso envolvendo os acionados. De posse desta listagem, peticionaríamos em cada uma delas, a fim de possibilitarmos aos reclamantes, se assim o desejarem, usufruírem do **benefício da coisa julgada** que eventualmente se formar na ação coletiva.

4. DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS ACPS

Por fim, gostaríamos de abordar a interessante temática dos efeitos dos recursos nas ações coletivas.

Às vezes, em nossas ações civis públicas, o juízo não concede a tutela antecipada. Em casos tais, se não conseguirmos obter no tribunal, por conduto de mandado de segurança, a tutela de urgência pleiteada, temos de aguardar uma decisão favorável de primeiro grau.

Nesta hipótese, se houver o acolhimento das pretensões ministeriais na sentença prolatada e o recurso da parte for recebido somente no efeito devolutivo, é inegável que, diante do caráter mandamental e/ou executivo *lato sensu* da decisão proferida, seu cumprimento há de ser imediato.

Por exemplo: magistrado trabalhista, em sentença final, reconhece a ilegalidade da intermediação de mão de obra por parte da cooperativa e dos seus tomadores. Se o recurso das acionadas for recebido apenas no efeito devolutivo (como é regra no processo trabalhista), é manifesto que o *decisum* há de ser imediatamente cumprido, com a pronta interrupção dos serviços ilegalmente prestados.

Ora, a Lei de Ação Civil Pública possui norma expressa em relação aos efeitos dos recursos no seu âmbito de aplicação:

LACP — Art. 14. O Juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Tanto na esfera do Judiciário Comum Estadual como no Judiciário Comum Federal, não pairam dúvidas quanto à necessidade de cumprimento imediato da sentença proferida em sede de ação civil pública, se não atribuído efeito suspensivo ao recurso⁽²³⁾.

Para ilustrar, trazemos à colação alguns precedentes destas esferas da jurisdição, que bem comprovam o quanto afirmado.

Com efeito, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública com vistas a assegurar a restauração de conjunto histórico-arquitetônico. Houve recurso da parte Ré, recebido apenas no efeito devolutivo. Desta decisão, a recorrente interpôs agravo de instrumento⁽²⁴⁾, não provido, haja vista a prevalência do interesse público em ver cumprida de imediato a decisão:

162842 — AGRAVO DE INSTRUMENTO — Ação civil pública. Restauração de conjunto histórico-arquitetônico. Porque da Independência. Sentença de procedência. Apelação. Recebimento, no efeito devolutivo. Admissibilidade. Inaplicação do art. 14, da Lei n. 7.347/85. Dano ao bem tutelado. Exiguidade do prazo para cumprimento da ordem judicial, mera alegação infundada. Recurso, a que, afastadas as questões inapreciadas pelo Juízo de origem, não se dá provimento. (TJSP — AI 125.753-5 — 5ª CDPúb. — Rel. Des. William Marinho — J. 9.3.2000)

(23) A atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto há de ser expressamente declarada pelo juízo. Permanecendo silente, presumir-se-á o recebimento tão somente no efeito devolutivo. Neste diapasão, acórdão do TRT da 19ª Região que deferiu pedido de liminar *inaudita altera pars*, ajuizada pela Universidade Federal de Alagoas com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso ordinário que interpôs nos autos da ação civil pública que lhe movia o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: “MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. Cabível a atribuição de efeito suspensivo a recurso ordinário quando os danos decorrentes do imediato cumprimento de obrigação de fazer determinada na sentença de primeiro grau possam causar prejuízos de difícil reparação à requerente, tornando inócua eventual alteração cominada no recurso. Este o caso dos autos, em que a universidade pública ver-se-á inviabilizada em seu regular funcionamento com a suspensão dos contratos do pessoal que lhe presta serviços por meio de convênio, ainda antes de transitada em julgado a ação. Cautela, por isso, parcialmente concedida, mantendo-se tais contratos até final decisão da ação ministerial” (Processo: 00249.2001.000.19.00-0).

(24) Evidente que no juízo comum existe a plena recorribilidade das decisões interlocutórias.

Noutro feito, desta vez oriundo do judiciário federal da 4ª Região, o Ministério Público Federal obteve a condenação do IBAMA para que se abstinhasse de conceder autorização para caça amadorística em zona de proteção ambiental, pois havia risco de extinção de espécies.

A sentença foi procedente e o recurso recebido somente no efeito devolutivo.

Interposto agravo de instrumento objetivando atribuir efeito suspensivo ao recurso, a Turma, por unanimidade, negou-lhe provimento, nos seguintes termos:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADES DE CAÇA AMADORÍSTICA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. APELAÇÃO. RECURSO RECEBIDO NO EFEITO DEVOLUTIVO.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que recebeu somente no efeito devolutivo apelação de sentença que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o IBAMA para suspender eventual temporada de caça amadorística no RS em 2007 e vedar a abertura nos anos seguintes, cabendo ao IBAMA o controle e fiscalização da proibição até que se tenham estudos conclusivos de que a continuidade não representa risco às espécies de fauna visadas. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. Existindo incerteza quanto à extensão do prejuízo ambiental, deve-se aguardar conclusões definitivas sobre os danos que podem resultar da atividade. A geração de empregos indiretos e a promoção do desenvolvimento socioeconômico das regiões em que realizada a caça amadorística não pode se sobrepor ao direito fundamental a um meio ambiente equilibrado (AG 2007.04.00.030310-6/TRF. Rel. Juiz Federal Marcelo de Nardi, em 12.2.2008).

Finalmente, no rumoroso caso do Césio-137, em Goiânia (GO), o MM. Juiz *a quo* recebeu no efeito meramente devolutivo o recurso de apelação interposto pela Comissão Nacional de Energia Nuclear — CNEN nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em que se discutia a responsabilidade civil pelo acidente, sob o fundamento da possibilidade de maior gravame a ser imposto aos beneficiários da sentença proferida, em caso de acolhimento da pretensão da autarquia federal de suspender-lhe os efeitos.

O agravo de instrumento foi improvido, sendo que o egrégio TRF da 1ª Região ressaltou expressamente a importância da **eficácia executiva imediata do dispositivo da sentença**⁽²⁵⁾.

Lamentavelmente, no Judiciário Trabalhista, há uma certa resistência quanto à execução provisória das obrigações de fazer, ante a alegada impossibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Ocorre que, no caso das ações coletivas, não se trata *exatamente* de execução provisória de obrigação de fazer ou não fazer, mas sim de cumprimento imediato da sentença.

Aliás, mesmo em se tratando de obrigação de fazer e não fazer, inexistente execução propriamente dita, e, por consequência, **execução provisória**. Afirma-o *Bezerra Leite*: “Tratando-se de sentença (título judicial) que contenha obrigação de fazer ou não fazer, não há mais processo de execução, e sim cumprimento da obrigação específica nela contida, a teor dos arts. 11 da LACP e 84 do CDC”⁽²⁶⁾.

Da mesma forma a lição de *Alexandre Nery de Oliveira*:

Com relação à execução da decisão proferida em sede de ação civil pública, seja de caráter liminar, *seja de caráter sentencial*, em regra se verifica a existência de pedido mandamental, consistente em postular-se a ordem judicial para o implemento de certa obrigação de fazer ou para constranger a parte Ré a não fazer algo, eventualmente implicando também a condenação ao pagamento de multas originariamente fixadas ou estipuladas

(25) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACIDENTE RADIOATIVO COM O CÉSIO-137. APELAÇÃO DA CNEN RECEBIDO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO. MAIOR GRAVAME A SER IMPOSTO AOS BENEFICIÁRIOS DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CASO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA ATÉ O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ACIDENTE OCORRIDO HÁ MAIS DE 17 (DEZESSETE) ANOS. ATENDIMENTO E ACOMPANHAMENTO MÉDICO ÀS VÍTIMAS INADEQUADO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. QUESTÃO A SER DISCUTIDA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. Os recursos interpostos na ação civil pública têm, como regra geral, efeito meramente devolutivo, como se infere da interpretação a *contrario sensu* do art. 14 da Lei n. 7.347/85, segundo o qual pode o juiz conceder efeito suspensivo aos recursos, a fim de evitar dano irreparável à parte interessada. Agravo de instrumento da CNEN improvido. (TRF 1ª Região, Agravo de Instrumento n. 2000.01.00.103440-7/GO, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJU 9.12.2004).

(26) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 133.

como sanção por eventual descumprimento da ordem judicial, tendo tal decisão, como se disse alhures, efeito *erga omnes*, tudo conforme disciplinam os arts. 11 e 16 da Lei n. 7.347/85, de modo, assim, a ter o provimento judicial a eficácia no impor a prática ou a omissão de determinado ato concreto, lesivo à ordem jurídica trabalhista, no contexto de certo grupo ou coletividade, ou no contexto geral em razão dos interesses difusos envolvidos. *Dado o caráter mandamental, a própria intimação da decisão liminar ou sentencial consubstancia-se no provimento capaz de impedir o ato nocivo, independentemente do trânsito em julgado, notadamente pelo caráter meramente devolutivo dos recursos ordinários trabalhistas, sempre excetuada a possibilidade de conceder-se efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável à parte Ré (art. 14) ou ver-se alcançada a suspensão pela concessão de segurança pelo Tribunal. Quanto à execução remanescente, que refoge ao âmbito mandamental, em regra decorrente da aplicação de multas (astreintes — art. 644 do CPC), a mesma se regulará pelas regras próprias da CLT pertinentes à execução trabalhista, inclusive as normas de subsidiariedade do processo executivo fiscal e em seguida do processo executivo cível, não denotando, assim, maiores dificuldades ao julgador fazer aplicado o provimento emitido⁽²⁷⁾.*

Por sua vez, a jurisprudência registra precedentes nesta direção:

SENTENÇA DE MÉRITO QUE CONTÉM DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO IMEDIATO, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO — OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — MANDADO DE SEGURANÇA — DESCABIMENTO — Sentença de mérito, que julga totalmente procedente ação civil pública, proibindo cooperativa de fornecer mão de obra rural, bem como proibindo os beneficiários desses serviços de se utilizarem de trabalhadores através da cooperativa e com determinação de que essa proibição seja imediatamente cumprida, independentemente do trânsito em julgado, não pode ser atacada via ação de segurança objetivando a cassação dessa proibição, uma vez que o mandado de segurança não é sucedâneo do recurso cabível da decisão de mérito, sendo certo que, como no caso, existindo recurso

(27) OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho: objeto, legitimidade ad causam, interesse processual e execução do julgado*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 5.12.2008.

próprio e adequado, descabe a utilização do *mandamus*. (TRT 15ª R. — MS 363/01 — (785/01) — SE — Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite — DOESP 24.8.2001 — p. 2)

PROCESSUAL CIVIL — AGRAVO DE INSTRUMENTO — APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA — EFEITO DEVOLUTIVO — LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO — CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO — AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO — 1. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública visando à nulidade de ato da administração — empresa pública — tendente à contratação de pessoal sem prévio concurso público. 2. O recurso de apelação interposto de sentença proferida em ação civil pública é recebido, em regra, no efeito devolutivo. O juiz poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso, apenas, para evitar dano irreparável à parte (Precedentes deste Tribunal e do STJ). 3. Na espécie não há possibilidade de dano irreparável à agravante, razão pela qual merece ser prestigiada a decisão que recebeu apenas no efeito devolutivo, apelação interposta de sentença proferida em ação civil pública. 4. Agravo de instrumento não provido. (TRF 1ª R. — AG 01001322550 — DF — 1ª T. — Rel. Des. Fed. Antonio Savio de Oliveira Chaves — DJU 25.11.2002 — p. 103)

Pois bem. Temos conhecimento de várias ações com decisões de mérito favoráveis ao MPT, assim como diversas demandas em grau de recurso no TST, com acórdãos regionais pela procedência dos nossos pedidos, e, no entanto, alguns colegas têm adotado a praxe, a nosso ver desnecessária, de aguardar o trânsito em julgado de tais decisões, quando, a olhos vistos, já deveríamos fazê-las valer no mundo da vida.

Conclusão

A sugestão é no sentido de que, em havendo decisão favorável em ACP (acórdão ou sentença), especialmente em relação às obrigações de fazer e não fazer,⁽²⁸⁾ aguardaríamos o recurso da parte e, após o recebimento deste, **sem que o juízo atribua efeito suspensivo ao recurso** (como de regra), se constatado que a parte obstina-se em não obedecer ao *decisum*, notificaríamos o descumprimento da sentença (ou acórdão), eventualmente aparelhando nosso requerimento

(28) De referência às obrigações de dar, salvo as exceções conhecidas, a regra é aguardar o trânsito em julgado do feito.

com eventual relatório da fiscalização do trabalho (por exemplo) ou com qualquer outro meio probante que demonstre a desobediência ao comando judicial.

Nos feitos em curso no TST, de todo modo, haveria a necessidade de extração de carta de sentença para que o juízo de origem pudesse aferir o aludido descumprimento.

Não seria o caso de execução provisória — insista-se — mas de expedição de mandado **para verificação de (des)cumprimento de decisão judicial**.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste estudo, em síntese, foi o de refletir acerca de alguns instrumentos da nossa atuação, sempre com o desejo de encaminhar a análise mais no sentido de contribuir para o debate do que, propriamente, com o avançar no fechamento de conclusões.

Ele nada oferece que possa ser considerado de grande novidade, como se pretendesse “reinventar a roda”. O seu propósito foi apenas o de sugerir algumas estratégias que, uma vez adotadas, ao nosso sentir, poderiam resultar em alguns avanços no desempenho de nossas atribuições.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor* — comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério público do trabalho*. Doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Liquidação na ação civil pública*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, Raimundo Simão de Melo. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

NASSIF, Elaine. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho: objeto, legitimidade ad causam, interesse processual e execução do julgado*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 5.12.2008.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. In: *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

SILVA, Marcelo Ribeiro. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Homero Batista Mateus da. As ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas? In: *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MATÉRIA SINDICAL E DE RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Ricardo José Macedo de Britto Pereira^()*

1. A CRIAÇÃO DA COORDENADORIA NACIONAL

O Procurador Geral do Trabalho, mediante Portaria n. 211, de 28.5.2009, criou a Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS).

A opção por uma coordenadoria nacional para tratar do assunto decorreu de consulta realizada junto ao Colégio de Procuradores do Trabalho, por ocasião do planejamento estratégico que se desenvolve no âmbito do Ministério Público do Trabalho. Uma das ações estratégicas é justamente garantir a liberdade sindical e buscar a pacificação dos conflitos coletivos de trabalho (item 6.8).

Com a criação da CONALIS, completa-se o ciclo institucional de atuação coordenada e articulada, por meio de ações planejadas, em todos os temas correspondentes aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Abre-se um canal nacional de discussão e deliberação com o objetivo de uniformizar a atividade ministerial nas questões de Direito Coletivo do Trabalho, em prol da segurança jurídica, evidentemente respeitado o princípio da independência funcional. A ação coordenada e previsível interessa aos membros da instituição, aos

(*) Procurador Regional do Trabalho. Coordenador da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical. Doutor em Direito.

trabalhadores e aos próprios sindicatos que, cientes da posição do MPT, buscarão regularizar diversas práticas.

A atuação do MPT em questões sindicais e de relações coletivas de trabalho provoca inúmeras dúvidas e acirrados debates. São diversos os desafios nessa complexa temática e a nova coordenadoria contribui para consolidar o perfil da instituição na promoção dos direitos fundamentais dos trabalhadores no cenário nacional e internacional.

Muitas das dificuldades para o estabelecimento de pontos comuns neste âmbito resultaram da fragmentação da competência pela qual controvérsias relevantes sobre Direito Coletivo do Trabalho eram julgadas pela Justiça Comum, antes da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. As manifestações por parte dos membros do Judiciário trabalhista e do MPT eram incidentais e, sobretudo, parciais. A resolução global e com caráter definitivo de conflitos envolvendo sindicatos escapava da competência especializada⁽¹⁾.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, após a EC n. 45/04, provocou verdadeira enxurrada de casos sobre disputa sindical no âmbito trabalhista, com as mais variadas nuances, exigindo novas reflexões e discussões. Passou a ser necessário assumir posições e formar convicções num contexto de tensão entre liberdade e unicidade sindical, bem como entre continuidade e ruptura do esquema autoritário dentro do qual se desenvolveu o sindicalismo brasileiro em detrimento do modelo livre e democrático consagrado em instrumentos internacionais.

É de fundamental importância determinar os limites da atividade ministerial em face da autonomia sindical prevista no texto constitucional, que resguarda os sindicatos contra a intervenção indevida do Estado. Definir não só em que casos atuar, mas também quando e de que maneira.

A matéria é polêmica e seu enfrentamento envolve o risco da discórdia. Tal receio, contudo, não pode dar margem a situações de

(1) Apesar da limitação da competência, ressalta Ronaldo Lima dos Santos diversas atribuições do Ministério Público do Trabalho antes da EC n. 45/04, destacando, entre outras, a tutela da liberdade individual, irregularidade em Comissões de Conciliação Prévia e proteção contra atos discriminatórios. Aspectos da atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria sindical (EC n. 45/04) à luz dos princípios do comitê de liberdade sindical da OIT. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 31, ano XVI, mar. 2006. p. 167.

paralisa institucional ou de ações desconexas. As demandas por atuação em assunto que envolve interesse de segmento importante da sociedade começam a ser numerosas e a formulação das possíveis respostas deve resultar da ampla participação dos membros da instituição.

O presente texto aborda tópicos relacionados à atuação do MPT em relação a alguns aspectos da organização sindical, com o intuito de provocar reflexões que serão tratadas nas reuniões da CONALIS.

As ideias expostas refletem posição exclusivamente pessoal, uma vez que ainda não foram submetidas à deliberação dos integrantes da Coordenadoria.

2. A ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CONTRADIÇÕES

A Constituição de 1988 deu início a um processo de reforma do sistema de organização sindical brasileiro, concebido na década de trinta do século passado e incorporado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é preservado, em alguns aspectos, até os dias de hoje. Esse processo de reforma não está inteiramente concluído e, por tal razão, acaba freando o rompimento definitivo com o modelo interventivo, ao conferir abertura para a incidência de disposições legais, várias das quais incompatíveis com os valores consagrados no texto constitucional.

A organização sindical brasileira, de acordo com os dispositivos constitucionais que a disciplinam, encontra suporte em dois pilares: autonomia e unicidade. Curiosamente, a autonomia só foi expressamente prevista no texto da Constituição de 1934 e a unicidade apenas no de 1937.

A parte da reforma concluída, pelo menos no aspecto textual, se refere à autonomia sindical. É inegável a produção de efeitos imediatos da norma constitucional (art. 8º, I) que assegura a autonomia sindical em relação aos atos do Poder Executivo, especialmente do Ministério do Trabalho e Emprego, revogando diversos dispositivos da CLT. Hoje, admite-se apenas o registro no órgão competente, como modalidade de ato administrativo vinculado, na linha de entendimento do Supremo

Tribunal Federal (MI 144, DJ 28.5.1993), até que a lei venha dispor a respeito (Sumula n. 677). No entanto, há dúvidas em relação à intervenção do MPT e da Justiça do Trabalho, e até mesmo do legislador, ponto que será retomado adiante.

A parte inconclusa da reforma diz respeito à unicidade sindical e a contribuição prevista em lei (art. 8º, II e IV, CF). A unicidade e a contribuição obrigatória são incompatíveis com um modelo definitivo de organização sindical. São disposições de transição, que não deveriam figurar no corpo da Constituição. Mais apropriado se estivessem previstas em disposições constitucionais transitórias ou houvessem sido encomendadas ao legislador. Embora presentes no texto constitucional, cria-se uma expectativa no sentido de que se prossiga a reforma iniciada em 1988 em direção à consagração da liberdade plena.

O processo de reforma da estrutura sindical possui uma dimensão macro ou política, que consiste na alteração formal da Constituição e das leis, como eliminar a unicidade e ratificar a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, que pode ou não ocorrer em razão das divergências de caráter político-ideológico em torno do tema. É uma dimensão micro ou jurídica, que se realiza nos atos praticados pelos atores encarregados de aplicar e interpretar os dispositivos da ordem jurídico-trabalhista, em consonância com a máxima efetividade dos princípios constitucionais em seu conjunto.

3. BASES PARA A MISSÃO DO MPT EM QUESTÕES SINDICAIS E DE RELAÇÕES COLETIVAS

A Constituição de 1988 inegavelmente impõe uma ruptura com práticas autoritárias e totalitárias, cuja base é a proteção da dignidade da pessoa humana por meio de direitos fundamentais e da abertura de espaços para a pluralidade de valores. A relatividade desses direitos é exigência, e não sinal de fraqueza, pois devem compartilhar o mesmo ambiente com outros direitos, bens e valores também fundamentais. Seu conteúdo não é dado de uma vez por todas, como pauta definitiva. É uma referência inicial, ou possibilidade jurídica, cuja densidade é determinada com a participação de diversos atores⁽²⁾. Essa pluralidade

(2) HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 62.

de sentidos e de possibilidades determina um permanente processo de construção e reconstrução dos direitos fundamentais.

São modalidades de princípios que, na concepção mais atual, constituem categorias normativas, no sentido de que não apenas justificam comportamentos, mas também são dotados de obrigatoriedade no sentido forte. Os princípios são abertos e inclusivos, pois conciliam tendências variadas. Sua aplicação se verifica em concorrência com outros princípios que podem interferir na solução de casos concretos, operando uma transferência de conteúdo decisório ao intérprete.

Os princípios aproximam direito e realidade, na medida em que o conteúdo da norma depende das circunstâncias de cada caso. Não significa, porém, um necessário retorno à estaca zero do processo argumentativo, em cada situação concreta. As ponderações e reflexões realizadas em casos anteriores, submetidas ao debate aberto, contribuem para o aprimoramento das decisões de casos futuros.

Daí a importância de estabelecer, via coordenadoria, orientações para a atuação do MPT. A razão de ser de uma coordenadoria é justamente permitir avanços, a partir de uma ação geral no lugar de atuações fragmentadas, algumas vezes em direção oposta.

Evidentemente, a independência funcional atribuí ao Procurador a possibilidade, diante das circunstâncias concretas, de desviar-se da orientação expedida pela coordenadoria. Mas é recomendável que sejam lançadas as razões para assim proceder, pois isso fortalecerá a atuação coordenada e, conseqüentemente, a instituição como um todo.

Além disso, toda atuação deve observar o princípio democrático, especialmente no que se refere à postura do Procurador. Atitudes radicais e unilaterais podem ser necessárias em situações específicas, mas não a forma prevalectente de ação, tratando-se de liberdade sindical como se verá adiante.

4. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MATÉRIA SINDICAL E DE RELAÇÕES COLETIVAS. AUTONOMIA E UNICIDADE

A necessidade de atuação do MPT em questões sindicais e de relações coletivas é inquestionável, pois a violação de direitos nesta

seara repercute no mundo do trabalho e nas demais áreas consideradas prioritárias para a instituição. Surge assim o problema dos limites dessa atuação.

A autonomia e a unicidade sindicais não estão soltas, mas inseridas no direito fundamental de liberdade sindical. Constituem especificidades desse direito, que interferem no seu exercício, mas não se sobrepõem a ele. Assim como o princípio da liberdade sindical não é absoluto, também não são os seus elementos.

A autonomia assegura espaço necessário para os atos praticados pelos atores sociais. Isso quer dizer que o direito de liberdade sindical reserva uma parcela de seu conteúdo para ser determinado pelos próprios interessados. Eliminar essa possibilidade e substituí-la pelo critério das autoridades só é possível em situações excepcionais.

As atuações estatais devem ser precedidas de contato direto com os interessados, por meio de reuniões bi ou tripartites. O direito de liberdade sindical como elemento essencial de uma sociedade democrática não comporta, como forma preferencial de atuação, posturas unilaterais e isoladas, sem debates públicos. A posição de autoridade, em relação a esse direito, deve ceder para o permanente diálogo; as medidas de força devem conferir espaços para estratégias conciliatórias. Evidentemente, em situações específicas, é necessário utilizar com rigor as prerrogativas legais conferidas aos Procuradores.

Esta questão se refere a como atuar, mas ela pressupõe a definição das hipóteses de atuação, ou seja, em que atuar.

A violação ao direito de liberdade sindical pode ocorrer de forma muito variada. Há atos de empregadores que inviabilizam o exercício satisfatório do direito pelos empregados ou sindicatos. Outra modalidade de afronta é a intervenção do Estado, com o objetivo de controlar, direcionar ou limitar a liberdade sindical. Não há dúvida de que em relação a essas práticas antissindicais não só é possível juridicamente a atuação do MPT, mas ela é extremamente relevante e integra o rol de suas atribuições na defesa dos direitos sociais previstos na Constituição.

Mas também podem ocorrer violações praticadas não por empregadores ou pelo Estado, mas pelos próprios sindicatos em detrimento da liberdade sindical dos trabalhadores. No nosso meio, é

muito comum a perpetuação de dirigentes nas entidades sindicais, a cobrança abusiva de taxas dos trabalhadores e o desvirtuamento da receita dos sindicatos, para utilizá-las em benefício da cúpula e não da base.

Nesses casos, surgem dúvidas de se a intervenção do MPT constitui invasão da autonomia sindical. É importante avaliar a situação em dois aspectos: o primeiro é o da possibilidade jurídica da intervenção e o segundo o é de sua conveniência e oportunidade.

O Comitê de Liberdade Sindical (CLS), órgão do Conselho de Administração da OIT, a partir da análise dos mais variados casos de violação aos direitos de liberdade sindical nos Estados-membros, formou uma doutrina bastante consistente e respeitada. Há diversas manifestações diferenciando a atuação estatal compatível com a liberdade sindical da ingerência que viola o núcleo essencial do direito⁽³⁾.

Em geral, os poderes públicos devem abster-se de toda intervenção que possa restringir o direito das organizações de trabalhadores de elegerem livremente seus representantes, organizarem sua gestão e sua atividade. A intervenção, quando necessária, deve ocorrer com caráter estritamente provisório e ter por objeto exclusivo a organização de eleições livres⁽⁴⁾.

Mas a liberdade sindical não possui um conteúdo exclusivamente negativo, de abstenção por parte do Estado. Insere-se nela um conteúdo prestacional de promover as condições para o exercício satisfatório do direito, seja adicionando garantias, seja removendo obstáculos. Adiante, serão examinadas algumas situações específicas.

4.1. Democracia interna das entidades sindicais

A ausência de democracia nas entidades sindicais afeta drasticamente a defesa dos interesses dos trabalhadores. O CLS admite atuações que visam promover os princípios democráticos no seio das entidades sindicais. A garantia, por exemplo, de voto secreto e direto é uma das práticas democráticas que não constitui violação ao direito

(3) *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT*. 5. ed. Ginebra: OIT, 2006.

(4) *Op. cit.*, Verbetes 449 e 451, p. 98/9.

de liberdade sindical⁽⁵⁾. Já o voto obrigatório deve estar previsto nos estatutos e não na lei⁽⁶⁾. Em princípio não há óbice à regulamentação por lei no sentido de se observar uma periodicidade das eleições e, de uma maneira geral, duração máxima no exercício dos mandatos, se bem que o ideal é que se deixe esta última questão a cargos dos próprios sindicatos⁽⁷⁾, bem como a maioria de votos necessária para eleger os dirigentes, o número que deve compor a diretoria, as condições de elegibilidade e a possibilidade de reeleição⁽⁸⁾. Tampouco viola o direito de liberdade sindical, a determinação legal de alguns pontos que devem figurar no estatuto dessas entidades e de um quórum mínimo em algumas questões que afetam a existência do sindicato ou sua estrutura⁽⁹⁾. Evidentemente, essa possibilidade não significa regulamentação estatal minuciosa e detalhada do procedimento eleitoral de entidades sindicais, que é incompatível com a Convenção n. 87⁽¹⁰⁾. Não é possível impor um modelo de estatuto que retire a liberdade da entidade em sua confecção ou preveja aprovação pelo poder público⁽¹¹⁾.

Em todos os casos mencionados é possível juridicamente a atuação do MPT. No entanto, as questões de democracia interna recomendam cautela. Muitas vezes, há pressão de atuação por chapas que pretendem desviar o curso do processo eleitoral.

De preferência, deve-se assegurar a transparência do processo eleitoral, por meio de um controle que mantém certa distância, ou seja, indicando comissões, sem participar diretamente da coleta e apuração dos votos.

Ademais, a atuação do MPT é limitada, pois não há como substituir o trabalhador omissor, que não manifesta interesse em participar das questões de seu sindicato.

4.2. O financiamento e a gestão dos sindicatos

A contribuição sindical prevista na CLT não encontra suporte nos instrumentos internacionais sobre liberdade sindical. Segundo o CLS,

(5) *Op. cit.*, Verbetes 378 e 399, p. 85 e 89.

(6) *Op. cit.*, Verbetes 427, p. 94.

(7) *Op. cit.*, Verbetes 396 e 397, p. 89.

(8) *Op. cit.*, Verbetes 401, 402, 404 e 425, p. 89, 90 e 94.

(9) *Op. cit.*, Verbetes 379 e 382, p. 85.

(10) *Op. cit.*, Verbetes 393, p. 88.

(11) *Op. cit.*, Verbetes 384 e 387, p. 86.

um sistema pelo qual trabalhadores estão obrigados a pagar uma contribuição a ente de direito público, para, por sua vez, assegurar o financiamento das organizações sindicais constitui grave risco para a independência dessas organizações. A imposição de contribuição via constituição ou por lei não é compatível com os princípios de liberdade sindical⁽¹²⁾.

Não se insere nas prioridades do MPT a adoção de providências para a arrecadação das contribuições devidas aos sindicatos, que devem ser tomadas pelo serviço jurídico dessas entidades.

Da mesma forma que o Estado deve manter-se distante da arrecadação das contribuições, o direito de liberdade sindical engloba a independência financeira em relação aos poderes públicos. O financiamento das entidades sindicais não deve ocorrer de modo que permita uma sujeição aos poderes públicos. As formas de controle das finanças dos sindicatos por parte do Estado são incompatíveis com os princípios da liberdade sindical. Assim também, as disposições que restringem a liberdade dos sindicatos de administrar e utilizar seus fundos para atividades sindicais normais⁽¹³⁾.

Num modelo de liberdade sindical plena, a intervenção do Estado na gestão do sindicato pode comprometer severamente o exercício do direito. O sistema brasileiro, porém, baseia-se no financiamento público mediante contribuição sindical obrigatória. Todo financiamento público não só pode como deve ser fiscalizado. Na prática não existe essa fiscalização.

A Lei n. 11.648, de 31.3.2008, que reconheceu formalmente as centrais sindicais e lhes estendeu parcela da contribuição sindical previa prestação de contas ao Tribunal de Contas da União. O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento equivocado de violação à autonomia sindical. Ocorre que a intervenção do Estado é prévia, ao agir para arrecadar a contribuição sindical e participar da distribuição de seu resultado. O certo é que o veto não impede a fiscalização estatal. É o ônus de ser financiado por meio da atuação do poder público. A ausência de controle desses recursos dá margem ao

(12) *Op. cit.*, Verbetes 470 e 473, p. 104.

(13) *Op. cit.*, Verbetes 466, 467 e 469, p. 103 e 104.

surgimento de entidades de fachada, que se apropriam da contribuição, sem prestar qualquer serviço aos trabalhadores. Sua existência compromete a imagem do movimento sindical como um todo.

A atuação do MPT é possível, mas preferencialmente deve ocorrer mediante provocação. Não há dúvidas de que há problemas sérios, pois as entidades há anos não sofrem qualquer tipo de fiscalização. Mas o MPT iniciar esse controle de forma prévia e genérica é estrategicamente arriscado, pois pode provocar uma reação e embate capazes de comprometer outras ações de promoção da liberdade sindical. O trabalhador é o maior interessado na regularidade dos gastos dos sindicatos e a ele cabe o principal papel.

4.2.1. A discussão em torno da contribuição assistencial

Um dos pontos mais sensíveis que provoca intensa discussão no âmbito do MPT é a cobrança de contribuição assistencial de trabalhadores não filiados ao sindicato. Essa modalidade de contribuição é denominada também de contribuição de solidariedade ou de negociação.

É importante esclarecer que os limites à cobrança dessa contribuição provocam muita controvérsia, sobretudo porque ela se verifica ao lado do financiamento público do sindicato, baseado na contribuição obrigatória de todos os trabalhadores integrantes da categoria. Ou seja, trata-se da arrecadação em razão da prestação de serviços, mas que se mescla com o produto da arrecadação pública, gerando grande resistência a sua cobrança. Em nosso ordenamento, portanto, os sindicatos perseguem a contribuição assistencial, além da contribuição sindical estabelecida em lei. Há previsão, ainda, da contribuição confederativa e, evidentemente, da parcela paga pelo filiado por força dos estatutos dos sindicatos.

A natureza das possíveis contribuições dos trabalhadores aos sindicatos está, hoje, definida na jurisprudência do STF e do TST.

A contribuição confederativa, instituída por assembleia geral, possui natureza distinta da contribuição sindical instituída por lei. Enquanto a última possui caráter tributário (art. 149 da Constituição),

sendo compulsória para todos os integrantes da categoria, a primeira é devida apenas pelos filiados do sindicato⁽¹⁴⁾.

Na Argentina, também existe contribuição destinada exclusivamente às Federações e Confederações prevista no art. 20 da Lei n. 23.551. Esse dispositivo estabelece que ela será definida privativamente em assembleias ou congressos e sua cobrança restringe-se aos trabalhadores filiados aos sindicatos⁽¹⁵⁾.

Quanto à contribuição assistencial, a jurisprudência do TST firmou-se no sentido de que qualquer parcela cobrada do não filiado, à exceção da contribuição obrigatória prevista em lei, é inconstitucional⁽¹⁶⁾.

Em termos gerais, a intervenção do MPT nessas questões é juridicamente possível, especialmente para coibir abusos praticados. Trata-se de obstar conduta de dirigentes sindicais em detrimento de direitos dos trabalhadores.

No âmbito do MPT, há os que não admitem a cobrança dessa contribuição, em nenhuma hipótese, a posição intermediária que a admite quando assegurado o direito de oposição e os que a admitem mesmo sem previsão desse direito. Na hipótese de condicionar a cobrança ao direito de oposição, é necessário coibir práticas dos sindicatos que inviabilizam seu exercício, assim como dos empregadores que o incentivam, inclusive fornecendo meios de transporte e liberando os trabalhadores no horário de expediente para comparecerem à sede do sindicato.

Em razão das diversas correntes existentes internamente, é de fundamental importância envidar esforços no sentido de uniformizar a atuação na matéria.

Seja qual for o resultado, o MPT deve buscar soluções que propiciem efetiva participação dos trabalhadores, por meio de uma

(14) STF RE 302513 AgRg. A matéria é objeto da Súmula n. 666 do STF.

(15) CORNAGLIA, Ricardo J. *Derecho colectivo del trabajo. Derecho sindical*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 259.

(16) O Precedente Normativo n. 119 da Seção de Dissídios Coletivos considera inconstitucional qualquer previsão em acordo ou convenção coletiva prevendo contribuição de trabalhador não sindicalizado. Tal entendimento veio em substituição ao Precedente de n. 74, que subordinava o desconto assistencial sindical a não oposição do trabalhador nos dez dias anteriores à cobrança. A OJ n. 17 da SDC é no mesmo sentido do PN 119.

conscientização geral, para terem condições de internamente se insurgirem contra práticas arbitrárias.

O modelo ideal é aquele em que o controle dessas práticas é feito pelos próprios interessados e não por intervenção de um terceiro. A atuação do MPT deve ser subsidiária para não anular a responsabilidade dos trabalhadores, sob pena de alimentar um paternalismo que reproduz a ausência de participação no movimento sindical.

4.3. Unicidade

Em relação à unicidade, foi manifestada a impropriedade de figurar no texto definitivo da Constituição, mas ela está aí e não pode simplesmente ser desconsiderada.

Os membros do MPT, como defensores da ordem jurídico-trabalhista, possuem a tarefa de acelerar o processo de conformação de nossa estrutura sindical com os princípios constitucionais.

Como regra geral, não compete ao MPT atuar para preservar a unicidade sindical, podendo figurar como mediador ou árbitro nos conflitos sindicais. A defesa da unicidade deve ser promovida pelos próprios serviços jurídicos das entidades sindicais.

Por outro lado, cabe ao MPT atuar para desconstituir registros de entidades de fachada e fantasmas que se apropriam da contribuição sindical e não possuem qualquer atuação que beneficie os trabalhadores. Esses sindicatos, uma vez registrados, inviabilizam que uma entidade efetivamente representativa seja reconhecida oficialmente como sindicato pelo órgão encarregado de conceder o registro sindical.

Vislumbra-se a possibilidade de atuação como órgão interveniente que pode contribuir para a reforma da organização sindical brasileira

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho promovida pela EC n. 45/04 confere base para avanços, a partir da interpretação do art. 8º da Constituição que considerem o fenômeno sindical na sua inteireza e não por partes como ocorria no passado.

A unicidade no texto constitucional comporta várias leituras. A referência pode ser a CLT ou então a própria Constituição e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Com base na CLT, deu-se um valor muito grande à unicidade sindical, colocando a restrição ao princípio da liberdade como uma regra autônoma. A unicidade passou a valer mais do que tudo na organização sindical, mais do que a liberdade prevista no *caput* do art. 8º e em seu inciso V.

A unicidade deve ser temperada pelo princípio da liberdade sindical, que é o eixo de todo o Direito Coletivo do Trabalho. Não se pode atribuir a ela excessiva importância a ponto de anular o princípio da qual faz parte. A aplicação da unicidade que estrangule a liberdade, a representatividade e a democracia não é compatível com o texto constitucional.

A consideração isolada da unicidade gerou um déficit de representatividade, por meio do qual o movimento sindical ingressou num processo de deslegitimação. Esse processo é extremamente prejudicial aos sindicatos, pois cria uma espécie de resistência e até intolerância por parte dos órgãos estatais em relação às ações por eles promovidas. É verdade que há um resíduo de legitimidade, ou seja, alguns aspectos de sua dinâmica preservam critérios democráticos. Caso contrário, haveria um questionamento geral a todos os instrumentos normativos resultantes das negociações coletivas. As convenções e acordos coletivos celebrados teriam vício formal desde a origem.

A figura do sindicato mais representativo⁽¹⁷⁾ é uma possibilidade. A anterioridade do registro impede que entidade mais representativa atue em prol dos trabalhadores da categoria. O registro assegura uma espécie de condição eterna, independentemente de critérios de representatividade. O Judiciário e o MP trabalhistas podem atuar para assegurar o direito de entidades representativas em detrimento das entidades que não o são, mas que obtiveram o registro. Assim, é possível resgatar o princípio democrático, até que haja consenso para a aprovação da reforma sindical. Embora não necessariamente obrigatória, a atuação como órgão interveniente é importante nos processos que tramitam na Justiça do Trabalho sobre representação sindical e greve.

(17) EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Sindicato mais representativo e mutação constitucional*. Uma proposta de releitura do art. 8º, II, da Constituição Federal. São Paulo: LTr, 2007.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do MPT em questões sindicais deve buscar um equilíbrio para não ter como foco exclusivo a relação sindicato e trabalhador, deixando de lado as práticas adotadas pelos empregadores que violam a liberdade sindical.

A jurisprudência é rigorosa em relação a alguns direitos reconhecidos aos sindicatos, como a limitação do número de dirigentes beneficiários da garantia de emprego e imposição de elevadas multas em razão de greve e outras práticas. Sem dúvida, esses entendimentos resultaram de abusos dos sindicatos, mas se aplicados de forma reiterada abrem um impressionante espaço em benefício dos patrões.

Intensificar, no plano geral, a atuação do MPT contra sindicatos pode causar desgastes, na medida em que gera discursos políticos no sentido de que a instituição possui um perfil contrário aos interesses dos trabalhadores e isso neutraliza ou tira a evidência das ações contra empresários decorrentes de práticas antissindicais ou que violam os direitos dos trabalhadores. A possibilidade jurídica da atuação não deve eliminar a avaliação a partir de critérios de conveniência e oportunidade. Na dúvida, é preferível não intervir.

A reforma da estrutura e da cultura sindical não decorrerá de um ato de força. É necessário o auxílio dos próprios sindicatos. O movimento sindical, na sua generalidade, necessita perceber os efeitos perversos que as restrições contidas no texto constitucional provocam. A unicidade não unificou o movimento dos trabalhadores e impõe limites às estratégias que podem ser adotadas pelos sindicatos. Num contexto de profunda complexidade e de velozes transformações, o movimento sindical necessita de mobilidade para tratar as novas questões do mundo do trabalho. A contribuição sindical, por sua vez, como modalidade de tributo, possibilita que órgãos públicos adotem medidas fiscalizadoras e de controle necessárias em qualquer tipo de financiamento público, embora isso não venha ocorrendo na prática. Além disso, estimula a criação de inúmeros sindicatos fantasmas ou de fachada interessados exclusivamente na sua arrecadação. O financiamento privado, ao contrário faz desaparecer tal possibilidade e comporta apenas uma prestação de contas aos trabalhadores. Ou seja, é

fundamental que as entidades sindicais avaliem a contribuição sindical obrigatória no sentido de que pode reduzir, de maneira drástica, a autonomia sindical.

O ator principal dessa reforma é o trabalhador. O papel do MPT é fundamental neste aspecto. Há espaços para adotar medidas de conscientização dos trabalhadores e promover a sua aproximação com a direção das entidades sindicais. Sem a participação dos trabalhadores, não há ação do MPT que seja capaz de democratizar uma entidade sindical.

DIREITO AO TRABALHO DIGNO E AS FRENTES DE TRABALHO: PARADOXOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO^(*)

Juliane Caravieri M. Gamba^(**)

É mediante o trabalho que o homem deve procurar-se o pão cotidiano e contribuir para o progresso contínuo das ciências e da técnica e sobretudo para a incessante elevação cultural e moral da sociedade, na qual vive em comunidade com os próprios irmãos. [...] somente o homem tem capacidade para o trabalho e somente o homem o realiza preenchendo ao mesmo tempo com ele a sua existência sobre a Terra. Papa João Paulo II, Excertos da Encíclica Laborem Exercens (14 de setembro de 1981)

Resumo: No Brasil, a preservação da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), da Ordem Econômica (art. 170 da CF) e da Ordem Social (art. 193 da CF), possuindo amparo na norma constitucional pátria e nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Entretanto, as frentes de trabalho são inconstitucionais, ilícitas e aéticas, transformando o ser humano em “objeto descartável” no âmbito do

(*) O presente artigo é fruto da Dissertação de Mestrado intitulada “Frentes de Trabalho e a Dignidade da Pessoa Humana: Redimensionamento das Políticas Públicas à Luz dos Direitos Humanos e da Constituição de 1988”, defendida, em maio de 2009, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e realizada com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

(**) Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista, Graduada em Direito e Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas, Mestra em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora universitária na área do Direito do Trabalho e inscrita na OAB/SP.

sistema capitalista, descartado até mesmo pelo Estado que desrespeita concretamente sua dignidade como pessoa humana trabalhadora.

Palavras-chave: dignidade; direitos humanos; políticas públicas; frentes de trabalho; ordem constitucional.

Abstract: In Brazil, the protection of the human being — in the working relations — portrays one of the supports of the democratic State in Law (1st article of the FC), of the Economic Order (article n. 170 of the FC) and of the Social Order (article n. 193 of the FC), also having support both on the Country's Constitutional Rule and on the International Rules for protection to the Human Rights. Working Fronts are unconstitutional illegal and unethical, that transform the human being into a “dischargeable object” in the ambit of the Capitalist System, he is even discarded by the State who concretely disregard his dignity as a human being and a hard-working man.

Keywords: dignity; human rights; government's policy; working fronts; constitutional order.

Sumário: Introdução; 1. A dignidade do trabalhador na ordem jurídica contemporânea; 2. O direito ao trabalho digno; 3. As políticas públicas de frentes de trabalho; Considerações Finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é relevante e atual, pois a dignidade da pessoa humana, incluído o trabalhador, deve ser concebida como uma conquista ético-jurídica oriunda da reação dos povos contra as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários a milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial.

Houve a consciência da necessária proteção da pessoa humana em sua integralidade físico-psíquica, o que se refletiu nas Declarações e nos Pactos Internacionais firmados no pós-guerra, sendo incorporada nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil, integrando-se em diversos “ramos” do Direito, notadamente no Direito Constitucional e no Direito do Trabalho.

A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes de afirmação

da dignidade do trabalhador (art. 1º, incisos III e IV da Constituição), marcando o anúncio dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Nesse contexto, o trabalho digno — enquanto valor humano tutelado pelo direito — está relacionado diretamente ao princípio e valor da dignidade humana, assegurando uma vida digna, livre e igual a todas as pessoas trabalhadoras.

Assim, o Estado brasileiro está implementando as chamadas frentes de trabalho o que criou uma situação paradoxal, pois, por um lado, essas políticas públicas violariam o sistema jurídico de proteção aos direitos humanos e fundamentais do trabalhador, mas, por outro lado, mediante um *discurso político*, haveria a implementação de políticas que, ao concederem postos de trabalho às pessoas mais carentes, estariam atendendo aos princípios constitucionais da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades regionais e sociais.

1. A DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

“Direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são considerados neste trabalho expressões que designam a mesma categoria jurídica⁽¹⁾. De acordo com *Luño* (2007, p. 46-47), os direitos

(1) Sarlet (2008, p. 36; 38-39) entende que há distinção entre direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais: “[...] cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). [...] as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que referir — sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos — se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que — no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais — está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente — embora principalmente —, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional”. Entretanto, entende-se que a essência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é a mesma, ou seja, a preservação da dignidade da pessoa humana em sua integralidade, residindo sua diferenciação tão somente no grau de concreção positiva (positivação no âmbito do direito constitucional ou no direito internacional).

humanos podem ser definidos “como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Flores (apud GODAL, 2007, p. 27) afirma que “los derechos humanos son algo más que dichas ‘declaraciones’ y ‘pactos’. Son el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana. [...] los medios discursivos, expresivos y normativos que pugnan por reinsertar a los seres humanos en ele circuito de reproducción y mantenimiento de la vida, permitiéndonos abrir espacios de lucha e reivindicación. No somos nada sin derechos. Los derechos no son nada sin nosotros”.

Portanto, os direitos humanos são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência com dignidade, igualdade e liberdade. Houve a valorização da pessoa humana no âmbito do Direito Constitucional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁽²⁾. Este documento definiu os direitos humanos e as liberdades fundamentais como um padrão comum de realização para todos os povos, Estados e comunidades.

A Declaração, composta de trinta artigos precedidos de Preâmbulo, conjugou num só corpo normativo tanto os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de direitos e garantias individuais (arts. 1^o ao 21), quanto os direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 ao 28), deixando nítido que não se pode dissociar aqueles direitos destes últimos.

A consagração dos direitos humanos como tema global⁽³⁾ efetivou-se com a Conferência de Viena, realizada de 14 a 25 de junho de 1993, considerada a primeira grande conferência do mundo pós-

(2) O art. I prevê: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” e o art. VI dispõe: “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei” (PIOVESAN, 2008, p. 16).

(3) Para maiores detalhes, consulte Alves, 2003.

-guerra fria, pois reafirmou a universalidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e o interrelacionamento desses direitos. Estas características foram reafirmadas em todas as declarações, os pactos e as cartas, no intuito de se fortalecer os direitos humanos, retomando sempre a dignidade da pessoa humana como linha mestra em todos os programas, valores e políticas dos Estados e do Direito.

Como destacou *Hannah Arendt*⁽⁴⁾, “[...] a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos”. Logo, entende-se que a *cidadania é o direito a ter direitos*, construído ao longo da história, ou seja, é uma condição básica da própria dignidade humana, inserindo a pessoa no mundo como ser social.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana despontou como o princípio⁽⁵⁾ maior dos Estados Democráticos de Direito, sendo a referência ética a inspirar o Direito construído após a segunda metade do século XX, o que se refletiu nas Constituições de diversos países, inclusive no Brasil com a Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã. Mas afinal, como se pode conceituar a dignidade da pessoa humana, incluindo o trabalhador?

(4) *Apud* Lafer, 2006, p. 22.

(5) De acordo com Reale (1999, p. 305), os princípios “são verdades fundamentais de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”. Complementando esse posicionamento, Mello (1991, p. 299-300) afirma que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada”. No presente trabalho, adotou-se esses entendimentos doutrinários acerca do conceito de princípios.

No dicionário comum⁽⁶⁾, *dignidade* significa “1. qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; 2. qualidade do que é grande, nobre, elevado; 3. modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção; 4. respeito aos próprios sentimentos, valores, amor-próprio”. No dicionário jurídico *De Plácido e Silva* (2005, p. 458), dignidade é assim conceituada:

Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Mas, em sentido jurídico, também se entende como a distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa decorrente de um cargo eclesiástico.

Abbagnano (2007, p. 326), quando se refere à *dignidade*, faz menção direta a *Immanuel Kant* (2008) no Segundo Imperativo Categórico, sistematizado na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o qual dispõe: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Portanto, todo o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, possuidor de um valor (a dignidade) e não como mercadoria descartável no mundo capitalista.

Para *Kant* (2008, p. 58), “tudo possui ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade”. É nessa direção filosófico-jurídica que deve caminhar a compreensão da dignidade da pessoa humana e a dignidade do trabalhador no âmbito dos Estados, sendo protegidas integralmente pelo direito.

Garcia (2004, p. 211) afirma que “a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física

(6) *Dicionário Houaiss eletrônico*. Disponível em: <<http://www.houaiss.uol.com.br>> Acesso em: 8 jul. 2008.

e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”. Complementando esse conceito, *Sarlet* (2007, p. 62) define a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Logo, a dignidade da pessoa humana deve ser concebida como uma conquista ético-jurídica da humanidade oriunda da reação dos povos contra as atrocidades cometidas pelo homem contra o próprio homem. As experiências do passado, oriundas dos regimes totalitários vigentes na Segunda Guerra Mundial os quais culminaram em atentados a milhões de pessoas, geraram a consciência de que se deveria proteger integralmente a dignidade humana.

Essa postura se refletiu nas Declarações e nos Pactos Internacionais firmados no pós-guerra, sendo incorporados nas Ordens Constitucionais de diversos países e integrando-se em diversos “ramos” do Direito, notadamente no Direito do Trabalho⁽⁷⁾. A Declaração Universal dos Direitos do Homem também consagrou o direito ao trabalho e, conseqüentemente, a dignidade do trabalhador como princípios fundamentais, destacando-se:

Art. XXIII. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim

(7) Em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), objetivando dar ao trabalhador um tratamento com fulcro na justiça social e no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo as Convenções e as Declarações da OIT (Declaração de Filadélfia — 1944, Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho — 1998 e Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa — 2008) o reflexo dessa preocupação.

como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. [...]

Art. XXIV. Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Art. XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. [...] (PIOVESAN, 2008, p. 18)

Seguindo essa tendência internacional, o Brasil adotou, na Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio e fundamento do ordenamento jurídico pátrio, sendo um parâmetro a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional e infraconstitucional. *Piovesan* (2006, p. 28 e p. 31) dispõe acerca do significado do princípio da dignidade da pessoa humana na atual ordem jurídica:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. [...] Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar tanto o direito internacional como o direito interno.

Desse modo, utilizando-se dos dizeres de *Piovesan*, é necessário compreender a dignidade da pessoa humana como um “superprincípio”, ou seja, um instrumento para a interpretação e a aplicação das normas

que regem as relações jurídicas no intuito de se viabilizar a construção de um país mais justo, democrático e solidário.

Esse posicionamento deve se refletir no âmbito das relações sociais disciplinadas pelo Direito, em especial o Direito do Trabalho, pois se faz imprescindível a compreensão do alcance da dignidade do trabalhador na ordem jurídica contemporânea, tanto no âmbito do direito pátrio quanto do direito constitucional internacional. *Queiroz Junior* (2006, p. 85) é enfático neste aspecto:

O princípio da dignidade da pessoa humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados. Ora, em que pese à existência de algumas divergências doutrinárias acerca da validade desta premissa no que tange à totalidade dos direitos fundamentais previstos no nosso ordenamento constitucional, a nós se afigura indene de questionamentos que, em sede de direitos constitucionais dos trabalhadores, a integral procedência de referido entendimento revela-se irretorquível, na medida em que todos os direitos fundamentais enquadrados em referida categoria legitimam seu reconhecimento na dignidade da pessoa humana do trabalhador.

A Constituição de 1988 reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes de afirmação da dignidade humana do trabalhador, seja no âmbito de sua individualidade como pessoa, seja em seu contexto familiar e social. A valorização do trabalho encontra-se enfatizada tanto no art. 1º, inciso IV da Constituição, marcando o anúncio dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil quanto consolidada no Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais que disciplina nos arts. 6º⁽⁸⁾ e 7º⁽⁹⁾ os chamados direitos sociais dentre os quais o direito do trabalho e a dignidade do trabalhador são integrantes.

(8) “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

(9) “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

Ademais, concretizou-se no Título VII a valorização do trabalho como um dos princípios que regem a Ordem Econômica e Financeira da República, pois o trabalho assegura condições de existência digna (art. 170, *caput* da CF⁽¹⁰⁾) e, finalmente, no Título VIII, o trabalho se apresenta como princípio regente da Ordem Social (art. 193 da CF⁽¹¹⁾). Portanto, a Constituição demonstra que o trabalho com dignidade traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social no âmbito da vigente ordem constitucional.

Dessa maneira, a dignidade do trabalhador e os valores sociais do trabalho representam os pilares do vigente Estado Democrático de Direito (art. 1º, incisos III e IV da CF), da Ordem Econômica (art. 170 da CF) e da Ordem Social (art. 193 da CF), possuindo amparo nas normas constitucionais pátrias e nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, não se podendo dissociar o trabalho do respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Somente com a valorização do homem, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outros indivíduos e com o respeito das suas diferenças pelo Direito e pela Sociedade, será possível respeitar a dignidade do trabalhador num Estado Ético.

2. O DIREITO AO TRABALHO DIGNO

O direito é originário da própria natureza do homem que converteu as necessidades sociais e políticas em normas cogentes, superando a época em que a força física era a única forma de impor a vontade na vida em comunidade.

Inicialmente, houve a imposição oral das regras e das condutas no âmbito social, mas, com o passar do tempo, essa fórmula pactual se mostrou inócua, sendo necessário a composição da lei escrita. Surgiram, assim, os primeiros documentos escritos sob a crença de que procediam dos deuses através dos profetas ou de soberanos tocados divinamente, tais como: a Legislação Mosaica, Pentateuco ou

(10) “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, observados os seguintes princípios: [...]”.

(11) “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Tora (aproximadamente em 1.250 a.C.), o Código de Hamurabi (aproximadamente 2.000 a.C) e o Código de Manu ou Direito da Índia (mais ou menos 1.000 a.C.)⁽¹²⁾. Entretanto, floresceu em Roma a Lei das Doze Tábuas (*Lex Decemviralis*), em meados do século V a.C., inaugurando a era do “direito feito pelos homens” que assentou as raízes do direito moderno.

No decorrer de séculos de história, evoluiu a concepção da dignidade da pessoa humana como indissociável do direito, em especial dos direitos humanos, pois ela não esteve sempre presente nas leis escritas, sendo construída e reconstruída permanentemente, ao longo do tempo, no convívio em comunidade em nível nacional e internacional.

Nesse contexto, deve-se garantir ao ser humano não apenas o direito ao trabalho, mas o trabalho digno, enquanto direito humano e fundamental o qual respeita a pessoa humana em sua integralidade físico-psíquica, como ser único e insubstituível, sendo necessário para a garantia da subsistência digna do trabalhador e de sua família.

Brito Filho (2004, p. 61-62) não faz distinção entre o trabalho digno e o trabalho decente, como se verifica em suas assertivas:

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma todas as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano.

Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à

(12) Cf. ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.

Negar o trabalho nessas condições, dessa feita, é negar os Direitos Humanos do Trabalhador, e portanto atuar em oposição aos princípios básicos que os regem, principalmente o maior deles, a dignidade da pessoa humana. Como afirmado pela OIT, “en todas as partes, y para todos, el trabajo decente es un medio para garantizar la dignidad humana”⁽¹³⁾ (grifo nosso).

Neste artigo, entende-se que “trabalho digno”⁽¹⁴⁾ está relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana, sendo compreendido sob dois aspectos os quais integram a própria condição humana do trabalhador⁽¹⁵⁾:

a) o intrínseco (subjeto): como atributo pessoal e psíquico inerente ao ser humano, incluindo, por exemplo, a satisfação pessoal do trabalhador em realizar determinada atividade; a sensação de ser útil para a comunidade em que vive; ser merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e dos particulares; ser livre para escolher satisfatoriamente seu trabalho etc.;

b) o extrínseco (objeto): representando as condições materiais previstas na lei *lato sensu* em que o trabalho seria realizado, tais como: remuneração adequada e justa, sem discriminação de qualquer natureza; limite máximo e mínimo de duração da jornada de trabalho (diária e semanal); normas de higiene e segurança relacionadas ao meio ambiente do trabalho; concessão de férias, repouso semanal e feriados remunerados; licenças médicas em geral etc.

(13) *Reducir el deficit de trabajo decente*: un desafío global. 1. ed. Ginebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2001. p. 9 (nota do autor).

(14) A Organização Internacional do Trabalho (OIT) em suas declarações, convenções e relatórios está difundindo a concepção de trabalho decente, ou seja, “um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna” (Agenda Nacional de Trabalho Decente, 2008). Entretanto, entende-se que o trabalho decente estaria mais relacionado aos aspectos exteriores aos trabalhadores, representando as condições materiais previstas nas normas em que o ato de trabalhar estaria regulado, logo, seria uma espécie do gênero trabalho digno (este um conceito mais amplo).

(15) Conceito estabelecido a partir de reflexões pessoais.

Logo, o trabalho digno⁽¹⁶⁾ é aquele adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, igualdade, segurança, satisfação pessoal e capaz de garantir uma vida digna ao trabalhador e à sua família.

Portanto, somente o trabalho digno estaria intimamente relacionado ao princípio e valor da dignidade da pessoa humana que, após a segunda metade do século XX, passou a ser incorporado nas ordens constitucionais de diversos países como a referência ética a inspirar o direito construído e positivado nos Estados Democráticos de Direito, inclusive no Brasil com a Constituição de 1988. Seguindo essa tendência, o direito ao trabalho digno foi incluído nas declarações, tratados e pactos internacionais como necessário para se assegurar uma vida digna, livre e igual a todas as pessoas trabalhadoras.

Portanto, consagrou-se a necessidade de proteção do direito ao trabalho digno e, conseqüentemente, da dignidade do trabalhador, sendo diretrizes basilares da ordem jurídica contemporânea em nível nacional e internacional.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FRENTES DE TRABALHO

No Brasil, as frentes de trabalho estão sendo implementadas em nível federal, estadual e municipal como políticas públicas⁽¹⁷⁾ denominadas, em certos casos, Programas Emergenciais de Auxílio-

(16) Há, ainda, o chamado trabalho indigno, entendido como aquela forma de trabalho em que não se resguarda a dignidade do trabalhador (utiliza-se “negativamente” o princípio da dignidade da pessoa humana) e são desrespeitados os direitos mínimos trabalhistas que estão positivados nas Constituições dos Estados e nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, sendo exemplos de trabalho indigno: o trabalho escravo; o trabalho forçado; o trabalho com discriminação; entre outros (cf. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004).

(17) Adotou-se, no presente artigo, o conceito de políticas públicas de Bucci (2006, p. 39): “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.

-Desemprego. Existem leis que regulamentam a criação dessas frentes, tais como: a Lei Federal n. 10.029/00 que estabeleceu a prestação voluntária de serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares; a Lei Estadual n. 11.064/02 que instituiu o serviço auxiliar voluntário na Polícia Militar do Estado de São Paulo e a Lei Estadual n. 10.321/99 que criou o Programa Emergencial de Auxílio-desemprego no Estado de São Paulo. Essa “onda” das *frentes de trabalho* inspirou, ainda, municípios paulistas a elaborar suas próprias normas, destacando-se: a Lei n. 4.689/99 de Piracicaba; a Lei n. 4.284/00 de Jacareí; a Lei n. 2.713/01 de Amparo; a Lei n. 3.729/05 de Tatuí e a Lei n. 2.970/05 de Cubatão, para citar alguns exemplos⁽¹⁸⁾.

Normalmente, no âmbito dessas políticas públicas, o trabalhador desempregado passa a ser denominado “bolsista”, recebe mensalmente uma “bolsa-auxílio” em valor inferior ao salário mínimo, cartão alimentação, auxílio-deslocamento e obriga-se a participar de um curso de qualificação profissional. Ademais, no contrato firmado entre as partes (ressalta-se entre o trabalhador e o Estado⁽¹⁹⁾) encontram-se explícitas cláusulas de que a participação do “bolsista” *não implica vínculo empregatício, visto que a política possui caráter assistencial e de formação profissional*.

Na realidade, as frentes de trabalho representam a contratação de trabalhadores pelo Estado, o qual assume juridicamente a condição de empregador por equiparação⁽²⁰⁾, sem a realização de concurso

(18) As Frentes de Trabalho não estão adstritas aos municípios paulistas, encontrando-se disseminadas na Federação brasileira, consoante preceitua Gomes (2005, p. 220, nota de rodapé 498): “A título de exemplo, urge informar que centenas de trabalhadores, integrantes de frentes de trabalho, prestaram serviços, de forma continuada, subordinada, mediante salário mensal, por muitos anos, em favor do Município de Londrina, no Estado do Paraná, sendo certo que grande parte deles alcançou tempo de serviço superior a dez anos, quando foram abruptamente dispensados, sem qualquer indenização” e Ivo (2004, p. 55): “tornou-se lugar-comum, basicamente em todo território nacional, o desrespeito ao princípio isonômico de acesso a cargos e empregos públicos mediante prévia aprovação em concurso público [...] Administradores e agentes políticos, sedentos de poder, ainda hoje teimam em utilizar o espaço público como meio de obter seus escusos intentos eleitoreiros, valendo-se da boa-fé de homens comuns do povo, cidadãos incautos que aceitam a oferta de emprego nos serviços públicos como troca de favores ou, como na maioria das vezes, em troca de votos [...]”.

(19) De acordo com Dallari (2000, p. 107), o Estado é uma ordem jurídica soberana cuja finalidade é o bem comum do povo situado em determinado território.

(20) Art. 2º, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, combinado com a Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, na Administração federal direta, autárquica e fundacional.

público, em desconformidade com o preconizado no art. 37, *caput*, inciso II e § 2º da Constituição⁽²¹⁾ para a prestação pessoal de serviços, de modo não eventual e subordinado⁽²²⁾, mediante o pagamento mensal da “bolsa-auxílio” que é de fato salário⁽²³⁾.

Entretanto, após certo prazo de prestação de serviços, esses trabalhadores são dispensados pelo próprio Estado sob o argumento da nulidade do contrato, sem o recebimento de qualquer indenização, desconsiderando os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição como um *patamar mínimo de direitos*⁽²⁴⁾ e ignorando, principalmente, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana do trabalhador (art. 1º, inciso III da CF). O próprio Estado se utiliza da norma constitucional, que ele mesmo desrespeitou, para pleitear a nulidade do negócio jurídico firmado entre as partes e beneficia-se de sua própria torpeza para descartar os trabalhadores, que despenderam suas forças nessas atividades, como se fossem meras mercadorias.

Devido ao longo período de tempo dedicado a essa atividade das frentes de trabalho, os “bolsistas” não podem ser considerados trabalhadores temporários⁽²⁵⁾ para fins de enquadramento na Lei n. 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas

(21) “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. [...] § 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”

(22) A onerosidade, a pessoalidade, a não eventualidade e a subordinação são os requisitos necessários para a configuração do empregado e da existência de uma relação jurídica de trabalho subordinado (art. 3º da CLT).

(23) “O salário é a importância paga pelo empregador ao obreiro em virtude de sua contraprestação dos serviços. Essa última afirmação mostra a natureza jurídica do salário, que é a forma de remunerar a prestação de serviços feita pelo empregado ao empregador” (MARTINS, 2007, p. 208).

(24) Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária; seguro-desemprego, salário mínimo; piso salarial; décimo terceiro salário; aviso prévio; horas extraordinárias na jornada de trabalho; repouso semanal remunerado; gozo de férias anuais; licença gestante; aposentadoria; etc.

(25) O trabalhador temporário é pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário para a prestação de serviços por prazo não superior a três meses (art. 10 da Lei n. 6.019/74).

urbanas, e recebimento de seus direitos sociolaborais⁽²⁶⁾. São pertinentes as assertivas de *Comparato* (2007, p. 24):

[...] a transformação das pessoas em coisas realizou-se de modo menos espetacular, mas não menos trágico, com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Como denunciou *Marx*, ele implica a reificação (*Verdinglichung*) das pessoas; ou melhor, a inversão completa da relação pessoa-coisa. Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável.

Ademais, quando alguns obreiros das *frentes de trabalho* ingressaram na Justiça do Trabalho para verem resguardados os seus direitos fundamentais, novamente o Estado, no exercício da função jurisdicional, desconsiderou os princípios que norteiam a vigente Ordem Constitucional, principalmente a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e a ética, determinando a nulidade do contrato firmado entre as partes (Estado e trabalhadores) por infringir o art. 37, inciso II e § 2º da Constituição Federal, estabelecendo somente o pagamento das diárias e ferindo o arcabouço ético-jurídico que deveria sustentar o presente Estado Democrático e Social de Direito⁽²⁷⁾. Cabe citar as lições de *Gomes* (2005, p. 221-222):

[...] lamentavelmente, a própria Justiça do Trabalho, ao final, profere decisões também alicerçadas, apenas, no art. 37, inc. II e

(26) O art. 12 da Lei n. 6.019/74 prevê os direitos do trabalhador temporário: remuneração, jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento), férias proporcionais, repouso semanal remunerado, adicional por trabalho noturno, indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, seguro contra acidente do trabalho e proteção previdenciária.

(27) O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 363 que prevê: "Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS", legitimando as políticas públicas desvirtuadas e ilícitas implementadas pelo Estado no exercício da função administrativa.

§ 2º, da Constituição Federal, nos estritos termos da interpretação espelhada no Enunciado n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho. Não levam em conta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Limitam-se a determinar o pagamento dos dias efetivamente trabalhados, acrescidos das horas extras e do FGTS, sem quaisquer outros direitos trabalhistas; aviso prévio, férias acrescidas de um terço, gratificações natalinas, FGTS e multa de 40%, repouso semanal remunerado. Nesse contexto, ignora-se ser o trabalho *a emanção da personalidade e da força de alguém*, o trabalhador, despendida em favor de outrem, o empregador, que não tem como devolver ao agente, prestador de serviços e uma das partes da relação contratual, o trabalho subordinativo que, ilicitamente, o favoreceu de forma continuada. É por isso que, em se tratando de nulidade contratual no âmbito do Direito do Trabalho, não se utiliza de critérios de Direito Civil, sob pena de se permitir uma solução extremamente injusta, tal como ocorre para os trabalhadores das frentes de trabalho. [...] Vale dizer, diante da colisão de princípios, no caso apontado, o trabalhador, como *Ser Humano* que é, deve ser preservado em face do significado da dignidade humana, como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica. Desse modo, ao se fazer a devida ponderação de valores, deve prevalecer, sim, o princípio fundamental da dignidade humana, em total sintonia com a ideia de justiça que se traduz na função de proteger os direitos fundamentais de proteção à vida com dignidade, nos quais se insere o trabalho humano, em favor da Administração Pública.

As escolhas dos agentes políticos pela implementação das frentes de trabalho não estão norteadas pela consciência e discernimento racionais entre o bem e o mal, a chamada atuação baseada na mediania, porque eles almejam somente vantagens pessoais e eleitorais, de modo que o resultado dessas ações ferem os princípios constitucionais da dignidade do trabalhador e os valores sociais do trabalho os quais deveriam ser os meios para se pautar as políticas públicas no intuito de se alcançar o bem comum do povo (finalidade precípua do Estado ético).

Portanto, as políticas públicas de frentes de trabalho⁽²⁸⁾ são *inconstitucionais, ilícitas e aélicas*⁽²⁹⁾ violando a dignidade do trabalhador e preceitos éticos, sendo norteadas pela corrupção dos agentes políticos a qual deveria ser extirpada da sociedade e do seio do próprio Estado. *Kliksberg* (1996, p. 30) corrobora essa postura ao afirmar que:

La eliminación de la corrupción aparece como un problema central para enfrentar seriamente los problemas del desarrollo, la situación social y avanzar en la democratización. La corrupción ha tenido a crecer y se requieren análisis mucho más profundos que los tradicionales para llegar a respuestas adecuadas. [...] Los análisis anteriores indican que se requiere un Estado que persiga el desarrollo humano como meta final, que fortalezca y profundice la democracia, que trabaje en equipo con la iniciativa privada y la sociedad civil hacia un proyecto nacional de productividad, competitividad y crecimiento, que se combine de

(28) Inojosa, pesquisadora da Fundação de Desenvolvimento Administrativo (FUNDAÇÃO), em sua tese de doutoramento “Cartas da Frente” (2002), verificou os impactos socioeconômicos das frentes de trabalho como política pública de inclusão social e inserção de pessoas desempregadas no mercado de trabalho, concluindo que “o governo elegeu como estratégia de atuação no Programa Emergencial de Auxílio Desemprego o tripé: trabalho, renda, qualificação. Buscando extrapolar os objetivos assistenciais explicitados nos diplomas legais, os implementadores do PEAD sonharam utilizar esse tripé não para uma relação de dependência, mas para impulsionar uma espiral de ganhos: “fazer das Frentes um instrumento efetivo para reinserir o trabalhador no mercado de trabalho” [...] Como política assistencial tradicional o PEAD pode ser criticado por trabalhar com a suposição de que seis ou nove meses de suporte ao desempregado seriam suficientes para a sua reinserção pelo trabalho e, mesmo, para a recuperação de sua rede social. As Cartas da Frente assinalam, dramaticamente, o medo do retorno à situação pré-Frente, após nove meses de trabalho remunerado, de cesta básica garantida, de algum resgate da autoestima, de um começo de novas relações. As vulnerabilidades estão presentes e o contexto continua hostil para essa população. [...] Nessa dimensão, o governo cometeria o engano fatal de supor que no atual cenário do mundo do trabalho existissem chances de reinserção para pessoas cuja focalização, contraditoriamente, privilegiou um segmento cuja espiral de perdas os situa na zona de desfiliação ou em extrema vulnerabilidade” (INOJOSA, 2002, p. 177-184).

(29) A Ética é entendida como ciência das condutas humanas e disciplina as condutas e ações seja de um indivíduo, de um grupo social, de uma sociedade ou mesmo de um Estado (como um “código moral”). Em relação à Ética, Garcia (2004, p. 228) afirma que “Ética — do grego *ethos*, caráter — é o estudo dos conceitos envolvidos no raciocínio prático: o bem, a ação correta, o dever, a obrigação, a virtude, a liberdade, a racionalidade, a escolha. Deriva de *ethos*, que também significa costume e, por isso, a ética foi definida com frequência como doutrina dos costumes, sobretudo nas correntes de orientação empirista”.

manera eficaz con el mercado, que erradique la corrupción, que se retire de sectores donde no tiene por qué estar y que promueva y apoye por todas las vías la organización y desarrollo de la sociedad civil. Un Estado que elabore políticas estratégicas, que piense en el largo plazo, que, entre otros aspectos, como señala *Collins*, acerque la investigación y desarrollo a las empresas pequeñas y medianas y las fortalezca, que cree condiciones favorables para la creciente articulación de la sociedad y que favorezca la preparación de la misma para la competencia en conocimientos y creatividad que será distintiva del siglo XXI. Todo ello implica básicamente lo que podríamos llamar un “Estado inteligente”.

Dessa forma, não se pode separar a ética da política porque ambas são indissociáveis para que haja o Estado ético o qual cumprirá a sua finalidade ao atingir o bem comum dos cidadãos. O Estado brasileiro, para ser um Estado ético, deveria escolher na implementação das frentes de trabalho, ações e políticas cujos resultados obtivessem algo maior: o bem comum de seu povo, mediante um agir baseado na ética da responsabilidade a qual concretiza *de fato* a dignidade do trabalhador. *Godal* (2007, p. 151) é enfática, neste aspecto, ao afirmar que “a tutela da dignidade nas relações de trabalho exige a consideração de trabalhador concreto, em suas relações concretas. Não basta que a dignidade esteja protegida no texto constitucional e em tratados e convenções internacionais. Para que não resulte no vazio é preciso haver uma consciência ético-jurídica e uma praxe da dignidade nas relações de trabalho”.

Apesar de o agir ético ser o “caminho mais difícil” da política porque implica renúncia às paixões humanas, deve ser amplamente adotado no âmbito do Estado e na implementação de políticas públicas, principalmente as de corte social. *Weber* (2008, p. 124) confirma esse posicionamento ao dispor:

A política é um esforço tenaz e enérgico para atravessar grossas vigas de madeira. Um esforço desse tipo exige, a um tempo, paixão e senso de proporções. É perfeitamente exato dizer — e toda a experiência histórica o confirma — que não se teria jamais atingido o possível, se não se houvesse tentado o impossível. E

assim, o homem capaz de semelhante esforço deve ser um líder e não apenas um líder, mas um herói, no mais simples sentido da palavra. Até mesmo aqueles que não sejam uma coisa nem outra devem armar-se da força da alma que lhes permita vencer o naufrágio de todas as suas esperanças. Todavia, importa que se armem desde o presente momento, pois de outra forma não virão a alcançar nem mesmo o que hoje é possível.

Ademais, pode-se afirmar que, no caso da implementação das frentes de trabalho como políticas públicas, tem-se no Brasil um Estado aético na exata amplitude e dimensão apresentadas por *Garcia* (2008, p. 245):

O Estado do século XXI, contudo, não oferece exatamente essa postura⁽³⁰⁾, nem corresponde à teoria platônica de Estado — conforme explica *Cassirer*: de acordo com o paralelo estabelecido por Platão entre a alma individual e a alma do Estado, fica claro que o Estado deve determinar o seu *daimon*, que determina a realização da sua finalidade, a qual não pode ser deixada à pura sorte. “Na vida social, assim como na vida individual, o pensamento racional (*phronesis*) deve comandar. A prosperidade de um Estado não reside no aumento de sua força física. O desejo de ter *mais e mais* é tão desastroso na vida do Estado como na vida do indivíduo. Se o Estado cede a esse desejo, começa aí o seu fim. Os aumentos territoriais, a superioridade sobre os povos vizinhos, o avanço em poder militar e econômico, tudo isso não pode evitar a sua ruína, e, pelo contrário, apressa-a. A salvação do Estado não pode garantir-se através da prosperidade material pela manutenção de certas leis constitucionais. Constituições e leis não têm, realmente, força coercitiva se não são a expressão de leis previamente moldadas no espírito dos cidadãos. Sem esse suporte moral a própria força de um Estado torna-se no seu perigo inerente”. Esse Estado aético, alonga-se naquilo que se apresenta hoje, conforme *Giorgio Agamben* como “paradigma de governo dominante na política contemporânea”. Esse que “se constitui um ‘ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político’ (SAINT-BONNET, 2001, p. 28) que — como a guerra civil, a

(30) Garcia (2008) faz menção ao conceito de “Estado” de Dallari (2000).

insurreição e a resistência — situa-se numa franja ‘ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político’.” (FONTANA, 1999, p. 16)

Sem a presença de um Estado Ético⁽³¹⁾, quaisquer ações ou políticas públicas poderão ser justificadas por motivos escusos, corruptos e ilícitos que utilizam o ser humano apenas como um meio e não como um fim em si mesmo, desrespeitando as lições da *Formulação do Segundo Imperativo Categórico de Immanuel Kant*.

Todo o ser humano, inclusive o trabalhador, deve ser sempre visto como um fim em si mesmo, possuidor de um valor (a sua dignidade) e não como mera mercadoria descartável. Essa interpretação compatibiliza os fundamentos do Estado Democrático de Direito — a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a os valores sociais do trabalho — com o objetivo de se construir uma sociedade mais justa e solidária, reduzindo-se as desigualdades sociais e a pobreza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As frentes de trabalho estão sendo implementadas pelo Estado como políticas públicas. O trabalhador desempregado, denominado “bolsista”, recebe mensalmente uma “bolsa-auxílio” em valor inferior ao salário mínimo, cartão alimentação, auxílio-deslocamento e obriga-se a participar de um curso de qualificação profissional cuja procedência e nível educacional são duvidosos e questionáveis.

(31) Se o Estado é uma ordem jurídica soberana cuja finalidade é o bem comum de seu povo e a ética é justamente o conjunto de preceitos de ordem valorativa com vistas a se atingir ao bem e à ação correta, entende-se que o Estado Ético é a ordem jurídica soberana que pauta suas ações e políticas públicas na estrita observância dos fundamentos ético-jurídicos, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, atuando com responsabilidade e equilíbrio na aplicação do direito e na atuação política, no intuito de promover uma sociedade mais justa e solidária, comprometendo-se com a concretização dos direitos fundamentais de seu povo. Dean (2006, p. 56) dispõe que “[...] numa economia globalizada, não será possível estabelecer direitos contra a pobreza — isto é, direitos sociais — como elemento dos direitos humanos sem uma concepção crítica e ética do Estado como fórum de negociações e reconhecimento de necessidade humana”. Portanto, defende-se que a existência do Estado laico não significa que esse Estado deva ser a-ético ou que deva conduzir suas ações e políticas violando a ética, mas, ao contrário, ele deve utilizar a ética como “medida de equilíbrio social entre direitos e deveres” (GARCIA, 2004, p. 253).

Na realidade, as frentes de trabalho significam a contratação de trabalhadores pelo Estado sem a realização de concurso público, em desconformidade com o art. 37, *caput*, inciso II e § 2º da Constituição, para a prestação pessoal de serviços, de modo não eventual e subordinado, mediante o pagamento de salário. Após certo lapso temporal, os trabalhadores são dispensados pelo próprio Estado, sob o argumento da nulidade do contrato, sem o recebimento de seus direitos sociais mínimos (art. 7º da Constituição), violando-se a dignidade humana e os valores sociais do trabalho. Nesse sentido, essas frentes de trabalho não concretizam o direito ao trabalho digno, pois as pessoas são utilizadas pelo Estado como *animal laborans*⁽³²⁾, sendo excluídas da comunidade quando não mais necessárias ao “processo vital da política”.

Ademais, o Estado deveria, no mínimo, proporcionar aos “bolsistas”, após o término do prazo estipulado para as frentes, um encaminhando profissional adequado, com cursos de qualificação profissionais eficientes, para que esses trabalhadores obtenham uma recolocação no mercado de trabalho. Porém, essas políticas públicas abandonam os trabalhadores carentes na mesma situação de marginalidade social que se encontravam no período “pré-frente”, sendo políticas totalmente inócuas.

É notório que o Estado vigente no Brasil não se coaduna com o conceito de *Estado Ético*, definido neste artigo, quando implementa as frentes de trabalho, pois age com irresponsabilidade e desequilíbrio na atuação política. Logo, essas políticas públicas de trabalho são *inconstitucionais, ilícitas e aélicas*, violando os preceitos pregados por *Immanuel Kant* e *Max Weber*, transformando o ser humano em “objeto descartável” no âmbito do sistema capitalista, descartado até mesmo pelo Estado que desrespeita *concretamente* sua dignidade como pessoa humana trabalhadora e, conseqüentemente, desrespeita vários outros princípios constitucionais.

Apesar de o agir ético ser o “caminho mais dificultoso” da política, porque implica renúncia às paixões e egoísmos humanos, deve-se adotá-lo no âmbito do que se convencionou de *Estado Ético*, pois é

(32) O labor é a condição de vida comum a homens e a animais sujeitos à necessidade de prover sua própria subsistência, assim o uso da denominação *animal laborans* para o homem enquanto ser que labora para prover a sua própria subsistência (Cf. ARENDT, 2008).

necessário que haja uma “consciência ético-jurídica e uma praxe da dignidade nas relações de trabalho” por parte do Estado, dos agentes públicos, da Sociedade e, enfim, de cada cidadão porque, caso contrário, o Direito, a Constituição e as leis serão “letras mortas”, não se concretizando no mundo dos fatos.

Todo o ser humano, em especial o trabalhador, deve ser visto e tratado como um fim em si mesmo, sendo possuidor de um valor: a sua dignidade humana e não como mera mercadoria descartável, conforme, também, explicita *Delgado* (2006, p. 242): “É o valor da dignidade, portanto, essencial para o trabalho humano sob qualquer uma de suas formas e em qualquer processo histórico. Por meio de sua projeção é que o homem redimensiona-se enquanto ser humano pleno, apesar de entregue à inexorabilidade do tempo da vida”.

Portanto, o Estado Ético deve garantir ao homem-trabalhador a sua dignidade mediante políticas públicas de trabalho que promovam sua reinserção social na vida em comunidade, minimizando os reflexos da desocupação, contribuindo para a implementação do pleno emprego e concretizando o direito ao trabalho digno com fundamento na força normativa dos princípios e diretrizes constitucionais.

Destaca-se que uma real e efetiva política pública de trabalho consistiria no estabelecimento de incentivos fiscais ou parcerias do Estado com empresários ou o Terceiro Setor para estimular a contratação regular dos trabalhadores nos termos da legislação trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho e demais leis esparsas), respeitando-se os princípios da dignidade humana do trabalhador, os valores sociais do trabalho e a ética que norteiam a Ordem Constitucional brasileira.

Essa interpretação compatibiliza, no âmbito do constitucionalismo do século XXI, os fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito — a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho — com o objetivo de se construir uma comunidade mais livre, justa e solidária, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais e minimizando a pobreza e a marginalização sociais.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, Gabriela Neves. *O direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DICIONÁRIO *Houaiss*. Disponível em: <<http://www.houaiss.uol.com.br>> Acesso em: 8 jul. 2008.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. *Frentes de trabalho e a dignidade da pessoa humana: redimensionamento das políticas públicas à luz dos direitos humanos e da Constituição de 1988*, Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

GARCIA, Maria. Juventude e violência: a maioria penal e a ética da responsabilidade, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, ano 16, p. 240-266, jan./mar. 2008.

_____. *Limites da ciência: dignidade da pessoa humana, ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GODAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

HARTLEY, Dean. A agenda global de direitos humanos e a (im)possibilidade de um Estado ético. In: CIMADAMORE, Alberto; HARTLEY, Dean; SIQUEIRA,

Jorge (orgs.). *A pobreza do Estado: reconsiderando o papel do Estado na luta contra a pobreza global*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales (CLACSO), 2006.

INOJOSA, Rose Marie. *Cartas da frente: uma política pública na expressão dos protagonistas do programa frentes de trabalho do governo do Estado de São Paulo*, Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Saúde Pública. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. 1. reimpr. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KLIKSBERG, Bernardo. *El rediseño del Estado para el desarrollo socioeconómico y el cambio. Una agenda estratégica para la discusión*. In: KLIKSBERG, Bernardo (comp.). *El rediseño del Estado: una perspectiva internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

OIT. *Agenda nacional de trabalho decente, XVI Reunião Regional Americana*, Brasília, maio 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/publns>> Acesso em: 18 nov. 2008.

PIOVESAN, Flavia (coord.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIROZ JUNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 2. ed. 1. reimpr. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008.

**INQUÉRITOS, TERMOS
DE COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA,
AÇÕES E DEMAIS ATIVIDADES**

RECURSO DE REVISTA — ÓRGÃO INTERVENIENTE — INTIMAÇÃO PESSOAL — PRAZO^(*)

EXMO. SR. JUIZ PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 15ª REGIÃO,

O Ministério Público do Trabalho, neste ato representado pelo Procurador do Trabalho que ao final assina, nos autos do Processo n. 437-2004-107-15-00-6 em que atua como fiscal da lei e são partes Município de Severínia e Rosália Válter Menezes vem, perante V. Exa., no prazo legal, interpor Recurso de Revista para uma das Turmas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o que faz com fundamento no art. 896, alínea *c*, da CLT c/c art. 83, inciso VI, da Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993, bem como nas inclusas razões recursais, requerendo seja admitido o seguimento do presente apelo e, após o cumprimento das formalidades legais pertinentes, seja encaminhado à instância *ad quem*, para apreciação e julgamento.

Termos em que pede deferimento.

Campinas, 29 de novembro de 2006.

Nei Messias Vieira
Procurador do Trabalho

**EGRÉZIA TURMA DO COLENDO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO,**

Processo n. 437-2004-107-15-00-6

(*) Decisão na seção de Jurisprudência.

Recorrente: Município de Severínia

Recorrido: Rosália Válter Menezes

O Ministério Público do Trabalho apresenta, respeitosamente, as seguintes Razões de Recurso de Revista, requerendo seu regular processamento.

1. Da tempestividade do presente recurso

O Ministério Público tomou ciência da r. decisão proferida em embargos declaratórios quando foram recebidos os autos pelo subscritor, em 29.11.2006. Por força do art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e do art. 18, inciso II, letra *h*, e art. 84, inciso IV, estes da Lei Complementar n. 75/93, a intimação do *Parquet* se faz pessoalmente nos autos; ademais, o prazo recursal se conta em dobro, por força do art. 188 do CPC.

Acrescente-se que, segundo a Consolidação dos Provimientos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, a comunicação de atos ao Ministério Público se faz mediante a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho:

Título XX MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 43. Os Tribunais Regionais do Trabalho, e seus Juízos de 1º grau, devem executar as **intimações** e notificações **ao Ministério Público do Trabalho, mediante a remessa dos autos às respectivas sedes das Procuradorias Regionais** do Trabalho.

Também conforme a Consolidação das Normas da Corregedoria da 15ª Região, a intimação do *Parquet* se faz pessoalmente nos autos, após a remessa à Procuradoria Regional:

CONSOLIDAÇÃO DAS NORMAS DA CORREGEDORIA CAPÍTULO MP DA NOTIFICAÇÃO OU INTIMAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 1º A comunicação dos atos processuais ao Ministério Público do Trabalho será realizada **pessoalmente, através da remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho** da 15ª Região, por meio do serviço

de malote, na forma do art. 18, inciso II, letra h, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

Parágrafo único. Recebidos os autos no Setor de Remessa e Expedição do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, será feito o registro da carga em livro próprio e entregues os autos a pessoa designada pela Procuradoria, o que ocorrerá sempre às sextas-feiras.

Dessarte, inquestionável a tempestividade do presente recurso.

2. Dos fatos que ensejam o recurso de revista: decisão da 7ª Câmara (4ª Turma) do e. TRT da 15ª Região em recurso ordinário; interposição de embargos de declaração; não conhecimento dos embargos de declaração

Ao lavrar parecer no presente processo, o Procurador oficiante opinou pela confirmação da r. sentença, incluindo no tocante à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento. Sem embargo, percebendo suposta inexistência de volume anexo aos autos, mas não encaminhados com o volume principal, sugeriu a realização de diligência para se proceder à remessa, pelo Juízo de origem, do citado e suposto volume anexo.

Já no E. Tribunal, na sessão de 19.9.2006, foi declarada a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciação da demanda, pois se considerou que a reclamante estaria vinculada ao Município em regime estatutário.

A parte decisória do v. acórdão foi publicada na imprensa oficial em 29.9.2006.

Mas já em 28.9.2006, houvera o Ministério Público protocolado petição de remessa dos autos, a fim de ser intimado pessoalmente da r. decisão colegiada.

Em 5.10.2006, o Procurador oficiante tomou conhecimento do v. acórdão, conforme ciente lançado na fl. 142.

No dia 9.10.2006, foram protocolados os embargos declaratórios do Ministério Público, tempestivamente portanto.

Nos embargos se destacou a existência de nulidade processual, nos seguintes termos:

No parecer do Ministério Público, opinou-se pelo não provimento do recurso do Município, no estado probatório em que se encontravam os autos, ou “pela conversão do julgamento em diligência, para se determinar a remessa do volume anexo”, cuja existência fora certificada

na fl. 107 e o conteúdo informado na fl. 106, mas não acompanhara o processo remetido ao e. TRT e à Procuradoria Regional do Trabalho.

Muito embora não se encontre, no relatório do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator, menção à requisição e à remessa do volume anexo, é certo que tais fatos ocorreram, porquanto, ao receber os autos na Procuradoria Regional, nesta última oportunidade, verificou-se estarem acompanhados do referido anexo.

Ademais, tal anexo foi encaminhado pelo ofício n. 672/06 da Vara do Trabalho de Olímpia (encontrado somente nesta oportunidade e faceando o próprio anexo, não encontrado, pois, no corpo dos autos), datado de 22 de agosto de 2006, data posterior ao recebimento dos autos no e. Regional (fato ocorrido em 15.8.2006 — fl. 133, verso), já com o parecer ministerial encartado. Para maior clareza, está anexa cópia do ofício n. 672/06, a qual merece ser inserida no corpo dos autos, para certeza dos fatos.

Tal sequência dos fatos nos parece indicar que, recebido o processo, com o parecer, no gabinete do Exmo. Sr. Juiz Relator, foi comunicada a Vara de origem, para que remetesse o anexo.

Adotado esse procedimento, deveria o e. Tribunal devolver os autos à Procuradoria do Trabalho, para apreciação dos documentos recebidos tardiamente. De outra sorte, está-se violando o devido processo legal, eis que se realizou, de fato, diligência, embora não noticiada nos autos, e se procedeu à juntada de documentos, ainda que na forma de anexo, os quais não foram objeto de apreciação pelo *Parquet* no momento oportuno, antes do julgamento. Nesse sentido é claro o art. 746, alínea *b*, da CLT (estendido às Procuradorias Regionais do Trabalho por força do art. 747), que assim determina (com grifos nossos):

Art. 746. Compete à Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho:

...

b) funcionar nas sessões do mesmo Tribunal, opinando verbalmente sobre a matéria em debate e solicitando as requisições de diligências que julgar convenientes, **sendo-lhe assegurado direito de vista do processo em julgamento sempre que for suscitada questão nova, não examinada no parecer exarado.**

Tal disposição legal restou violada no presente processo.

E não se pode falar que o Procurador oficiante em sessão poderia ter se manifestado sobre o vício ou documentos, uma vez que, conforme acima narrado, não se informou, nos autos, a realização da diligência e a juntada de volume anexo; o *Parquet* somente tomou ciência da apresentação do anexo ao E. Tribunal quando recebidos os autos na Procuradoria Regional, depois, portanto, de julgado o recurso ordinário.

Há, pois, nulidade do julgamento, o qual deverá ser refeito, após concessão de oportunidade para que o Ministério Público adite o parecer já encartado, agora com vista de todos os documentos dos autos.

Acrescente-se que a nulidade processual pode ser arguida por meio de embargos declaratórios, os quais, acolhidos, implicam a anulação do julgamento e seu refazimento. Nesse sentido já se sedimentou a jurisprudência nacional, trazendo-se os seguintes exemplos (in: NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 431-432, notas 11c e 11 ao art. 535):

“As nulidades *pleno jure*, tais as que decorrem da falta de regular formação da relação processual, podem ser deduzidas a qualquer momento, mesmo em sede de embargos declaratórios opostos à decisão de segundo grau” (STJ-4ª Turma, REsp 16.391-0-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.5.93, deram provimento, *v. u.*, DJU 21.6.93, p. 12.370, 1ª col., e. m.).

“A nulidade pode ser declarada mediante embargos de declaração (RJTJESP 104/337), mas, se se tratar de apelação irregularmente julgada, parece obrigatório que se faça nova inclusão do recurso em pauta, para que as partes possam sustentar oralmente a apelação” (nesse sentido: TFR-1ª Turma, AC 62.940-MG-EDcl, rel. Min. Carlos Thibau, j. 13.11.87, anularam o acórdão embargado, *v. u.*, DJU 4.2.88, p. 1.209, 2ª col., e. m.).

Logo, os presentes embargos também se prestam à obtenção da anulação do julgamento, uma vez que não se concedeu prévia oportunidade de manifestação, pelo Ministério Público, sobre os documentos juntados após a emissão do parecer. E, declarada a nulidade, os autos devem ser reenviados à Procuradoria Regional, para a regular manifestação do *Parquet*.

Como visto, o julgamento está inquinado de grave nulidade, ao se impedir o Ministério Público de apreciar documentos em processo cuja intervenção ministerial é obrigatória.

Nos embargos, ademais, ressaltou-se que a **omissão** e a **contradição** encontradas no julgado levaram à **incorreta declaração de incompetência da Justiça do Trabalho** para o exame da causa. E, tratando-se a competência absoluta de matéria de ordem pública, havia necessidade de o E. TRT ao menos responder aos questionamentos do *Parquet*. De outra forma não haveria fundamentação adequada da r. decisão, que não só afronta o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, mas também inviabiliza o manejo de recursos.

Dessarte, parece-nos inadequada a menção à suposta falta de prejuízo às partes, encontrada na r. decisão dos embargos. Primeiro porque prejuízo obviamente há quando erroneamente se declina a competência, erroneamente se enquadra a relação jurídica em lei a ela não aplicável, segundo entendimento constante no parecer lavrado e sustentado pela reclamante. Segundo, não menos importante, há o prejuízo à atuação processual do Ministério Público, que não pode acessar todos os documentos dos autos para produzir sua intervenção.

Todavia, a C. Câmara negou conhecimento aos embargos, por serem intempestivos, ao se tomar a contagem do prazo recursal para o Ministério Público a partir da data de ocorrência da sessão de julgamento do recurso ordinário. Destaque-se que o MM. Juiz Relator apontou, nas razões de decidir, que a intempestividade era manifesta, segundo a regra de contagem de prazo encontrada no art. 2º do Capítulo “MP” da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional. Ademais, teceu comentários acerca de eventual falta de nulidade do julgamento, arguida pelo *Parquet* em embargos declaratórios.

Essa r. decisão, como se mostrará, viola literalmente a legislação federal.

3. Da legitimidade do recorrente

Ao apresentar os embargos declaratórios, o Ministério Público já indicara as razões de sua legitimidade para recorrer:

A causa sob exame traz, como parte, pessoa jurídica de direito público e tem, como matérias de fundo, a espécie de relação jurídica entre reclamante e reclamada e questionamento sobre a competência material, absoluta, da Justiça do Trabalho, matérias de ordem pública portanto. Tais fatos ensejam a intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, segundo autorizado pela Lei Complementar n. 75/93, art. 83, incisos II e XIII, assim como pelo Código de Processo Civil, art. 82,

inciso III, parte final. E, atuando como fiscal da lei, está o Ministério Público legitimado para recorrer, por força do art. 499, *caput* e § 2º, do CPC, assim como do art. 83, inciso VI, da Lei Complementar n. 75/93.

As mesmas razões legitimam a interposição do presente recurso de revista. Ademais, o objeto da r. decisão agora questionada são as prerrogativas processuais do *Parquet*, as regras legais para intimação de seus membros e as regras legais sobre a contagem de prazo. Inquestionável, então, a legitimidade para, no presente recurso, promover-se, sobretudo, a defesa de prerrogativas processuais do Ministério Público.

A fim de se evitar dúvidas sobre a possibilidade de o *Parquet* interpor embargos declaratórios, destaca-se que atualmente se vem tornando indiscutível a natureza recursal dos embargos, sobretudo quando a eles se reconhece a possibilidade de gerar efeitos infringentes. Não por outra razão, a moderna redação da CLT introduziu os embargos declaratórios (art. 897-A) no Título X, Capítulo VI — Dos recursos. Nesse sentido já se manifestou o C. TST, antes mesmo da novel redação da CLT:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — PRAZO EM DOBRO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Os Embargos de Declaração são espécie de recurso, estando previsto no inciso IV, do art. 496 do Código de Processo Civil. Desta forma, devem ser observadas as prerrogativas previstas no art. 188 do Código de Processo Civil, que preceitua: ‘Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público’. Revista conhecida e provida. (Tribunal Superior do Trabalho, 1ª Turma, Relator Ministro Lourenço Prado, Decisão proferida em 9.6.1999, Processo n. RR 436481/1998 — proveniente da 12ª Região, Publicação do acórdão no DJU 6.8.1999, p. 309).”

4. Da literal violação de dispositivos legais que tratam das prerrogativas do Ministério Público — Art. 236, § 2º, e art. 188 do Código de Processo Civil, art. 18, inciso II, alínea h, e art. 84, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/1993. Da literal violação da regra para início da contagem de prazos — Art. 184, § 2º, art. 240 do CPC e art. 774 da CLT

Primeiramente se destaca que os dispositivos legais que traçam as prerrogativas processuais do *Parquet* foram todos invocados por ocasião da interposição dos embargos declaratórios. E sua violação, bem como a violação dos dispositivos que regulamentam a contagem de prazos surgiram na própria decisão ora recorrida, que expressamente adotou tese sobre a

matéria — a forma de intimação do Ministério Público e a abertura de contagem de prazos, considerando-se ocorridos em sessão de julgamento. Suprido, então, o prequestionamento da matéria.

Ademais, vejam-se os termos dos embargos declaratórios, acerca de sua tempestividade:

O Ministério Público tomou ciência do v. acórdão quando recebidos os autos, pelo subscritor, em 5.10.2006, após solicitação de remessa à Procuradoria Regional. Por força do art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e do art. 18, inciso II, letra *h*, e art. 84, inciso IV, estes da Lei Complementar n. 75/93, a intimação do *Parquet* se faz pessoalmente nos autos; ademais, o prazo recursal se conta em dobro, por força do art. 188 do CPC.

Dessarte, inquestionável a tempestividade do presente recurso.

Por razões de clareza, os referidos dispositivos são transcritos integralmente a seguir, com destaques nossos, a começar pelo **Código de Processo Civil**:

Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Art. 236. (*omissis*)

...

§ 2º A **intimação do Ministério Público**, em qualquer caso, será feita **pessoalmente**.

E os dispositivos da **Lei Complementar n. 75/93**:

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

...

II — processuais:

...

h) **receber intimação pessoalmente nos autos** em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver de officiar.

Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:

...

IV — **ser cientificado pessoalmente das decisões** proferidas pela Justiça do Trabalho, nas causas em que o órgão tenha **intervido ou emitido parecer escrito**.

E a r. decisão da C. Câmara, ao negar conhecimento aos embargos, violou os mencionados dispositivos legais, pois negou que a intimação do Procurador do Trabalho se dê pessoalmente e nos autos, após sua remessa à Procuradoria Regional. Considerou, pelo contrário, que a intimação se faz na data da própria sessão de julgamento, quando se assina a certidão de acórdão, a qual sequer se encontra nos autos e está acompanhada do voto, quando é apresentada, para assinatura, ao representante do Ministério Público oficiante.

A forma legal de intimação do *Parquet* é indiscutível, sendo regradada mais detalhadamente na Consolidação das Normas da Corregedoria Regional nos seguintes termos (com destaques nossos):

CONSOLIDAÇÃO DAS NORMAS DA CORREGEDORIA CAPÍTULO MP DA NOTIFICAÇÃO OU INTIMAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 1º A comunicação dos atos processuais ao Ministério Público do Trabalho será realizada **pessoalmente, através da remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho** da 15ª Região, por meio do serviço de malote, **na forma do art. 18, inciso II, letra h, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993**.

Parágrafo único. Recebidos os autos no Setor de Remessa e Expedição do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, será feito o registro da carga em livro próprio e entregues os autos a pessoa designada pela Procuradoria, o que ocorrerá sempre às sextas-feiras.

Art. 2º O prazo começará a fluir a partir da data em que o procurador lançar seu “ciente” nos autos.

Art. 3º O cumprimento do prazo legal ou aquele fixado pelo Juiz será comprovado mediante protocolo na petição objeto da manifestação da Procuradoria.

Destaque-se que a redação acima foi instituída pelo Provimento n. 6/03 da Corregedoria Regional. Não se compreende, então, de onde deriva a suposta redação do art. 2º do Capítulo “MP” da CNC transcrita na r. decisão dos embargos, pois dissonante daquela existente. E, ainda que existisse a redação do art. 2º exposta pelo MM. Juiz Relator, seria ela inválida, pois criaria prazo para “solicitação dos autos” pelo Ministério Público, sem qualquer amparo legal; e não são os provimentos da Corregedoria aptos a criar regras processuais que estipulem prazos para a intervenção do Ministério Público.

Para se evitarem dúvidas sobre o conteúdo das normas da Corregedoria, encontra-se anexa impressão, feita na data de assinatura deste recurso, da página do e. TRT da 15ª Região contendo o Capítulo “MP” da CNC.

E parece-nos deveras claro que o “ciente” mencionado no art. 2º do Capítulo “MP” da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional é aquele lançado após o recebimento dos autos na Procuradoria, ou seja, cumprido o *iter* descrito no precedente art. 1º, tal como prescreve a lei.

Veja-se, ainda, que a **Consolidação dos Provimentos da Corregedoria - Geral da Justiça do Trabalho** não deixa dúvidas sobre a forma de intimação do Ministério Público, com a remessa dos autos a sua sede (com destaques nossos):

Título XX MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 43. Os Tribunais Regionais do Trabalho, e seus Juízos de 1º grau, devem executar as **intimações** e notificações **ao Ministério Público do Trabalho, mediante a remessa dos autos às respectivas sedes das Procuradorias Regionais** do Trabalho.

O que se percebe, no presente caso, é que a C. Câmara considerou, em afronta à legislação acima transcrita, o Ministério Público intimado com a ciência da ocorrência do julgamento do processo, constante na certidão do acórdão. Ora, tal “ciente” se refere apenas, repete-se, à ocorrência do julgamento na sessão designada, não do conteúdo decisório; tal “ciente” não corresponde à intimação da decisão. Até mesmo porque as razões de decidir, com redação definitiva, somente são juntadas aos autos após a sessão de julgamento. Obviamente, então, que não há conhecimento ou intimação do exato conteúdo das decisões, quando se lança o chamado “ciente” na certidão de julgamento.

E, se não há conhecimento do definitivo conteúdo das razões de decidir, obviamente não está aberto o prazo para o Ministério Público recorrer. Tal conclusão resta inegável no presente caso, eis que, conforme certificado no verso da fl. 134 dos autos, o v. acórdão somente foi juntado nos autos em 20.9.2006, data posterior à da sessão de julgamento. Da mesma forma, o julgamento dos embargos declaratórios se deu na sessão de 31.10.2006, mas a decisão somente foi encartada no dia 1º.11.2006, segundo certidão no verso da fl. 154. Se não encontrada nos autos a decisão, se não efetivada a intimação do conteúdo decisório, como se iniciar a contagem de prazo para a interposição de recurso?

Sob o aspecto agora abordado, está claro que a r. decisão regional contém literal violação das regras processuais que determinam a contagem de prazo somente após a efetivação da intimação do ato judicial. Para maior clareza, transcrevem-se os dispositivos violados, a começar pelo **Código de Processo Civil** (destaques nossos):

Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

...

§ 2º Os prazos somente começam a correr do 1º (primeiro) dia útil **após a intimação** (art. 240 e parágrafo único).

Art. 240. Salvo disposição em contrário, **os prazos** para as partes, para a Fazenda Pública e **para o Ministério Público contar-se-ão da intimação**.

E também violada a **Consolidação das Leis do Trabalho** (destaques nossos):

Art. 774. Salvo disposição em contrário, **os prazos** previstos neste Título **contam-se, conforme o caso, a partir da data em que for feita pessoalmente, ou recebida a notificação**, daquela em que for publicado o edital no jornal oficial ou no que publicar o expediente da Justiça do Trabalho, ou, ainda, daquela em que for afixado o edital, na sede da Vara, Juízo ou Tribunal.

Como visto, a r. decisão proferida em embargos declaratórios é flagrantemente contrária a vários dispositivos legais, devendo ser reformada, com o afastamento da intempestividade declarada e a determinação ao e. TRT para que aprecie todas as razões meritórias dos embargos do Ministério Público.

5. Dos pedidos

Ante o exposto, requer o Ministério Público do Trabalho seja o presente recurso de revista conhecido e regularmente processado até final decisão que, reformando a r. decisão ora atacada, afaste o não conhecimento dos embargos declaratórios interpostos e determine o retorno dos autos à 7ª Câmara do e. TRT da 15ª Região, para que proceda ao julgamento do mérito dos embargos.

Reitera, por fim, o pedido de observância do privilégio processual conferido ao Ministério Público do Trabalho pela Lei Complementar n. 75/93, art. 18, inciso II, letra *h*, e art. 84, inciso IV, bem como pelo Código de Processo Civil, art. 83 e art. 236, § 2º — intimação pessoal de todos os atos do processo, com a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

Termos em que pede deferimento.

Campinas, 29 de novembro de 2006.

Nei Messias Vieira
Procurador do Trabalho

**RECLAMAÇÃO — CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA —
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ —
ADMISSÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS^(*)**

EXCELENTÍSSIMOS CONSELHEIROS DO COLENDO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, instituição permanente incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, situado à Rua dos Mundurucus, n. 1.794, bairro Batista Campos, CEP: 66.025-660, Belém-PA, vem, pelos Procuradores do Trabalho abaixo assinados, com fulcro no art. 127, *caput*, c/c o art. 129, inciso III, ambos da Constituição Federal, bem como no art. 6º, incisos VII, alínea *a* e inciso XIV, alínea *a* e *f*, todos da Lei Complementar n. 75/93, perante Vossa Excelência, propor a presente

**RECLAMAÇÃO COM PEDIDO DE
LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE***

contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes, que poderá ser citado na sede daquele Tribunal, com endereço nesta Capital do Estado do Pará, na Av. Almirante Barroso n. 3.089, Bairro Souza CEP: 66.613-710, pelos fatos a seguir relatados.

(*) Decisão na seção de Jurisprudência.

1. Dos fatos

O Ministério Público do Trabalho tomou conhecimento do edital n. 3/09, (Doc. 1), publicado no *Diário de Justiça* n. 4.331 de 8.5.2009, de Processo Seletivo Simplificado para Contratação Temporária de Analistas Judiciários — Área Judiciária, Analista Judiciário — Área Apoio Especializado — Especialidade Assistente Social, Analista Judiciário — Área Apoio Especializado — Especialidade Psicologia, Auxiliar Judiciário e Auxiliar de Segurança, no total de 51 (cinquenta e uma) vagas, incluindo as vagas destinadas a portadores de necessidades especiais, conforme se verifica no item 1.10 do aludido edital, cuja cópia segue em anexo.

O *Parquet* constatou as seguintes ilegalidades:

a) O TJE/Pará pretende efetuar a contratação de pessoal para cargos de provimento efetivo, que demandam a realização de concurso público, por meio de processo seletivo simplificado, na condição de contratação temporária, apesar de ter concurso público aberto para vagas da mesma natureza;

b) O processo seletivo para contratação de servidor temporário, nos termos do art. 37, IX da CRFB/88, só se justifica para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e com regras objetivas e imparciais para a seleção dos candidatos, o que não ocorre no caso em espécie, eis que há concurso aberto com provas marcadas para o dia 17.5.2009, para atender as necessidades do referido órgão jurisdicional (Doc. 2 e Doc. 3);

c) As regras para a seleção de pessoal são parciais, ilegais, imorais e permitem o apadrinhamento, o clientelismo, a seleção obscura e com critérios que nada aferem a capacidade dos potenciais candidatos, prática que infelizmente já deveria estar abolida de nossa sociedade, e o pior, praticada por um órgão que deveria zelar pelo cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

d) Ao publicar o edital de seleção temporária, o Tribunal de Justiça descumpre escancaradamente os itens 3.2 e 3.3 da recomendação desse ínclito Conselho Nacional de Justiça, materializado no auto de inspeção preventiva do Corregedor (Portaria n. 90/08), que, quanto à contratação temporária, determinou de forma expressa: “que no prazo de seis meses devem ser abertos concursos públicos para o preenchimento dos cargos vagos e substituição dos servidores temporários” e a “revisar o quadro de pessoal do Poder Judiciário do

Pará para redução do número de servidores temporários lotados na capital do estado, por não caracterizar situação excepcional". (Doc. 4)

e) O mais grave ainda, separou referidas vagas 51 (cinquenta e uma) para preenchimento por seleção simplificada, quando já existe um edital publicado, no caso o Edital n. 2/09, publicado no Diário de Justiça do Estado do Pará de 23.1.2009 (Doc. 2), para provimento *destes mesmos cargos*, com prova que será realizada neste domingo (17.5.2009), não havendo nada que justifique a contratação excepcional, porquanto as vagas podem ser providas pelo referido concurso, que inclusive teve o edital publicado bem antes da seleção simplificada, e que teve expressiva quantidade de inscritos, mais especificamente 39.349 (trinta e nove mil, trezentos e quarenta e nove), conforme planilha divulgada pela Fundação Carlos Chagas, entidade responsável pelo certame, (Doc. 5).

2. Do direito

2.1. Do objetivo da presente reclamação

O *Parquet* trabalhista visa fazer com que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará cumpra a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — CRFB/88, pois a contratação de servidores como temporários, para funções que não são de excepcional interesse público, afronta o art. 37, *caput* e incisos I, II e IX da CF/88, o que implica, conforme cada caso, na nulidade do ato, de acordo com o art. 37, § 2º da CF/88, além de afrontar o princípio da igualdade, da impessoalidade e moralidade, pois esses cargos que podem ser preenchidos irregularmente, deveriam ser oferecidos a todos os cidadãos interessados, por meio de concurso público.

Com isso, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará está causando dano aos direitos difusos de todos os cidadãos coletivamente considerados, sendo portanto um dano transindividual, cabendo ao Ministério Público do Trabalho, como um dos ramos do MPU, defender o direito de todos os cidadãos, e à esse Conselho, como órgão que tem a atribuição de controle do Judiciário, fazer valer a Constituição, em especial o seu art. 37.

Neste sentido, é a própria CRFB/88 que confere essa atribuição ao CNJ, vejamos:

Art. 103-B (*omissis*)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais

dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I — (*omissis*)

II — zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

Além disso, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, art. 127).

Entre outras, é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).

Já a Lei Complementar n. 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, no Capítulo II, do Título I, dispõe:

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII — promover o inquérito civil e a **ação civil pública** para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) **a proteção do patrimônio público e social**, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, **difusos** e coletivos;

(...)

XIV — promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, **em defesa da ordem jurídica**, do regime democrático e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

a) ao Estado de Direito e às Instituições democráticas;

(...)

f) à probidade administrativa.”

A ausência de certame público para as admissões ultrapassa o interesse individual, pois todo cidadão brasileiro que preenche os requisitos necessários pode ter acesso ao concurso público (inciso I do art. 37 da CF/88). Neste ponto reside a transindividualidade da lesão. Não pode haver, ainda, a divisão de tal direito violado entre os potenciais candidatos preteridos dos cargos públicos.

A atual situação econômica de nosso país, agravada com a crise do desemprego, tem levado a grande maioria dos trabalhadores a almejar um cargo público, em razão da instabilidade financeira da grande maioria das empresas privadas e da ciência de que, no serviço público, terão maior segurança, em face ao princípio da continuidade da Administração Pública.

Diante do prejuízo de milhares de pessoas que potencialmente não tiveram acesso aos cargos públicos e a necessidade de restauração da legalidade e moralidade administrativa estamos, em conclusão, diante de uma violação a interesses difusos da coletividade e da própria sociedade, que necessita ser coibida e corrigida através desta Reclamação.

3. Do mérito

Acerca da contratação para cargos e empregos público, expõem alguns dos mais ilustres juristas:

“A investidura em cargo ou emprego público só pode dar-se antecedida de concurso público. Com esta exigência fica garantido o princípio da igualdade de todos e o interesse da Administração em admitir os melhores. De fato, o concurso público respeita o princípio da isonomia, na medida em que todos podem nele se inscrever (é por isso que ele é público) e permite à Administração selecionar os candidatos de maiores méritos.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 279)

“O concurso é o meio técnico posto à disposição da administração para obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, consoante o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 375)

“O princípio constitucional do concurso público, que a Lei n. 8.112/90 consagra com única forma de nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado, reflete as exigências da ordem democrática, que impõe a observância irrestrita dos postulados da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade no trato da coisa pública. A inobservância das normas de que trata o concurso público implica a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, de acordo com o § 2º da art. 37 da Constituição Federal.” (DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Lei n. 8.112 — regime jurídico único*. Brasília: Jurídica, 2001. p. 79)

A CRFB/88, no art. 37, inciso I, assegura a todos os brasileiros o direito de acesso aos empregos públicos, estabelecendo no inciso II que o ingresso se dará, obrigatoriamente, mediante a aprovação prévia em concurso público:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(...)

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

As únicas exceções ao mencionado princípio estão expressas na própria Constituição da República, que estabelece a possibilidade de nomeação para *cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração* (art. 37, inciso II, *in fine*) e prevê a *contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*.

A primeira hipótese está destinada ao preenchimento daqueles cargos ditos de “confiança”, marcados pelo exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento, valendo ressaltar que mesmo nestes casos a lei deve fixar um percentual mínimo de cargos a serem ocupados por servidores de carreira (art. 37, V, da CF).

Já a segunda hipótese está vinculada ao atendimento de “contingências excepcionais”, que “visam atender a eventualidades, a situações imprevistas, emergenciais, que devem ser socorridas de imediato, de modo que, instada pela necessidade temporária de excepcional interesse público, a Administração, para acudir a isto, tem que suprir-se de servidores sem delongas, independentemente de concurso” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: RT).

Para suprir estas situações emergenciais, dispõe o inc. IX do art. 37 da CF/88:

IX — a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Portanto, a contratação temporária é cabível apenas quando presente a situação acima referida, que vem a ser extraordinária, cujo atendimento exige satisfação imediata e temporária.

Além disto, o ente público deve demonstrar a impossibilidade de atendimento das necessidades com os contingentes de servidores que tem a sua disposição, pois, conforme ensina o prof. *Celso Antônio Bandeira de Mello*, na obra *Regime Constitucional*, “cumprir que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes”.

O preceito constitucional da necessidade de concurso para o exercício de uma atividade pública, objetiva, sob certo ângulo, a **moralização** do serviço

público, evitando-se, como já ocorreu no passado, a contratação por apadrinhamento ou por critérios obscuros (violando, também, o princípio da **publicidade**), de pessoas despreparadas para o exercício do cargo, à luz do postulado também constitucional da **eficiência**, garantia da boa qualidade dos serviços públicos ofertados aos administrados.

É necessário citar, ainda, o princípio da **igualdade**, estampado no art. 5º da Norma Fundamental, assegurando a todos o livre acesso a um cargo ou emprego público, sendo certo que somente por critérios objetivos será escolhido o melhor, à luz das exigências do edital, devendo ser preservada a **isonomia** de oportunidades aos cidadãos, no acesso a cargos e empregos gerados pelo ente público em questão, atuando o contratante imbuído do nobre postulado constitucional da **impessoalidade**.

A contratação de pessoal em caráter temporário, nos termos da CRFB/88, deve obedecer a certos critérios, não podendo ser feita aleatoriamente e em número excessivo.

Em obra especializada no assunto, o jurista Dario da Silva Oliveira Júnior, em sua obra *A contratação de pessoal em caráter temporário na administração municipal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000. p. 2, ao falar sobre o inc. IX do art. 37 da CF, expõe:

“No entanto, como é exceção, pois a regra é o concurso, o inciso estabelece certas condições para a contratação do agente público. Sem o preenchimento dessas condições, é nula a contratação e o contrato será rescindido, pois estará eivado de vícios.

O que se depreende da Lei Maior para a contratação em caráter temporário do agente público é que deverão ser cumpridos certos requisitos, a saber: tempo determinado, necessidade temporária, interesse público e caráter excepcional do interesse público.”

Em relação às condições, o mesmo jurista, na mesma obra, nas p. 2/5, expõe:

Tempo determinado: “o tempo de duração da contratação deverá ser temporário, isto é, não poderá existir a contratação por tempo indeterminado. Deverão constar no contrato as datas de início e término do acordo. Não deverá constar nenhuma cláusula no contrato que permita a prorrogação do mesmo”.

Necessidade temporária: “São necessidades que a administração preenche durante um determinado momento ou espaço de tempo determinado para que a máquina pública não pare; ao contrário, seja alimentada e continue cumprindo seu papel”.

Caráter excepcional do interesse público: “Portanto, a simples ocorrência da necessidade pública não serve como justificativa para a contratação por tempo determinado. Há que estar presente o interesse público de caráter excepcional, ou seja, absolutamente relevante. No entanto, pode a lei definir que tipo de interesse público teria caráter de excepcionalidade, gravando caso a caso as hipóteses de incidência. Assim, só será interesse público com caráter excepcional o que estiver gravado explicitamente na lei”.

Deste modo, pelo que já se expôs, constata-se que a exigência do concurso, mais do que atender a uma determinação expressa da CRFB/88, resulta do clamor social pela moralização do serviço público, pela busca por sua eficiência, atuando a Administração de forma isonômica e impessoal.

O concurso público, pois, à luz dos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, é um importante método para impedir o empreguismo, o clientelismo que pretendem alguns administradores fazer da *res publica*, ao escolher, por critérios escusos, aqueles que irão prestar serviços ao Estado.

No presente caso, a contratação de cerca de 51 servidores como temporários no Tribunal de Justiça do Estado do Pará e demais Comarcas, com existência de inúmeros contratos em vigor há mais de anos, configura séria afronta aos preceitos constitucionais, o que gera a pronta atuação do *Parquet*, a fim de que o Tribunal passe a obedecer o mandamento constitucional.

Constata-se que o Tribunal de Justiça pratica uma verdadeira fraude, que burla os princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência e da impessoalidade, visto que deveria utilizar-se de concurso público para contratação de tais servidores.

Logo, as regras contidas no art. 37, *caput*, seus incisos I e II e § 2º, da Carta Política ficaram esquecidas por esse ente da Administração Pública.

Para praticar esta fraude aos cidadãos, o ente público, utiliza-se de uma Lei Estadual, que sob vários aspectos, está sendo desvirtuada na sua aplicação.

A Lei Complementar Estadual n. 7/91, de 25 de setembro de 1991, dispõe acerca do regime administrativo de contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a excepcional interesse público, na forma e nos termos do inc. IX do art. 37 da CF/88, nos seguintes termos:

Art. 1º A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive Tribunais de Contas e Ministério Público, poderão contratar pessoal por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Parágrafo único. Casos de excepcional interesse público, para os efeitos desta Lei, além do caso fortuito ou de força maior, são, por exemplo: falta ou insuficiência de pessoal para a execução de serviços essenciais; necessidade de implantação imediata de um novo serviço: greve de servidores públicos, quando declarada ilegal ou pelo órgão judicial competente.

Art. 2º O prazo máximo de contratação será de seis (6) meses, prorrogável, no máximo, por igual período, uma única vez.

Parágrafo único. É vedada a nova contratação da mesma pessoa, ainda que para outra função, salvo se já tiver decorrido um (1) ano do término da contratação anterior.

Art. 3º O salário do contratado deve ser igual ao vencimento de servidor que ocupe o cargo de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder.

Art. 4º O regime jurídico dos servidores contratados é de natureza administrativa, regendo-se por princípios de direito público, aplicando-se-lhes, durante o exercício da função ou a realização do serviço, naquilo que for compatível com a transitoriedade da contratação, os direitos e deveres referidos no Estatuto dos Funcionários Públicos, contando-se o tempo da prestação de serviço para o fim do disposto no art. 33, § 3º, da Constituição do Estado do Pará.

Parágrafo único. O servidor administrativo, durante a vigência do contrato, contribuirá para a instituição de seguridade social do Estado, tendo em vista o disposto no art. 262 da Constituição do Pará e § 2º, do art. 202 da Constituição Federal.

Art. 5º A escolha do pessoal contratado deve ser motivada expondo-se fundamentadamente, no respectivo ato, os critérios em que se baseou, obedecendo-se os princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

(...)

Art. 7º A contratação de que trata esta Lei não poderá importar a convocação de cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção da autoridade contratante.

Art. 8º A contratação de pessoal feita em desacordo com esta Lei é nula de pleno direito e determinará a responsabilidade política, disciplinar e patrimonial de seu responsável.

§ 1º Sem prejuízo do exercício de Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da CF), qualquer cidadão é parte legítima para denunciar irregularidade ou ilegalidade da contratação perante o Tribunal de Contas do Estado, o que também pode ser feito por partido político, associação ou sindicato (art. 121, § 2º da Constituição do Estado do Pará).

(...)

§ 2º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na contratação, dela darão ciência ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilidade solidária (art. 121, § 1º, da Constituição do Estado do Pará).

Ora, o parágrafo único do artigo primeiro define casos de excepcional interesse público, como o caso fortuito ou força maior, e dá como exemplos: falta ou insuficiência de pessoal para a execução de serviços essenciais; necessidade de implantação imediata de um novo serviço: greve de servidores públicos, quando declarada ilegal ou pelo órgão judicial competente.

O único caso que poderia o Tribunal invocar em sua defesa seria a insuficiência de pessoal para a execução de serviços essenciais. Ocorre que nada justifica mais contratação de temporários, *se já existe um concurso em andamento para provimento desses mesmos cargos, e mais, com recomendação expressa desse ínclito Conselho quando da visita do ilustre Corregedor, materializadas nas determinações dos itens 3.2 e 3.3 da inspeção preventiva (Portaria n. 90) que assim determina:*

3.2. Contratação de servidores temporários

Determinação:

“No prazo de seis meses devem ser abertos concursos públicos para o preenchimento dos cargos vagos e substituição dos servidores temporários. Os concursos para preenchimento das vagas nas Comarcas do interior do Estado devem ser regionalizados, com previsão, no edital, de obrigatoriedade de permanência do servidor na lotação inicial até o término do estágio probatório, a fim de evitar o alto índice de remoção de servidores para a Capital hoje existente.”

3.3. Motivação das contratações temporárias

Determinação:

A administração deverá no prazo de 90 dias:

a) revisar os processos de contratação temporária do TJ Pará de forma a atender aos requisitos legais, fazendo constar no contrato de serviço temporário cláusula de motivação para o ato e dados profissionais do contratado, de forma a comprovar a qualificação deste para desempenho das atividades;

b) *revisar o quadro de pessoal do Poder Judiciário do Pará para redução do número de servidores temporários lotados na capital do estado, por não caracterizar situação excepcional. (grifo nosso)*

Ou seja, o próprio Conselho, quando em inspeção preventiva realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Pará constatou que a situação não caracteriza situação excepcional, mas sim falta de planejamento daquele Tribunal.

Além da afronta à Constituição da República, mesmo que se justificasse o processo seletivo efetuado pelo TJE, o que não é o caso, ainda assim a conduta seria ilegal, porquanto não se assegura a imparcialidade, a lisura e a objetividade na seleção do pessoal e afronta a moralidade, pois o mesmo prevê em seu item 3.1 seleção por análise de experiência profissional, formação escolar ou acadêmica, participação em curso e seminários, sem que haja ao menos uma prova para seleção.

As contratações afrontam a CRFB/88, burlando o caráter temporário de excepcional interesse público previsto no inc. IX do art. 37 da CF, sendo que a conduta administrativa afronta, em principal, a todos os potenciais interessados que poderiam prestar serviço ao Tribunal, através de aprovação em concurso público, onde todos têm as mesma condições de ingressar no serviço pretendido.

Deste modo, espera o MPT que esse Conselho faça valer sua determinações e em especial o cumprimento da Constituição Federal vilipendiada por órgão que deveria ser o primeiro a fazer valer os seus comandos.

4. Do pedido liminar

É plenamente justificada a concessão de provimento liminar antecipando o próprio *meritum causae*, consubstanciado em imposição de obrigação de

não fazer, desde que presentes seus requisitos próprios, ou seja, a fumaça do bom direito e o perigo da demora, que serão examinados a seguir:

Fumus boni juris. O fato material probatório acostado aos autos, corroborado pela pormenorizada demonstração da violação do ordenamento jurídico, exprime a veracidade dos fatos narrados e justifica plenamente a concessão da liminar, por amparar-se o pedido de provimento liminar em preceitos constitucionais e legais atinentes à matéria, atrás colacionados.

Demonstrou-se, à saciedade, a frontal violação, em especial, do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará demandado infringe o direito constitucional de livre acesso aos cargos públicos pela via única do concurso, privilegiando, *contrario sensu*, um grupo seletivo de pessoas.

Dessa forma, o pleito formulado busca assegurar aos cidadãos, inclusive aos desempregados, o direito a concorrerem a um cargo público em igualdade de condições, com observância das regras de um verdadeiro concurso público.

Periculum in mora. A continuidade da ação do Tribunal causa danos de difícil (ou impossível) reparação aos direitos dos cidadãos e ao próprio ordenamento jurídico, diante da conduta do ente público, subvertendo a legalidade, a moralidade, a eficiência, a impessoalidade e a isonomia que devem lastrear a Administração Pública, que impõe a adoção de imediata medida judicial para afastar o risco de contratações irregulares, porque remanesce o perigo de utilização do expediente combatido, o que só será prevenido com a imposição liminar de obrigação de não mais admitir pessoal por meio de fraude.

Permitir a continuidade das contratações sem concurso implica lesão aos direitos de um número cada vez maior de cidadãos que almejam um cargo público, mormente nos tempos de hoje, em que o desemprego atinge índices alarmantes.

Além disso, o Tribunal de Justiça ao publicar edital para novas contratações temporárias, descumpra acintosamente as determinações desse Conselho, conforme se demonstrou acima, pois tais cargos não podem ser enquadrados dentre as hipóteses de excepcional interesse público ante a existência de grande número de contratos temporários em vigor, o que enseja a pronta atuação do *Parquet* e do CNJ.

Em suma, não é possível se garantir a perfeita reparação dos danos emergentes que forem causados no curso da presente reclamação, caso seja permitida a continuidade das contratações irregulares, estando plenamente presentes, pois, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, pressupostos indispensáveis à concessão do mandado liminar vindicado, *in limine litis*, inclusive, *sem justificação prévia*, portanto.

Posto isso, requer o Ministério Público do Trabalho, **a concessão de MEDIDA LIMINAR**, *inaudita altera parte*, para, sob pena de crime de desobediência (art. 330 do CP) e/ou prevaricação (art. 319 do CP), bem como das penalidades previstas para o descumprimento de ordem judicial, inclusive interdição:

1. suspender o processo seletivo simplificado para contratação temporária até o julgamento final da presente reclamação, Edital n. 3/09, publicado no Diário de Justiça do Estado do Pará n. 4.331 de 8.5.2009 (Doc. 1);
2. determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará se abstenha de contratar novos servidores, por meio de contratação simplificada, em especial através do Edital n. 3/09, com base na Lei Complementar Estadual n. 7/91;
3. pede, também, que seja expedido mandado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na pessoa de seu Presidente, com a determinação da obrigação de não fazer, em sendo deferida a liminar, e, caso constatado o descumprimento ou recusa da ordem expedida por esse Conselho, que seja imediatamente comunicado o Ministério Público Estadual, para o oferecimento de denúncia criminal cabível.

5. Do pedido definitivo

Pelo exposto, requer o Ministério Público do Trabalho à V. Exa., que conceda a liminar requerida, e acolha todos os pedidos para:

1. declarar a nulidade do Edital n. 3/09, publicado no Diário de Justiça do Estado do Pará n. 4.331 de 8.5.2009 (Doc. 1), desconstituindo-o;
2. fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e da CRFB/88, no que se refere ao cumprimento da regra do acesso ao cargo público e ao concurso público;
3. determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará se abstenha de contratar servidores por seleção simplificada de pessoal e sem a

prévia aprovação em concurso público, e em especial por meio do Edital n. 3/09, com base na Lei Complementar Estadual n. 7/91;

4. Que os aprovados no concurso público do certame que já está em andamento, conforme edital em anexo (Doc. 2), sejam nomeados de acordo com a ordem de classificação para as vagas abertas para a contratação temporária.

Requer-se a notificação do TJ/PA, por meio do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para responder a presente reclamação.

Protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito permitidos, em especial os documentos juntados nesta reclamação;

Requer ainda, que em caso de procedência da presente reclamação, seja expedido ofício para o Ministério Público Estadual, comunicando a decisão, para que essa instituição possa responsabilizar o agente causador do dano.

Pede-se, por fim, a observância às prerrogativas institucionais e processuais conferidas pela Lei Complementar n. 75/93 (LOMPU) a todos os Membros do Ministério Público da União, em especial a **intimação pessoal e nos autos** dos Membros que subscrevem a presente petição (arts. 18, II, *h*, e 84, IV, da LC n. 75/93), de toda e qualquer decisão proferida neste feito, a se efetivar na sede da Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, no endereço atrás indicado.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Belém, PA em 14 de maio de 2009.

Faustino Bartolomeu Alves Pimenta
Procurador do Trabalho

Hideraldo Luiz de Sousa Machado
Procurador do Trabalho

Loris Rocha Pereira Junior
Procurador Regional do Trabalho

Roberto Ruy Rutowicz Netto
Procurador do Trabalho

Sandoval Alves da Silva
Procurador do Trabalho

Relação dos documentos em anexo:

Doc. 1 — Edital n. 3/09, publicado no Diário de Justiça n. 4.331 de 8.5.2009 para contratação temporária de excepcional interesse público;

Doc. 2 — Edital n. 2/09, publicado no Diário de Justiça do Estado do Pará de 26.1.2009, para contratação de servidores por concurso público realizado pela Fundação Carlos Chagas;

Doc. 3 — Edital de Convocação para a realização prova objetiva do concurso realizado pela Fundação Carlos Chagas a ser realizada em 17.5.2009;

Doc. 4 — Auto de Inspeção Preventiva do Excelentíssimo Corregedor do Conselho Nacional de Justiça Ministro Gilson Dipp (Portaria n. 90/08);

Doc. 5 — Planilha divulgada pela Fundação Carlos Chagas com a relação do quantitativo de candidatos inscritos para o concurso público de provimento efetivo.

**RECURSO DE REVISTA — ÓRGÃO INTERVENIENTE —
RENÚNCIA DE DIREITO POR SINDICATO
SUBSTITUTO PROCESSUAL**

EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

Processo n. 83-2008-018-05-00-3

O Ministério Público do Trabalho, por sua procuradora infra-assinada, nos autos do processo em epígrafe, na qualidade de *custos legis*, amparado pelo art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85 (LACP) c/c art. 83 do CPC, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, inconformado com o v. acórdão de fl. 255, interpor

RECURSO DE REVISTA

Nos termos dos arts. 896, alínea *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Desta forma, requer a Vossa Excelência a juntada das razões, em anexo, para que, depois de admitido e devidamente processado o presente recurso, sejam aquelas remetidas à apreciação do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Termos em que,
Pede Deferimento,
Salvador, 19 de junho de 2009.

Janine Milbratz Fiorot
Procuradora do Trabalho

Processo: TRT — 5ª Reg. — 3ª Turma — 83.2008.018.05.00.3 RO

Origem: 18ª Vara do Trabalho de Salvador

Recorrente: Ministério Público do Trabalho

Recorridos: Sindicato dos Trabalhadores em Limpeza, Asseio, Conservação, Jardinagem e Controle de Pragas Intermunicipal e Outros.

RAZÕES DO RECURSO DE REVISTA EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR

Eminentes Ministros

1. Relatório

Trata-se de recurso de revista aviado contra o v. acórdão proferido pelo Eg. TRT da 5ª Região na apreciação do Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho, atuando como órgão interveniente na ação coletiva ajuizada pelo Sindilimp em face da Conservadora Mundial Ltda. e Município de Salvador, cujo teor dispõe sobre atraso no pagamento de salários e do não pagamento de verbas trabalhistas/rescisórias decorrentes do término do contrato de trabalho.

No processo, foi realizada audiência, aos dezesseis dias do mês de abril do ano de 2008, onde foi homologado acordo firmado entre as partes, cujo teor dispõe sobre tansação acerca da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Conforme pactuado, ficou estabelecido entre as partes que, a título da referida multa, *deveria ser pago ao Sindicato o correspondente a 50% (por cento) do valor efetivamente devido, verba esta a ser repassada aos substituídos.*

Em virtude de fato alheio a sua vontade, qual seja o fechamento do Corredor da Vitória, endereço da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, por ocasião de manifestação dos agentes comunitários de saúde do Município de Salvador, esta Procuradora ficou impossibilitada de comparecer a audiência supra referida, fato este informado ao Juízo através de petição devidamente protocolada, conforme fls. 205/209 destes autos.

Na mesma oportunidade, verificado que não foi determinada a intimação pessoal do membro do Ministério Público do Trabalho acerca do acordo judicial homologado, conforme preceitua o art. 83, inciso I, do CPC, foi requerida pela Procuradora Oficiante a reconsideração do acordo, para que o mesmo ficasse suspenso, até que o sindicato-autor trouxesse aos autos a concordância expressa de todos os trabalhadores substituídos no tocante à transação de 50% do valor da multa do art. 477, ou, não entendendo o Juízo pela suspensão, que fosse realizada a intimação pessoal do representante do Ministério Público do Trabalho, com remessa dos autos, a fim de que o *Parquet* pudesse interpor o recurso cabível.

Em análise do pleito, a MM. Juíza indeferiu o pleito de reconsideração do acordo e determinou a remessa dos autos a esta Procuradoria, a fim de que este Órgão Ministerial adotasse as providências que entendesse cabíveis, o que se fez através de interposição de Recurso Ordinário (fls. 218/227).

No Acórdão de fls. 255/260, a 3ª Turma do E. TRT 5ª Região negou provimento ao RO interposto pelo MPT, vencido o Excelentíssimo Desembargador Edilton Meireles, que lhe dava provimento.

É o sucinto relatório.

2. Da legitimidade do Ministério Público do Trabalho

Dispõe o art. 5º, § 1º da Lei n. 7.347/85 que:

“O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.”

Da mesma forma, prescreve o art. 92 da Lei n. 8.078/90 (CDC).

Destarte, nas ações ajuizadas pelos sindicatos de natureza coletiva (ação civil pública e/ou ação coletiva), o Ministério Público do Trabalho deve atuar no processo como *custos legis* desde o início do processo, como determina o art. 83 do CPC. *In verbis*:

Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I — terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II — poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

A atuação do Ministério Público do Trabalho como fiscal da lei nas ações coletivas propostas por sindicato dar-se-á para garantir a observância da ordem jurídica, especialmente do devido processo legal, podendo, o *Parquet*, até mesmo, opinar desfavoravelmente à pretensão do ente sindical.

No caso em análise, interessante notar que a intervenção do Ministério Público do Trabalho como *custos legis*, durante o processo, se deu não só pela natureza coletiva da lide, mas também considerando a existência do procedimento preparatório n. 9/08 instaurado na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, versando sobre os mesmos fatos narrados na presente lide.

Ante o exposto, inegável a legitimidade deste *Parquet* para intervir no feito.

3. Da tempestividade do recurso

O recurso ora interposto mostra-se absolutamente tempestivo, uma vez que o órgão oficiante do Ministério Público do Trabalho foi intimado e cientificado em 3.6.2009 (fl. 264). Observe-se que o *Parquet* laboral possui prazo em dobro para recorrer (consoante o art. 188 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 769 Celetista), pelo que o *dies ad quem* será 19.6.2009.

4. Do cabimento do recurso — Art. 896 da CLT

O Recurso de Revista mostra-se como o meio adequado para que a parte, inconformada, questione decisão nos moldes do r. acórdão recorrido. Nestes termos prevê a Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

“Art. 896. Cabe recurso de revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma,

ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte.”

4.1. Da Divergência Jurisprudencial quanto à possibilidade do sindicato, enquanto substituto processual, renunciar direito sem anuência expressa dos substituídos

Primeiramente, os dispositivos legais em que há interpretação diversa são os art. 8º, III da CF, art. 6º do CPC, art. 82, IV da Lei n. 8.078/90.

O Acórdão recorrido assim se pronunciou:

“Não se vislumbra nos autos qualquer irregularidade ou nulidade na conciliação firmada pelo sindicato autor na condição de substituto processual, eis que assegurada na forma do inciso III, art. 8º, da Constituição da República, legitimidade ampla para defesa dos substituídos e dos integrantes da categoria.

(...)

Legitima a atuação do sindicato autor em nome dos substituídos — diga-se, inclusive em grande número presente à audiência — não se limita a ajuizar a reclamação, **também alcança a possibilidade de transacionar, defendendo o interesse coletivo, ainda que a princípio possa configurar prejuízo individual, que diz o recorrente pretender resguardar.**

Veja que a transação homologada, com renúncia de direito, alcança parcela inserida no núcleo da disponibilidade dos direitos patrimoniais, instituída em favor da parte credora — empregado — pela mora do devedor — empregador.

Diga-se mais que **não investe o recorrente contra a transação em si, mas em relação aos seus efeitos, exigindo manifestação individual dos substituídos para a sua validade — razão de pretender seja conferida quitação parcial** — sem, contudo, mencionar um só foco de resistência.

Válida a transação, decorrente de legítima atuação da entidade sindical como substituto processual, considerada a amplitude que lhe conferiu o inciso III, art. 8º, da Constituição da República, não atraindo a restrição proclamada pelo recorrente, **dispensando qualquer manifestação individual dos substituídos.**” Negritos acrescidos.

A fim de demonstrar a divergência jurisprudencial para cabimento do Recurso de Revista, apresenta-se os seguintes julgados:

“EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. ACORDO CELEBRADO POSTERIORMENTE À PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. EFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS SUBSTITUÍDOS.

Ajuizamento de reclamação trabalhista pelo Sindicato na qualidade de substituto processual, pleiteando o pagamento de adicional de periculosidade, a qual foi julgada procedente. Superveniência de acordo celebrado entre o Sindicato e a Reclamada, o que ensejou a propositura de ação rescisória por parte de alguns dos substituídos. **Ineficácia do ajuste em relação a estes, haja vista a impossibilidade da prática, pelo Sindicato, de todos os atos processuais próprios dos substituídos, sobretudo aqueles que importem em disponibilidade do direito material destes.**” Procedência da pretensão rescisória com fundamento no inc. VIII do art. 485 do CPC. Recurso ordinário a que se nega provimento. Fonte DJ data: 7.2.2003. Partes recorrente: Cia. União dos refinadores — açúcar e café. Recorridos: Aluizio Nerys de Souza e Outros. Relator Ministro Gelson de Azevedo. Processo TST ROAR n. 746.974/2001.3.

No decorrer deste Acórdão⁽¹⁾ desta Eminent Corte, adota-se tese igual a defendida por este *Parquet* neste recurso, *in verbis*:

“Daí decorre que, como o Sindicato, na substituição processual, vem a juízo apenas como titular da ação, não, porém, como titular do direito material, não lhe é dada a prática de todos os atos processuais próprios do substituído, sobretudo aqueles que importem em disponibilidade do direito, de que são exemplos a renúncia e a transação.”

Outro julgado em que há interpretação diversa da realizada pelo Acórdão Recorrido:

“EMENTA: SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITES. A Substituição Processual constitui hipótese excepcional de legitimação para a causa, pela qual se atribui ao substituto o direito de ação para a defesa de direito material alheio. **Como titular do direito de ação pode praticar atos processuais que são próprios das partes. No entanto, encontra limites, uma vez que lhe é defeso praticar atos de disposição do direito material, sem a expressa autorização de seu titular.** A defesa de um

(1) Vide cópia em anexo.

direito não se confunde com atos de disposição, tais como transação ou renúncia.”

Fonte: DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 3.9.2004. Partes autor(s): Antonio Aparecido Pulgrossi, Arnaldo Scatigno, Damiao Marcolino Alves, Roberto Lucena Nobrega, Valto Fogaça de Souza. Réu(s): Proquigel Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda. Sind. dos Trab. nas Ind. Químicas e Farmacêuticas de Santo André/SP. Relator João Carlos de Araújo. Revisor(a) Delvio Buffulin. AP n. 21.158 — Agravo de Petição n. 5.5339.98.2

Configurado, portanto, o dissenso pretoriano ensejador do conhecimento da revista, com fulcro no art. 896, *a*, da CLT, já que a decisão hostilizada, ao contrário dos arestos paradigmas transcritos, entendeu que o sindicato, enquanto substituto processual, não pode dispor de direito material que não lhe pertence, sem a expressa autorização de seu titular (o substituído).

5. Do mérito

Adota-se como fundamento para reforma do acórdão recorrido os mesmos argumentos expostos no item anterior, quando da análise dos pressupostos intrínsecos, das quais deixa de transcrever para evitar repetição.

No mais, verifica-se que no Acordo Homologado pelo D. Juízo da 18ª Vara do Trabalho, há previsão de pagamento da multa do art. 477, § 8º, no importe de 50% (cinquenta por cento) do seu valor, conforme cláusula 1ª.

Da mesma forma, é estabelecido, na cláusula 2ª do acordo suprarreferido, **que com o cumprimento do acordo é conferida plena, geral e irrevogável quitação das parcelas objeto da ação.**

Assim, visando demonstrar o irregular procedimento adotado pelo sindicato-substituto, ao dispor de direito que não lhe pertence, bem como a impossibilidade de ser conferida a quitação, nos moldes da cláusula 2ª do acordo firmado, em relação aos trabalhadores que não anuíram com a renúncia de direito homologada perante à Justiça do Trabalho, convém tecer-se considerações acerca do instituto da substituição processual, configurada na presente lide.

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 6º, que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei**”.

Tal regra, cujo teor demonstra a **excepcionalidade** da substituição processual, é justificada devido ao fato de **o titular da ação não coincidir com**

o titular do direito, não podendo assim, adotar determinadas atitudes conferidas exclusivamente ao titular do direito material, a exemplo da renúncia.

Conforme ensina *Bolívar Viégas Peixoto*, ao analisar o instituto da substituição processual, tem-se que esta consiste na:

*“ocorrência que se dá no processo de alguém postular, em nome próprio, um **direito de outrem**, como é o caso do sindicato de uma categoria que postula em seu próprio nome os direitos dos elementos daquela categoria” — grifos acrescidos (Estudos de direito processual do trabalho. Belo Horizonte: Censi, 2000).*

Da mesma forma, ensina *Carlos Henrique Bezerra Leite*, que:

*“A doutrina pátria majoritária vem reconhecendo que o instituto da substituição processual, cuja origem é atribuída a *Kohler*, *Wach* e *Chiovenda*, consiste na permissão legal para que alguém atue em juízo como parte (autor ou réu), em nome próprio, mas postulando **direito alheio**” — negrito acrescido. (Curso de direito processual do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 317).*

No caso em análise, é indiscutível a possibilidade de atuação do Sindicato réu como substituto processual, conforme prevê o art. 8º, III, da CF/88 c/c art. 5º, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, da Lei n. 8.078/90. Porém, consubstanciado nos conceitos acima expostos, bem como no posicionamento jurisprudencial atualmente adotado, o que este Órgão Ministerial questiona é o fato do sindicato transpor aos limites que lhe são dados pelo ordenamento, adotando conduta que só poderia ser dada pela **autorização expressa** de todos os substituídos.

Conforme *Manoel Antônio Teixeira Filho* afirma:

*“A fortiori, estará o substituto processual impedido de renunciar o direito material (que dá conteúdo à ação), pois *nem sequer detém a titularidade desse direito.*” — grifos acrescidos (Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1992).*

Considerando que o acordo celebrado entre as partes na verdade corresponde à **renúncia** dos direitos dos trabalhadores, e ainda, considerando que esta renúncia foi realizada pelo sindicato na condição de substituto processual, visível é o fato de que a entidade está agindo de forma contrária ao ordenamento jurídico e aos princípios gerais do direito.

Vejamos o que ensina *Ronaldo Lima dos Santos*, em sua obra *Sindicatos e ações coletivas — acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003:

“Os institutos da renúncia e da transação nas ações coletivas, não diferem daquilo que esposamos a respeito do seu cabimento nas ações de cumprimento, tendo em vista que, em ambas as espécies de demandas, o ente legitimado atua na condição de substituto processual, isto é, **em nome próprio na defesa de direito alheio**. *O ente sindical não pode efetuar atos que impliquem disposição ou alienação da pretensão deduzida em juízo, posto que de titularidade dos trabalhadores substituídos.*

A legitimação sindical para a defesa de direitos individuais homogêneos somente é concedida como forma de viabilizar a tutela processual coletiva desses direitos, *não se encontrando entre as faculdades dela decorrentes o poder para a prática de disposição de direitos materiais*”. (negrito e itálico acrescidos).

Perfilhando o mesmo entendimento, em Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, p. 159-170, maio 1998, ensina o Procurador Xisto Tiago de Medeiros Neto que:

“(…) **a condição de substituto processual do sindicato autor constitui um empecilho à possibilidade de transacionar**, dispondo assim, de direito material que não lhe pertencia, pois integrante da órbita jurídica alheia, circunscrita aos trabalhadores substituídos.

A condição de substituto processual não se presta a exorbitar a disponibilidade do direito de ação para atos que impliquem em prejuízo e subtração, direta ou indireta, do direito material dos substituídos. Isto é princípio basilar que norteia o instituto (...).

Não se diga, ademais, que o procedimento estaria legitimado com a autorização obtida na Assembleia realizada. É inconcebível que o direito material individualmente considerado, pertencente a cada um dos trabalhadores integrantes da relação de beneficiários da ação, venha a ser renunciado por decisão coletiva, da qual participante parcela ínfima do total de trabalhadores. Tal representação não tem o condão de dispor sobre a esfera jurídica pessoal e patrimonial de cada um dos integrantes da classe obreira.” (negrito acrescido)

O vício apontado na conduta do Sindicato, inclusive, foi objeto de notificação enviada ao réu, no curso do Procedimento Preparatório de n. 9/08, instaurado no âmbito desta Procuradoria, cujo teor indicava a necessidade de realização de Assembleia visando colher de **todos os substituídos** a anuência da renúncia perpetrada no acordo.

Em resposta, alegou o Sindicato que realizaria Assembleia Geral para tal fim, e que, oportunamente, apresentaria a ata da Assembleia realizada, com a respectiva anuência dos trabalhadores.

Aduziu ainda, que “os trabalhadores, que por ventura não aceitaram o acordo, terão sua tutela resguardada, via reclamação trabalhista individual, pleiteando o residual de 50% da multa do art. 477 da CLT, patrocinada por nosso Departamento Jurídico”.

Porém, em petição posterior apresentada a esta Procuradora, o Sindicato demonstrou o descomprometimento em cumprir o que foi afirmado a este Órgão, bem como a inveracidade das informações prestadas, já que além de juntar aos autos declaração de 73 trabalhadores anuindo a renúncia parcial da multa prevista no art. 477, § 8º, afirmando que este número representava a maioria dos trabalhadores, *quando na verdade não representa nem a metade*, informou também que “caso algum trabalhador não concorde com o acordo firmado, ficará impedido de tutelar judicialmente a referida verba, face a quitação geral enunciada na cláusula 2ª do Acordo Judicial”.

Uma vez demonstrado que o “acordo” entre sindicato e reclamada nos autos deste processo, trata-se de fato, de renúncia dos direitos dos reclamantes, esta renúncia somente poderá ser homologada após exteriorizada a vontade de **todos os substituídos, para que se manifestem a respeito, já que, como titulares do direito, apenas eles podem renunciá-lo**. Não tendo sido unânime a autorização para tal renúncia, nem tão pouco a vontade da maioria, já que o número de substituídos corresponde a cerca de 315 trabalhadores, **não poderia o Sindicato pactuar cláusula de quitação geral, irrestrita e irrevogável, já que tal disposição afronta diretamente os direitos dos trabalhadores que, frise-se mais uma vez, são os verdadeiros titulares dos valores transacionados**.

O que deveria ser instituído, na verdade, seria cláusula em que fosse assegurada a propositura de ação individual por parte dos trabalhadores que não concordassem com a renúncia, em relação aos 50% (cinquenta por cento) restantes, bem como a **ampla divulgação de tal direito pelo Sindicato**.

Por tal motivo, não pode o Ministério Público do Trabalho, incumbido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de natureza indisponível, permitir que tais condutas passem a ser adotadas pelas entidades sindicais e, ao mesmo tempo, tenham o consentimento do Judiciário ao homologar acordos de tais espécies.

Em nenhum momento, pretende este Órgão impedir que sejam transacionados direitos por parte dos trabalhadores, assistidos pelos respectivos Sindicatos, através de concessões mútuas, já que tal possibilidade é conferida pelo ordenamento jurídico. Exatamente por isso, foi solicitado em petição

dirigida a D. Juíza da 18ª Vara do Trabalho, não a anulação do acordo, mas sim, que fosse reconsiderada a homologação do mesmo, para que este ficasse suspenso, até que o Sindicato-autor trouxesse aos autos concordância expressa de todos os trabalhadores substituídos, no tocante a renúncia de 50% do valor da multa, podendo a mesma ser feita através de Assembleia Geral onde conste a assinatura de todos os substituídos, e resguardando-se o direito dos substituídos que não concordarem com a redução da multa do art. 477 da CLT.

Porém, tal pleito não foi deferido, motivo pelo qual este *Parquet* recorreu da decisão proferida, através de Recurso Ordinário, e agora, recorre de revista.

Deve-se levar em consideração, também, o fato de que quando da assinatura do acordo, a empresa responsável pelo pagamento das verbas dos trabalhadores possuía receita suficiente para adimplir a obrigação, já que após a pactuação do mesmo, sobrou valores devidos pelo Município de Salvador à CM Conservadora Mundial Ltda. *Ou seja, mais uma vez, restou demonstrada a renúncia da multa do art. 477 e não transação, pois não houve concessões recíprocas, o que é fundamental para caracterizar uma transação. No mais, não havia dúvida ou incerteza a respeito da incidência da multa acima referida.*

Assim, diante da incontrovérsia da verba em questão e diante do fato de que havia numerário suficiente da empresa CM Conservadora para adimplir a obrigação, notório é o fato de que sequer seria necessária a existência de “transação” atinente à multa. Porém, como já foi exposto anteriormente, não se discute aqui a realização da transação, que é permitida pelo ordenamento, *mas sim, a disposição parcial de direitos por aquele que na verdade atua processualmente, sem, no entanto, ser o titular material dos valores discutidos.*

Infelizmente, é notório o fato de que as entidades sindicais no Brasil, apesar da proteção conferida pela Constituição Federal, não tem, em muitas vezes, efetuado a proteção necessária aos interesse dos trabalhadores, motivo pelo qual a intervenção do *Parquet* Laboral se faz necessária para o resguardo de tais interesses.

O Acórdão recorrido utilizou como premissa para permitir a renúncia da metade da multa do art. 477 pelo sindicato os seguintes argumentos:

1) “não se vislumbra nos autos qualquer irregularidade ou nulidade na conciliação firmada pelo sindicato autor na condição de substituto processual, eis que assegurada na forma do inciso III, art. 8º, da Constituição da República, legitimidade ampla para defesa dos substituídos e dos integrantes da categoria.” — fl. 258.

2) “a transação homologada, com renúncia de direito, alcança parcela inserida no núcleo da disponibilidade dos direitos patrimoniais, instituída

em favor da parte credora — empregado — pela mora do devedor — empregador.” — fl. 259.

Em relação ao item 1, este Ministério Público, em momento algum, questiona a legitimidade do sindicato para atuar na defesa dos integrantes da categoria, pois amparado no art. 8º, III da CF c/c Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Assim, o que se questiona, é a possibilidade do sindicato, em nome próprio, ou seja, sem autorização dos titulares do direito material postulado, renunciar a este direito.

Em relação ao item 2, a e. Turma do Tribunal Regional prolator do Acórdão recorrido alega serem disponíveis os direitos patrimoniais trabalhistas objetos da renúncia realizada pelo sindicato, razão pela qual seria possível tal renúncia.

Ora, independente de se admitir a disponibilidade ou não de créditos trabalhistas quando objetos de acordo judicial, aqui o que se discute não é isso e sim a possibilidade do sindicato, enquanto não titular do direito, realizar esta disposição de parcela que pertence ao trabalhador substituído, e que, inclusive, gerou quitação geral do extinto contrato de trabalho.

Como foi dito, **a condição de substituto processual não autoriza a disposição de direitos, seja a título de renúncia, desistência, ou de conduta que deve ser atribuída exclusivamente ao titular de direito material, que, no caso em análise, são os trabalhadores substituídos.**

Inolvidável que, seja pelas disposições do art. 8º, inciso III, da Constituição da República, seja pelo que determinam os arts. 82, inciso IV, do CDC e 843 da CLT, os sindicatos podem atuar como substitutos processuais da categoria que representam, sendo desnecessários, em princípio, a autorização individual e o arrolamento prévio dos substituídos, para que a ação seja proposta e para que seja proferida decisão genérica no processo de conhecimento, fixando a responsabilidade do réu pelos danos individuais, na forma do art. 95 da Lei n. 8.078/90. Consagrando este entendimento, o C. Tribunal Superior do Trabalho procedeu ao cancelamento da Súmula n. 310.

O ponto nodal da presente lide é a possibilidade ou não de o substituto processual transacionar direitos de terceiros, promovendo efetiva renúncia de direitos trabalhistas, fazendo-o sem autorização expressa e específica. Note-se que alega o sindicato possuir autorização assemblear. Registre-se, que mesmo a realização de assembleia-geral não sana o vício da legitimidade sindical para a celebração do respectivo ajuste. Isso porque, far-se-ia necessária a autorização expressa de cada um dos trabalhadores substituídos, na condição de verdadeiros titulares da relação de direito material deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*), o que certamente não se verificou no presente feito.

Assim, demonstrar-se-á aqui o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião maior da nossa Constituição, bem como da jurisprudência pátria como um todo.

O Excelso Pretório, em diversos julgamentos em que há a presença de parte na qualidade de substituto processual, tem cada vez mais reforçado o entendimento aqui exposto, inclusive destacando que apesar dos sindicatos serem legitimados extraordinários, atuam em nome próprio, **defendem direito alheio**, sendo incabível dispor do direito material, faculdade esta atribuída aos substituídos, verdadeiros titulares do direito material.

Em consonância ao aqui disposto, confirmam-se o seguinte julgado:

“EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI, DA CB/88. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA TARDIO. JULGAMENTO INICIADO. NÃO CABIMENTO. CONTINUIDADE DO PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. É incabível o pedido de desistência formulado após o início do julgamento por esta Corte, quando a maioria dos Ministros já havia se manifestado favoravelmente à concessão da medida. 2. O mandado de injunção coletivo, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser utilizado como meio de pressão sobre o Poder Judiciário ou qualquer entidade. 3. Sindicato que, na relação processual, é legitimado extraordinário para figurar na causa; sindicato que postula em nome próprio, na defesa de direito alheio. **Os substitutos processuais não detêm a titularidade dessas ações.** O princípio da indisponibilidade é inerente às ações constitucionais. 4. Pedido de desistência rejeitado. Prosseguimento do mandado de injunção.

(...) Outro aspecto há ainda de ser considerado, atinente à legitimidade da desistência pleiteada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará. O impetrante representa os interesses dos servidores públicos do Poder Judiciário do Estado do Pará. O impetrante representa os interesses dos servidores públicos do Poder Judiciário daquela unidade federativa. Sindicato que, na relação processual, é legitimado extraordinário para figurar na causa; sindicato que postula em nome próprio, **porém, na defesa de direito alheio.**

A representação sindical consiste na defesa e proteção de interesses dos membros de determinada classe de trabalhadores. A doutrina diverge quanto à necessidade do controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas. **Parece-me todavia inadmissível que uma entidade, pelo fato de receber autorização legal para a defesa de interesse de determinado grupo, possa agir de modo ilimitado.** (...)”. (negritamos). (MI-QO 712/PA — Ministro Relator: Eros Roberto Grau, 2007).

Portanto, está devidamente comprovado que v. acórdão vulnerou os dispositivos contidos no art. 6º do Código de Processo Civil e art. 8º, III da Constituição Federal.

Desta forma, demonstrada a divergência jurisprudencial e a violação de lei, postula a reforma do v. acórdão que negou provimento ao Recurso Ordinário interposto

6. Conclusão

Em face de todo o exposto, o Ministério Público do Trabalho requer, já que cumpridos os requisitos das alíneas *a* do art. 896 da CLT, que o presente Recurso de Revista seja admitido. No mérito, espera-se que o recurso seja provido, reformando-o o v. acórdão recorrido, julgando procedentes os pedidos formulados no Recurso Ordinário pelo *Parquet* Laboral, quais sejam:

1) conste do acordo homologado pela 18ª Vara do Trabalho, a ressalva do direito, de cada substituído que não tenha anuído, expressamente, com a renúncia de 50% da multa do art. 477, § 8º da CLT, de pleitear em ação própria o valor residual renunciado no acordo homologado.

2) a invalidação parcial da cláusula 2ª do acordo firmado, para que se faça valer o disposto no item acima, devendo tal direito ser alvo de ampla divulgação, por parte do sindicato, que deverá apresentar em juízo a comprovação de tal divulgação.

Termos em que,

Pede Deferimento,

Salvador, 19 de junho de 2009.

Janine Milbratz Fiorot
Procuradora do Trabalho

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — ESTATAL — CARGO EM COMISSÃO, TERCEIRIZAÇÃO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA^(*)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRABALHO DA ____ª VARA
DO TRABALHO DE SALVADOR/BA

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, com sede na Av. Sete de Setembro, n. 308, Corredor da Vitória, Salvador-BA, neste ato representado pela Procuradora signatária, com fundamento nos arts. 127 a 129 da Constituição Federal; 83, incisos I e III, da Lei Complementar n. 75/93 e Lei n. 7.347/85, com os acréscimos introduzidos pela Lei n. 8.078/90, vem, perante Vossa Excelência, promover

Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela,

em face da

Bahia Pesca S/A, empresa pública, vinculada à Secretaria de Agricultura, Irrigação e Reforma Agrária do Estado da Bahia, com sede na Av. Adhemar de Barros, n. 967 — Ondina — Salvador BA — CEP: 40170-110 e do Diretor-presidente da Bahia Pesca S/A, Sr. Aderbal de Castro Meira Filho, com domicílio profissional a Av. Adhemar de Barros, n. 967 — Ondina — Salvador-BA — CEP: 40170-110, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

(*) Decisão na seção de Jurisprudência.

I — Dos fatos

O Ministério Público do Trabalho instaurou de ofício procedimento preparatório em face da Bahia Pesca S/A, mediante Portaria PRT n. 5 — Núcleo Moralidade Administrativa n. 2/08, com o escopo de averiguar contratações irregulares no âmbito da Administração Pública Indireta do Estado da Bahia, sobretudo no tocante à **ausência de concurso público** para admissão de pessoal. O referido procedimento foi convertido no Inquérito Civil n. 214/08, que segue anexo à presente ação.

Dando-se prosseguimento à investigação, procedeu-se à notificação da denunciada e ora Ré para que enviasse a essa Procuradoria os seguintes documentos relacionados à contratação de pessoal:

1. regimento do Ente e cópia da lei que prevê a contratação temporária para excepcional interesse público (art. 37, IX da Constituição Federal), se houver;
2. lei(s) que cria(m) os cargos e/ou empregos/funções, inclusive cargos em comissão e funções de confiança, com especificação da nomenclatura, atribuições, remuneração, e quantitativo por cargo, emprego ou função;
3. relação discriminada e atualizada de todos os servidores/empregados públicos que foram contratados por concurso público e que estão na ativa, precisando o nome do ocupante, o cargo, a data de admissão, bem como o número do edital do concurso público ao qual tenha sido aprovado e nomeado;
4. relação discriminada e atualizada de todos os empregados que foram contratados sem concurso público e que estão na ativa, constando a data de admissão e respectiva função e lotação;
5. relação nominal atualizada do pessoal admitido para provimento de cargo em comissão ou função de confiança, com indicação do cargo ou função ocupada e data de nomeação;
6. relação nominal e atualizada de todos os empregados que foram admitidos através de contratação temporária (art. 37, IX CF) ou pelo REDA, especificando a função, prazo de contratação (termo inicial e final) e prorrogação, se houver, bem como, o amparo legal para a contratação (lei, decreto etc.) e a prova da existência da situação de excepcional interesse público que justificou a contratação. Informar,

ainda, se houve processo seletivo simplificado para a contratação, indicando os meios de divulgação e os critérios utilizados para a seleção;

7. informar quais os serviços são atualmente terceirizados no âmbito do Ente, com cópias dos respectivos contratos; e

8. informar se, atualmente, mantém contratos com cooperativas de mão de obra. Em caso afirmativo, anexar cópia dos contratos e relação nominal do pessoal que lhe presta serviços, com indicação da função e lotação.

Em 11.6.2008, a denunciada e ora Ré respondeu à notificação, informando que não existe lei criando cargos/funções, assim como contrato com cooperativa para intermediação de mão de obra. Na oportunidade, enviou alguns documentos, a partir da análise destes foi possível concluir o seguinte:

1. A Bahia Pesca S/A mantém contrato com empresa terceirizada para a prestação de serviços de conservação e limpeza.

2. A empresa pública, criada em 1982, **nunca realizou concurso público desde a sua criação**. Há 49 (quarenta e nove) empregados admitidos sem concurso público antes de 1988, sendo que 6 (seis) estão à disposição de outras entidades. A Bahia Pesca, inclusive, não possui Plano de Cargos e Salários (PCCS), conforme relatou o assessor jurídico da empresa em audiência realizada na sede desta Procuradoria (ata à fl. 111 do IC n. 214/08).

3. Existem 13 (treze) empregados que ingressaram no quadro através de contratação temporária, sendo que os prazos de contratação variam entre 6.2006 e 7.2007 e as respectivas prorrogações se encerraram, em regra, em 6.2008.

4. Segundo os dados colhidos na investigação promovida por este *Parquet*, há 79 (setenta e nove) empregados ocupando cargos comissionados, dentre eles, 23 (vinte e três) são servidores efetivos admitidos por concurso público em outras entidades.

5. Os **cargos em comissão** da referida empresa pública estadual têm sua criação e especificação estabelecidas no Regimento Interno. São previstos 18 (dezoito) cargos em comissão, veja: Diretor Presidente; Diretor Técnico; Assessor de Planejamento; Assessor Técnico; Assessor Jurídico; Assessor de Imprensa; Assessor de Informática; Assessor de Apoio Administrativo; **Secretário Administrativo I; Secretário**

Administrativo II; Gerência de Desenvolvimento Organizacional; Gerência Técnica; **Subgerente**; Gerência de Produção; **Chefe de Unidade A**; **Chefe de Unidade B**; Gerência Administrativo-Financeira; e **Chefe de Setor**. Da análise das atribuições de cada cargo, observou-se que grande parte dos cargos estabelecidos como comissionados podem perfeitamente ser providos de forma efetiva, pois agrupam atividades que em nada se coadunam com os conceitos de direção, chefia e assessoramento. Destaca-se os seguintes cargos: **Secretário Administrativo I e II, Subgerente, Chefe de Setor e Chefe de Unidade A e B**.

Evidencia-se que o quadro de pessoal da entidade encontra-se organizado conforme tabela abaixo, **não havendo notícia de qualquer concurso público** que tenha sido realizado ou que esteja em vias de consecução.

Forma de contratação	Quantidade
Admissão sem concurso público (antes de 1988)	43
Admissão por meio de contratação temporária	13
Cargos em comissão	56
Servidores de outros órgãos à disposição da entidade, ocupando cargos em comissão	23

II — Do direito

II.1. Da impossibilidade de criação de “empregos em comissão” pelas empresas públicas e sociedades de economia mista

Antes de discorrer sobre a possibilidade de criação de empregos em comissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista, faz-se mister afastar, de logo, qualquer tese que vise negar a competência da Justiça do Trabalho.

A Bahia Pesca S/A, empresa pública vinculada à Secretaria de Agricultura e Reforma Agrária do Estado da Bahia, compõe a Administração Pública Estadual Indireta, sendo que seus empregados são regidos pela CLT. Assim, estão submetidos à competência da Justiça do Trabalho.

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A Ministra Ellen Graice, então presidente do STF, indeferiu pedido de liminar feito em Reclamação (RCL 5786) ajuizada pela Infraero (Empresa Brasileira de

Infraestrutura Aeroportuária) para suspender decisão que obrigou a empresa a não admitir novos trabalhadores sem concurso para funções de confiança. Na oportunidade, a mencionada Ministra assim se pronunciou:

“Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária — Infraero, tem **natureza jurídica de empresa pública federal**, integrante da Administração Pública indireta, e **seus empregados são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho**. Assim, estão submetidos à **competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, I, da Constituição Federal**, que dispõe que compete à esta justiça especializada processar e julgar ‘as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios’. Observe-se que a competência estabelecida no dispositivo constitucional ora citado não se restringe a ‘relações de emprego’, pois se refere ‘a relações de trabalho’, razão pela qual os contratos especiais, de quaisquer modalidades, estão submetidos ao crivo da Justiça trabalhista. Dessa forma, não há que se falar em violação à decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal na ADI-MC n. 3.395/DF, uma vez que, nos termos da referida decisão, **foram excluídos da competência da Justiça do Trabalho os servidores estatutários, qualidade que não ostentam os trabalhadores comissionados que foram admitidos ao quadro funcional da Infraero por meio de contratos especiais, para o exercício de funções de confiança.**” (grifou-se)

Afastado qualquer argumento tendente a considerar incompetente a justiça laboral, passa-se às considerações sobre a possibilidade de criação de empregos comissionados e funções de confiança para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Inicialmente, urge esclarecer as noções conceituais de cargo público, emprego público, cargo em comissão e função de confiança.

Os titulares de cargos públicos são os servidores públicos propriamente ditos, submetidos ao regime jurídico estatutário. Os ocupantes de empregos públicos, por sua vez, são regidos pelo regime jurídico celetista. Ambos são providos por meio de concurso público, conforme dispõe o art. 37, II da CF:

Art. 37, II — a investidura em **cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração** (grifou-se).

Nos termos do art. 37, V, os cargos em comissão são destinados ao exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Art. 37, V — as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, **destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento** (grifou-se).

Os cargos em comissão caracterizam-se, portanto, pela confiança depositada em seus ocupantes. Percebe-se, pois, que os cargos comissionados dizem respeito às atividades de **direção política** e não ao desempenho de atividades técnicas. Assim, não se admite a criação de cargos em comissão com atribuições de cargos permanentes. Além disso, os seus titulares podem ser afastados *ad nutum* por conveniência da autoridade nomeante. Por tais razões é que constituem a única exceção em que ocorre o ingresso no serviço público sem prestar concurso público.

As funções de confiança também destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, porém **são necessariamente exercidas por servidores do quadro permanente**.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, que têm personalidade jurídica de direito privado, adotam obrigatoriamente o regime de empregos públicos, por força do disposto no inciso II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, equiparando-se, pois, aos empregadores da iniciativa privada.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Assim, tendo em vista que as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se, predominantemente, ao regime próprio das empresas privadas, não há que ser admitida a criação de cargos em comissão e/ou função de confiança nos moldes em que foi concebido para a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional.

Com efeito, a criação de cargos e empregos públicos no âmbito da Administração Direta e Autárquica depende de lei, de acordo com o disposto no art. 61, § 1º, a, da Constituição Federal.

Art. 61, § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II — disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na **administração direta e autárquica** ou aumento de sua remuneração.

No entanto, este procedimento não se aplica às sociedades de economia mista e empresas públicas, pois a regulamentação da criação de empregos públicos se dá através do Plano de “Cargos” e Salários, do Regimento Interno ou de outro instrumento normativo, prescindindo da criação do “cargo” (emprego) por meio de lei.

Por outro lado, a criação de cargos em comissão decorre de lei em sentido formal e material cujo conteúdo deve reservar percentuais mínimos a serem preenchidos por servidores ocupantes de cargos permanentes (art. 37, II c/c V, CF). No caso das sociedades de economia mista e empresas públicas, há apenas a previsão de criação de cargos que se assemelham aos cargos em comissão, por meio de previsão em lei, quanto aos ocupantes do Conselho de Administração e Fiscal, conforme é possível deduzir da exegese do art. 173, § 1º, IV e V, da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

IV — a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V — os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Nessa linha de raciocínio, devem ser consideradas as disposições dadas pela Lei aplicável à entidade paraestatal, conjugando-se com os preceitos contidos no Estatuto respectivo. Assim, em relação às sociedades de economia mista, devem ser observados os preceitos contidos na Lei n. 6.404/76 — Lei das Sociedades por Ações — em que há previsão de que a Assembleia Geral escolhe os membros do Conselho de Administração, e este escolhe os Diretores; a Assembleia Geral também escolhe os membros do Conselho Fiscal.

Todos os ocupantes desses cargos são eleitos e destituíveis segundo o procedimento previsto em lei ou no estatuto. **Desse modo, os ocupantes de tais cargos agem na qualidade de mandatários, eis que investidos do poder para a prática de atos de gestão em nome das entidades paraestatais e submetem-se à disciplina dada pela legislação civil.** Frise-se, portanto, que não se trata de relação de emprego nos moldes em que concebida no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Vê-se, assim, que as funções desempenhadas pelos ocupantes dos cargos que compõem os órgãos superiores, como Presidente e membros do Conselho Administrativo e Fiscal, destoam daquelas habitualmente atribuídas aos empregados de carreira e **apenas por essa razão há o permissivo legal para que a nomeação dos ocupantes destes cargos prescindia da prévia aprovação em concurso público.**

Ademais, percebe-se que os critérios que determinam a escolha dos Presidentes dessas entidades paraestatais são políticos, uma vez que devem ter convicção política alinhada com a do atual governante para permitir a execução do plano de desenvolvimento por este concebido.

Em suma, é importante que fique claro que a criação de CARGOS PÚBLICOS ou de EMPREGOS PÚBLICOS, ambos de provimento efetivo, dependem de lei, por força do art. 61, § 1º, a, da CF, mas gize-se, tão somente no âmbito da **Administração Direta e Autárquica**, o que exclui, portanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Com relação aos CARGOS EM COMISSÃO e às FUNÇÕES DE CONFIANÇA, mencionados no inciso V do art. 37, da CF, há que se entender que se trata de cargos e funções relacionados mais propriamente ao regime estatutário e não ao celetista, tanto é que a própria Lei Federal do Emprego Público (Lei n. 9.962/00) exclui a aplicação dessa mesma lei aos ocupantes de CARGOS EM COMISSÃO, eis que estes são declarados em LEI de livre nomeação e exoneração, na forma do inciso II do art. 37, da CF.

Isso não significa que não se possa falar em “cargos em comissão” ou “funções de confiança” no âmbito da CLT, mas não o será no sentido próprio, ou seja, no sentido que se emprega no âmbito do regime estatutário. Os empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas,

por estarem submetidos ao regime celetista e mais às normas constitucionais pertinentes (que inclusive derrogam o regime celetista naquilo que se mostrar incompatível com CF), ocupam EMPREGOS PÚBLICOS. Esses EMPREGOS PÚBLICOS dependem de prévio concurso público (CF, art. 37, II), mas não exige que sua criação se dê mediante lei, pois não há exigência constitucional para tanto (CF, art. 169, p. 1, II), bastando a sua discriminação no Plano de “Cargos” e Salários, ou no Regimento Interno.

Com relação aos CARGOS EM COMISSÃO e FUNÇÕES DE CONFIANÇA no âmbito dessas entidades, pode-se até falar na sua existência, mas não o será no sentido técnico mencionado acima, pois o trabalhador para ingressar em seus quadros (ocupar EMPREGO PÚBLICO) precisa ser aprovado em concurso público. Somente após ocupar esse EMPREGO PÚBLICO é que ele poderá, eventualmente, exercer alguma FUNÇÃO GRATIFICADA (e por isso se diz, atecnicamente, que ele ocupa um “cargo comissionado” ou uma “função de confiança”).

Nessa linha, todos os “cargos em comissão” da Bahia Pesca, salvo os da Assembleia Geral, do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e da Diretoria, conforme prevê o art. 3º do Regimento Interno da empresa (fl. 74 do IC), são ilegais e inconstitucionais, uma vez que violam a regra do concurso público que também vigora para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, apenas os membros da **Assembleia Geral, do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e da Diretoria (Diretor-presidente e Diretor-técnico)** poderão ser pessoas que não pertençam ao quadro permanente da Bahia Pesca.

Logo, os cargos de **Assessor de Planejamento; Assessor Técnico; Assessor Jurídico; Assessor de Imprensa; Assessor de Informática; Assessor de Apoio Administrativo; Gerência de Desenvolvimento Organizacional; Gerência Técnica; Subgerente; Gerência de Produção; Chefe de Unidade A; Chefe de Unidade B; Gerência Administrativo-Financeira; e Chefe de Setor** deveriam ser classificados como **função de confiança** e *preenchidos necessariamente por empregados públicos concursados*.

Já em relação aos cargos de **Secretário Administrativo I e Secretário Administrativo II**, entende o *Parquet* que suas atribuições não ensejariam, necessariamente, a criação de uma função gratificada, mas, de qualquer forma, deveriam ser preenchidos por empregados públicos admitidos por concurso público.

Adverte-se que, ainda que se entenda que há possibilidade de criação de “emprego público em comissão” nos moldes do previsto para administração pública direta e fundacional, é flagrante que a Bahia Pesca S/A vem fazendo uso abusivo deste tipo de contratação.

Isto porque a maioria dos cargos não é destinada exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento e previstos em lei (CF, art. 37, II e V), mas sim tem suprido a necessidade permanente de pessoal da empresa — que nunca realizou concurso desde 1988!

Como visto acima, notadamente no que diz respeito aos cargos de **Secretário Administrativo I e II, Subgerente, Chefe de Setor e Chefe de Unidade A e B**, as atribuições dos ocupantes destes cargos não se enquadram nos requisitos exigidos pela CF, no muito, como no caso do Subgerente, Chefe de setor e Chefe de unidade, caberia o estabelecimento de uma “função comissionada” (em verdade gratificada, a ser exercida por empregado admitido mediante emprego público).

No que concerne aos cargos de **Secretário Administrativo** é nítida a inadequação como “cargo comissionado”, haja vista a sua natureza meramente administrativa, responsável por atividades como “atendimento, preparação de expedientes e correspondências e o gerenciamento e execução de tarefas específicas que lhe sejam solicitadas pelo seu superior imediato”.

No tocante às funções de **Subgerente, Chefe de Setor e Chefe de Unidade** destaca-se que não se afastam totalmente do padrão exigido para os “cargos comissionados”, pois apresentam um caráter de assessoramento, na medida em que se destinam à coordenação, acompanhamento, supervisão e controle de certas atividades. Todavia, mais razoável seria vislumbrar a possibilidade de os respectivos cargos serem tidos *como funções de confiança*, e portanto destinados apenas a servidores efetivos. Torna-se necessário verificar, na prática, como são desenvolvidas tais funções.

Ausente, portanto, os requisitos constitucionais, resta caracterizada a tentativa de burla ao concurso público e a contratação será nula, aplicando-se à espécie o disposto na Súmula n. 363 do col. Tribunal Superior do Trabalho.

Não é outro o entendimento esposado atualmente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região sobre o tema:

“1. EMPRESA PÚBLICA. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO DISTRITO FEDERAL. EMPREGO EM COMISSÃO. PRÉVIA CRIAÇÃO POR LEI. CONCURSO PÚBLICO. IMPRESCINDIBILIDADE. NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO. A Constituição de 1988 tornou universal a regra do concurso público, independentemente de qual seja o regime jurídico ao qual se submete o servidor. Instituiu, todavia, uma única exceção: os cargos, de natureza estatutária, definidos por lei como de livre nomeação e exoneração. **Se os empregados prestam serviços à empresa pública integrante da Administração Indireta do Distrito Federal, tendo sido nomeados para o que se denomina de ‘emprego em comissão’, sem anteriormente terem sido submetidos às prévias**

participação e aprovação em certame público, conclui-se que houve completo desrespeito à norma constitucional. Isto porque não foi comprovado que os aludidos empregos em comissão destinavam-se exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, inc. V), nem tampouco que houve criação legal. É flagrante a nulidade dos contratos de trabalho mantidos entre a empresa pública e os ocupantes de empregos em comissão, haja vista a imprescindibilidade de concurso público. 2. Recurso conhecido e não provido.” (Processo n. 00079-2008-018-10-00-8 RO. Ac. 2ª Turma. Rel. Gilberto Augusto Leitão Martins. Julgado em: 6.8.2008)

“1. DO RECURSO DA RECLAMADA. EMPREGO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. A Constituição de 1988 tornou universal a regra do concurso público, independente do regime jurídico do servidor, instituindo uma única exceção: os cargos, de natureza estatutária, definidos por lei como de livre nomeação e exoneração. O autor, que prestava serviços à empresa pública integrante da Administração Indireta do Distrito Federal, foi nomeado para o que se denomina de ‘emprego em comissão’ sem a prévia participação em certame público em completo desrespeito à norma constitucional, **isto porque não comprovou que o seu cargo era destinado exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, inc. V), e que havia ‘limitação e previsão em tabela de empregos da respectiva empresa pública’, devidamente aprovada pelo órgão controlador. Nulo o contrato de trabalho do autor com a reclamada na forma da Súmula n. 363/TST.** 2. Recursos conhecidos. Provido o da reclamada e prejudicada a apreciação do recurso do reclamante.” (Processo n. 1217-2007-004-10-00-2 RO. Ac. 2ª Turma. Rel. Gilberto Augusto Leitão Martins. Julgado em: 23.4.2008)

“1. EMPRESA PÚBLICA. EMPREGO EM COMISSÃO. REQUISITOS. É admissível a figura do “emprego em comissão”, já que o texto constitucional não apresenta nenhuma vedação a sua existência. **Entretanto, algumas limitações e cautelas devem ser observadas, com o objetivo de não se permitir o seu uso abusivo, em observância ao princípio da moralidade que deve reger a administração pública e forma de evitar burla à regra do concurso público (art. 37, caput e inciso II da Constituição da República). Para tanto, o denominado ‘emprego em comissão’ deve ser destinado exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V) e estar previsto em lei.** Ausente um desses requisitos, restará caracterizada a tentativa de burla ao concurso público e a contratação será nula, aplicando-se à espécie o disposto na Súmula n. 363 do col. Tribunal Superior do Trabalho. Não havendo demonstração de observância ao mencionado segundo requisito — previsão legal, resta caracterizada a tentativa de

fraude ao disposto no art. 37, *caput* e incisos II e V, da Constituição Federal. 2. Recurso conhecido e não provido.” (Processo n. 00663-2007-005-10-00-6 RO. Ac. 2ª Turma. Rel. Brasilino Santos Ramos. Julgado em: 12.3.2008)

Desse modo, entende o *Parquet* que os contratos firmados pela Bahia Pesca S/A, sem prévia admissão mediante concurso público, para ocupação dos denominados “cargos em comissão” são nulos, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

1. A Constituição Federal de 1988 não autoriza a admissão de “empregado público em comissão” sem prévia aprovação em concurso público, nas empresas públicas e sociedades de economia mista;

2. Em atenção ao princípio da eventualidade, caso se entenda ser possível a existência de “emprego em comissão”, temos que seria necessária **a sua prévia criação por meio de lei, nos termos do que definido no art. 37, II, da CF/88**, em razão de se tratar de exceção à regra da prévia aprovação em concurso público. Não sendo o caso em análise, impõe-se a declaração das nulidades;

3. E, por fim, os cargos em comissão e as funções de confiança, quando legalmente constituídos, devem, necessariamente, estabelecer atribuições de direção, chefia e assessoramento. Conforme demonstrado, a Bahia Pesca possui “cargos em comissão” para funções cujas atividades são de natureza meramente administrativa.

Por qualquer prisma a que se possa enfocar a controvérsia, a única conclusão que se chega ao final é de que os empregos em comissão na Bahia Pesca são inconstitucionais e a consequência dessa constatação é a declaração de nulidade absoluta desses contratos de trabalho, nos termos da Súmula n. 363, do TST.

Também deve ser determinado o afastamento desses trabalhadores que integram irregularmente o quadro de pessoal da ré, que pode facilmente substituí-los por empregados devidamente admitidos através de concurso público.

II.2. Da contratação temporária por parte das empresas públicas e sociedades de economia mista

No quadro de pessoal da Bahia Pesca, conforme relação apresentada nos autos do procedimento investigativo instaurado por esta Procuradoria (fl.

70 do IC n. 214/08), há 13 (treze) empregados contratados temporariamente. Estes desempenham as seguintes funções: **Técnico Agrícola, Auxiliar de Laboratório, Técnico Administrativo, Auxiliar Administrativo e Operador de Trator.**

Observa-se, da análise dos documentos apresentados pela Ré, que, ressalvada a função de auxiliar administrativo, não há outros empregados da empresa exercendo as funções destinadas aos temporários. Note-se, ainda, que a duração do contrato é de 2 (dois) anos. Segundo informações prestadas pelo assessor jurídico da ré em audiência administrativa (fl. 111 do IC), a referida contratação temporária é feita nos moldes da CLT.

De início, portanto, verifica-se que a contratação temporária empreendida pela Ré não respeita o permissivo constitucional presente no art. 37 da CF, *caput* e incisos XIX a XXI, c/c a do art. 173, *caput* e § 1º, incisos II e III, da Constituição Federal e com o art. 443, § 2º da CLT, uma vez que não restou demonstrado ser o **caso de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo ou de atividades empresariais de caráter transitório.**

Por outro lado, verifica-se, também, que não há menção à realização de processo seletivo público para a admissão dos referidos trabalhadores temporários. Ora, tratando-se de empresa pública, não pairam dúvidas quanto à necessidade de garantia dos princípios da moralidade, publicidade e impessoalidade quando da realização da contratação de pessoal, mesmo na condição de temporários.

Em nota técnica expedida pela Coordenadoria de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), o Ministério Público do Trabalho concluiu que as empresas denominadas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias), cujo objeto constitui a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ainda que seja de prestação de serviço público, estão habilitadas a contratar, mediante procedimento licitatório, serviços de empresas de trabalho temporário, nos moldes da Lei n. 6.019/74, quando imprescindível para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços (fls. 115/120 do IC n. 214/08).

Assim, temos que a ré, para contratar trabalhadores temporários deve atentar aos seguintes requisitos:

1. Fundamentos justificadores: atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente, serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo ou a acréscimo extraordinário de serviços, e;

2. Realização prévia de processo seletivo onde sejam garantidos os princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, moralidade, com critérios objetivos de avaliação, ou;

3. Contratação, mediante procedimento licitatório, de empresa de trabalho temporário, nos termos da Lei n. 6.019/74.

Desse modo, uma vez que a Bahia Pesca não vem procedendo da forma acima citada, impõe-se a sua condenação para que passe a proceder contratações temporárias apenas nos moldes legais.

III.3. Da medida liminar (antecipação dos efeitos da tutela)

O art. 12 da Lei n. 7.347/85, que instituiu a Ação Civil Pública, autoriza: “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

De início, cabe ressaltar que a medida liminar prevista na ação civil pública **não tem** natureza cautelar; trata-se de típica hipótese de antecipação de tutela e, assim, devem estar presentes os requisitos do art. 273 do CPC, conforme lição de *Humberto Theodoro Junior*:

“A propósito, convém ressaltar que se registra, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar, destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável sentença final.

Assim, fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estas, de cunho satisfativo, e aquelas, de cunho apenas preventivo.

Entre nós, várias leis recentes têm previsto, sob a forma de liminares, deferíveis *inaudita altera pars*, a tutela antecipatória, como, por exemplo, se dá na ação popular, nas ações locatícias, *na ação civil pública*, na ação declaratória direta de inconstitucionalidade, etc.” (*As inovações do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 12)

No caso em tela, verificam-se presentes todos os requisitos que ensejam o deferimento de tutela antecipada. Os elementos do Inquérito Civil instruído

pelo Ministério Público revelam que há **prova inequívoca** (art. 273, *caput*, do CPC,) de fraude à lei.

Quanto ao requisito da **verossimilhança** (art. 273, *caput*), esta decorre da manifesta violação do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

De outra parte, há **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação** (CPC, art. 273, I). Ora, a ordem jurídica está irremediavelmente sendo violada, e os cofres públicos estão sendo lesados com contratação fraudulenta à norma constitucional do concurso público.

Assim, liminarmente e de forma *inaudita altera parte*, requer o *Parquet* seja determinado, sob pena de crime de desobediência (art. 330 do CP) e/ou prevaricação (art. 319 do CP) e, em especial, das penas previstas para o descumprimento de ordem judicial, inclusive interdição, que a Bahia Pesca S/A:

1. fique impedida de admitir novos trabalhadores a título de emprego em comissão/cargo em comissão, empregado que não integre regularmente o quadro de pessoal da empresa, até a prolação da sentença, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por trabalhador admitido nessas condições, valor reversível ao FAT;

2. fique impedida de admitir, até a prolação da sentença, novos trabalhadores a título de contratação temporária, sem que estejam presentes os requisitos de atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente, serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo ou à acréscimo extraordinário de serviços. Presentes os referidos requisitos, a contratação poderá ocorrer nos termos da Lei n. 6.019/74, com prévio procedimento licitatório ou por meio de contratação direta, mediante prévia seleção pública, a qual garanta critérios objetivos de avaliação. No caso de descumprimento, deve ser aplicada multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por trabalhador admitido irregularmente, valor reversível ao FAT.

IV — Da reparação do dano moral coletivo

A conduta manifestamente antijurídica da ré vem produzindo danos morais e sociais, que reclamam reparação, especialmente em dimensão difusa e coletiva, com a concessão de indenização a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT.

A pretensão ministerial tem suporte nas regras de responsabilidade civil. A teoria da responsabilidade integral que hoje, com a nova ordem jurídica

proclamada pelo Código Civil de 2002, orienta o sistema legal a fim de buscar a máxima proteção dos interesses sociais, anima e fundamenta o pedido do autor.

Os fatos narrados, e cabalmente demonstrados pela prova dos autos, violam as regras basilares que norteiam a admissão de trabalhadores pela administração pública. A reiterada ofensa ao princípio da impessoalidade e da moralidade administrativa reclama a reparação do dano moral em nível coletivo.

A possibilidade de condenação em danos morais coletivos encontra-se em consonância com o movimento mais recente do Direito, no sentido de sua coletivização ou socialização.

Trata-se de uma nova concepção do fenômeno jurídico e de seu alcance, oposto à visão individualista/positivista até então prevalecente, fruto de uma concepção liberal do Estado e de suas relações com os indivíduos. Assim, vemos a Constituição da República consagrando a coletivização dos direitos ao prever instrumentos como o mandado de segurança coletivo, a ação popular, ação civil pública, etc.; e o surgimento de diplomas como o Código de Defesa do Consumidor.

Segundo *Luhmann apud Ciocchetti de Souza* (SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Ação civil pública* — competência e efeitos da coisa julgada. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21), “o direito ganha papel de autêntico instrumento de transformação social”, deixando de exercer mera arbitragem em conflitos intersubjetivos entre particulares ou entre particular e o Estado.

É dentro deste contexto que surge a noção de dano moral coletivo. Até então, todas as considerações sobre o dano moral referiam-se ao indivíduo. Contudo, é de indagar-se: se o indivíduo pode padecer um dano moral, por que a coletividade não o pode?

Quem responde tal indagação é *Carlos Alberto Bittar Filho* (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: *Revista Direito do Consumidor*, n. 12, out./dez. 1994):

(...) o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerada, foi agredido de uma maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (...).

O autor aponta, ainda, a necessidade de fortalecimento, no direito brasileiro, do espírito coletivo, afirmando que a ação civil pública, neste particular, atua como “poderoso instrumento de superação do individualismo (...)”.

O dano moral coletivo, portanto, desponta como sendo a violação em dimensão transindividual dos direitos da personalidade. Se o particular sofre uma dor psíquica ou passa por uma situação vexatória, *a coletividade, vítima de dano moral, sofre de despreço, descrença em relação ao poder público e à ordem jurídica*. Padece a coletividade de intranquilidade, insegurança.

Revela-se, assim, a ação civil pública o meio adequado para buscar-se a reparação desses danos causados à coletividade. Com efeito, estabelece o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, que dentre as funções do Ministério Público está a de: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Com a presente a ação busca-se a condenação em obrigação de fazer e de não fazer, bem como o pagamento pela ré de indenização pelo dano genérico, prevista no art. 13 da Lei n. 7.347/85.

No caso em tela, como já evidenciado, verifica-se a ocorrência de um dano moral geral, causado a toda coletividade. Trata-se de um prejuízo moral de que foi alvo toda a sociedade, vendo diariamente o administrador público violar um dos princípios mais democráticos inscritos na Constituição, o princípio da contratação impessoal para administração pública, admissão essa baseada apenas no mérito dos candidatos.

Destaque-se, ainda, que esse dano, desferido potencialmente a um universo de pessoas que é impossível de se determinar, tanto *a priori*, como a *posteriori*, deve ser reparado *incontinenti*, não se confundindo, em absoluto, com as eventuais reparações individuais que venham a ser impostas à ré.

Justifica-se a reparação genérica, não só pela transgressão ao ordenamento jurídico vigente, com a qual a sociedade não se compadece, mas também pelo caráter pedagógico da sanção indenizatória, além de permitir, ao menos de forma indireta, o restabelecimento da legalidade pela certeza de punição do ato ilícito.

Em hipótese que envolva lesão a interesses transindividuais, existe entretanto uma notória dificuldade em aferir-se a extensão do dano, para efeito de sua reparação. Entretanto, como não seria conveniente a formulação de pedido ilíquido, se faz necessária a liquidação desta sanção.

Neste sentido, devemos levar em consideração a gravidade do dano, o fato de a conduta atacada ser patrocinada pela Administração Pública, e deve ser levado em conta também a dimensão da lesão coletiva que impede os

trabalhadores do Estado da Bahia de concorrerem a uma vaga no serviço público em pé de igualdade, para concluirmos que será necessária a imposição de uma severa sanção à título de reparação do dano moral coletivo.

Sob esse enfoque, considerando a dimensão do dano e as possibilidades financeiras da Ré, a indenização pelo dano moral coletivo deve ser fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), cujo valor deverá ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

V — Dos pedidos finais

Diante de todo o exposto, requer o Ministério Público do Trabalho, **em face do primeiro réu**, Bahia Pesca S/A, os seguintes provimentos:

1. Seja, por sentença, julgada procedente a ação, para, confirmando-se a tutela antecipada, **sejam deferidos os seguintes pleitos:**

1. que seja decretada a nulidade dos contratos firmados para a ocupação dos “cargos em comissão” da Bahia Pesca, salvo os da Assembleia Geral, do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e da Diretoria, conforme prevê o art. 3º do Regimento Interno da empresa, em razão da manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade;

2. determinar que a Bahia Pesca **abstenha-se de contratar/nomear, sem prévia admissão mediante concurso público, pessoal para ocupação de cargo/emprego em comissão ou função de confiança/gratificada**, salvo para ocupação dos cargos relativos ao Conselho de Administração, ao Conselho Fiscal e à Diretoria, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por trabalhador admitido nessas condições, valor reversível ao FAT;

3. na eventualidade de o pedido aduzido no item 1.1 não ser deferido, requer seja decretada a nulidade dos contratos firmados com a Bahia Pesca, sem prévia admissão mediante concurso público, para ocupação dos cargos de Secretário Administrativo I e II, Subgerente, Chefe de Setor e Chefe de Unidade A e B;

4. que seja decretada a nulidade dos **contratos temporários firmados com a Bahia Pesca diretamente ou pela Lei n. 6.019/74, quando tais contratações não forem imprescindíveis para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e**

permanente, serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo ou a acréscimo extraordinário de serviços;

5. que seja decretada a nulidade dos contratos temporários firmados com a Bahia Pesca diretamente, quando não precedidos de prévio processo seletivo público, com critérios objetivos de avaliação;

6. compelir a Bahia Pesca, **no prazo máximo de 10 (dez) meses**, a afastar os trabalhadores: a) contratados ilegalmente para ocupação de todos os “cargos em comissão” ou, eventualmente, os contratados para ocupação dos cargos de Secretário Administrativo I e II, Subgerente, Chefe de Setor e Chefe de Unidade A e B; b) contratados temporariamente ilegalmente, **fixando-se multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada trabalhador em situação irregular;**

7. condenar ao pagamento da quantia de **R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, a título de reparação pelos danos causados aos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores coletivamente considerados, corrigida monetariamente até o efetivo recolhimento em favor do FAT.

2. Em face do segundo réu, Diretor-executivo da Bahia Pesca S/A, Sr. Paulo Cezar Lisboa Cerqueira, o seguinte provimento:

2.1. A condenação a responder solidariamente pelas *astreintes* fixadas nos 1.2 e 1.6.

Requer o Ministério Público do Trabalho ainda a citação dos Réus, para, querendo, apresentar a defesa que entender cabível, sob as penas decorrentes da revelia, acompanhando a ação até seus ulteriores termos.

Requer também o direito à produção de todos os meios de prova em direitos admitidos, notadamente pelo depoimento pessoal dos representantes legais das rés, sob pena de confissão, bem como da produção de prova testemunhal, juntada de novos documentos, se necessário, e ainda perícias, arbitramentos, inspeção judicial e depoimentos pessoais e testemunhais eventualmente colhidos em outras reclamatórias, como prova emprestada.

Pede-se, por fim, a **intimação pessoal com remessa dos autos** ao Ministério Público do Trabalho, nos termos dos arts. 18, II, *h*, e 84, IV, da Lei Complementar n. 75/93 e do art. 43 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, de toda e qualquer decisão proferida neste feito.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nestes termos,

Pede deferimento.

Salvador, 11 de fevereiro de 2009.

Adriana Holanda Maia Campelo
Procuradora do Trabalho

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA — SHOPPING CENTER —
COBRANÇA PELO ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS DE
EMPREGADOS E TRABALHADORES TERCEIRIZADOS^(*)**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DA VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS

O Ministério Público do Trabalho, por sua Procuradoria Regional do Trabalho da 15^a Região, pelo Procurador do Trabalho infra-assinado, vem, com fulcro nos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, 83, incisos I e III, da Lei Complementar n. 75/93 e Lei n. 7.347/85, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face de

- 1) Condomínio *Shopping Parque Dom Pedro*, inscrito no CNPJ sob o n. 4.895.134/0001-79;
- 2) Sonae Sierra Brasil Ltda., inscrito no CNPJ sob o n. 5.878.397/0001-32 e
- 3) Unishopping Administradora Ltda., inscrito no CNPJ sob o n. 1.169.817/0007-46,

que deverão ser notificados na Av. Guilherme Campos, n. 500, em Campinas/SP, CEP 13087-901, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

(*) Decisão liminar na seção de Jurisprudência.

1. Da cumulação subjetiva

Shopping center, do ponto de vista jurídico, é “um conjunto de empresas, de sociedade empresárias que exercem uma atividade econômica”.⁽¹⁾⁽²⁾

O caso em foco não é diferente.

O réu Sonae Sierra Brasil é a *longa manus* do grupo Sonae Sierra, sediado em Portugal.

Referido grupo subscreveu as cotas de dois fundos de investimentos⁽³⁾ que, por sua vez, compõe o Condomínio.

Por fim, o réu Unishopping é empresa do mesmo grupo, tendo como atribuição a administração do Shopping.

Destarte, todos devem responder solidariamente pelas obrigações que se lhes pretende impor, conforme determina o art. 2º, § 2º, da CLT.

2. Dos fatos

O Ministério Público do Trabalho recebeu representação do Sindicato dos Empregados do Comércio Hoteleiro de Campinas nos seguintes termos:

“Desde a inauguração do Requerido, em março de 2002, todos os trabalhadores representados pelo Sindicato autor e que laboravam nas empresas localizadas nas dependências do requerido, tinham livre acesso ao seu local de trabalho, podendo estacionar seus veículos livremente dentro do estacionamento existente no local.

Ocorre que a partir de 1º de setembro de 2009, o requerido passou a cobrar pela utilização do estacionamento, o que em muito vem prejudicando os trabalhadores ora representados pelo Sindicato autor.”
(g. n.)

Em audiência realizada na sede da PRT, o representante do Shopping declarou:

(1) VIDIGAL, Paula Mascarenhas Mourão. *Alguns aspectos jurídicos do contrato de locação em shopping center*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito Milton Campos.

(2) Segundo o Código Civil, art. 1.142, “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para exercício de empresa, empresário, ou por sociedade empresária”.

(3) FII SPDP — Fundo de Investimento Imobiliário Shopping Parque D. Pedro com 85% das frações ideais do Shopping e FII PDPSC — Fundo de Investimento Imobiliário — FII Parque D. Pedro Shopping Center com 15%.

“que o shopping foi aberto em 2002 e a cobrança do estacionamento se iniciou em 1º setembro 2009 para trabalhadores e clientes; que os vinte funcionários do condomínio são isentos da cobrança do estacionamento; que acredita que o shopping mantenha cinco ou seis mil trabalhadores empregados em seus condôminos e terceirizados, distribuídos nas 24 horas do dia; que o shopping tem cerca de oito mil vagas de estacionamento, incluídas as da área VIP; que o shopping desconhece o número de trabalhadores que utilizam o estacionamento; que os portadores de deficiência, após realização de cadastro, gozam de isenção da taxa de estacionamento; que o shopping terceirizou oitocentas vagas para um condômino que explora os serviços como estacionamento VIP ou Valet Park, mediante utilização de manobristas; que na área VIP é cobrado cinco reais a primeira hora e dois reais nas adicionais; que o condomínio oferece aos lojistas a possibilidade de pagar 50% do valor do estacionamento de seus clientes como, por exemplo, a rede Wal Mart, etc; que o shopping tem 400 condôminos, tendo disponibilizado um cartão por loja para isenção da taxa de estacionamento por seis meses; que esse cartão é pessoal e intransferível para o lojista ou quem este determinar; que atualmente o estacionamento conta com 550 mensalistas que pagam 60,00 reais por mês, não sabendo especificar o número do sócios ou empregados; que o estacionamento é administrado por outra empresa do grupo denominada Unishopping; que o fluxo de veículos mensal é de 600.000, sendo que em dia de ‘pico’ pode chegar a 35.000 e, durante a semana, quinze a dezesseis mil veículos; que o condomínio faz parte do Grupo Sonae Sierra Brasil, que mantém dez shoppings espalhados pelo Brasil; que alguns shoppings promovem cobrança de estacionamento outros não como por exemplo o Shopping Penha da capital cobra estacionamento e o shopping Tivoli de Santa Barbara D’Oeste e o Shopping Franca não o cobram; que os trabalhadores das lojas utilizam refeitório, banheiros e vestiários, e ainda, os banheiros destinados ao público; que no refeitório há forno de microondas, geladeira, bebedouros e mesas; que os banheiros de serviço são dotados de chuveiros e armários.”

Na ocasião, o subscritor propôs a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta, objetivando a eliminação da cobrança dos valores do estacionamento dos trabalhadores, o que, posteriormente, foi recusado.

Além disso, o *Parquet* realizou diligência nas dependências do Shopping, tendo constatado o quanto segue (conforme relatório anexo):

“(…) Inicialmente, percorremos as ruas e Rodovia Dom Pedro, que cercam o Shopping, tendo constatado a inexistência de locais para estacionar.

Conforme se depreende das fotos anexas, existem inúmeras placas de trânsito indicando a proibição de estacionar e, algumas delas, de estacionar e parar.

Constatamos algumas motocicletas estacionadas sobre a calçada, próximo de uma das portarias de acesso.

O Shopping dispõe em uma entrada de serviços destinada a 'carga e descarga' de caminhões, com acesso gratuito, ressaltando que referida portaria também dá acesso ao estacionamento comum.

Posteriormente, fomos acompanhados pelo pessoal da segurança até o escritório, quando então fomos recebidos pelo preposto Sr. Fábio Deganutti e pelo advogado Dr. Fábio Bueno de Aguiar.

Na ocasião, o preposto Fábio Deganutti, assistido pelo advogado supramencionado, prestou os seguintes esclarecimentos:

a) que o pessoal terceirizado é isento da taxa de estacionamento de carros;

b) que o pessoal terceirizado foi isento da taxa de estacionamento de motocicletas até dia 1º.9.09, quando então passaram a pagar pela utilização dos serviços;

c) que local destinado ao estacionamento de MOTOS é dividido em dois setores: para os clientes e para os trabalhadores e lojistas. O local de estacionamento dos clientes é coberto e possui armários para guarda volumes e capacetes, já o local de estacionamento dos trabalhadores e lojistas, mesmo com o pagamento da tarifa, é descoberto e sem guarda volumes e capacetes.

c) que os clientes da 'Fórmula Academia' e da 'Escola de Inglês Wizard', localizadas nas dependências do Shopping Dom Pedro, são isentos do pagamento da tarifa do estacionamento, por uma condição contratual mantida entre essas empresas e o Shopping.

d) que todas as lojas são de propriedade do Shopping;

e) que os contratos de locação são dotados de cláusulas que estipulam pagamento de alugueres de valor fixo mais percentual sobre o faturamento, variando de acordo com o contrato.

f) que o Condomínio é constituído por dois fundos de investimento, donos do negócio, e não contam com a participação dos lojistas.

Nesse passo, solicitei, por amostragem, cópia de contratos de locação, o que foi recusado, sob o argumento de que referidos documentos somente seriam entregues mediante apresentação de ordem judicial.”

Também foi apurado que o estacionamento de motocicletas era gratuito até 1º.9.09 e, após esta data, os trabalhadores das lojas e terceirizados passaram a pagar R\$ 3,00 por duas horas, R\$ 5,00 por quatro horas, acrescidas de mais R\$ 3,00 por hora adicional ou R\$ 35,00 por mês.

Em resumo, quanto ao pagamento da tarifa do estacionamento de automóveis, a partir de 1º.9.09 passou a vigorar o seguinte:

VALOR DO ESTACIONAMENTO (CARROS)

400 Lojistas	isentos
empregados dos réus	isentos
trabalhadores terceirizados	isentos para automóveis
clientes da Academia Fórmula	isentos
clientes da Escola Wizard	isentos
clientes, sem vale desconto	R\$ 3,00 por 12 horas
empregados das lojas	R\$ 3,00 por 12 horas ou R\$ 60,00 por mês, respeitado o limite de 12 horas diárias, acima disso, é cobrado diária de R\$ 20,00.

Atente-se ainda que, algumas lojas e restaurantes oferecem aos clientes, descontos que variam de 50 a 100% da taxa do estacionamento, de acordo com o valor das compras, por exemplo:

Wal Mart Brasil Ltda. — concede 50% de desconto a cada R\$ 25,00 em compras;

Giovannetti Dom Pedro — concede 50% de desconto a cada almoço pago;

Telhanorte (Saint Gobain Distribuição Brasil Ltda.) — concede 100% a cada R\$ 10,00 em compras.

Dessa forma, dependendo da loja escolhida e do valor das compras, apenas os trabalhadores das empresas sediadas no empreendimento pagarão a tarifa de estacionamento de veículos.

Vale lembrar que o piso salarial da categoria dos comerciários é de R\$ 671,00 por mês, enquanto o piso da categoria dos bares e restaurantes é de R\$ 630,00 por mês, portanto, a imposição de pagamento antecipado de R\$ 60,00 representa 8,95% e 9,53% do salário mensal dos trabalhadores, respectivamente.

Por fim, a contratação do serviço de estacionamento como mensalista implica no pagamento de tarifas de dias em que o trabalhador não utilizará como no caso de folgas, férias, licenças e ausências.

3. Das peculiaridades do caso

3.1. Do shopping parceiro empresarial e tomador de serviços

Os contratos mantidos com os lojistas possuem natureza mista, já que, além do aluguel, o *Condomínio Shopping recebe parte do faturamento das lojas*.

Com efeito, quanto maior a produção dos trabalhadores (na sua maioria vendedores e atendentes), maior será a renda dos lojistas e dos réus.

Mas não é só. O Condomínio Shopping, por força contratual, detém poderes para impor regras de conduta aos lojistas, como por exemplo, a determinação da abertura do comércio nos dias e horário que lhe convém, o que poderá ser constatado via contratos de locação, circulares etc.

Em suma, o poder de comando e ingerência do empreendimento, seja pela participação no faturamento das lojas, seja pela imposição de regras, revela a existência da subordinação estrutural reticular.

A respeito do tema, lecionam *Marcus Menezes Barberino Mendes* e *José Eduardo de Resende Chaves Júnior*⁽⁴⁾:

“Com a externalização e o seccionamento das atividades transfere-se, ainda que parcialmente, o risco econômico da atividade ao trabalho, com repercussões tanto econômicas quanto políticas.

O conceito de *‘empregado por interpretação constitucional’* permite reduzir a *zona grís* de aplicação do Direito do Trabalho, sem interditar a legítima atividade de especialização do trabalho e terciarização das

(4) *Subordinação estrutural-reticular. Uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12126>>.

atividades econômicas e, ao mesmo tempo, ressolidarizar o trabalho' (quando a rede de empresas se configurar em verdadeira rede de *em-pre-ga-dores*).

Ora, se há semelhança entre o trabalho dito 'autônomo-dependente' e os empregado clássico, manda a boa regra de hermenêutica não reduzir o potencial expansivo e protetivo do direito do trabalho. A isonomia dos trabalhadores decorre da própria dicção constitucional, tanto dirigida aos trabalhadores *habituais*, (*caput* do art. 7º) como aos *avulsos* (inciso XXXIV), não submetidos ao trato sucessivo.

Trata-se, pois, de ressignificar ou plurissignificar o conceito de subordinação jurídica, para compreendê-lo de modo dinâmico. Parafraseando o senso comum, a subordinação jurídica emerge não apenas do uso da voz do empregador, do supervisor, ou do capataz. Ela pode se formar na retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central, de modo silencioso e aparentemente incolor e até indolor. A subordinação jurídica pode ser então 'reticular', também nesse sentido e através de instrumentos jurídicos de associação empresária, onde nenhuma atividade econômica especializada é desenvolvida pelo *suposto* empregador, que se envolve na produção de um determinado resultado pactuado com a unidade central. Suposto, não porque em verdade não o seja. mas por não ser o único empregador.

A rede econômica montada pelas empresas, quer no modelo hierarquizado, como ocorre em empresas de segurança, call centers, quer assuma as múltiplas formas jurídicas de cooperação empresarial são uma realidade. Partindo desta premissa, faz-se necessário enredar o conceito de subordinação jurídica, emprestando-lhe um caráter estrutural e reticular.

Nesse sentido, sempre que reconhecida a atividade econômica em rede, é necessário imputar a condição de empregador a todos os integrantes da rede econômica, atraindo assim a incidência do princípio da proteção e seus aspectos consequentes: a aplicação da regra ou da condição mais benéfica.

Isso torna secundária a investigação de quem seja 'o empregador' para efeitos da declaração de nulidade absoluta da pactuação contratual originária, pois o mais relevante é assegurar a efetividade do direito material do trabalho e não a imputação da fraude, afinal inexistente se todos são empregadores."

Por outro lado, o Condomínio Shopping é responsável pelas instalações prediais e pelo estacionamento, portanto, contrata empresas de construção, manutenção, vigilância, controles de acesso, decoração, iluminação, portaria, jardinagem, limpeza etc, portanto, é *tomador de serviços* e está sujeito a aplicação da Súmula n. 331 do TST.

Também promove estratégias que incluem a Observação Preventiva de Segurança (SPO), uma forma de auditoria comportamental destinada a identificar condições de trabalho não seguras. Além das SPO, fornecem regularmente ações de formação em segurança e saúde aos “colaboradores, lojistas e fornecedores de serviço em todos os países.” (doc. anexo).

Dessa forma, diante desta parceria lucrativa e da exploração dos negócios em comunhão, não podemos esquecer da responsabilidade civil, da *função social do empreendimento*⁽⁵⁾⁽⁶⁾, da *função social do contrato*⁽⁷⁾ e da *responsabilidade social dos réus*.

E é por isso que os réus, conforme depoimento prestado na PRT, *oferecem aos trabalhadores das lojas e terceirizados, banheiros com chuveiros, armários, vestiários, refeitórios com forno micro-ondas, geladeiras, bebedouros, mesas e, até 1º.9.09, o estacionamento gratuito para carros e motos.*

Isso conferiu ao réus um poder atrativo, que despertou o interesse de milhares de pessoas em laborar nas suas dependências. Todos estavam cientes, desde a contratação, que o estacionamento era gratuito, e estavam

(5) “... como já visto alhures, é muito mais intrincada quando a analisamos pelos vetores da cidadania plena, da dignidade da pessoa humana e dos valores do trabalho e da livre iniciativa, que juntos compõem o núcleo essencial da magna carta brasileira. Basta remoer que o art. 1.200 do código civil clama por interpretação conforme a constituição, a fim de se entender que somente será justa a posse que, além de não ser violenta, clandestina ou precária, *cumprir fielmente a função social a que está destinada, situação que conduz a doutrina a prencuniar, sem temor, que nem mesmo o proprietário merecerá a tutela estatal possessória, quando se abster de emprestar destinação social ao seu empreendimento*” (CESÁRIO, João Humberto. *O direito constitucional fundamental de greve e a função social da posse*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10683&p=2>>).

(6) Art. 5º, XXIII da Constituição Federal: “A propriedade atenderá a sua função social”.

(7) Giselda Hironaka, citada por Pablo Stolze e Rodolfo Pampona, argumenta que: “Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão somente *subordinar a propriedade privada aos interesses sociais*, através desta ideia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada ‘doutrina da função social’.” In: *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, t. 1, p. 45. (g. n.)

certos que isso seria mantido, como obediência aos princípios da boa fé contratual⁽⁸⁾ e *pacta sunt servanda*.⁽⁹⁾

Em síntese, a gratuidade do estacionamento serviu como vantagem para os réus no momento da captação, admissão e acomodação dos trabalhadores que se fixaram nos empregos nas lojas, prestadores etc., e agora serve como vantagem pela exploração do novo negócio, *restando evidente* o abuso de direito.

3.2. Do princípio da segurança jurídica — intangibilidade da situação jurídica consolidada

Os obreiros que laboram nas dependências do Shopping sempre usufruíram da gratuidade do estacionamento.

Referido benefício, concedido por sete anos, constitui prática que *aderiu às condições de trabalho* e, portanto, não podem ser alteradas para impor cobrança que afeta diretamente os salários, que sabidamente possui natureza alimentar e é protegido pela lei e Carta Magna.

Como dito em audiência pelo subscritor, referida cobrança implicará na retirada de duas cestas básicas mensais da mesa de cada trabalhador lesado.

Com efeito, referida alteração é prejudicial aos trabalhadores e, portanto, fere o princípio da segurança jurídica⁽¹⁰⁾, bem como **arts. 9º e 468 da CLT e art. 7º, VI da Constituição Federal**.

(8) Artigos do Código Civil aplicáveis ao caso:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. 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.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da **função social do contrato**.

Art. 422. **Os contratantes são obrigados** a guardar, assim **na conclusão do contrato, como em sua execução**, os **princípios de** probidade e **boa-fé**. (g. n.)

(9) “Nesse diapasão, Messineo (1973, v. 21, t. 1:57) diz que o contrato é um *produto espiritual*. Uma vez livremente pactuado, deve ser seguido, isto é, opera o *respeito da palavra dada, na qual se traduz a chamada confiança pública*.” In: VENOSA, Sílvio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, v. II, p. 373. (g. n.)

(10) Bandeira de Melo, na obra *Curso de direito administrativo*, p. 629/630, ensina: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” *Apud* MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade*. São Paulo: LTr, p. 45.

Como propalado em audiência, o Shopping faz parte de um grupo internacional, detentor de inúmeros empreendimentos. Obviamente, visa em primeiro lugar, a obtenção de lucro, porém, não pode olvidar-se que não está alijado do cumprimento dos princípios laborais e constitucionais aplicáveis ao caso em foco. A sua responsabilidade social foi delineada com a instalação e conduta desenvolvida no passar desses anos no empreendimento, logo, não pode suprimir direitos e condições tacitamente consolidadas com a classe trabalhadora, intitulada internamente como um grupo de *Stakeholders*⁽¹¹⁾. Aliás, o *Parquet* enfatizou em audiência que: *sem os trabalhadores não há Shopping! Sem o pessoal da faxina não há Shopping!* Portanto, descabida a alegação de que os trabalhadores não mantêm relação jurídica ou não são empregados do Condomínio, já que todos são peças fundamentais para o regular desenvolvimento e sucesso do negócio.

Com efeito, oportuna a transcrição de decisão do STF, que retrata o princípio da segurança jurídica:

“Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as

(11) “...é um termo usado em *administração* que refere-se a qualquer pessoa ou entidade que afeta ou é afetada pelas atividades de uma empresa. (...) O sucesso de qualquer *empreendimento* depende da participação de suas partes interessadas e por isso é necessário assegurar que suas expectativas e necessidades sejam conhecidas e consideradas pelos gestores. De modo geral, essas expectativas envolvem satisfação de necessidades, compensação financeira e comportamento ético.” Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Stakeholders#cite_note-0>.

restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.10.05, 2ª Turma, DJ 27.10.06).

Seguindo esta esteira de raciocínio, o legislador constitucional de 1988 foi claro, em seu artigo 170, ao ditar os princípios gerais da ordem econômica:

“Art. 170. 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**, observados os seguintes princípios: (...) III — função social da propriedade.”

Neste aspecto, *Nelson Nery e Rosa Maria Nery* ensinam:

“As cláusulas gerais, notadamente as da função social do contrato (CC, art. 421), função social da empresa (CF, arts. 170 e CC 421), boa-fé objetiva (CC 442), bons costumes (CC, art. 187) e função social da propriedade (CF, arts. 5º XXIII e 170 III; CC, art. 1.228, § 1º), são de *ordem pública*, o que implica em seu conhecimento e aplicação *ex officio* pelo juiz, independentemente de pedido da parte ou do interessado (basta que haja processo em curso), a qualquer tempo e qualquer grau ordinário de jurisdição (*v. g.*, CPC 303 III), não estando sujeitas a preclusão.” (In: *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, p. 1240).

3.3. Princípio da proibição de comportamento contraditório — *venire contra factum proprium*

O princípio constitucional da vedação do comportamento contraditório ou princípio da tutela da confiança legítima, relaciona-se à boa-fé objetiva e decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade social, que se traduz no dever de respeito à confiança, aos costumes e a lealdade suscitada pelo próprio comportamento.

No dizer de *Carlos Roberto Gonçalves*⁽¹²⁾, *uma das principais funções do princípio da boa-fé é limitadora: veda ou pune o exercício de direito subjetivo quando se caracterizar o abuso da posição jurídica*. O mesmo autor noticia que, na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal foi aprovado o Enunciado n. 362, que assim dispõe: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

(12) *Curso de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, p. 39 e 40.

Conforme o escólio de *Silvio Venosa*:

“É um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais e consequentemente das relações jurídicas que o sujeito observe um comportamento coerente, como um princípio básico de convivência. O fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em que recebeu reflexos dela.

Assim, o comportamento contraditório se apresenta no campo jurídico como uma conduta ilícita, passível mesmo, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos, inclusive de índole moral. A aplicação desse princípio não exige dano efetivo, porém, basta a potencialidade do dano.” (In: *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, v. II, p. 377).

Nesse diapasão, *Nelson Nery e Rosa Maria Nery* argumentam:

“Segundo ensinamento de parcela autorizada da doutrina, ‘a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé’ (Enneccerus-Nipperdey, *Allg. Tell*, v. 1, t. II, § 228, n. IV, p. 1392 e ss.). Em sentido aproximado, a doutrina dos atos próprios seria comparável à *Verwirkung* (caducidade, ‘deseficácia’) do direito alemão (BGB, § 242) e à proibição de *venire contra factum proprium*. Isto significa dizer que, aquele que praticou determinado ato ou permitiu à contraparte a prática de determinada conduta, não pode, posteriormente, alegar circunstância que se contraponha àquelas posturas iniciais a que ele mesmo dera causa. Impede-se, por outras palavras, ‘o obrar incoerente que lesiona a confiança suscitada na outra parte da relação e impõe aos sujeitos um comportamento probó nas relações jurídicas.’” (CASO, Rúben Héctor Compagnucci de. La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad. In: *La Ley*, t. 1985-A — Buenos Aires, 1985. p. 1001. SCHERUBER, V. *Venire, passim*. In: *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, p. 507).

Em suma, a inércia na cobrança pela utilização do estacionamento gerou nos trabalhadores a *certeza* de que referida situação jurídica estava consolidada, sem qualquer perspectiva de mudança lesiva ou onerosa, em respeito ao comportamento praticado, aos usos e costumes, a lealdade e a confiança estabelecida entre as partes desde a abertura do empreendimento em 2002.

Ademais, as fotos acostadas demonstram que o Shopping encontra-se situado em uma região de grande circulação de veículos, cercado de avenidas e rodovia que *não possuem locais permitidos para estacionar*.

3.4. Da alteração prejudicial dos contratos de trabalho

Na esteira do já salientado, a cobrança de estacionamento implica em prejuízo para todos trabalhadores atingidos pela medida ora guerreada, já que sofreram alteração prejudicial do contrato de trabalho (**violação do art. 468 da CLT**).

Mas não é só. O art. 7º da Lei Magna dispõe:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

VI — **irredutibilidade do salário**, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.”

Concluindo, a proteção salarial impede a adoção de práticas que oneram o trabalhador, portanto, a cobrança deve ser eliminada.

3.5. Da prática discriminatória

Os réus concederam isenção da tarifa do estacionamento para os *quatrocentos lojistas, aos vinte empregados do condomínio, aos alunos da Fórmula Academia e Escola de Inglês Wizard*.

Além disso, os trabalhadores terceirizados continuaram a usufruir a gratuidade do estacionamento para carros, pagando apenas pela utilização do estacionamento de motocicletas.

Com efeito, evidente o tratamento discriminatório⁽¹³⁾.

A 86ª reunião anual da OIT reconheceu a proteção contra a discriminação no trabalho como um princípio e direito fundamental do trabalhador.

Nesse passo, a **Convenção n. 111 da OIT** é reconhecida como a mais importante norma antidiscriminatória nas relações de trabalho e, por sua vez, tem sido amplamente aplicada nos países signatários. Assim, o art. 1º dispõe:

1 — Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:

(13) Atente-se que, no documento anexo, extraído do site do Sonae Sierra, o grupo menciona: “A política de Gestão de Recursos Humanos é baseada ainda no tratamento isento de qualquer forma de discriminação”.

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.

(...)

3 — Para os fins da presente Convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

Nesse aspecto, frise-se que a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana são pilares de assentamento do Estado Brasileiro (arts. 1º, inciso IV e 170 ambos da Carta Magna).

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 e à igualdade (art. 5º, *caput*). No mesmo sentido, invocamos o art. 3º, IV da Constituição Federal que estatui, como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No mais, o inciso XLI, do mencionado art. 5º, dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

De outra parte, a Lei n. 9.029/95 estatui:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Enfim, a propalada discriminação, sem prejuízo dos demais argumentos, implica na ilegalidade da cobrança do estacionamento e que, portanto, deve ser eliminada.

3.5. Da violação da Lei Municipal n. 12.582/06

Infere-se do diário oficial de 24.6.06 (cópia anexa), que a Lei Municipal de Campinas n. 12.582/06 dispõe:

“Art. 1º Fica assegurada a isenção total do pagamento da tarifa de estacionamento, aos proprietários e funcionários dos estabelecimentos comerciais dos Shopping Centers instalados no município de Campinas.

Art. 2º A Administração dos Shopping Centers de Campinas, deverá manter um cadastro atualizado dos proprietários dos estabelecimentos comerciais, bem como, de seus funcionários, a fim de que ambas as categorias possam portar crachás de identificação personalizados, que permitam a validação do cartão de estacionamento, junto aos guichês já existentes, no final da jornada de trabalho para saírem das dependências do estacionamento.”

De salientar-se que os réus, através de um de seus fundos de investimentos, ajuizou mandado de segurança contra a Fazenda Pública Municipal, objetivando a não observância da norma acima, no entanto, o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Campinas rejeitou o pedido, conforme sentença em anexo.

Por conseguinte, referida lei merece sua inteira aplicação, inclusive por força do art. 8º da CLT e art. 5º da LICC.

4. Dos danos morais difusos e coletivos

A presente demanda não tem a intenção de ressarcir, individualmente, os trabalhadores prejudicados com a conduta dos réus, pois o alvo da ação civil pública é a defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade. Por conseguinte, através desta ação objetiva-se inibir a continuidade de condutas antijurídicas e, também, compensar a sociedade pelos danos já causados.

Os réus violaram a legislação municipal, a CLT, a Constituição Federal e diversos princípios de direito, praticando conduta antijurídica, lesiva e discriminatória à classe trabalhadora.

Conforme já salientado, os réus deram aos trabalhadores das lojas e das prestadoras de serviços, um tratamento diferente e pior ao dispensado aos lojistas, aos empregados do Condomínio, aos alunos da academia Fórmula e Escola de Inglês Wizard e aos trabalhadores terceirizados. Referida conduta causa “repulsa coletiva pela sensação de desvalor e menosprezo para com os valores fundamentais da comunidade de trabalho, cuja conduta ofensiva e

a lesão são socialmente repudiadas” (trecho da ementa publicada processo 00207-2006-087-15-00-9, do TRT da 15ª Reg., Juiz Edison Pelegrini).

Ao mesmo tempo, os réus deveriam atentar de que o exercício da “atividade econômica” há que se pautar pela observância, dentre outros, dos princípios da boa-fé, valorização do trabalho humano, dignidade da pessoa humana, proibição de comportamento contraditório, segurança jurídica, e não discriminação, afugentando, assim, a adoção de uma política antissocial.

Nesse sentido, há que se considerar que a conduta praticada afronta o ordenamento jurídico, o qual, erigido pelo legislador como caminho seguro para se atingir o bem comum, é, assim, flagrantemente aviltado.

Como tais lesões amoldam-se na definição do art. 81, incisos I e II, da Lei n. 8.078/90, e ainda, arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, cabe ao Ministério Público, com espeque nos arts. 1º, *caput*, e inciso IV e 3º da Lei n. 7.347/85, propor a medida judicial necessária à reparação do dano e à sustação da prática lesiva.

Ante os fatos delineados, pretende o Ministério Público do Trabalho a imputação da responsabilidade aos réus pelos atos lesivos à coletividade dos trabalhadores, atraindo assim a aplicação do art. 1º da Lei n. 7.347/85.

Essa responsabilidade decorrente de ato ilícito implica uma **condenação em dinheiro** (Lei n. 7.347/85, art. 3º), levando-se em conta a natureza do ato ilícito, a gravidade da lesão e o comprometimento do bem jurídico violado.

Oportuno se torna dizer que, “não somente a dor psíquica pode gerar danos morais, devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.” (...) Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.

Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas? *Omissis*.

A reparação moral deve se utilizar dos mesmos instrumentos da reparação material, já que os pressupostos (dano e nexos causal) são os

mesmos. A destinação de eventual indenização deve ser o Fundo Federal de Direitos Difusos, que será responsável pela utilização do montante para a efetiva reparação deste patrimônio moral lesado. Com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física...” (In: RAMOS, André de Carvalho. *A ação civil pública e o dano moral coletivo*).

Destarte, considerando a gravidade da lesão gerada pela conduta ilegal dos réus e o seu poder econômico⁽¹⁴⁾, necessário o pagamento de indenização a ser arbitrada pelo juízo, porém, no valor no mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), como forma de efetivamente reparar os danos morais difusos e coletivos provocado.

Quanto à destinação dos valores acima, frise-se que o art. 7º do Decreto n. 1.306/94 estabelece que “os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado”, logo, ante a inexistência de fundo específico, o valor da condenação deverá ser destinado para a implementação de ações sociais em favor de instituições públicas ou privadas, a ser indicada oportunamente ou a critério do juízo, que atendam o interesse público ou social relevante e, ainda, que não tenham finalidade lucrativa.

Caso não seja esse entendimento de Vossa Excelência, em caráter sucessivo, que os valores sejam destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

5. Da liminar de antecipação de tutela

Os documentos anexos constituem prova material dos fatos supramencionados, que, por sua vez, importam na violação dos dispositivos legais citados.

O processo levará tempo para a instrução e demais atos que lhe são pertinentes. Em razão disso, é necessário que sejam tomadas medidas acautelatórias para preservar os princípios constitucionais e as normas acima ventiladas, devolvendo imediatamente aos trabalhadores o direito ao acesso às dependências do Shopping sem a necessidade de pagar qualquer valor para a utilização do estacionamento de carros e motocicletas.

(14) Conforme documento anexo, o Sonae Sierra Brasil registrou um resultado direto de 49 milhões de reais nos nove primeiros meses de 2009, um crescimento de 28%, comparado com o mesmo período de 2008. Já as receitas com os aluguéis atingiram R\$ 94,8 milhões neste período, um aumento de 26% em relação ao ano passado.

A preservação do *pacta sunt servanda*, dos princípios da boa-fé, da valorização do trabalho humano, da dignidade da pessoa humana, da proibição de comportamento contraditório, da segurança jurídica, e não discriminação são suficientes para que seja decretado o retorno ao *status quo*, prestigiando a situação jurídica consolidada desde a abertura do Shopping.

Neste contexto conclui-se que a concessão da antecipação da tutela se faz mister, máxime, para assegurar a efetividade do processo.

6. Da antecipação de tutela

Dada a gravidade dos fatos apurados, e considerando-se as razões aduzidas, requer o *Parquet*, nos termos do art. 461 do CPC e art. 12 da Lei n. 7.347/85, seja concedida antecipação de tutela, a fim de que os réus, solidariamente, cumpram as seguintes obrigações:

- a) Abstenham-se de cobrar qualquer valor pela utilização do estacionamento de veículos e motocicletas dos empregados das pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades em suas dependências, inclusive dos trabalhadores terceirizados;
- b) Em caso de descumprimento do pedido acima, requer a fixação da multa pecuniária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, em favor de instituições públicas ou privadas, a serem indicadas oportunamente ou a critério do juízo, que atendam o interesse público ou social relevante e não tenham finalidade lucrativa, ou, sucessivamente, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

7. Do pedido definitivo

Diante dos fatos e argumentos expostos, o Ministério Público do Trabalho pleiteia a procedência do pedido consistente na **CONDENAÇÃO DOS RÉUS**, solidariamente, no cumprimento das seguintes obrigações:

- a) Abstenham-se de cobrar qualquer valor pela utilização do estacionamento de veículos e motocicletas dos empregados das pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades em suas dependências, inclusive dos trabalhadores terceirizados;
- b) Em caso de descumprimento do pedido acima, requer a fixação da multa pecuniária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, em favor de instituições públicas ou privadas, a serem indicadas oportunamente ou a critério do juízo, que atendam o interesse público ou social relevante

e não tenham finalidade lucrativa, ou, sucessivamente, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

c) Pagamento de indenização a ser arbitrada pelo juízo, observado o valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) decorrente dos danos morais difusos e coletivos, corrigido monetariamente e com juros até o efetivo recolhimento, em favor de instituições públicas ou privadas, a serem indicadas oportunamente ou a critério do juízo, que atendam o interesse público ou social relevante e não tenham finalidade lucrativa, ou, em caráter sucessivo, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Ante o exposto, requer a notificação dos réus para, querendo, contestarem a ação, sob pena de incidirem nos efeitos da decretação da revelia.

Provará o alegado por todos os meios de prova em direito permitidos, requerendo, desde já, o depoimento pessoal dos réus, oitiva de testemunhas, juntada de novos documentos, e tantas outras que se fizerem necessárias.

Requer, ainda, na esteira das alegações dos itens 3.1 e 3.5 acima mencionados, seja expedida ordem judicial para que os réus apresentem cópia de todos os contratos de locação, circulares, regras de conduta e outras normas internas, mantidas no Shopping Parque Dom Pedro, sob pena de aplicação do art. 359 do CPC e 330 do Código Penal.

Dá-se à presente o valor de **R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)**.

Nestes termos,
pede deferimento.

Campinas, 2 de dezembro de 2009.

Ronaldo José de Lira
Procurador do Trabalho

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE SINDICATO — DISSOLUÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA FEDERAL DA VARA DO
TRABALHO DE ITAPETININGA

O Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região — Procuradoria do Trabalho no Município de Sorocaba, CNPJ n. 26.989.715/0046-04, situado na Rua Belarmino Moraes de Arruda, n. 120, Vila Jardini, CEP: 18044-080, Sorocaba-SP, pelo Procurador do Trabalho que a esta subscreve (a ser intimado pessoalmente nos autos no endereço *supra*, consoante o art. 18, inciso II, alínea *h* da Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993), consubstanciado nos arts. 127 e 129, incisos II e III, da Constituição da República, no art. 83, inciso IV, da Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993, e arts. 1º e seguintes da Lei n. 7.347/85, vem, à presença de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face do Sindicato dos Empregados Rurais de Itapetininga, Angatuba e Capela do Alto, inscrito no CNPJ sob o n. 58.977.380/0001-07, com sede na Rua Antonio Fogaça de Almeida, n. 683, Centro, Itapetininga/SP, CEP: 18201-100, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

Dos fatos

O Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Itapetininga apresentou petição ao MPT, através da qual informava que o Sindicato réu seria uma entidade de

fachada, permanecendo fechado a maior parte do tempo, não tutelando os interesses dos trabalhadores.

A petição foi recebida como pedido de mediação, sendo designada audiência (fl. 6).

Em audiência, fls. 15/16, não foi obtida uma composição amigável para o problema, sendo, então, determinado aos Sindicatos que procedessem a juntada de cópia integral de seus atos constitutivos, bem como balancetes e balanço patrimonial dos últimos cinco anos, com cópias do livro caixa do mesmo período, relação de todos os associados, com cópia do livro de registro de associados; cópia do edital de convocação de assembleia para aprovação de contas da diretoria dos últimos cinco anos; bem como cópia das carteiras de trabalho dos representantes de suas diretorias; por último cópia de toda a documentação referente à eleição das atuais administrações, ou seja, cópia de edital, lista de associados, lista de votantes, cópias de todos os acordos coletivos celebrados nos últimos cinco anos.

Pois bem, o Sindicato denunciante procedeu a juntada de todos os documentos requisitados (fl. 95).

Contudo, o mesmo não ocorreu com o Sindicato denunciado, o qual só procedeu a juntada de cópia da ata de posse da diretoria (fls. 54/55).

Através da petição de fls. 88/90, o Sindicato denunciante informou que o Sindicato denunciado teria publicado edital convocatório para a aprovação das contas do período de 2006 e 2007 (fl. 91).

Conforme despacho de fl. 96, foi designada audiência, requisitando-se a apresentação de documentos por parte do Sindicato réu.

Lamentavelmente, o Sindicato denunciado não compareceu à citada audiência, tampouco apresentou os documentos requisitados.

Diante disso, através do despacho de fl. 104, a mediação inicial foi convertida em procedimento preparatório em face do réu, agendando-se diligência na sede do mesmo.

No dia 28.8.2008, este Procurador esteve presente na sede do Sindicato denunciado, tendo colhido o depoimento de fl. 108, bem como deixado notificação para nova audiência, a qual seria realizada no dia 1º.9.2008, contudo, mais uma vez o investigado não compareceu (fl. 109).

Do depoimento do Sr. Geermas Dolacruz Meira, fl. 108, constou:

“que trabalha no Sindicato há cerca de 20 dias, como recepcionista, sua função é atender os trabalhadores que procuram o sindicato e encaminhá-los ao escritório do Dr. Wilson, situado na Rua Monsenhor Soares, n. 702, telefone (15) 3271-7012, o qual faz o atendimento dos

trabalhadores; que o depoente só fica num cômodo da casa do sindicato, já que os demais cômodos ficam fechados com cadeado e o depoente nem sabe o que tem lá dentro; que na sala onde o depoente trabalha tem apenas três cadeiras, uma mesa, uma escrivaninha e um banco de três lugares, também há um telefone; que o depoente não foi registrado, já que pretende ir para outra empresa; que da diretoria do sindicato, só conhece o Sr. José Máximo, presidente, e o Dr. Wilson que é o advogado.”

Apesar de deixada notificação para nova audiência, fl. 107, mais uma vez o Sindicato réu não compareceu (fl. 109).

Em razão disso, foi proposta ação cautelar de exibição de documentos, feito n. 01286-2008-041-15-00-0, perante essa Vara do Trabalho, sendo determinado ao Sindicato réu que procedesse a juntada dos seguintes documentos:

- a) seus atos constitutivos e carta sindical;
- b) balancetes dos últimos cinco anos;
- c) balanço patrimonial dos últimos cinco anos;
- d) livro caixa dos últimos cinco anos;
- e) relação de todos os associados;
- f) livro de registro de associados;
- g) edital de convocação de assembleia para aprovação de contas da diretoria dos últimos cinco anos;
- h) CTPS de todos os integrantes de sua diretoria;
- i) toda a documentação referente à eleição da atual administração, ou seja, edital, lista de associados, lista de votantes;
- j) todos os acordos coletivos celebrados nos últimos cinco anos;
- k) informar onde possuiu ou possui conta bancária, juntando os extratos respectivos dos últimos cinco anos;

- l) livro de atas de reunião da diretoria;
- m) livro de atas de assembleias gerais;
- n) livro de atas do conselho fiscal;
- o) contrato de locação de sua sede;
- p) relação dos atuais componentes da administração do sindicato;
- q) declarações de IRPJ dos últimos 5 (cinco) anos.

Mais uma vez o Sindicato réu não cumpriu a determinação de uma autoridade, no caso, do Poder Judiciário, e não procedeu a juntada de documentos, cuja elaboração, guarda e apresentação aos órgãos públicos é determinada por lei.

De todo o exposto, percebe-se que o Sindicato denunciante não respeita o ordenamento jurídico do país, na medida em que descumpre, de forma reiterada, as notificações para apresentação de documentos.

Sendo assim, não restou outra alternativa ao *Parquet*, a não ser o ajuizamento da presente demanda.

Do direito

Da liberdade sindical

É inquestionável que o art. 8º, I, da Constituição da República proíbe a interferência e a intervenção na organização sindical. Contudo, a liberdade de criação e funcionamento das organizações sindicais não é tão ampla como pode fazer crer uma leitura mais descompromissada do referido texto constitucional. Isso porque, a autonomia da entidade sindical não pode jamais significar soberania, pois limitada pelo direito dos indivíduos e dos demais grupos sociais, incumbindo ao Estado velar pelo respeito a esse direito.

Nesse diapasão, a condição de o réu ser uma entidade sindical não o exclui do controle do Poder Judiciário, sendo perfeitamente cabível o controle da legalidade dos atos praticados pelo mesmo. Desse modo, não se pode excluir do Poder Judiciário a apreciação da lesão ou ameaça a direito, possuindo competência, destarte, para decidir sobre a regularidade das eleições sindicais. Ademais, tal competência é prevista expressamente no inciso III do art. 114 da Constituição da República ao dispor competir à Justiça

do Trabalho processar e julgar as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.

Na opinião abalizada de *Mozart Victor Russomano*⁽¹⁾, mesmo no mais puro regime democrático, o Estado tem o direito (e o dever, inclusive) de exercer vigilância sobre o comportamento dos sindicatos, em defesa de suas próprias finalidades sociais. Desse modo, quando o sindicato descumprir os fins legais e estatutários que o justificam, não há como negar ao Estado competência para intervir na vida sindical, a fim de normalizar seu funcionamento e ajustá-lo ao fiel desempenho de sua missão histórica.

E conclui o mestre:⁽²⁾

“O art. 8º, *caput* e inciso I, declara que o Estado está proibido de intervir, por qualquer forma, na vida sindical. É de se entender essa norma, entretanto, como vedação — e o final do inciso I apoia esse entendimento — de ingerência do Poder Público na organização sindical ou no funcionamento da entidade de classe. Não pode o preceito constitucional significar, obviamente, que o sindicato se subtraia às regras legais que sejam adotadas para discipliná-lo, as quais, entretanto, não poderão ferir sua legítima autonomia. E, além disso, não há como excluir a possibilidade de medidas judiciais que reprimam vícios e erros das administrações dos sindicatos.” (grifos nossos)

Trazemos à colação esses ensinamentos para reforçar que o Poder Judiciário não somente pode, como deve, enquanto não houver liberdade sindical no sentido individualístico, ou seja, enquanto houver a unicidade sindical, interferir sobre a estrutura organizativa das entidades sindicais para lhes exigir observância aos pressupostos do regime democrático, da legalidade e da legitimidade. Toda liberdade tem limites e não há justificativas para liberdade sindical ser absoluta e ilimitada.

Em suma, o poder público não poderá intervir ou interferir na organização (entidade) sindical, via ato administrativo, contudo, poderá reprimir vícios e erros das administrações das organizações sindicais através de medidas judiciais, principalmente para submetê-las aos pressupostos do regime democrático, da legitimidade e da legalidade, como qualquer entidade de direito privado, bem como para resguardar a liberdade individual dos integrantes da categoria.

Para *Cristiane Rozicki*⁽³⁾, a única exigência que é feita à autonomia interna das associações sindicais é o seu necessário ajustamento aos princípios de

(1) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 73.

(2) *Idem*, p. 73-74.

(3) ROZICKI, Cristiane. *Aspectos da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 1998. p. 105-106.

organização e gestão democrática. Em razão disso, é atribuído à entidade sindical uma série de imposições mínimas tais como a ativa participação dos filiados na vida do sindicato e a realização periódica de eleições livres, além de um funcionamento interno onde sejam preservadas as liberdades de expressão e de deliberação nas reuniões, de proposição de candidaturas e concessão de iguais oportunidades a todos os candidatos.

Nesse sentido, aliás, *José Rodrigo Rodriguez*⁽⁴⁾ ao afirmar que o fato de ser vedado ao Estado estabelecer as regras para funcionamento interno dos sindicatos e das eleições sindicais, não significa que o Estado não possa estabelecer certas regras a serem cumpridas pelos sindicatos, desde que respeitados os ditames constitucionais.

Regras que exigem a qualidade de integrante da categoria e o exercício efetivo como tal, pois somente com a experiência vivenciada no ambiente de trabalho é que se tem condições de representação sindical legítima. Regras essas que incluem o controle a respeito da contribuição compulsória dos trabalhadores como bem anotou *Saad* em passagem anterior, e também o controle das outras receitas arrecadadas pelos entes sindicais, como forma de conferir transparência às gestões sindicais, porque vivemos em um ambiente de SINDICATO ÚNICO, cujo sistema impede a criação de outras entidades sindicais pelos trabalhadores que sentirem lesionados e mal representados.

E, a respeito da democracia nas eleições previstas no Estatuto, como garantia da liberdade sindical, assim se manifesta o citado doutrinador:⁽⁵⁾

“Repugna ao ordenamento jurídico brasileiro, fundado no princípio democrático, a existência de entidades organizadas internamente com base em critérios antidemocráticos, aos menos no que se refere aos sindicatos. O princípio da unicidade sindical impede que grupos discordantes formem novos sindicatos para concorrer na mesma base territorial e categoria. Se estes grupos estiverem participando de sindicatos regionais, estaduais ou nacionais, ou ainda, de sindicatos de categorias conexas, podem tentar desmembrar-se ou dissociar-se deles formando um sindicato exclusivo para sua categoria ou base territorial. Afora esta hipótese, resta apenas a possibilidade de dissentir no interior do sindicato, participando das atividades de seus órgãos e disputando as eleições para sua diretoria. Para garantir esta possibilidade de dissenso, é preciso que os estatutos garantam a democracia no funcionamento interno e nas eleições sindicais. Caso contrário, estaria sendo violado o direito constitucional da liberdade sindical.”

(4) RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical* — direito, política, globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 421.

(5) *Idem*, p. 421.

Nesse diapasão, enquanto existir a unicidade sindical — onde o trabalhador não tem outras opções de sindicalização — contribuições compulsórias e enquanto houver sujeição de todos os membros da categoria, inclusive os não associados, às convenções e aos acordos coletivos firmados pelo respectivo sindicato, não há como excluir da apreciação do Poder Judiciário as questões atinentes ao funcionamento das organizações sindicais, de modo a defender a liberdade sindical individual frente às próprias organizações sindicais.

Enfim, *José Carlos Arouca*⁽⁶⁾, ao discorrer a respeito da autonomia das entidades sindicais quanto ao processo eleitoral assegurada pelo atual texto constitucional, faz a seguinte ressalva:

“Venceu a democracia. Nem tanto. Mantêm-se vícios que decidem o resultado dos pleitos, como negar o fornecimento da relação de eleitores e sua localização, a participação nas mesas coletoras e, principalmente, atribuir ao presidentes do sindicato, mesmo quando participante de chapa concorrente a presidência do processo eleitoral.”

E, a respeito de alguns artifícios marotos utilizados por algumas entidades sindicais com o propósito de pegar desprevenidos e despreparados os grupos opositoristas, conclui⁽⁷⁾:

“Outros, ainda, hoje, utilizam-se de expedientes que atentam contra a democracia, como publicar o edital convocatório em jornais sabidamente voltados para um público específico e reduzido.” (grifos nossos)

E outros ainda, para se manter no poder e utilizar o sindicato para fins pessoais, recorrem a expedientes escusos, como os relatados e demonstrados nesta ação.

Em suma, pela via eleita, pretende o Ministério Público restaurar a ordem jurídica, velar pelo interesse social e proteger o interesse coletivo e a incolumidade dos trabalhadores, ameaçados pela gestão sindical abusiva e fraudulenta do réu, assegurando-se de forma prática aquilo que a Constituição, as leis e os princípios do Direito Sindical já preveem, qual seja, a plena liberdade sindical.

Constituição e funcionamento do réu

Estudando-se a evolução do direito do trabalho, constata-se que os sindicatos nasceram da necessidade de concentração de esforços de um

(6) AROUCA, José Carlos. *Repensando o sindicato*. São Paulo: LTr, 1998. p. 466.

(7) *Idem*, p. 467.

determinado grupo de indivíduos em prol de seus interesses comuns, mormente de natureza profissional, tendo por incumbência a representação, defesa e coordenação dos interesses da categoria que representa.

Como assinala o ilustre *José Claudio Monteiro de Brito Filho*⁽⁸⁾, estes objetivos genéricos, coordenar interesses e defendê-los, dão origem a todo e qualquer outro objetivo do sindicato, bem como norteiam suas atividades ou funções.

Essa união e reunião de pessoas para a específica defesa de interesses profissionais se apresenta, pois, como uma especial associação de empregados ou de empregadores, na medida que o sindicato, ainda segundo a lição do mestre acima mencionado, se diferencia das demais associações por agrupar empregados ou empregadores em torno de interesses profissionais ou econômicos, recebendo tratamento especial do Estado e do direito posto. Ocupam os sindicatos, na legislação, normalmente lugar de destaque, recebendo tratamento específico.

O ilustre *De La Cueva*, citado por *Amauri Mascaro*, defende que o sindicato **é uma pessoa jurídica de direito social**: “o sindicato é um novo órgão produtor de direito objetivo e não pode ser, conseqüentemente, uma pessoa de direito privado”⁽⁹⁾.

Claro exemplo desse exercício de atribuições de interesse público está fortemente revelado no poder de exclusividade de representação e de celebração de instrumentos coletivos prevendo a fixação de normas laborais para todos os integrantes da categoria profissional, associados ou não à agremiação.

Com efeito, para que haja o bom funcionamento e correto desenvolvimento da atividade sindical, há de se ter em mente que a premissa e principal bem jurídico ou valor tutelado será sempre a “liberdade sindical”.

Como salientam *Oscar Ermida Uriarte* e *José Francisco Siqueira Neto*, tem-se que:

“Todos os mecanismos de proteção contra os atos antissindicais se fundam, teoricamente, na liberdade sindical, que é sua premissa lógica. Paralelamente, sua essencialidade, é clara na medida em que deles depende a possibilidade da vigência real e prática da liberdade sindical entendida, fora esses efeitos, como o desempenho da atividade sindical,

(8) Direito Sindical Análise do Modelo Brasileiro de Relações Coletivas de Trabalho à Luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT: Proposta de Inserção da Comissão de Empresa. São Paulo: LTr, 2000.

(9) CUEVA, Mario de La *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Origens históricas e natureza jurídica dos sindicatos. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho*.

seja pelo sindicato, seja por um conjunto inorgânico de trabalhadores, ou ainda por um trabalhador apenas.”⁽¹⁰⁾

Sem qualquer sombra de dúvida, é a partir das dimensões da liberdade sindical em um dado sistema de relações de trabalho que podemos averiguar com precisão a função da negociação coletiva e dos meios de composição dos conflitos coletivos de trabalho, os contornos da legislação trabalhista e dos órgãos administrativos e judiciários, assim como, dos mecanismos privados auxiliares de composição dos conflitos trabalhistas. Enfim, é o instituto da liberdade sindical que amolda, que recorta, que define o perfil básico do direito do trabalho de um país. Esta, na verdade, preliminarmente, funciona como condição para a atuação dos direitos individuais e coletivos. A partir da liberdade sindical é que são estruturados e articulados entre si os demais institutos do direito do trabalho.⁽¹¹⁾

Essa liberdade sindical comporta várias acepções, a começar pela basilar liberdade de “filiação” e de “Constituição” da organização sindical e que se estende ao desenvolvimento de toda atividade de representação, e que se encontra expressamente amparada pela legislação internacional e constitucional, alçada à condição de direito fundamental, consoante se infere do disposto nos art. 20, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e arts. 5º, incisos XVII e XX, e 8º, *caput* inciso V, ambos da Constituição da República.

Como não poderia deixar de ser, também a Organização Internacional do Trabalho sempre dedicou especial atenção à liberdade sindical, principalmente no que concerne à adoção de rígida política de combate à prática de atos antissindicais e de ingerência, dispondo o art. 2º da Convenção n. 98, devidamente ratificada pelo Brasil, que:

1. As organizações de trabalhadores e de empregadores gozarão de adequada proteção contra atos de ingerência de umas nas outras, ou por agentes ou membros de umas nas outras, na sua constituição, funcionamento e administração.
2. Serão principalmente considerados atos de ingerência, nos termos deste artigo, promover a constituição de organizações de trabalhadores dominadas por organizações de empregadores ou manter organizações de trabalhadores com recursos financeiros ou de outra espécie, com o objetivo de sujeitar essas organizações ao controle de empregadores ou de organizações de empregadores.

(10) *A proteção contra os atos antissindicais*. São Paulo: LTr, 1989.

(11) Texto publicado pela Fundação Friedrich Ebert/ILDES como PROSUE 1999.

Lamentavelmente, consoante se infere da prova colacionada aos autos, a constituição e o funcionamento do réu está viciada, já que não decorrente da efetiva vontade da categoria, mas por indivíduos que tinha escopo de auferir benefícios pessoais.

Assim, está viciado o ato de criação do sindicato, porque sequer existiu a concreta manifestação da vontade humana direcionada para o fim constitutivo, pois a “criação” do sindicato não se deu com vistas à defesa da categoria profissional, mas tão somente para ser utilizado em proveito pessoal de seus administradores.

Trata-se, ademais, de ato fraudulento que também atenta contra o espírito do disposto no art. 53, *caput*, do Código Civil (natureza e finalidade das associações), sendo por isso incapaz de gerar direitos.

De se dizer, em matéria de associativismo, que até mesmo a indiferença dos trabalhadores em relação à constituição e participação de agremiação sindical deve ser entendida como manifestação de vontade, situação que somente pode ser alterada através do natural amadurecimento da consciência coletiva — capaz de gerar entidades livres, sérias e comprometidas com a causa operária —, e que não pode ser suprida mediante fraude ou supressão do desejo coletivo.

A ausência de documentos obrigatórios, o não atendimento das requisições do MPT, a desobediência à determinação judicial de juntada de documentos, aliados à comprovação na diligência do MPT de que não o Sindicato não tem atividade regular, levam à corroboração da afirmativa de fl. 12 do procedimento n. 160-2007-15-008/6-20, no sentido de que estamos diante de um sindicato de fachada, que não atua efetivamente na defesa dos trabalhadores.

Por outro lado, bem sabemos que qualquer pessoa jurídica deve ter escriturada as suas operações financeiras através de registros contábeis.

Pois bem. Tratando-se de Sindicato, a obrigação está estampada no art. 551, CLT:

“Art. 551. Todas as operações de ordem financeira e patrimonial serão evidenciadas pelos registros contábeis das entidades sindicais, executados sob a responsabilidade de contabilista legalmente habilitado, em conformidade com o plano de contas e as instruções baixadas pelo Ministério do Trabalho.

§ 1º A escrituração contábil a que se refere este artigo será baseada em documentos de receita e despesa, que ficarão arquivados nos serviços de contabilidade, à disposição dos órgãos responsáveis pelo acompanhamento administrativo e da fiscalização financeira da própria

entidade, ou do controle que poderá ser exercido pelos órgãos da União, em face da legislação específica.

§ 2º Os documentos comprobatórios dos atos de receita e despesa, a que se refere o parágrafo anterior, poderão ser incinerados, após decorridos 5 (cinco) anos da data de quitação das contas pelo órgão competente.

§ 3º É obrigatório o uso do livro Diário, encadernado, como folhas seguidas e tipograficamente numeradas, para a escrituração, pelo método das partidas dobradas, diretamente ou por reprodução, dos atos ou operações que modifiquem ou venham a modificar a situação patrimonial da entidade, o qual conterà, respectivamente, na primeira e na última páginas, os termos de abertura e de encerramento.

§ 4º A entidade sindical que se utilizar de sistema mecânico ou eletrônico para sua escrituração contábil, poderá substituir o Diário e os livros facultativos ou auxiliares por fichas ou formulários contínuos, cujos lançamentos deverão satisfazer a todos os requisitos e normas de escrituração exigidos com relação aos livros mercantis, inclusive no que respeita a termos de abertura e de encerramento e numeração sequencial e tipográfica.

§ 5º Na escrituração por processos de fichas ou formulários contínuos, a entidade adotará livro próprio para inscrição do balanço patrimonial e da demonstração do resultado do exercício, o qual conterà os mesmos requisitos exigidos para os livros de escrituração.

§ 6º Os livros e fichas ou formulários contínuos serão obrigatoriamente submetidos a registro e autenticação das Delegacias Regionais do Trabalho localizadas na base territorial da entidade.

§ 7º As entidades sindicais manterão registro específico dos bens de qualquer natureza, de sua propriedade, em livros ou fichas próprias, que atenderão às mesmas formalidades exigidas para a livro Diário, inclusive no que se refere ao registro e autenticação da Delegacia Regional do Trabalho local.

§ 8º As contas dos administradores das entidades sindicais serão aprovadas, em escrutínio secreto, pelas respectivas Assembleias Gerais ou Conselhos de Representantes, com prévio parecer do Conselho Fiscal, cabendo ao Ministro do Trabalho estabelecer prazos e procedimentos para a sua elaboração e destinação.”

Ficou provado que o Sindicato não cumpre as obrigações constantes do referido artigo.

Igualmente ignorada pelo réu é a disposição constante do art. 524 da CLT, *verbis*:

“Art. 524. Serão sempre tomadas por escrutínio secreto, na forma estatutária, as deliberações da Assembleia Geral concernentes aos seguintes assuntos:

- a) eleição de associado para representação da respectiva categoria prevista em lei;
- b) tomada e aprovação de contas da diretoria;
- c) aplicação do patrimônio;
- d) julgamento dos atos da Diretoria, relativos a penalidades impostas a associados.”

A entidade sindical, na forma do art. 527, CLT, também é obrigada a manter livro de registro que deverá conter: “além do nome, idade, estado civil, nacionalidade, profissão ou função e residência de cada associado, o estabelecimento ou lugar onde exerce a sua profissão ou função, o número e a série da respectiva carteira profissional e o número da inscrição na instituição de previdência a que pertencer”.

Podemos afirmar que esse livro não existe no sindicato, já que não apresentado ao MPT e tampouco ao Judiciário, quando da ação cautelar.

E essa apresentação, além de constar expressamente na Lei Complementar n. 75/93, também encontra suporte na disposição contida no art. 514, CLT.

É óbvio que o réu também não cumpre as disposições constantes nos arts. 592 e 514, este já citado acima, pois, não coloca à disposição dos trabalhadores:

- “a) assistência jurídica;
- b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica;
- c) assistência à maternidade;
- d) agências de colocação;

- e) cooperativas;
- f) bibliotecas;
- g) creches;
- h) congressos e conferências;
- i) auxílio-funeral;
- j) colônias de férias e centros de recreação;
- l) prevenção de acidentes do trabalho;
- m) finalidades deportivas e sociais;
- n) educação e formação profissional.
- o) bolsas de estudo.”

Por outro lado, o estatuto⁽¹²⁾ do réu foi alterado de forma a evitar disputas democráticas, ou seja, o § 1º do art. 5º preceitua que: “o indivíduo que de alguma forma (individual ou coletiva) direta ou indiretamente, judicial ou extrajudicial, realizou ou colaborou na prática de atos para dificultar ou impedir a organização do sindicato dos empregados rurais ou ainda ter praticado ato considerado atentatório a moral ou tiver má conduta na sede ou demais dependências do sindicato, não poderá inscrever-se como associado contribuinte comum”.

Também irregular é a disposição constante do § 2º do referido art. 5º: “O empregado rural que estiver inscrito como associado recolhendo mensalidades sociais ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais, não poderá inscrever-se como associado contribuinte comum, enquanto não completar 12 (doze) meses de sua baixa, junto àquela entidade”.

É patente a violação Constitucional desses parágrafos. Primeiro, o art. 8º, CR/88, preceitua que é livre a associação profissional ou sindical (a pessoa pode ser filiada a mais de um sindicato — é livre o direito de associação). Segundo, o art. 5º, CR/88, inciso II, diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Terceiro, o direito de petição também é garantia prevista na Lei Magna, incisos XXXIV e XXXV.

(12) Cf. fl. 53 do Anexo I do procedimento.

Portanto, inconstitucionais os parágrafos acima citados.

Além de serem inconstitucionais, as disposições estatutárias também afronta a CLT, que em seu art. 529 dispõe:

“Art. 529. São condições para o exercício do direito do voto como para a investidura em cargo de administração ou representação econômica ou profissional:

- a) ter o associado mais de seis meses de inscrição no Quadro Social e mais de 2 (dois) anos de exercício da atividade ou da profissão;
- b) ser maior de 18 (dezoito) anos;
- c) estar no gozo dos direitos sindicais.”

Luzidio, portanto, que não há amparo legal para a restrição contida no estatuto do réu.

As atas de fls. 158 e 159, Anexo I, do procedimento administrativo, demonstram que os cargos da diretoria do sindicato são ocupados conforme a vontade dos seus administradores, e não de acordo com as disposições estatutárias.

Nos autos judiciais n. 846/08, VT Itapetininga, o Sr. José Máximo Ribeiro de Lima asseverou que doze pessoas votaram na eleição da atual diretoria, sendo que na eleição do Sr. Anivaldo participaram 16 eleitores; que o Sr. Natalino não trabalha na citrovita há mais de dois anos.

Já nos autos do processo n. 847/08 o Sr. José Máximo informou que o Sindicato não realizou nenhum acordo coletivo até hoje. Também asseverou que está desempregado há um ano.

Como o Sr. José Máximo está desempregado há mais de um ano, logicamente, não poderia concorrer às eleições do sindicato, pois, vedado pelo estatuto e pela CLT.

Por sua vez, o CNIS — Cadastro Nacional de Informações Sociais — informa que o Sr. Anivaldo Ribeiro Dutra não mais trabalha para a empresa Qualiflora Serviços Rurais S/C Ltda desde 8.12.2003. Essa mesma informação consta dos autos judiciais n. 433/04, VT de Capão Bonito. Portanto, além de não fazer parte da base territorial do Sindicato réu, também não detinha a condição de empregado, porém, mesmo assim concorreu e foi eleito para a direção do sindicato.

O Sr. Orlando Delamico também não fazia parte da categoria profissional, conforme demonstra o CNIS, contudo, também concorreu às eleições e foi eleito para a direção do sindicato.

Com relação aos Sr. Natalino Donizeti Ribeiro de Lima, José Máximo Ribeiro de Lima, José Moreira Bicudo e Maísa Mendes Rodrigues, também vieram documentos ao procedimento no sentido de que eles não eram integrantes da categoria profissional, mesmo assim, foram eleitos para a direção do sindicato.

A CLT, art. 540, preceitua que:

“Art. 540. A toda empresa ou indivíduo que exerçam respectivamente atividade ou profissão, desde que satisfaçam as exigências desta lei, assiste o direito de ser admitido no sindicato da respectiva categoria.

§ 1º *Perderá os direitos de associado o sindicalizado que, por qualquer motivo, deixar o exercício de atividade ou de profissão.”*

Os arts. 529 e 530 da CLT estabelecem que:

“Art. 529. São condições para o exercício do direito do voto como para a investidura em cargo de administração ou representação econômica ou profissional:

a) ter o associado mais de 6 (seis) meses de inscrição no Quadro Social e mais de 2 (dois) anos de exercício da atividade ou da profissão;

Art. 530 — Não podem ser eleitos para cargos administrativos ou de representação econômica ou profissional, nem permanecer no exercício desses cargos:

I — os que não tiverem definitivamente aprovadas as suas contas de exercício em cargos de administração;

II — os que houverem lesado o patrimônio de qualquer entidade sindical;

III — os que não estiverem, desde 2 (dois) anos antes, pelo menos, no exercício efetivo da atividade ou da profissão dentro da base territorial do sindicato, ou no desempenho de representação econômica ou profissional.”

Assim, quem não teve suas contas regularmente aprovadas pela categoria, não pode ser eleito ou reeleito para a administração da entidade. Portanto, patente o vício na realização das eleições.

Ao procedimento administrativo foi juntada ata notarial do 1º Tabelião de Itapetininga, lavrada no dia 24.4.2008, informando que no referido dia não

houve movimentação de pessoas na sede do Sindicato réu, contudo, mesmo assim, houve a lavratura de ata pelo ente sindical.

Ao procedimento administrativo também foi juntada ata notarial do Tabelião de Capela do Alto, da qual se constata a inexistência de atividades sindicais por parte do réu na cidade de Capela do Alto.

De não se olvidar, portanto, que a subsistência da referida agremiação é extremamente nociva aos trabalhadores, já que o Sindicato existe “apenas no papel”, não havendo comprometimento com a defesa dos interesses dos trabalhadores.

Na lição do prof. *José Francisco Siqueira Neto*:

“A relação de trabalho é uma relação de poder, e o principal escopo da legislação do trabalho sempre foi — e sempre será — aquele de constituir uma força balanceadora destinada a neutralizar a disparidade contratual imanente dessas relações. O trabalhador individualmente considerado, é constrangido a aceitar as condições que o empregador lhe oferece. Para os trabalhadores, o poder é um poder somente coletivo. O empregador individual, ao contrário, constitui-se em um complexo de recursos materiais e humanos. Socialmente falando, a empresa é em si mesma um ‘poder coletivo’ em tal sendo.

As relações de trabalho somente são equilibradas quando o contrapoder coletivo dos trabalhadores se manifesta. Sem isso, o poder concentra-se exclusivamente nas mãos do empregador. É certo que o Estado pode impor, como de fato impõe, condições mínimas de trabalho. Porém, se esse mesmo Estado não dotar os organismos coletivos dos trabalhadores de prerrogativas e de garantias suficientes para realizar o acompanhamento efetivo das manifestações quotidianas das relações de trabalho, o *standart* mínimo trabalhista imposto pela ordem jurídica somente se prestará à burocratização das relações entre empregados e empregadores.

O equilíbrio do poder nas relações de trabalho, portanto, não vem da lei trabalhista protetiva em si, mas da existência de sindicatos livres, autônomos, atuantes e independentes. A lei trabalhista sem sindicatos livres, não protege o trabalhador, e tampouco limita o poder do empregador.

Desta maneira, o Estado, além de reconhecer o direito de associação sindical, deve passar a protegê-lo (dos trabalhadores e das organizações) do poder e da influência indevida do empregador, como forma

de assegurar o equilíbrio do próprio sistema de relações do trabalho. Os dispositivos da Convenção n. 98, da OIT, de 1949, identificam perfeitamente tais preocupações.”⁽¹³⁾ (não há grifos no original)

Assim, a intervenção estatal deve ocorrer sempre que o sindicato não atue na defesa do trabalhador, seja por ingerência de empresário, seja por desvio de finalidade levado a cabo por parte dos dirigentes da entidade, que atuam em proveito próprio e não da classe de trabalhadores.

Nessas condições, impõe-se a declaração de nulidade dos atos constitutivos do réu, e, como consequência lógica, a imediata suspensão das atividades e sua final dissolução, conforme previsão inserta no art. 5º, inciso XIX, da Constituição da República, sendo preferível a inexistência de agremiação sindical local do que a prevalência de uma crivada pela fraude e comprometimento de seu ideal.

Da declaração de nulidade e seus efeitos

a) Cancelamento dos registros da entidade

O *caput* do art. 115 da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) estabelece que:

“Art. 115. Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.”

Assim, diante da demonstração da destinação ilícita e nociva ao bem público, bem como aos direitos transindividuais da coletividade trabalhadora, faz-se necessário cancelar o registro do réu. A providência evitará que a pessoa jurídica ilegítima continue praticando atos que possam lesar terceiros de boa-fé.

b) Nulidade das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho celebrados pela entidade

Não podem persistir produzindo efeitos eventuais instrumentos que consolidam as negociações coletivas realizadas pela ré em nome da categoria profissional, pois o “ente” que os firmou não constitui verdadeira entidade sindical, conforme se demonstrou no caso em tela.

(13) Obra acima mencionada.

Da dissolução do réu

A presente ação pretende a declaração da nulidade da constituição e do funcionamento do réu. Trata-se de uma anomalia ao sistema porque o “sindicato” não decorreu da vontade dos trabalhadores, tampouco tem em sua direção trabalhadores vinculados à categoria profissional.

Muito embora essa anomalia não constitua uma verdadeira pessoa jurídica (por isso se pretende a declaração da nulidade, com efeitos *ex tunc*), o fato é que esse arremedo de entidade sindical vem sendo utilizado em proveito próprio de seus administradores, por sua aparência de legalidade, e o que é pior, lesando os direitos dos trabalhadores, que são representados em acordos ou convenções coletivas por entidade sem qualquer respaldo da classe obreira.

Assim, muito embora inexistente para o mundo jurídico, faz-se necessário apagar do mundo dos fatos, a figura desse “ente”. A consequência lógica da declaração da nulidade é, portanto, a determinação de dissolução desta falsa “entidade associativa”.

O efeito da dissolução deste ente, por sua vez, é a destinação de seu patrimônio líquido, caso existir, a fundo municipal, estadual ou federal com fins assemelhados (parágrafo único do art. 556 da CLT combinado com art. 61 do Código Civil).

Com efeito, dispõe o parágrafo único do art. 556 da CLT que:

“No caso de dissolução, por se achar a associação incursa nas leis que definem crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e a ordem política e social, os seus bens, pagas as dívidas decorrentes das suas responsabilidades, serão incorporados ao patrimônio da União e aplicados em obras de assistência social.” (Prejudicado pelo art. 8º, I, da CF).

O artigo é aplicável à hipótese em tela, porque o ente sindical será dissolvido por decisão judicial em razão de sua criação fraudulenta.

Deduz-se, portanto, que o fundo ao qual deverão reverter bens do improvável patrimônio do réu será o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Da obrigatoriedade da aprovação das contas para concorrer ao cargo de direção sindical

Nos termos do art. 530 da CLT, acima transcrito, não podem ser eleitos nem permanecer em cargos de direção sindical aqueles que não tiverem aprovadas suas contas enquanto no exercício desses cargos.

Como visto, a aprovação das contas é requisito indispensável para que o dirigente possa alcançar um cargo sindical ou mesmo permanecer no exercício de seu cargo.

Mas além da aprovação das contas, é ainda necessária a aprovação do ORÇAMENTO da entidade sindical antes de cada exercício financeiro. É o que estabelece o art. 550 e seus parágrafos, *in verbis*:

“Art. 550. Os orçamentos das entidades sindicais serão aprovados, em escrutínio secreto, pelas respectivas Assembleias Gerais ou Conselho de Representantes, até 30 (trinta) dias antes do início do exercício financeiro a que se referem, e conterão a discriminação da receita e da despesa, na forma das instruções e modelos expedidos pelo Ministério do Trabalho.

§ 1º Os orçamentos, após a aprovação prevista no presente artigo, serão publicados, em resumo, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da realização da respectiva Assembleia Geral ou da reunião do Conselho de Representantes, que os aprovou, observada a seguinte sistemática:

a) no Diário Oficial da União — Seção I — Parte II, os orçamentos das confederações, federações e sindicatos de base interestadual ou nacional;

b) no órgão de imprensa oficial do Estado ou Território ou jornal de grande circulação local, os orçamentos das federações estaduais e sindicatos distritais municipais, intermunicipais e estaduais.”

Comentando tal dispositivo, *Saad* diz que “Não ofende ao art. 8º da Constituição Federal o que se prescreve no artigo sob comentário. Tem o Estado o direito de fiscalizar o uso da contribuição compulsória recebida pelas entidades sindicais. Aliás, a legislação anterior, mantida pela nova ordem constitucional, submete a essa fiscalização ou auditoria outras entidades de direito privado que recebem ajuda financeira do Estado”.⁽¹⁴⁾

Como já ressaltamos anteriormente, o réu não tem organização administrativa ou financeira mínima, inexistindo balanços e demonstrações de contas para apresentar aos associados. É bem verdade que após a instauração do procedimento administrativo o réu fez publicar edital para aprovação de contas, contudo, muito após o prazo legal e, mesmo assim, não foram juntados esses documentos no procedimento e até mesmo na ação judicial, descumprindo a determinação desse Juízo.

(14) In: *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 497-498.

Da mesma forma, nunca houve previsão em orçamentos anteriores a cada exercício, discriminando-se as receitas e as despesas, procedimento legal indispensável para que se confira transparência na aplicação das receitas compulsoriamente tomadas dos trabalhadores.

Em apenas um documento juntado ao procedimento administrativo percebe-se que o réu teve uma arrecadação de R\$ 4.050,69, contudo, não houve contabilização desse valor, até porque inexistente escrituração contábil.

Do dano moral social

Pelo sistemática do art. 186, do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, sendo que “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” (CC, art. 187).

De sua vez, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (*idem*, art. 927), pois “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (*idem*, parágrafo único).

Portanto, seguindo a máxima legal de que toda lesão corresponde automaticamente na sua reparação, impõe-se a necessidade de o réu ter de reparar os danos causados à sociedade brasileira, pois, como se viu anteriormente, a conduta de seus administradores acarreta danos de grande monta aos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores e, porque não dizer, da sociedade como um todo.

Mostra-se flagrante a afronta ao ordenamento jurídico, particularmente às normas constitucionais, erigidas pelo legislador como caminho seguro para a consecução do bem comum.

Os atos voluntários e conscientes dos administradores do réu de ignorarem preceitos legais deteriora sobremaneira as relações jurídicas, em especial as relações de trabalho, em prejuízo do trabalhador e de toda a sociedade. Além de estarem as atitudes ora combatidas em afronta aos direitos humanos, pois fere de morte a dignidade e a intimidade do cidadão trabalhador, tratado como simples engrenagem do processo produtivo. De maneira que o dano social é inequívoco.

É que a repetição de condutas ilegais — conforme as praticadas pelos administradores do Sindicato réu — faz criar no inconsciente coletivo a

passividade diante de situações injustas e à margem do ordenamento jurídico, levando toda coletividade a concluir, de forma conformista, que a conduta reprovável é impune, portanto, aceitável, motivo por que torna patente o dano social a ser reparado.

E não há meios para sustentar que o dano ora postulado deve ser buscado, individualmente, por cada trabalhador lesado.

Com efeito, tome-se como parâmetro, para melhor entendimento do que aqui se sustenta, o que ocorre relativamente ao meio ambiente, tão defendido nos dias de hoje. Se uma indústria despeja dejetos em um rio e o polui, o fato dá margem a duas atuações diversas: poderá o Ministério Público, por meio de ação civil pública, formular pedido (que terá como beneficiária toda a sociedade) de indenização pelos danos sociais causados em decorrência da poluição; e, ao mesmo tempo, poderá o fazendeiro que teve as águas que cortam sua fazenda poluídas, ficando sem água limpa para as atividades agropastoris, ingressar em juízo, pretendendo indenização pelos prejuízos sofridos.

Conforme se vê, as lesões não se confundem. Logo, a reparação se distingue. Nesse sentido, o Egrégio TRT — 18ª Região deixou assentado, ao julgar os recursos interpostos em face da sentença proferida nos autos do Processo ACP-00891-2005-001-18-00-5, que:

“A prática adotada pela recorrente fere o direito à liberdade, à dignidade da pessoa e ao princípio constitucional do valor social do trabalho, pois, em busca do exercício do desempenho da atividade empresarial e do ganho de capital, demonstra total descaso com os empregados, que contribuem com sua força para os lucros obtidos por ela.

É indiscutível que a conduta da empregadora reveste-se de potencial de lesividade aos direitos dos trabalhadores, ferindo os princípios inerentes à pessoa, assegurados pela Constituição, com intensidade para atrair a cominação de indenização, a qual tem, também, função preventivo-pedagógica.

Vale lembrar que o Código Civil Brasileiro preconiza em seu art. 186 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a reparar o dano.”

A reparação em questão implica na condenação ao pagamento de indenização em dinheiro (art. 3º da Lei n. 7.347/85) — até mesmo por doações de bens e serviços a órgãos públicos e entidade assistenciais —, cujo valor deve levar em conta a natureza e o lapso temporal da duração do ato ilícito; a

gravidade e a extensão da lesão; o porte econômico do infrator e o caráter preventivo-pedagógico que a condenação terá sobre o infrator, não devendo, por estas razões, ser inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

E o montante em questão, caso haja a condenação, deve ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ou, de forma alternativa por meio de doações de bens a órgãos públicos que atuam no combate às fraudes trabalhistas, sobretudo à Auditoria-Fiscal da Gerência Regional do Trabalho em Sorocaba e à Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, pois, como sabemos, o art. 13 da LACP dispõe sobre a possibilidade de ser cobrada indenização reversível a um fundo criado com a finalidade de proteção dos bens lesados, contudo, de acordo com o art. 83 da Lei n. 8.078/90, “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”.

Portanto, se a efetiva tutela pode ser verificada de outras maneiras (inclusive no que diz respeito à “restituição dos bens lesados”), nada impede de se proceder destinações alternativas com os valores obtidos a título de condenação por dano moral social, porque, como ensina *Hugo Nigro Mazzilli (A defesa dos interesses difusos em juízo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 153)*: “o objetivo inicial do fundo era gerir recursos para a reconstituição dos bens lesados. *Sua destinação foi ampliada: pode hoje ser usado para a recuperação dos bens, promoção de eventos educativos e científicos, edição de material informativo relacionado com a lesão e modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução da política relacionada com a defesa do interesse desenvolvido.* (...) A doutrina se refere ao fundo de reparação de interesses difusos como *fluid recovery*, ou seja, alude ao fato de que deve ser usado com certa flexibilidade, para uma reconstituição que não precisa ser exatamente à da reparação do mesmo bem lesado. O que não se pode é usar o produto do fundo em contrariedade com sua destinação legal, como para custear perícias.” (grifos de agora)

Do pedido de antecipação de tutela

Segundo o disposto no art. 19 da Lei n. 7.347/85, aplica-se à ação civil pública as regras do Código de Processo Civil naquilo que não contrariem as suas disposições. De sua vez, esse Código prevê em seus arts. 273 e 461 o instituto da antecipação de tutela, que é perfeitamente compatível com o sistema da ação civil pública.

Convém recordar que muito antes da reforma processual de 1994, determinada pela Lei n. 8.952/94, que instituiu a antecipação de tutela, a Lei n. 7.347/85 já previa, em seus arts. 4º e 12, a impropriamente chamada “tutela cautelar satisfativa”, de natureza híbrida, pois a par de seu caráter instrumental,

permitia o adiantamento da tutela nas obrigações de fazer e não fazer. Vale dizer, em sede de cautelar, já previa a possibilidade de se obter um provimento de conteúdo executivo, exatamente como ocorre na tutela antecipada do provimento jurisdicional de mérito.

Como se não bastasse, o art. 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90, aplicável à ação civil pública por força do disposto no seu art. 90 e no art. 21 da Lei n. 7.347/85, prevê que “(...) sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

Assim, temos que a tutela antecipada do provimento jurisdicional de mérito é perfeitamente cabível nas ações coletivas previstas no CDC e na LACP.

Verifica-se, entretanto, que a regra estatuída no art. 84, § 3º, do CDC (que tem a mesma redação do art. 461, § 3º, do CPC), ao contrário do que preconiza o art. 273 daquele Codex, autoriza o magistrado a antecipar a tutela de mérito liminar e provisoriamente, sempre que presentes a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final (requisitos necessários para a concessão da medida cautelar), sendo bem menos rigorosa, portanto, que a norma do art. 273 do Digesto Processual Civil.

Assim, por se tratar de defesa de interesses metaindividuais, a antecipação da tutela jurisdicional de mérito na ação civil pública deve seguir os parâmetros delineados no art. 83, § 3º, do CDC, e art. 461, § 3º, do CPC, e não aqueles preconizados pelo art. 273 deste último diploma, tudo de forma a conferir maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional coletiva.

Desta maneira, passa-se a discorrer sobre os pressupostos específicos para a concessão da tutela antecipada no caso dos autos.

A relevância do fundamento da demanda. O material probatório acostado nesta peça de início demonstra a gravidade dos administradores do Sindicato réu e os efeitos nocivos que delas decorrem para a ordem jurídica trabalhista, notadamente pela flagrante ofensa perpetrada aos direitos sociais dos trabalhadores e até mesmo aos direitos humanos, haja vista a violação da dignidade dos trabalhadores que sempre se veem na iminência de serem explorados com acordos coletivos onde vai imperar a vontade dos administradores do sindicato, e não da categoria profissional.

O justificado receio de ineficácia do provimento final. A continuidade da ação delitosa do réu causa danos de difícil (ou impossível) reparação aos direitos patrimoniais e não patrimoniais dos trabalhadores, haja vista que as condutas dos integrantes de sua diretorias violam normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem a dignidade e os direitos sociais do

trabalhador, além de normas relativas à organização sindical, expondo a classe trabalhadora a prejuízos econômicos e morais de difícil reversão.

Assim, caso não seja concedida a tutela antecipada que ora se pleiteia, o provimento final que se busca na presente ação poderá ser totalmente ineficaz, pois as lesões cuja cessação se busca poderão produzir efeitos indelévels a toda categoria profissional que deveria estar representada pelo réu.

Desse modo só uma resposta jurisdicional rápida poderá estancar as lesões denunciadas e restaurar a ordem jurídica lesada pelas condutas ora enfocadas.

Afigura-se-nos, portanto, perfeitamente compatível com a disciplina legal da ação civil pública a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, mormente quando se postula, como no caso em foco, o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer.

E estando presentes a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, pressupostos indispensáveis à concessão do pedido antecipado, requer o Ministério Público do Trabalho de Vossa Excelência, liminarmente ou após justificação prévia, a concessão de tutela antecipada para o fim de condenar o réu a cumprir, no prazo por este MM. Juízo estipulado, as obrigações de fazer e de não fazer, dispostas a seguir, antes, porém, destituindo toda a diretoria do Sindicato-réu, ou seja:

a) Destituir todos os membros efetivos e suplentes da Diretoria e os do Conselho Fiscal do SINDICATO DOS EMPREGADOS RURAIS DE ITAPETININGA, ANGATUBA E CAPELA DO ALTO;

b) suspender até o trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida nesta ação, os efeitos dos atos constitutivos e de todas as atividades do sindicato réu, inclusive a representação dos membros da categoria para celebração de convenções ou acordos coletivos de trabalho, bem como sua representação judicial e administrativa, proibição de assistir trabalhadores nas homologações de rescisões de contrato de trabalho, e também que se abstenha de receber ou promover arrecadação de recursos financeiros provenientes de contribuições sindicais, associativas, assistenciais, confederativas ou de qualquer outra natureza, ou que esta arrecadação seja depositada à disposição desse Juízo, até ulterior deliberação;

c) a expedição de ofício ao Cartório do Registro de Pessoas Físicas e Jurídicas de Itapetininga e ao Ministério do Trabalho e Emprego — Secretaria de Relações do Trabalho para que suspendam os registros do Sindicato nesses órgãos, até nova ordem.

d) a intimação do sindicato patronal respectivo, para que se abstenha de proceder a qualquer negociação com o sindicato réu e para que comunique aos seus associados para que também não pratiquem nenhuma negociação coletiva ou qualquer tipo de transação com o SINDICATO RÉU.

e) a publicação da decisão liminar que vier a ser proferida no Diário Oficial e em jornal de grande circulação no Município para que todos tomem conhecimento do seu interior teor.

f) a imposição de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) — em caso de descumprimento da ordem judicial.

Dos pedidos definitivos

Ante o exposto, requer o Ministério Público do Trabalho, em caráter definitivo, que Vossa Excelência mantenha os efeitos da tutela antecipada, julgando-se procedentes todos os pedidos abaixo, para o fim de condenar o réu a cumprir, no prazo estipulado por este MM. Juízo, as seguintes obrigações de fazer e não fazer, ou seja:

a) declarar a nulidade da constituição e funcionamento do SINDICATO RÉU e, em consequência, determinar sua dissolução, com a baixa dos respectivos registros, inscrições e matrículas nos órgãos competentes;

b) O atendimento do pedido *supra* requer o cancelamento do registro da pessoa jurídica junto ao Ofício do Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a notificação à Superintendência Regional do Trabalho (SRT) para conhecimento; bem como a liquidação do patrimônio que, se houver, deverá ser destinado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), pelos motivos declinados na fundamentação.

c) a título de reparação pelos danos causados aos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, condenar o réu ao pagamento de indenização no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Os valores deverão ser atualizados até a data do devido pagamento de acordo com a tabela de atualização de créditos trabalhistas.

Como pedido subsidiário, para o caso de não serem acolhidos os pedidos dos itens “a” a “c”, acima, requer que sejam afastados os integrantes da

diretoria e do conselho fiscal, convocando-se novas eleições, as quais deverão observar:

1) A destituição de todos os atuais integrantes da Diretoria e do Conselho Fiscal, titulares e suplentes, com base nos arts. 530, incisos II, III e VII e 553, c, da CLT, na aplicação analógica (art. 8º, da CLT) do art. 14, § 10, da CR/88.

2) que seja determinada a convocação de nova eleição no Sindicato réu, a ser realizada no prazo de 90 dias após o deferimento da tutela antecipada, com ampla divulgação a toda categoria

2.1) Com vistas à futura eleição, para que ocorra de forma democrática, deverá ser nomeado um interventor judicial, preferencialmente um diretor da Feraesp — Federação dos Empregados Rurais Assalariados do Estado de São Paulo, com sede na Av. Gutemberg, n. 166, Araraquara-SP. CEP: 14810-180. fone: (16) 3322-4861 — Disponível em: <www.feraesp.org.br> (fls. 84/85). Após isso, a eleição deverá ser realizada da seguinte forma:

2.1.1) Inicialmente, deverá, no prazo de trinta dias, ser feito o recadastramento de todos os associados, com ampla divulgação, publicando-se edital em jornal de ampla circulação na região, expedindo-se correspondências para serem divulgadas e afixadas nas empresas para conhecimento dos trabalhadores;

2.1.2) poderão ser cadastrados ou recadastrados todos os trabalhadores que residam na base territorial do sindicato e que comprovem pelo menos seis meses de atividade, maiores de dezoito anos, que contribuam de alguma forma para o sistema sindical, mediante pagamento de mensalidade, de contribuição confederativa ou assistencial, todas a este sindicato;

2.1.3) esse recadastramento deverá ser feito em livro de registro de associados contendo termo de abertura e encerramento, folhas numeradas tipograficamente e rubricadas, preenchido à caneta, sem entrelinhas ou rasuras, e demais requisitos previstos no art. 527 da CLT;

2.1.4) relação dos associados, decorrentes do recadastramento, deverá ser juntada aos autos:

2.2) após o prazo do recadastramento, deverão ser convocadas as eleições gerais, com prazo de vinte dias para inscrição de chapas,

excepcionalmente, e a divulgação deverá observar o disposto no item 2.1 acima;

2.3) vencido o prazo acima, bem como o prazo para eventuais impugnações, deverão ser divulgadas as candidaturas registradas, informando-se a data para a realização das eleições, garantindo-se o sigilo dos votos, sendo que os eleitores serão os associados devidamente recadastrados na forma do item 2.1.1 acima;

2.3.1) para se aferir a lisura do processo eleitoral, deverá ser convocado representante da Federação dos Trabalhadores, bem como cientificado o MPT;

2.3.2) a cédula eleitoral será composta em ordem alfabética com os nomes das chapas;

2.3.3) no dia da votação deverão ser disponibilizadas listas dos associados com direito a voto, bem como lista de presença para cada local de votação, com a relação dos eleitores que se fizerem presentes, as quais conterão: o nome do votante, o número da CTPS e o nome do empregador, de preferência com a indicação do número do CNPJ;

2.3.4) O Ministério Público do Trabalho acompanhará a realização da eleição, como observador.

2.3.5) No mais, o processo eleitoral deverá observar as regras previstas na CLT e no Estatuto da Entidade.

3) a declaração de inelegibilidade dos atuais membros da diretoria, tendo em vista a violação do inciso I e II do art. 530 da CLT, e das respectivas disposições estatutárias, bem como pela violação do art. 550 da CLT;

4) a declaração judicial de que não houve prestação de contas pelo Sindicato réu o art. 530 da CLT;

5) a declaração judicial de que o Sindicato réu não atendeu ao disposto no art. 550 da CLT, uma vez que nunca realizou um orçamento que discriminasse as receitas e as despesas, violando assim o inciso I do art. 530 da CLT;

6) a imposição de obrigação ao sindicato-réu de realizar a prestação de contas anual e a apresentação do orçamento anual precedida de ampla publicidade, através de publicação em jornais com grande abrangência;

7) seja imposta a obrigação aos sindicatos-réus de somente receber quaisquer receitas sindicais, provenientes de mensalidades, contribuições compulsórias ou não compulsórias através de depósito em conta-corrente, sejam as repassadas pelas empresas, sejam as pagas diretamente pelos associados, a fim de propiciar a contabilização destes valores;

Protesta-se pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a juntada de documentos, perícias, depoimentos, etc.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nestes termos,

Pede deferimento.

Sorocaba, 19 de junho de 2009.

João Batista Martins César
Procurador do Trabalho

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO DE REVISTA — MINISTÉRIO PÚBLICO — NÃO CONHECIMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS POR INTEMPESTIVOS — NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Proc: RR 437/2004-107-15-00

Publicação: DEJT 17.4.2009

ACÓRDÃO (Ac. 3ª Turma)

RECURSO DE REVISTA. MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO CONHECIMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS POR INTEMPESTIVOS. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CPC, art. 236, § 2º). PRESENÇA EM SESSÃO QUE NÃO AUTORIZA O DESENCADear DO PRAZO RECURSAL. O art. 236, § 2º, do CPC é expresso, quando pontua que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente. O art. 41, IV, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) completa-o, afirmando que o *Parquet* há de receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista. Por seu turno, o art. 18, II, *h*, da Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, diz que é prerrogativa processual de seus membros receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver de officiar. A exegese dos preceitos não deixa dúvidas, no sentido de que a intimação ao Ministério Público far-se-á na pessoa de seus membros, quando a eles se der vista dos autos. O ato completar-se-á com a ciência do procurador a quem distribuído o processo, não se o podendo compreender efetivado quando da remessa à Procuradoria, simples distribuição, e, muito menos, pela presença do Procurador do Trabalho em sessão de julgamento, porque, em tais situações, não estará observada a restrição legal: a intimação é pessoal. O ordenamento jurídico, no particular, não oferece alternativas ao

intérprete, que não deverá olvidar que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127). Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-437/2004-107-15-00.6, em que é Recorrente Ministério Público do Trabalho da 15ª Região e Recorridos Rosália Valter Menezes e Município de Severínia.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, pelo acórdão de fls. 156/157, decidiu não conhecer dos embargos de declaração do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, por intempestivos. Inconformado, o *Parquet* interpõe recurso de revista, pelas razões de fls. 160/174, com fulcro na alínea c do art. 896 da CLT c/c o art. 83, VI, da Lei Complementar 75/93.

Admitido o recurso a fl. 178. Sem apresentação de contrarrazões, de acordo com a certidão emitida a fl. 178-v.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 83).

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso (fls. 159-v./160), regular a representação, desnecessário o preparo, estão preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. Não conhecimento de embargos declaratórios por intempestividade

1.1. Conhecimento

O Regional não conheceu dos embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público do Trabalho, por entender que o Procurador do Trabalho, ao participar da sessão de julgamento do recurso ordinário, tomou ciência da decisão. Eis os termos do v. acórdão: Os presentes embargos não podem ser conhecidos.

A legitimidade do *Parquet* para a interposição de embargos declaratórios é tema controverso, uma vez que, nos termos do art. 746, b, da CLT, o direito de vista do processo em julgamento limita-se aos casos em que seja suscitada questão nova, não suscitada no parecer exarado. De resto, o Ministério Público não é parte no processo. Ainda que se admita a legitimidade do Ministério

Público do Trabalho para a interposição de embargos declaratórios, é certo que os presentes foram apresentados intempestivamente. Isto porque o Acórdão foi lavrado em 19 de setembro de 2006, tendo o Ilustre Procurador do Trabalho, na ocasião, participado da sessão e tomado ciência do decidido, conforme certidão de fl. 135. Entretanto, apenas em 28 de setembro foi requerida a remessa dos autos ao MP (fl. 141).

Dispõe o art. 2º, do capítulo MP da Consolidação das Normas da Corregedoria:

O prazo para solicitação dos autos será de cinco dias, a contar da intimação postal, devendo ser protocolado o requerimento no tribunal Regional, para posterior remessa do Juízo Requerido. Manifesta, portanto, a intempestividade do pedido do MPT, razão pela qual deixo de conhecer dos embargos interpostos. Apenas a título elucidativo, a nulidade será declarada somente quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes, nos termos do art. 794 da CLT, o que não se verifica no presente caso.

Isto posto, decido não conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos da fundamentação. (fls. 156/157).

No recurso de revista (fls. 160/174), o Ministério Público do Trabalho postula a reforma do julgado. Sustenta que a decisão, pela qual não se conheceu dos embargos de declaração por intempestivos, violou os arts. 236, § 2º, e 188 do CPC, 18, inciso II, alínea *h*, e 84, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/93, 184, § 2º, e 240 do CPC e 774 da CLT. Transcreve um aresto ao confronto.

Com razão a Parte.

O art. 236, § 2º, do CPC é expresso, quando pontua que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente. O art. 41, IV, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) completa-o, afirmando que o *Parquet* há de receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista. Por seu turno, o art. 18, II, *h*, da Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, diz que é prerrogativa processual de seus membros receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver de oficiar.

A exegese dos preceitos não deixa dúvidas, no sentido de que a intimação ao Ministério Público far-se-á na pessoa de seus membros, quando a eles se der vista dos autos. O ato completar-se-á com a ciência do procurador a quem distribuído o processo, não se podendo compreender efetivado

quando da remessa à Procuradoria ou simples distribuição e muito menos, por presença em sessão, porque, em tais situações, não estará observada a restrição legal: a intimação é pessoal.

O ordenamento jurídico, no particular, não oferece alternativas ao intérprete, que não deverá olvidar que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127).

Nesse sentido os seguintes precedentes:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS D’O MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO. CONTAGEM A PARTIR DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO *PARQUET*. A simples presença do representante do Ministério Público na sessão não exige a intimação pessoal nos autos, como previsto no art. 18, letra *h*, da Lei Complementar n. 75/93 e no art. 236, § 2º, do CPC. Nesse contexto, são tempestivos os embargos de declaração opostos pelo *Parquet*, devendo ser analisados como de direito. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 600843/1999, 5ª Turma, Relatora Juíza Convocada Rosita De Nazaré Sidrim Nassar, DJ 13.6.2003)

“MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO. O Ministério Público deve receber intimação pessoal em qualquer processo de qualquer grau de jurisdição, sendo que esta se efetua mediante a entrega dos autos com vista, nos termos do art. 41, IV, da Lei n. 8.625/93. Não é suficiente, para configurar-se a intimação, a participação do Ministério Público da sessão de julgamento, pois, conforme já esclarecido, a intimação deve ser realizada pessoalmente.” (RR 554577/1999, 5ª Turma, Relator Ministro Rider de Brito DJ 8.2.2002)

“MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. Conforme disposto no art. 41 da Lei n. 8.625/93, a intimação do órgão ministerial deve ser feita pessoalmente, com a entrega dos autos com vista, não se considerando, dessa forma, realizada a intimação pela simples presença do d. *Parquet* à sessão de julgamento. Recurso conhecido e provido.” (RR — 498914/1998, 2ª Turma, Relatora Juíza Convocada Anelia Li Chum, DJ 8.2.2002)

“RECURSO — PRAZO — TERMO INICIAL — Ministério Público do Trabalho — INTIMAÇÃO PESSOAL. A ciência do Ministério Público do Trabalho lançada no acórdão proferido pelo e. Regional não se confunde com a sua intimação pessoal, na medida em que seu escopo é apenas evidenciar sua presença na sessão de julgamento e decorre do disposto nos arts. 750, *g*, e 748, *c*, da CLT. Por isso mesmo, não se

revela juridicamente viável atribuir-lhe o efeito jurídico de intimação para a prática de atos processuais, por se tratar de instituto de natureza diversa, cujo fundamento legal assenta-se no art. 84, IV, da Lei Complementar n. 75/93. É a partir da efetiva intimação pessoal de que trata o art. 84, IV, da Lei Complementar n. 75/93 que começa o prazo recursal para o Ministério Público recorrer, inclusive nos casos em que funciona como *custos legis*. Recurso de embargos não conhecido.” (ERR-419.580/98, SBDI-1, Relator Ministro Milton de Moura França, DJU 26.10.01)

Cito, também, o seguinte julgado do STJ:

“MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TEMPESTIVIDADE. — A intimação do representante do Ministério Público, em qualquer processo e grau de jurisdição, deve ser feita pessoalmente, através da entrega dos autos com vista, pouco relevando que tenha ele estado presente à sessão de julgamento. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 91.544/MG, Recurso Especial 1996/0019355-0, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 16.9.2002). Compulsando os autos, observa-se que foram remetidos e recebidos pelo Procurador do Trabalho em 5.10.2006 (fl. 142) e os embargos de declaração foram interpostos em 9.10.2006 (fl. 143). Assim, há de ser reconhecida a tempestividade do recurso.

Dessa forma, o Regional ao não conhecer dos embargos interpostos pelo MP, por intempestivos, incorre em violação do art. 236, § 2º, do CPC. Conheço do recurso por violação legal.

1.2. Mérito

Ante a violação do art. 236, § 2º, do CPC, dou provimento ao recurso de revista para afastar a intempestividade dos embargos de declaração opostos e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que os julgue, como entender de direito.

Isto Posto

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 236, § 2º, do CPC, e, no mérito, afastar a intempestividade dos embargos de declaração opostos e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que o julgue, como entender de direito.

Brasília, 18 de março de 2009.

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Relator

**CNJ — PROCEDIMENTO DE CONTROLE
ADMINISTRATIVO — SERVIDOR PÚBLICO —
CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA EXCEPCIONAL
(CF, ART. 37, IX) — IMPOSSIBILIDADE DE SUA
APLICAÇÃO PARA ADMISSÃO DE SERVIDORES
EXERCEREM FUNÇÕES BUROCRÁTICAS
ORDINÁRIAS E PERMANENTES**

Conselho Nacional de Justiça

Procedimento de Controle Administrativo 200910000020355

Requerente: Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região

Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Interessados: Faustino Bartolomeu Alves Pimenta e Outros

SERVIDOR PÚBLICO — CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA EXCEPCIONAL (CF, ART. 37, IX) — IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO PARA ADMISSÃO DE SERVIDORES EXERCEREM FUNÇÕES BUROCRÁTICAS ORDINÁRIAS E PERMANENTES.

1. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a admissão de servidor público está condicionada ao prévio concurso público (CF, art. 37, II), ressalvadas as nomeações para os cargos em comissão e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, II, parte final, e IX). Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão dos cargos em lei; b) tempo determinado; c) necessidade temporária; d) interesse público excepcional.

2. *In casu*, verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará não pode, por intermédio de processo seletivo simplificado para contratação temporária de analistas judiciários, auxiliares judiciários e auxiliares de segurança, proceder a contratação de servidores, por tempo determinado, sem o devido concurso público (CF, art. 37, II) para cargos típicos de carreira alusivos ao desempenho de funções burocráticas ordinárias e permanentes, porquanto atentatório ao princípio da moralidade administrativa insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

3. Acresça-se, ainda, o fato de já haver concurso público em andamento no âmbito daquele Tribunal, para preenchimento definitivo de vagas dos referidos cargos, cujo resultado final estava previsto para o mês de agosto de 2009.

Procedimento de controle administrativo procedente.

I. Relatório

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo deflagrado pelo Ministério Público do Trabalho da 8ª Região (doc. "REQ1"), em face do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, questionando a legalidade do edital de Processo Seletivo Simplificado para Contratação Temporária de analistas judiciários, auxiliares judiciários e auxiliares de segurança, no total de 51 vagas, incluídas aquelas destinadas aos portadores de necessidades especiais. Alega o *Parquet*, em síntese, que:

a) o TJ/PA pretende efetuar a contratação de pessoal para cargos de provimento efetivo mediante contratação temporária apesar de haver concurso público em andamento para preenchimento de vagas de mesma natureza;

b) o processo seletivo para contratação de servidor temporário só se justifica para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, o que não ocorre no caso em espécie, dado que já existe concurso público em andamento;

c) deve ser deferida liminar para suspender o processo seletivo simplificado para contratação temporária (Edital n. 3/09), até decisão final do presente PCA e, ainda, para determinar que o TJ/PA se abstenha de contratar novos servidores mediante forma simplificada constante no referido edital.

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará prestou informações (doc. "INF12"), sustentando que:

a) consoante o Relatório da Inspeção realizada pela Corregedoria Nacional de Justiça naquele Tribunal, a "falta de recursos humanos é um dos problemas mais graves constatados na Justiça de 1º grau do Pará", sendo que "há Varas que contam com apenas um servidor do quadro do Tribunal. Em outra, como a 1ª Vara de Icoaraci, os próprios servidores contrataram um terceiro para prestar serviços no cartório";

b) muitas Comarcas, especialmente as situadas no interior do Estado, dependeriam da requisição de servidores dos municípios para a prestação dos serviços, sendo certo que, recentemente, estes servidores "foram requisitados ao executivo municipal ou dispensados com a assunção dos novos prefeitos";

c) está realizando concurso público destinado ao provimento de cargos de servidor, cujo resultado final está previsto para o final do mês de agosto de 2009, carecendo de previsão, contudo, a data de efetivo exercício dos aprovados, considerando-se que o prazo para a posse é de 30 dias, prorrogáveis por mais 15, a contar da data de nomeação do candidato;

d) os contratos temporários de servidores que atualmente compõem o quadro deste Tribunal na área fim, venceram e outros estão vencendo, sem possibilidade de prorrogação, de modo que diante de tais circunstâncias e do "potencial comprometimento da prestação jurisdicional", adotou-se "solução plausível e emergencial" e "menos danosa aos jurisdicionados";

e) a própria Corregedoria Nacional de Justiça, ao realizar inspeção naquela Justiça Estadual, determinou a abertura de concurso público, bem como que fossem estabelecidos "critérios mínimos de seleção para contratação de servidores temporários, instaurando processo seletivo simplificado", o que haveria sido cumprido na espécie;

f) o contrato por tempo determinado a ser celebrado será firmado pelo prazo de 6 meses, "pois tão logo sejam convocados os candidatos aprovados no concurso público, cessarão automaticamente os referidos contratos";

g) a situação fática vivenciada permite a utilização da mencionada forma de contratação, disciplinada pela Lei Complementar n. 7/91 do Estado do

Pará e autorizada pelos arts. 37, IX, da CF/88 e 36 da Constituição do Estado do Pará, porquanto caracterizada “a necessidade temporária de excepcional interesse público”;

h) “este critério de seleção foi utilizado também no Tribunal de Justiça do Acre na contratação temporária de psicólogos, assistentes sociais e estagiários, através do Edital n. 2/09 (doc. “9”) .

O Conselheiro João Oreste Dalazen, então Relator deste processo, à época, deferiu parcialmente a liminar pleiteada e suspendeu o processo seletivo simplificado para contratação temporária de servidores (doc. “DEC 20”), nos seguintes termos, *verbis*:

“A concessão de liminar pressupõe que, além do receio no retardamento na outorga da tutela de mérito definitiva, haja probabilidade de o Requerente sagrar-se vitorioso no pleito.

Na espécie, colhidas as informações e apresentados vários documentos, constato que o processo seletivo simplificado para contratação temporária de servidores, lastimavelmente, contraria princípios constitucionais.

Como se sabe, a Constituição Federal delegou à lei o disciplinamento dos ‘casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público’ (art. 37, IX).

A Lei Complementar Estadual/PA n. 7/91, por sua vez, delimitou:

‘Art. 1º A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive Tribunais de Contas e Ministério Público, poderão contratar pessoal por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Parágrafo único. **Casos de excepcional interesse público**, para os efeitos desta Lei, além do caso fortuito ou de força maior, **são, por exemplo: falta ou insuficiência de pessoal para a execução de serviços essenciais**; necessidade de implantação imediata de um novo serviço: greve de servidores públicos, quando declarada ilegal ou pelo órgão judicial competente.’

Em que pese o contido no dispositivo legal em apreço, entendo, data vênua, que a contratação temporária de servidores não se presta a

preencher vagas de carreira, criadas previamente e aguardando apenas a finalização de concurso público para preenchimento.

Somente casos de necessidade extrema, tais como caso fortuito, força maior, implantação imediata de serviço destinado a solucionar questões vitais da Administração Pública etc., justificam a contratação de servidores a título temporário.

Os cargos que o eg. TJ/PA pretende preencher foram criados há algum tempo; apenas não foram preenchidos em razão de inércia da Administração do Tribunal — ainda que em composição passada.

Não bastasse isso, verifico que há concurso público em trâmite, inaugurado mediante o Edital n. 2, de 23.1.2009, com previsão de divulgação final do resultado do concurso já em 27.8.2009, conforme cronograma de atividades juntado (documento 'DOC15'). As provas objetivas já foram, inclusive, realizadas em 17.5.2009.

Por outro lado, durante a Inspeção Preventiva realizada pelo ilustre Corregedor Nacional de Justiça, Min. Gilson Dipp, nos dias 17 a 20.12.2008 no eg. TJ/PA, constatou-se a 'existência de 70 servidores temporários' contratados pelo TJ/PA. Esclareceu o eminente Corregedor que 'a especificidade do Pará quanto à dificuldade para preenchimento das vagas disponibilizadas no interior do Estado foi o motivo para a criação da figura do servidor temporário do Poder Judiciário Paraense'.

Havia número expressivo de servidores temporários, todavia, lotados na própria capital do Estado, razão por que se recomendou ao Tribunal que revisasse 'o quadro de pessoal do Poder Judiciário do Pará para redução do número de servidores temporários lotados na capital do Estado, por não caracterizar situação excepcional'.

Apesar dessa recomendação, o Edital ora impugnado prevê a contratação temporária de servidores para Varas localizadas em inúmeros municípios do Estado do Pará, inclusive em Belém, Ananindeua, Marabá, Santarém e Parauapebas, cidades com razoável densidade demográfica e movimentação econômica.

Ora, não se justifica a contratação temporária em cidades nas quais, seguramente, haverá interesse dos futuros candidatos a concurso público em assumir as vagas existentes.

Ademais, em juízo sumário de cognição, não diviso razoabilidade na realização de processo seletivo de contratação temporária de servidores em período próximo à homologação concurso público já em trâmite.

Não se pode olvidar, ainda, o histórico do Estado do Pará.

Pesquisando a legislação estadual sobre o tema, percebo que inúmeras Leis Complementares Estaduais (ns. 11/93, 19/94, 30/95, 36/98, 43/02, 47/04 e 63/07) autorizaram a Administração Pública de qualquer dos Poderes do Estado a prorrogar os contratos dos servidores temporários. Em decorrência, certamente dezenas ou centenas de servidores permanecem no serviço público durante anos sem realizar concurso público.

Esse paradigma (contratação e manutenção de servidores temporários sem concurso público na Administração) deve ser coibido pelo Conselho Nacional de Justiça, em respeito aos princípios da moralidade e da eficiência.

Por esses motivos, reputo cumprido o requisito do *fumus boni juris* para se suspender o processo seletivo ora questionado até ulterior deliberação.

Por derradeiro, assinalo que o *periculum in mora* está presente, à evidência, pois o Processo Seletivo para contratação de servidores temporários encontra-se em fase de análise de currículos dos candidatos e, logo após, divulgar-se-á o resultado. Se não se acudir agora à postulação do Requerente, muito em breve estaria, em grande medida, afetada e comprometida, porquanto se avizinha a contratação dos servidores temporários.

Ressalto não ser o caso, no momento, de reconhecer a parte do pedido liminar do Requerente — determinar que o Tribunal se abstenha de contratar novos servidores por meio de contratação temporária —, em face das peculiaridades do eg. TJ/PA já mencionadas no Auto Circunstanciado de Inspeção preventiva elaborado pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Ante o exposto, defiro parcialmente a liminar postulada para suspender o processo seletivo simplificado para contratação temporária de servidores inaugurado mediante o Edital n. 3/09, da Presidência do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, até ulterior deliberação no presente procedimento.

Decisão *ad referendum* do Plenário, porque sucedânea de liminar.”

Na 85ª sessão ordinária realizada em 26.5.09, o Plenário do CNJ ratificou a liminar, nos termos propostos pelo ilustre Conselheiro (doc. "CERT 21").

É o relatório.

II. Conhecimento

Tratando-se de questão que **transcende o interesse meramente individual** e ligada ao **controle de legalidade** de ato administrativo exarado por autoridade judicial, CONHEÇO do presente procedimento.

III. Mérito

O art. 37, *caput*, II e IX, da Constituição Federal, assim dispõe:

"Art. 37 — A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...*omisis*...

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

...*omisis*...

IX — a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público."

Oportuno assinalar que as modificações introduzidas no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19/98 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que versa sobre a contratação de pessoal por tempo determinado na Administração Pública.

Desse modo, verifica-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a admissão de servidor público está condicionada ao prévio concurso público (CF, art. 37, II), ressalvadas as nomeações para os cargos

em comissão e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, II, parte final, e IX). Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) a contratação há de ser por tempo determinado; c) para atender necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

In casu, a **Lei Complementar n. 7/91** do **Estado do Pará**, assim dispõe:

“Art. 1º A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive Tribunais de Contas e Ministério Público, poderão contratar pessoal por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Parágrafo único. Casos de excepcional interesse público, para os efeitos desta Lei, além do caso fortuito ou de força maior, são, por exemplo: falta ou insuficiência de pessoal para a execução de serviços essenciais; necessidade de implantação imediata de um novo serviço: greve de servidores públicos, quando declarada ilegal ou pelo órgão judicial competente.”

Em que pese o fato de ter constado no **Relatório da Inspeção** realizada pela **Corregedoria Nacional de Justiça** no **Tribunal de Justiça do Estado do Pará** que a “falta de recursos humanos é um dos problemas mais graves constatados na Justiça de 1º grau do Pará” e que “a especificidade do Pará quanto à dificuldade para preenchimento das vagas disponibilizadas no interior do Estado foi o motivo para a criação da figura do servidor temporário do Poder Judiciário Paraense”, tal situação não tem o condão de elidir que a solução encontrada pela via da contratação temporária desviou-se totalmente do pretendido pela Carta Magna, no particular (CF, art. 37, IX), de modo que a problemática deveria ser resolvida pelo remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes e, ainda, principal e necessariamente, por meio de concurso público, este, inclusive, que se encontra em andamento no âmbito daquele Tribunal, para preenchimento definitivo de vagas dos referidos cargos, cujo resultado final está previsto para o final do mês de agosto de 2009.

Oportuno assinalar que no referido **Relatório de Inspeção** constatou-se; a) “a existência de 70 servidores temporários contratados pelo TJ/PA”; b) que “havia número expressivo de servidores temporários, todavia, lotados na própria capital do Estado, razão por que se recomendou ao Tribunal que revisasse o quadro de pessoal do Poder Judiciário do Pará para redução do número de servidores temporários lotados na capital do Estado, por não caracterizar situação excepcional”; c) que “apesar dessa recomendação, o Edital ora impugnado prevê a contratação temporária de servidores para Varas

localizadas em inúmeros municípios do Estado do Pará, inclusive em Belém, Ananindeua, Marabá, Santarém e Parauapebas, cidades com razoável densidade demográfica e movimentação econômica”, o que **não se coaduna** com o motivo determinante da contratação temporária dos referidos servidores.

Assim, como bem constou na decisão liminar deferida neste processo, é certo que os cargos que o TJ/PA pretende preencher foram criados há algum tempo e que apenas não foram preenchidos em razão de inércia da Administração do Tribunal, ainda que em composição passada.

Sobre a matéria em apreço (contratação temporária excepcional prevista no art. 37, IX, da CF) vale trazer à colação os seguintes ensinamentos doutrinários, *verbis*:

“A Constituição prevê que a lei (entende-se, federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade da situações e presumam admissão apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos) (art. 37, IX)” (MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 136).

“...desde logo, não se coadunaria com sua índole contratar pessoal senão para evitar o declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado para falta de servidores. (...) Em segundo lugar, cumpre que tal contratação seja indispensável, vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes. Em terceiro lugar, sempre na mesma linha de raciocínio, não pode ser efetuada para a instalação ou realização de serviços novos, salvo, é óbvio, quando a irrupção de situações emergentes os exigiria e já agora por motivos indeclináveis, como os de evitar a periclituação da ordem, segurança ou saúde. Em quarto lugar, descaberia contratar por esta via para cargo, função ou emprego de confiança, que isto seria a porta aberta para desmandos de toda a espécie” (MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 82-83).

Nesse sentido, como bem pontuado pelo Min. Carlos Velloso, “o ingresso no serviço público pelo mérito pessoal do indivíduo constitui conquista da sociedade brasileira, que a Constituição consagrou (CF, art. 37, II). A

Constituição pretérita também exigia o concurso público. A exigência seria, entretanto, para a primeira investidura. A fraude campeou, inventaram as contratações pela CLT. O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição deve cuidar do tema com rigor, a fim de evitar que a salutar disposição constitucional seja fraudada mediante contratações temporárias com invocação do inciso IX do art. 37 da CF” (STF-ADI-3.210-1/PR, Tribunal Pleno, DJ 3.12.04).

Também nessa linha de raciocínio destacou o Min. Maurício Corrêa que, “ora, não me parece que atividades como essas, que exigem conhecimentos técnicos, sobretudo aquelas relativas à carreira jurídica, que reclamam conhecimentos especializados, possam ser ocupadas mediante simples seleção, sem o crivo indispensável do concurso público, como determina o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. ‘Necessidade temporária de excepcional interesse público’ não pode ser escudo a justificar a contratação temporária ampla e irrestrita de servidores, a pretexto da permissão prevista no inciso IX do art. 37 da Carta de 1988, em evidente usurpação de cargos específicos e típicos de carreira. No mínimo, a norma atacada teria que ser específica, designando as atividades a serem ocupadas por contratação temporária, e não genérica e abrangente como acabou por ser redigida, tornando letra morta a salutar disposição constitucional, que exige, para o ingresso no serviço público, submeta-se o candidato ao devido concurso público” (STF-ADI-2.125-7/DF, Tribunal Pleno, DJ 29.9.00).

Assim, tem-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará não pode, por intermédio de processo seletivo simplificado para contratação temporária de analistas judiciários, auxiliares judiciários e auxiliares de segurança, proceder a contratação de servidores, por tempo determinado, sem o devido concurso público (CF, art. 37, II) para cargos típicos de carreira alusivos ao desempenho de funções burocráticas ordinárias e permanentes, porquanto atentatório ao princípio da moralidade administrativa insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Na esteira desse entendimento, colhem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal, em casos análogos:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO CAUTELAR. REGULAMENTAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.014-4/00. CARGOS TÍPICOS DE CARREIRA. INCONSTITUCIONALIDADE. PREENCHIMENTO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO (CF, ART. 37, II).

1. As modificações introduzidas no art. 37 da Constituição Federal pela EC n. 19/98 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na Administração Pública. Inconstitucionalidade formal inexistente.

1.2. Ato legislativo consubstanciado em medida provisória pode, em princípio, regulamentá-lo, desde que não tenha sofrido essa disposição nenhuma alteração por emenda constitucional a partir de 1995 (CF, art. 246).

2. A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, art. 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica. Medida cautelar deferida até julgamento final da ação” (ADI n. 2.125-7/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.9.00).

“EMENTA: Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes” (ADI n. 2.987-8/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2.4.04).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CF, art. 37, II e IX. Lei n. 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade.

I. A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

II. Lei n. 6.094/00, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade.

III. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI n. 2.229-6/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.6.04).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CF, art. 37, IX. Lei n. 9.198/90 e Lei n. 10.827/94, do Estado do Paraná.

I. A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão

referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI ns. 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI n. 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI n. 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI n. 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence.

III. A lei referida no inciso IX do art. 37, CF, deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.

IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI n. 3.210-1/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 3.12.04).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.742, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2005, DO ESTADO DO RIO GRANDE NORTE, QUE ‘DISPÕE SOBRE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ADVOGADOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO, NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO’.

1. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88).

2. Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira.

3. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.

4. Ação direta julgada procedente” (ADI n. 3.700-5/RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 6.3.09).

Ante o exposto, torna-se mister declarar a nulidade do processo seletivo simplificado para contratação temporária (Edital n. 3/09) e determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará se abstenha de contratar novos servidores mediante forma simplificada constante no referido edital e, inclusive, proceder à dispensa dos servidores contratados sob tal égide, no prazo de 90 (noventa) dias, e que, porventura, ainda prestem serviços àquele Tribunal.

Ademais, como corolário lógico, deve o TJ/PA proceder à nomeação dos candidatos aprovados no concurso público para preenchimento definitivo do quantitativo das vagas destinadas aos cargos públicos discriminados no Edital n. 2/09, de 23.1.09 (doc. “15”).

IV. Conclusão

Ante o exposto, decide-se JULGAR PROCEDENTE o presente procedimento de controle administrativo para: a) declarar a nulidade do processo seletivo simplificado para contratação temporária (Edital n. 3/09); b) determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará se abstenha de contratar novos servidores mediante forma simplificada constante no referido edital e, inclusive, proceder à dispensa dos servidores contratados sob tal égide, no prazo de 90 (noventa) dias, e que, porventura, ainda prestem serviços àquele Tribunal; c) determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará proceda à nomeação dos candidatos aprovados no concurso público para preenchimento definitivo do quantitativo das vagas destinadas aos cargos públicos discriminados no Edital n. 2/09, de 23.1.09.

Brasília, 24 de setembro de 2009.

*Min. Ives Gandra
Conselheiro-Relator*

CERTIDÃO DE JULGAMENTO 91ª SESSÃO ORDINÁRIA

Procedimento de Controle Administrativo n. 2009.10.00.002035-5

Relator: Conselheiro Ministro Ives Gandra

Requerente: Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região

Interessados: Faustino Bartolomeu Alves Pimenta; Hideraldo Luiz de Sousa Machado; Loris Rocha Pereira Júnior; Roberto Ruy Rutowicz Netto; Sandoval Alves da Silva

Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Certifico que o Plenário, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “O Conselho, por unanimidade, julgou procedente o pedido, nos termos do voto do Relator. Ausente, circunstancialmente, o Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Presidiu o julgamento o Conselheiro Ministro Gilson Dipp. Plenário, 29 de setembro de 2009”.

Presentes à sessão os Excelentíssimos Senhores Conselheiros Ministro Gilson Dipp, Ministro Ives Gandra, Milton Augusto de Brito Nobre, Leomar Barros Amorim de Sousa, Nelson Tomaz Braga, Paulo de Tarso Tamburini Souza, Walter Nunes da Silva Júnior, Morgana de Almeida Richa, José Adonis Callou de Araújo Sá, Felipe Locke Cavalcanti, Jorge Hélio Chaves de Oliveira, Marcelo Nobre e Marcelo Neves.

Ausentes, justificadamente, o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Brasília, 29 de setembro de 2009.

Ionice de Paula Ribeiro
Secretária Processual

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — LEGITIMIDADE — IMPROCEDÊNCIA DE MEDIDA CAUTELAR DO SINDICATO

Processo TRT 19ª REGIÃO 00155.2008.000.19.00-8 — Cautelar Inominada

Procedência: TRT 19ª Região — Maceió/AL

Requerente(s): Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado de Alagoas — SINTTRO/AL

Requerido(s): Ministério Público do Trabalho da 19ª Região

Desembargadora Relatora: Vanda Lustosa

EMENTA: LEGÍTIMA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NA PROTEÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO E DIREITOS COLETIVOS DOS TRABALHADORES. IMPROCEDÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR SINDICAL POR AUSÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. Inexistência de intervenção deliberada do Órgão Ministerial, ou afronta a preceitos legais e constitucionais. Reputa-se legítima a atuação do Ministério Público do Trabalho, no ímpeto de proteger o regime democrático e os direitos coletivos dos trabalhadores da categoria, quando verificado o conflito de interesses ou indícios de manipulação da entidade sindical, através de seus diretores, para obtenção de vantagens indevidas.

Ação cautelar manuseada pela entidade sindical (SINTTRO/AL) manifestamente improcedente.

Vistos, etc.

Ação Cautelar com pedido de liminar, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado de Alagoas — SINTTRO/AL, visando sustar, através da concessão de efeito suspensivo ao Recurso Ordinário já proposto, a decisão exarada pelo Juízo de primeiro grau da 5ª Vara de Trabalho de Maceió, nos autos da Ação Civil Pública

n. 00400.2007.004.19.00.1, que, concedendo antecipação de tutela, estabeleceu, dentre outras, determinação de anular a eleição da atual diretoria, de decretar a inelegibilidade de todos os membros de sua diretoria e de convocação de assembleia para eleger junta governativa provisória.

Sustenta o autor a ilegitimidade do Ministério Público para figurar em ações que tratam de representação sindical, sob o fundamento de que seria inconstitucional a intervenção estatal em entidades sindicais. Afirma a não recepção pela Carta Magna atual de diversos artigos da CLT utilizados pela Magistrada, além de alegar a inveracidade das alegações do órgão ministerial no que diz respeito à fraude na administração sindical.

Indeferido o pedido liminar em face da inexistência do *fumus boni iuris*, ou de *periculum in mora*.

Determinada a citação, o réu, Ministério Público do Trabalho, apresentou contestação às fls. 289/307, pugnando pelo não acolhimento da presente medida, bem como a condenação por litigância de má-fé do requerente, solidariamente com o advogado.

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

Atendidos os pressupostos legais, conheço da presente ação.

2. Mérito

A presente demanda acautelatória já não se traduz em novidade perante esta Corte, porquanto a matéria foi apreciada em sede de Agravo Regimental interposto pelo SINTRO — Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Rodoviários do Estado de Alagoas, que confirmou, à unanimidade, o indeferimento da pretensão liminar.

Relembrando, a medida cautelar pretendia fazer cessar os efeitos da decisão judicial ínsita na Ação Civil Pública n. 400.2007.004.19.00.1 de autoria do *Parquet* Laboral, cuja decisão anulou a eleição da atual Diretoria do SINTRO determinando a inelegibilidade dos respectivos Membros, bem como convocação de assembleia para eleger Junta Governativa Provisória, tudo com vista a dar um basta nas irregularidades apuradas.

Observou esta Relatora, quando da apreciação do pedido liminar, o qual restou indeferido e ainda no momento de apreciação do pedido de

reconsideração, também negado, que o SINTRO fez uso de silogismo fundado em premissas falsas, ao alegar que o ato da autoridade (da Magistrada prolatora da sentença na Ação Civil Pública) acarretaria na anulação de Acordos e Convenções Coletivas já firmados pelo Sindicato.

Neste ponto, trago à lume excerto do pronunciamento constante nos autos, no sentido de que “tais declarações proveem de uma interpretação equivocada do dispositivo da sentença, a qual em nenhum momento determinou a anulação de Acordos e Convenções Coletivas, não havendo o que se falar em “caos a se assolar no caso vertente”.

O próprio Ministério Público do Trabalho, em sua contestação, esclarece que o MM. Juízo anulou a eleição e atos dela decorrentes, e não Acordos e Convenção praticados pela diretoria; mesmo porque tal pedido não constava dentre os expressamente elencados pelo *Parquet* em sua petição inicial.

Infundadas e desrespeitosas, também, as alegações de que a decisão de primeiro grau — a qual denomina “desastrosa” — motivaria a paralisação das atividades da categoria.

Tais alegações objetivam desvirtuar a finalidade maior dos comandos judiciais, que é a de preservar os interesses dos trabalhadores em detrimento de interesses individuais e ilegais.

Eleita a Junta Provisória em cumprimento da r. sentença de piso, se faz incompreensível que o representante da referida Junta Provisória, o Sr Roberto Luiz dos Santos, tenha interposto Agravo Regimental, renovando a mesma pretensão da Diretoria anterior. De se cogitar: — estaria a Junta Provisória pretendendo destituir a si mesma? Com relação às alegações de impossibilidade de intervenção Estatal no Sindicato, não prosperam.

Na hipótese, é evidente que não há intervenção deliberada na atuação Sindical por parte do *Parquet*, inexistindo qualquer afronta a preceitos legais ou constitucionais, como sustenta o Autor, ao contrário, o que se verifica é o zelo pelo regime democrático e pelos direitos coletivos dos trabalhadores da categoria, embasado na previsão constitucional do *caput* do art. 127, o qual prevê que incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Também no que diz respeito ao reconhecimento da fumaça do bom direito e o perigo da demora, tenho que não estão configurados.

Da análise da documentação carreada aos autos, e da petição inicial da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho (fls. 13/68), observam-se claros indícios da efetiva manipulação da entidade sindical para obtenção de vantagem ilícita por parte dos diretores do Sindicato autor.

A decisão impugnada encontra-se minuciosamente fundamentada, detalhando aspectos de fato e de direito, em 35 laudas (fls. 69/103), que não deixam margem para qualquer alegação de que da mesma provenha arbitrariedade ou ilegalidade, preservando a coletividade dos trabalhadores que vinham sendo prejudicados com uma administração temerária do sindicato para o qual contribuía.

Ainda, diferentemente do sustentado pelo Autor, a decisão *a quo* não tem efeito retroativo, de modo que não atingirá os atos preteritamente praticados pela administração anterior, ou seja, não prejudicará as Negociações Coletivas já firmadas.

Da mesma forma, não haverá prejuízo na negociação da próxima data-base, tendo em vista que há meios judiciais aptos a assegurar sua realização, inclusive com o intermédio da junta governativa provisória cuja eleição está prevista para a segunda-feira próxima.

O fato de se estar na iminência da realização de assembleia para eleição da junta governativa é, em realidade, medida de justiça para prevenir o perigo da demora que se daria, inversamente, se os autores continuassem na administração do Sindicato.

Diante dos fundamentos *supra*, não se pode em sã consciência admitir o deferimento do pedido inicial, sob pena de não se assegurar ao jurisdicionado trabalhador o lícito direito de se ver representado por dirigentes sindicais livremente e democraticamente escolhidos pela respectiva classe laboral.

Manter os efeitos da sentença é uma exigência de garantia fundamental, como assente da Carta Cidadã, a exsurgir do desdobramento do cumprimento do *decisum* **SINDICATO FORTE EM DEFESA DA CLASSE TRABALHADORA QUE REPRESENTA.**

Quanto ao pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé, muito bem postulado pelo Ministério Público do Trabalho, deixo de aplicar nos presentes autos, em face de tratar-se de processo de cognição sumária, que visa, tão somente, conferir efeito suspensivo a recurso ordinário, dispensando a análise do mérito recursal. A princípio, o que se verifica é o exercício do direito de ação por parte do Autor, nada obstante sua improcedência.

Referida multa, contudo, poderá ser aplicada quando da análise meritória do recurso interposto, nos autos principais, onde as partes poderão exercer largamente o direito da ampla defesa, e poder-se-á verificar, sem sombra de dúvida, a possível prática de litigância de má-fé por parte do autor desta acautelatória.

Isso posto, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação cautelar.

Custas pelo requerente no montante de 2% sobre o valor da causa.

Conclusão

Acordam os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Nona Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado na presente ação cautelar. Custas pelo requerente no montante de 2% sobre o valor da causa.

Maceió, 23 outubro 2008.

Vanda Lustosa
Desembargadora Relatora

SENTENÇA — ESTATAL — CARGO EM COMISSÃO, TERCEIRIZAÇÃO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réu: Bahia Pesca S/A e outros

I. Relatório

Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública em face da Bahia Pesca S/A e outros, narrando os fatos consubstanciados na petição de fls. 1/20, juntando documentos e formulando requerimentos. A empresa ré foi devidamente notificada e apresentou defesa escrita. Alçada fixada conforme o valor da causa. Foi dispensado o interrogatório das partes e a produção de prova testemunhal. As propostas conciliatórias não lograram êxito. Os autos foram conclusos para julgamento.

II. Fundamentação

1. Preliminares

1.1. Carência da ação — Ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido

A demandada alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, pois entende que este, através da presente ação civil pública, à princípio, busca invocar a proteção dos interesses difusos e coletivos, pois alega irregularidades de contratações na seara da Administração Pública. Contudo, entende que, em verdade, a presente demanda interfere diretamente na condição jurídica dos seus empregados, eis que a consequência natural da decretação de nulidade dos contratos de trabalho, ora impugnados, será a demissão de vários empregados.

Diante do exposto, alega a ilegitimidade passiva, uma vez que o *Parquet* deixou de indicar como réus todos os empregados da empresa ré com quem

mantêm os vínculos empregatícios, ora impugnados, para formar o litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.

Razão não assiste ao reclamado.

De certo que, no cumprimento da incumbência de resguardar os interesses difusos e coletivos, as demandas ajuizadas pelo Ministério Público dificilmente não refletirão na esfera pessoal de alguns indivíduos, por isso não se pode dizer que, em verdade, se tratam de pleitos relativos a interesses individuais homogêneos.

Portanto, não vislumbro a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, por entender que a demanda em tela refere-se mesmo à defesa de direitos difusos e coletivos, daí, também, a legitimidade ativa do *Parquet* para o seu ajuizamento, nos termos do art. 129, inciso III da Carta Magna e art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, c/c o art. 82, inc. I.

Ademais, a demandada aduz a impossibilidade jurídica do pedido, por entender, mais uma vez, tratar-se a demanda de interesses individuais, o que implica na impropriedade da ação civil pública para atender ao pleito.

Ora, em se tratando de irregularidades nas contratações de empregados pela Administração Pública, diante da não realização de concurso público, não restam dúvidas de que há uma ofensa à toda coletividade, pois inúmeras pessoas tiveram cerceados seus direitos de disputar, igualmente, uma vaga de emprego, mediante regular processo seletivo.

Há de se ressaltar que, não obstante os reflexos que a presente demanda podem ter na esfera pessoal de alguns indivíduos, antes de mais nada, as irregularidades por ela apontadas ofendem interesses da coletividade, uma vez que a Moralidade e a Impessoalidade são preceitos constitucionais que devem ser observados no exercício da gestão pública.

Sendo assim, não acolho as preliminares suscitadas, por entender que não restam dúvidas acerca da legitimidade do *Parquet* para ajuizamento de ação civil pública na defesa de interesses difusos e coletivos.

1.2. Impossibilidade de cumulação de pedidos

Em face dos pedidos de pagamento de indenização, declaração de nulidade dos contratos e determinação para que deixe de contratar, a empresa demandada alega a impossibilidade de cumulação dos mesmos em sede de ação civil pública, com fundamento legal no dispositivo do art. 3º, da Lei n. 7.347/85, logo pleiteia a extinção do processo sem resolução do mérito, por entender restar configurada hipótese de inépcia da inicial.

Não assiste razão ao demandado.

É sabido que a cumulação de pedidos exige obediência aos requisitos delineados no art. 292 do Código de Processo Civil, quais sejam: compatibilidade entre pedido; competência do juízo para julgar todas as lides; e compatibilidade entre procedimentos. Compulsando os autos, verifica-se a presença de todos eles, senão vejamos.

A compatibilidade entre os pedidos está presente no caso concreto, pois tratam-se de objetos com conteúdo condenatório, constitutivo e mandamental, plenamente viáveis em sede de ação civil pública.

Quanto à competência do juízo, pode-se auferir que esta Justiça Especializada é competente para julgar todas as demandas oriundas de relação de trabalho, incluindo aquelas que envolvem a Administração Pública direta e indireta.

Por fim, a compatibilidade de procedimentos resta atendida, pois todos os pedidos formulados pelo *Parquet* demandam o juízo de cognição.

Ademais, inadmitir a cumulação de pedidos em sede de ação civil pública seria desprivilegiar fundamental valor como o da celeridade processual, pela qual em uma só demanda buscar-se-ia a satisfação de mais de um direito.

Importante ressaltar as lições de *José dos Santos Carvalho*⁽¹⁾ acerca da cumulação de pedidos em Ação Civil Pública, “(...) E poderá, inclusive, haver cumulação triplíce: o autor pode pedir ao juiz que condene o réu a pagar indenização, que faça ou deixe de fazer alguma coisa, e que seja anulado certo ato”.

Diante do quanto exposto, não acolho a preliminar de impossibilidade de cumulação de pedidos arguida pela demandada, por entender que é perfeitamente possível a cumulação dos pedidos formulados pelo *Parquet* na presente demanda.

2. Do mérito

2.1. Do pedido de nulidade dos contratos referentes aos cargos em comissão

O Ministério Público do Trabalho pleiteia a nulidade dos contratos firmados para a ocupação de cargos em comissão, posto que alega a inconstitucionalidade da criação dos mesmos, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como alega a desconformidade de

(1) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 250.

alguns cargos, intitulados “em comissão” pela demandada, com as atribuições relativas aos cargos desta natureza.

Entende o *Parquet* que os cargos em comissão são uma exceção, prevista no art. 37, II da CF/88, à exigência de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos da Administração Pública, porém aplicáveis tão somente no âmbito da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional. Isso porque, a criação destes cargos se dá mediante lei, segundo o dispositivo supracitado, bem como o art. 61, § 1º, inciso II da CF/88, procedimento ao qual não obedecem as empresas públicas e sociedades de economia mista, que se regulamentam através do Plano de Cargos e Salários e Regulamento Interno.

Fundamenta, também, o pedido de declaração de nulidade dos referidos contratos no fato de haver incompatibilidade de atribuições dos cargos impugnados com as atribuições de direção, chefia e assessoramento, definidas pela Constituição Federal como sendo pertinentes aos cargos em comissão.

A acionada, na sua contestação, rebate tais acusações alegando que a regra de exigência de concurso público para ingresso na Administração Pública não deve ser aplicada de forma absoluta, possibilitando sua flexibilização quando configurada necessidade de imediata contratação. Ademais, admite a possibilidade dos cargos em comissão integrarem o quadro de empregados das sociedades de economia mista, ainda que para criação dos mesmos estas não utilizem de leis.

Quanto as alegações de ilegalidade na instituição de cargos meramente técnicos como sendo em comissão, defende que se tratam de cargos em que as atribuições são de fundamental importância para as atividades de assessoramento, direção e chefia, daí justificam serem compreendidos entres os cargos comissionados.

Razão assiste ao Ministério Público.

Não há outro motivo que justifique o ingresso em cargo ou emprego público por meio de concurso, senão o intuito de promover a Moralidade e Impessoalidade no âmbito da Administração Pública, posto que se tratam de preceitos constitucionais essenciais ao desempenho de uma atividade imparcial e por isso eficaz para o atendimento do interesse público.

Embora a Constituição Federal preveja exceção a regra da investidura em cargo ou emprego público por meio de concurso, há que ser interpretada tal exceção de forma restritiva e, principalmente, em consonância com os fins a que se prestam tais regras, qual seja o interesse público.

Determina o art. 37, II da CF/88 que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou

emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Ora, o texto constitucional supracitado é claro ao determinar que os cargos em comissão no momento de sua criação sejam declarados em lei de livre nomeação e exoneração, ou seja, sua criação impende à utilização de procedimento legal.

Há imperiosa necessidade de conceituar cargos em comissão, para melhor esclarecer o entendimento deste juízo exposto aqui nesta *decisum*. São cargos em comissão aqueles em que se nomeia livremente pessoa de confiança, para desempenho de uma função pública, mantendo vínculo estatutário com a entidade pública em que trabalha, por ser de livre nomeação é também de livre exoneração, podendo o agente público perder o cargo a qualquer momento.

Logo, não se pode entender de outra forma senão que o interesse público será, verdadeiramente, resguardado com a exigência de lei para a instituição destes cargos, afinal admitir que sejam criados livremente por deliberação interna dos órgãos públicos, poderá colocar em risco a impessoalidade administrativa e conseqüentemente a segurança jurídica dos administrados.

Diante do exposto, considerando que as sociedades de economia mista regulamentam a criação de seus empregos por meio de Plano de Cargos e Salário e pelo Regulamento Interno da empresa, entende-se ilegal a instituição de cargos em comissão na seara das sociedades de economia mista, por flagrante ofensa à exigência constitucional de criação mediante lei.

Há de se ressaltar que o entendimento acima exposto não se aplica aos cargos da Assembleia Geral, Conselho de Administração, Conselho Fiscal e da Diretoria, já que tratam-se de cargos similares aos de comissão, instituídos pelo Regulamento Interno da demandada, consoante previsão da Lei das Sociedade por Ações.

Ainda que fosse possível a criação de cargos em comissão nas sociedades de economia mista, a análise das alegações do *Parquet*, quanto à ilegalidade na comparação daqueles com cargos meramente técnicos, revelam a existência de outra ilegalidade.

Pode-se dizer que, mais uma vez, há ofensa a dispositivo constitucional, já que o art. 37, inciso V, estabelece que “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Uma vez definidas as atribuições relativas aos cargos em comissão, não há por que admitir a instituição de cargos com essa denominação para o

desempenho de atividades meramente técnicas, como, por exemplo, as relativas aos seguintes cargos: Secretário Administrativo I e II, Subgerente e Chefe de Setor. Até porque, por tratar-se de uma exceção à regra do concurso público, estes cargos impendem atribuições excepcionais e de relevante importância que justifiquem a sua forma incomum de investidura.

Por tudo que aqui fora exposto, defiro o pedido do Ministério Público, para declarar nulos os contratos de trabalho relativos aos cargos comissionados, ressalvados os cargos da Assembleia Geral, Conselho de Administração, Conselho Fiscal e da Diretoria, diante da flagrante inconstitucionalidade presente na criação dos mesmos, pois não atendida à exigência de lei.

2.2. Do pedido de nulidade dos contratos temporários

Argui o Ministério Público que a empresa ré firmou vários contratos de trabalho temporários, nos moldes da CLT, embora não tenham sido observados os requisitos ensejadores dos referidos contratos, quais sejam necessidade transitória de substituição de pessoal permanente, serviços que justifiquem a natureza transitória ou acréscimo extraordinário de serviços.

Além dos requisitos justificadores acima apontados, defende que não restaram presentes as exigências de realização previa de processo seletivo, que garantisse a imparcialidade na contratação dos empregados temporários, bem como não foi realizado processo licitatório para a contratação de empresa de trabalho temporário, nos moldes da Lei n. 6.019/74.

A demandada, por sua vez, alega em sua defesa que os contratos temporários que têm firmados legitimam-se pelo disposto no texto constitucional do art. 37, IX, CF/88 e pela Lei n. 6.403/92, art. 34. Dessa forma, os referidos contratos são regulamentados pela CLT, a qual não exige prévia realização de processo seletivo.

Por fim, nega que os contratos temporários sejam firmados nos moldes da Lei n. 6.019/74, ou seja, por meio de empresa de trabalho temporário, pelo que não há o que se falar em exigência de procedimento licitatório para contratação de serviço temporário, o que, no caso concreto, é feito via direta entre empresa e empregado.

Razão assiste ao *Parquet*, senão vejamos.

Entende-se por servidores temporários aqueles contratados por tempo determinado para o desempenho de uma função pública. Há, contudo, divergências quanto ao regime a que se submetem esses servidores, pois parte da doutrina entende tratar-se de regime celetista, conquanto outra parte entenda tratar-se de regime especial.

Ora, pode-se dizer que tais contratos temporários não se coadunam com a natureza definitiva dos contratos de empregado público, eis que na sua essência são contratos elaborados para satisfação de um excepcional interesse público. Por isso, passível o entendimento de que se tratam mesmo de uma exceção à regra de investidura por meio de concurso público. Nesse sentido, frisem-se as lições de *Dirley da Cunha*⁽²⁾, *Curso de Direito Administrativo*, "(...) cumpre esclarecer que a contratação, sem concurso público, de servidores temporários é exceção que não pode ser utilizada para burlar a regra do concurso público. A Administração Pública deve ser parcimoniosa e se valer da contratação temporária, sempre precária, quando houver excepcional interesse público e para atender à necessidade temporária".

Ademais, art. 37, inciso IX da CF ao estabelecer as exceções dos contratos temporários diz que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público". Entende-se por necessidade temporária aquela que não abrange os serviços de natureza regular da empresa, mas sim a necessidade de realização de algum serviço extraordinário, que não se enquadre com os cargos permanentes da mesma.

Compulsando os autos, nota-se que os contratos temporários em questão não atendem a exigência constitucional supratranscrita, pelo que há contratos temporários referente à função de técnico administrativo e auxiliar administrativo, por exemplo. Ora, mesmo que a CF/88 tenha flexibilizado a regra de contratação por meio de concurso, ao estabelecer que os contratos temporários da Administração Pública direta e indireta prescindem de tal exigência, é perfeitamente exigível que esses contratos tenham sido elaborados para atendimento de uma necessidade incomum, e não para o desempenho de atividades permanentes e regulares, como comprovado no caso em tela.

Dessa forma, entende-se pela ilegalidade na manutenção desses vínculos empregatícios, pelo que defiro o pedido de declaração de nulidade dos contratos temporários firmados pela Bahia Pesca S/A.

2.3. Dos efeitos da decretação de nulidade

Diante da decretação de nulidade dos contratos de cargos em comissão e dos contratos temporário firmados no âmbito da sociedade de economia mista, Bahia Pesca S/A, deve-se fazer um breve comentário aos efeitos decorrentes desta.

(2) CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 207.

Quanto às nulidades, pode-se dizer que se tratam de sanções previstas nas normas jurídicas e aplicáveis aos atos jurídicos eivados de vícios, pois têm a função de extirpar do mundo jurídico ilegalidades que afrontem a sua ordem.

As irregularidades apontadas e reconhecidas nesta decisão revelam a existência de ilegalidades de grande repercussão para ordem jurídica, são os chamados vícios insanáveis, posto que afrontam preceitos constitucionais, daí que não podem ser mantidas, mas sim eliminadas, para tanto, o mecanismo a ser utilizado é a declaração de nulidade dos contratos eivados por tais vícios.

Em regra, a declaração de nulidade opera efeitos *ex tunc*, é que seu objetivo é retornar ao *status* anterior à existência do ato jurídico viciado, para não considerar quaisquer dos seus efeitos, senão estar-se-ia contemplando ilicitudes.

Contudo, há de se ressaltar que as nulidades no Direito do Trabalho operam efeitos distintos, é que aqui a decretação de nulidade deve refletir da sua data em diante, não podendo retroagir para alcançar os atos anteriores. Dessa forma, não há o que se falar em devolução dos valores recebidos a título de gratificações ou outras verbas pelos empregados, como fora suscitados pela empresa ré na sua defesa, pois os atos praticados até a presente data são válidos e a decretação da nulidade é *ex nunc*, ou seja, seus efeitos operam a partir desta data.

2.4. Do pedido de antecipação de tutela

O autor elaborou pedido de antecipação de tutela para impedir que a empresa ré realize novas contratações à título de cargo em comissão e emprego temporário, diante da flagrante ilegalidade presente na manutenção desses vínculos.

Para ser concedida a antecipação de tutela, além da exigência de que existam provas inequívocas dos fatos aduzidos, exige-se a configuração de um dos seguintes requisitos: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Ora, não restam dúvidas de que no caso concreto estão configurados tais requisitos. É que o Ministério Público colacionou aos autos documentos suficientes para comprovar a existência de ilegalidades no âmbito da contratação de empregados pela empresa ré. Por fim, caso tais contratações não sejam impedidas, restará caracterizado um dano de difícil reparação, uma vez que tais contratações não procedem de forma imparcial, daí que afrontam diretamente os preceitos constitucionais da Impessoalidade, Moralidade e Legalidade administrativas.

Diante do exposto, defiro o pedido de tutela antecipada para determinar que a empresa ré deixe de contratar novos empregados à título de cargos em comissão e, também, empregos temporários sem que estejam presentes os requisitos supramencionado, exigidos para a contratação temporária, até o trânsito em julgado, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00, por cada empregado contratado, valor este reversível ao FAT.

2.5. Do pedido de dano moral

O autor pleiteia a condenação da Bahia Pesca S/A no pagamento de danos morais coletivos, por entender haver uma ofensa aos direitos de toda uma coletividade, ofensa essa que não pode ser ignorada, tamanha sua repercussão.

A demandada, por sua vez, defende-se alegando que não houve ilegalidade na contratação dos empregados, uma vez que fundamenta sua defesa na regularidade das contratações à títulos de cargos comissionados, bem como nas contratações para empregados temporários.

Assiste razão aos fundamentos do *Parquet*, senão vejamos.

A presente decisão entendeu pela existência de ilegalidades nas contratações de pessoal para ocupação dos cargos em comissão existentes no quadro da empresa Bahia Pesca S/A, bem como para a contratação temporária de empregados, por tudo que acima fora exposto.

Ora, restando configurada as ilegalidades arguidas pelo autor, pode-se dizer que houve dano a toda uma coletividade, é que a prática, em questão, ofendeu preceitos de suma importância para o exercício da gestão pública estabelecidos pela Carta Magna.

Ademais, as regras violadas por tais irregulares visavam propiciar a contratação imparcial e regular de empregados para atuar em entidade da Administração Pública indireta, uma vez que exigiam requisitos objetivos que impossibilitava favoritismos em tais contratações. Portanto, não há dúvidas do quanto prejudicial para a coletividade fora a reiterada ofensa ao princípio da Legalidade e da Impessoalidade, ocorrida no caso sob julgamento.

Diante do exposto, entendo pela obrigatoriedade de reparação do dano por parte da sociedade de economia mista, Bahia Pesca S/A, no valor de R\$ 80.000,00 a ser revestidos para o Fundo de Amparo ao Trabalhador.

2.6. Do pedido de afastamento dos trabalhadores irregularmente contratados

O Ministério Público pleiteia, ainda, que a demandada seja compelida a afastar os empregados contratados irregularmente para a ocupação de cargo

em comissão e os empregados contratados temporariamente sem serem atendidas as exigências legais para contratação temporária, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 por trabalhador em situação irregular.

Diante do reconhecimento, por este juízo, das ilegalidades apontadas na contratação destes trabalhadores, assiste razão ao pedido do *Parquet*.

Note-se que, em verdade, o afastamento destes empregados, será consequência lógica da declaração de nulidade dos contratos aos quais estão vinculados. Portanto, uma vez declarados nulos tais contratos, deve a empresa demandada determinar o afastamento destes empregados, pois cessado qualquer vínculo da mesma com eles.

Portanto, defiro o pedido elaborado pelo autor para determinar que os empregados sejam afastados no prazo máximo de 12 (doze) meses, por entender que a manutenção desses vínculos carrega consigo flagrante ilegalidade.

2.7. Da responsabilidade solidária do diretor executivo da demandada

O Ministério Público requer, ainda, que seja responsabilizado solidariamente o diretor-executivo da Bahia Pesca S/A, Sr. Paulo Cezar Lisboa Cerqueira, no pagamento das astreintes fixadas para o eventual descumprimento da determinação de abster-se de contratar novos empregados para a ocupação de cargos em comissão sem que sejam atendidas as exigências legais, bem como pelo descumprimento da obrigação de afastar, no prazo de 12 (doze) meses os trabalhadores ocupantes de cargos em comissão ou contratados temporariamente.

Assiste razão ao pleito elaborado pelo autor.

O cargo de diretor-executivo confere poderes singulares aquele que o ocupa, pois será o responsável pelas deliberações significativas tomadas no âmbito da empresa, como é o caso da criação de cargos em comissão. Daí porque atribuir a este responsabilidade pelas práticas malogradas ocorridas na empresa.

Portanto, por entender que o diretor-executivo teria responsabilidade na eventual contratação de empregados para ocupar cargos comissionados, pois é a pessoa legitimada para autorizar referida deliberação, deve responder solidariamente pelo descumprimento da obrigação de abster-se de contratar novos funcionários. Pelos mesmos motivos, deverá, também, ser responsabilizado pelo descumprimento da obrigação de afastar, em 12 meses, os empregados contratados ilegalmente para os cargos em comissão e contratados temporariamente.

III. Dispositivo

Pelas razões expostas, JULGO PROCEDENTES as pretensões contidas na inicial, para declarar nulos os contratos de emprego firmados entre a empresa ré, os empregados ocupantes de cargos em comissão, ressalvados os cargos da Assembleia Geral, Conselho de Administração, Conselho Fiscal e da Diretoria, e os empregados temporários, bem como condená-la ao pagamento de indenização no valor de R\$ 100.000,00, a serem revestidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, determinar que, no prazo máximo de 12 (doze) meses afaste os empregados referentes aos cargos declarados nulos, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 por trabalhador irregular, por fim, determinar que a Bahia Pesca S/A abstenha-se de contratar novos empregados à título de cargos em comissão e empregos temporários sem que estejam presentes os requisitos legais exigidos para contratação temporária, até o trânsito em julgado, sob pena de pagamento da multa no valor de R\$ 20.000,00 por trabalhador admitido, devendo ser responsabilizado solidariamente o diretor-executivo, Sr. Paulo Cezar Lisboa Cerqueira, em eventual incidência das multas pelo descumprimento do que fora determinado.

Tudo conforme a fundamentação *supra*, a qual passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse transcrita.

Custas processuais, pela demandada, no montante de R\$ 2.000,00 calculadas sobre o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Intimem-se as partes.

Salvador, 29 de julho de 2009.

Cláudia Uzeda Doval
Juíza do Trabalho

LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA — *SHOPPING CENTER* — COBRANÇA PELO ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS DE EMPREGADOS E TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

10ª Vara do Trabalho de Campinas

Processo n.: 01828-2009-129-15-00-0 ACP

Autor: Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região

Réu: Condomínio Shopping Parque Dom Pedro + 02

Da análise da presente Ação Civil Pública, constata-se que os réus passaram a cobrar dos empregados e terceirizados, das pessoas físicas e jurídicas que exercem suas atividades nas dependências do Condomínio Shopping Parque Dom Pedro, pela utilização do estacionamento.

Tal prática é absolutamente inadmissível, eis que tais trabalhadores ali estacionam seus veículos apenas para viabilizar a execução de seus contratos de trabalho. É evidente que o primeiro réu auferir lucro com a prestação de serviços de tais trabalhadores, na medida em que recebe parte do faturamento dos lojistas, conforme denunciado na petição inicial. Daí, a conclusão é uma só: quanto maior a produção dos trabalhadores, maior é a renda dos lojistas e, por conseguinte, maior será a renda dos réus.

Acrescente-se por oportuno, que tal prática afronta a Lei Municipal n. 12.582/06, que expressamente assegura a isenção total do pagamento de tarifa de estacionamento aos funcionários dos estabelecimentos comerciais dos Shopping Centers instalados no município de Campinas, consignando, ainda, a decisão do mandado de segurança juntado à fls. 66/71.

Posto isso, com fulcro no art. 12 da Lei n. 7.347/85, antecipo os efeitos da tutela para determinar que os réus se abstenham de cobrar qualquer valor pela utilização do estacionamento de veículos e motocicletas dos empregados

e terceirizados, das pessoas físicas e jurídicas que exerçam suas atividades nas dependências do Condomínio Shopping Parque Dom Pedro, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Designo audiência UNA em caráter de urgência para o dia 12.1.2010, às 12:30 horas.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

Campinas, 3.12.2009

Daniela Macia Ferraz Giannini
Juiz(a) do Trabalho

**MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO TRABALHO**

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Procurador-Geral do Trabalho: Otavio Britto Lopes
Presidente da ANPT: Fábio Leal Cardoso

Posição em 31.11.2009

PROCURADORIA-GERAL DO TRABALHO

Subprocuradores-Gerais do Trabalho

César Zacharias Martyres
Dan Carai da Costa e Paes
Edson Braz da Silva
Guiomar Rechia Gomes
Heloísa Maria Moraes Rêgo Pires
Ivana Auxiliadora Mendonça Santos
Jeferson Luiz Pereira Coelho
José Alves Pereira Filho
José Carlos Ferreira do Monte
José Neto da Silva
Lucinea Alves Ocampos
Luis Antônio Camargo de Melo
Luiz da Silva Flores
Maria Aparecida Gugel
Maria Guiomar Sanches de
Mendonca
Otávio Brito Lopes
Rogério Rodriguez Fernandez Filho
Ronaldo Tolentino da Silva
Vera Regina Della Pozza Reis

Procuradores Regionais de outras PRTs

Adriane Reis de Araújo
(Lot. PRT - 10^a)
Antônio Luiz Teixeira Mendes
(Lot. PRT - 10^a)
Cristina Soares de Oliveira e A.
Nobre (Lot. PRT - 10^a)
Eliane Araque dos Santos
(Lot. PRT - 10^a)
Enéas Bazzo Tôrres
(Lot. PRT - 10^a)
Evany de Oliveira Selva
(Lot. PRT - 10^a)
Gustavo Ernani Cavalcanti Dantas
(Lot. PRT - 10^a)
Márcia Raphanelli de Brito
(Lot. PRT - 10^a)
Maurício Correia de Mello
(Lot. PRT - 10^a)
Ronaldo Curado Fleury
(Lot. PRT - 10^a)

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
SEDE: Rio de Janeiro/RJ

Procurador-Chefe: José Antônio Vieira de Freitas Filho
Procuradora-Chefe (substituta): Cynthia Maria Simões Lopes

Procuradores Regionais do Trabalho

Aida Glanz
Ana Lúcia Riani de Luna
Heleny Ferreira de Araujo Schittine
Inês Pedrosa de Andrade Figueira
João Hilario Valentim
Marcio Octavio Vianna Marques
Marcio Vieira Alves Faria
Maria Vitória Sússekind Rocha
Mônica Silva Vieira de Castro
Regina Fátima Bello Butrus
Reginaldo Campos da Motta

Procuradores do Trabalho

Adriano de Alencar Saboya
Ana Luíza Fabero
André Luiz Riedlinger Teixeira
Artur de Azambuja Rodrigues
Carlos Eduardo Carvalho Brisolla
Cássio Luis Casagrande
Claudia Carvalho do Nascimento
Cynthia Maria Simões Lopes
Daniela Ribeiro Mendes
Danielle Cramer
Déborah da Silva Felix
Eduardo Galvão de Andréa Ferreira
Fábio Goulart Villela
Fábio Luiz Vianna Mendes
Guadalupe Louro Turos Couto
Heloise Ingersoll Sá
Isabella Gameiro da Silva Terzi
João Batista Berthier Leite Soares

João Carlos Teixeira
José Antônio Vieira de Freitas Filho
José Cláudio Codeco Marques
Juliane Mombelli
Junia Bonfante Raymundo
Lisyane Chaves Motta
Lúcia de Fátima dos Santos Gomes
Luciana Tostes de Guadalupe e Silva
Luciene Rezende Vasconcelos
Luiz Eduardo Aguiar do Valle
Marcelo de Oliveira Ramos
Marcelo José Fernandes da Silva
Marco Antônio Costa Prado
Maria Julieta Tepedino de Bragança
Maria Lúcia Abrantes Ferreira
Rodrigo de Lacerda Carelli
Samira Torres Shaat
Sérgio Favilla de Mendonca
Teresa Cristina D'Almeida Basteiro
Valdenice Amália Furtado
Valeria Sá Carvalho da Silva Corrêa
Wilson Roberto Prudente

PTM de Volta Redonda

Marco Antônio Sevidanes da Matta
Rodrigo Barbosa de Castilho

PTM de Nova Iguaçu

Carina Rodrigues Bicalho
Carlos Augusto Sampaio Solar
Maurício Guimarães de Carvalho

PTM de Cabo Frio

Fábio Luiz Mobarak Igllessia

Renato Silva Baptista

PTM de Campos dos Goytacazes

José Manoel Machado

Tiago Oliveira de Arruda

PTM de Nova Friburgo

Fernando Pinaud de Oliveira Júnior

Gabriela Tavares Miranda Maciel

PTM de Niterói

Érica Bonfante de Almeida
Tessarollo

Patrick Maia Merisio

Sandro Henrique Figueiredo
Carvalho de Araújo

PTM de Petrópolis

Ericka Rodrigues Duarte

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
SEDE: São Paulo/SP**

**Procuradora-Chefe: Cristina Aparecida Ribeiro Brasileiro
Procurador-Chefe (substituto): João Eduardo de Amorim**

Procuradores Regionais do Trabalho

Almara Nogueira Mendes
Andréa Isa Ripoli
Cristina Aparecida Ribeiro Brasileiro
Danton de Almeida Segurado
Egle Rezek
Graciene Ferreira Pinto
Laura Martins Maia de Andrade
Luiza Yukiko Kinoshita Amaral
Maria Helena Leão Grisi
Maria Isabel Cueva Moraes
Maria José Sawaya de Castro
Pereira do Vale
Marisa Marcondes Monteiro
Marisa Regina Murad Legaspe
Mônica Furegatti
Oksana Maria Dziura Boldo
Sandra Borges de Medeiros
Sandra Lia Simon
Sidnei Alves Teixeira
Suzana Leonel Martins
Vera Lúgia Lagana Lamarca
William Sebastião Bedone

Procuradores do Trabalho

Adélia Augusto Domingues
Alline Pedrosa Oishi
Ana Elisa Alves Brito Segatti
Ana Francisca Moreira de Souza
Sanden
Andréa Albertinase
Andréa Ehlke
Andréa Tertuliano de Oliveira
Célia Regina Camachi Stander
Cláudia Regina Lovato Franco
Cristiane Aneolito Ferreira
Daniel Augusto Gaiotto
Danielle Leite de Pinto Costa
Débora Monteiro Lopes
Débora Scattolini
Denise Lapolla de Paula Aguiar
Andrade
Dirce Trevisi Prado Novaes
Elisa Maria Brant de Carvalho Malta
Erich Vinicius Schramm
Fábio de Assis Ferreira Fernandes
João Eduardo de Amorim
José Valdir Machado
Lidia Mendes Goncalves
Luiz Felipe Spezi
Maria Beatriz Almeida Brandt
Mariza Mazotti de Moraes
Natasha Campos Barroso Rebello
Omar Afif
Orlando Schiavon Junior
Paulo César de Moraes Gomes

Philippe Gomes Jardim
Roberto Rangel Marcondes
Ronaldo Lima dos Santos
Rosemary Fernandes Moreira
Silvana Marcia Montechi Valladares
de Oliveira
Valdirene Silva de Assis
Vera Lúcia Carlos
Viviann Rodriguez Mattos

PTM de São Bernardo do Campo

Carolina Pereira Mercante
Gustavo Filipe Barbosa Garcia
Roberto Pinto Ribeiro

PTM de Santos

Lorena Pessoa Bravo
Mariana Flesch Fortes
Rodrigo Lestrade Pedroso

PTM de Guarulhos

Eduardo Luis Amgarten
Eduardo Menezes Ortega
Priscila Cavalieri

PTM de Mogi das Cruzes

Aderson Ferreira Sobrinho
Marco Antônio Ribeiro Tura

PTM de Osasco

Elisiane dos Santos
Miron Tafuri Queiroz

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
SEDE: Belo Horizonte/MG

Procuradora-Chefe: Elaine Noronha Nassif
Procuradora-Chefe (substituta): Luciana Marques Coutinho

Procuradores Regionais do Trabalho

Eduardo Maia Botelho
Júnia Castelar Savaget
Júnia Soares Nader
Marcia Campos Duarte
Maria Christina Dutra Fernandez
Maria Magda Maurício Santos

PTM de Divinópolis

Alesandro Batista Beraldo
Aloisio Alves

PTM de Montes Claros

Maísa Gonçalves Ribeiro
Roberto Gomes de Souza

PTM de Pouso Alegre

Florença Dumont Oliveira

PTM de Coronel Fabriciano

Adolfo Silva Jacob

PTM de Teófilo Otoni

Isabela Maul de Castro Miranda

PTM de Uberlândia

Eliaquim Queiroz
Fábio Lopes Fernandes
Victor Hugo Fonseca Carvalho

PTM de Juiz de Fora

Fernanda Barbosa Diniz
José Reis Santos Carvalho
Sergio Oliveira de Alencar

Procuradores do Trabalho

Adriana Augusta de Moura Souza
Advane de Souza Moreira
Ana Claudia Nascimento Gomes
Andrea Ferreira Bastos
Antonio Augusto Rocha
Antonio Carlos Oliveira Pereira
Arlélio de Carvalho Lage
Aurélio Agostinho Verdade Vieito
Dennis Borges Santana
Elaine Noronha Nassif
Genderson Silveira Lisboa
Geraldo Emediato de Souza
Helder Santos Amorim
Juliana Vignoli Cordeiro
Luciana Marques Coutinho
Lutiana Nacur Lorentz
Maria Amélia Bracks Duarte
Maria Beatriz Chaves Xavier
Maria do Carmo de Araújo
Maria Helena da Silva Guthier
Marilza Geralda do Nascimento
Silvana Ranieri de Albuquerque
Queiroz
Sonia Toledo Goncalves
Victório Álvaro Coutinho Rettori
Yamara Viana de Figueiredo

PTM de Patos de Minas

Fernanda Brito Pereira
Marcelo dos Santos Amaral

PTM de Varginha

Rafael de Araújo Gomes
Ruth Pinto Marques da Silva

PTM de Governador Valadares

Eduardo Maia Tenório da Cunha

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
SEDE: Porto Alegre/RS

Procuradora-Chefe: Silvana Ribeiro Martins
Procurador-Chefe (substituto): Ivan Sérgio Camargo dos Santos

Procuradores Regionais do Trabalho

Ana Luiza Alves Gomes
André Luis Spies
Beatriz de Holleben Junqueira Fialho
Eduardo Antunes Parmeggiani
Jaime Antonio Cimentini
Lourenço Agostini de Andrade
Luiz Fernando Mathias Vilar
Paulo Borges da Fonseca Seger
Paulo Eduardo Pinto de Queiroz
Victor Hugo Laitano

PTM de Novo Hamburgo

Juliana Hörlle Pereira

PTM de Caxias do Sul

Priscila Boaroto
Ricardo Wagner Garcia

PTM de Santo Angelo

Veloir Dirceu Furst
Rodrigo Maffei

PTM de Uruguaiana

Eduardo Trajano Cesar dos Santos
Noedi Rodrigues da Silva

PTM de Passo Fundo

Bernardo Mata Schuch
Patrícia de Mello Sanfelice

PTM de Santa Maria

Evandro Paulo Brizzi
Jean Carlo Voltolini

Procuradores do Trabalho

Adriane Arnt Herbst
Alexandre Correa da Cruz
Aline Maria Homrich Schneider
Conzatti
Aline Zerwes Bottari Brasil
Cristiano Bocorny Correa
Denise Maria Schellenberger
Dulce Martini Torzecki
Gilson Luiz Laydner de Azevedo
Itaboray Bocchi da Silva
Ivan Sergio Camargo dos Santos
Ivo Eugenio Marques
Leandro Araújo
Luiz Alessandro Machado
Marcelo Goulart
Márcia de Freitas Medeiros
Márcia Medeiros de Farias
Maria Cristina Sanchez Gomes
Ferreira
Marlise Souza Fontoura
Paula Rousseff Araújo
Paulo Joares Vieira
Rogerio Uzun Fleischmann
Sheila Ferreira Delpino
Silvana Ribeiro Martins
Viktor Byruchko Junior
Zulma Hertzog Fernandes Veloz

PTM de Santa Cruz do Sul

Eneria Thomazini
Fabiano Holz Beserra

PTM de Pelotas

Roberto Portela Mildner
Rubia Vanessa Canabarro

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO
SEDE: Salvador/BA

Procurador-Chefe: Marcelo Brandão de Morais Cunha
Procurador-Chefe (substituto): Pacífico Antônio Luiz Alencar Rocha

Procuradores Regionais do Trabalho

Adélia Maria Bittencourt Marelin
Antonio Messias Matta de Aragão
Bulcão
Carla Geovanna Cunha Rossi
Cícero Virgulino da Silva Filho
Claudia Maria Rego Pinto Rodrigues
da Costa
Edelamare Barbosa Melo
Inês Oliveira de Sousa
Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé
Jorgina Ribeiro Tachard
Manoel Jorge e Silva Neto
Maria da Glória Martins dos Santos
Maria Lucia de Sá Vieira
Virgínia Maria Veiga de Sena

PTM de Itabuna

Emerson Albuquerque Resende
Larissa Santana Leal Lima

PTM de Eunápolis

Alberto Bastos Balazeiro
Fernanda Estrela Guimarães

PTM de Santo Antonio de Jesus

Rômulo Barreto de Almeida

PTM de Juazeiro

Chafic Krauss Daher
Janine Rego de Miranda

Procuradores do Trabalho

Adriana Holanda Maia Campelo
Ana Emília Andrade Albuquerque da
Silva
Cleonice Maria Rodrigues Moreira
Daniela Costa Marques
Janine Milbratz Fiorot
Luis Antonio Barbosa da Silva
Luiz Alberto Teles Lima
Luiz Antonio Nascimento Fernandes
Marcelo Brandão de Morais Cunha
Pacífico Antônio Luz de Alencar
Rocha
Pedro Lino de Carvalho Junior
Rosangela Rodrigues Dias de
Lacerda
Sandra Marlicy de Souza Faustino
Sefora Graciana Cerqueira Char

PTM de Vitória da Conquista

Cláudio Dias Lima Filho
Raymundo Lima Ribeiro Junior

PTM de Feira de Santana

Bernardo Guimarães Carvalho
Ribeiro
Leandro Moreira Batista

PTM de Barreiras

Annelise Fonseca Leal Pereira
Luana Lima Duarte

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
SEDE: Recife/PE**

Procurador-Chefe: Fábio André de Farias

Procuradora-Chefe (substituta): Maria Ângela Lobo Gomes

Procuradores Regionais do Trabalho

Aluísio Aldo da Silva Junior
José Janguê Bezerra Diniz
Manoel Orlando de Melo Goulart
Maria Ângela Lobo Gomes
Morse Sarmiento Pereira de Lyra Neto
Pedro Luiz Goncalves Serafim da Silva
Waldir de Andrade Bitu Filho

PTM de Petrolina

Marcelo Crisanto Souto Maior

PTM de Caruaru

Leonardo Osorio Mendonça

Procuradores do Trabalho

Adriana Freitas Evangelista Gondim
Débora Tito Farias
Elizabeth Veiga Chaves
Fábio André de Farias
Flávio Henrique Freitas Evangelista
Gondim
Jorge Renato Montandon Saraiva
José Laizio Pinto Junior
Lívia Viana de Arruda
Maria Auxiliadora de Souza e Sá
Melícia Alves de Carvalho Mesel

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO
SEDE: Fortaleza/CE**

Procurador-Chefe: Francisco Gérson Marques de Lima

Procuradora-Chefe (substituta): Hilda Leopoldina Pinheiro Barreto

Procuradores Regionais do Trabalho

Evanna Soares
Fernanda Maria Uchoa de
Albuquerque
Francisco Gerson Marques de Lima
Hilda Leopoldina Pinheiro Barreto

PTM de Juazeiro do Norte

Andressa Alves Lucena de Brito

PTM de Cratús

Francisco José Parente
Vasconcelos Junior

Procuradores do Trabalho

Antônio de Oliveira Lima
Carlos Leonardo Holanda Silva
Cláudio Alcântara Meireles
Nicodemos Fabrício Maia

PTM de Sobral

Ricardo Araújo Cozer

PTM de Limoeiro do Norte

Georgea Maria da Silveira Aragão

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO
SEDE: Belém/PA**

**Procuradora-Chefe: Ana Maria Gomes Rodrigues
Procuradora-Chefe (substituta): Rita Moitta Pinto da Costa**

Procuradores Regionais do Trabalho

José Cláudio Monteiro de Brito Filho
Loana Lia Gentil Uliana
Loris Rocha Pereira Junior

Procuradores do Trabalho

Ana Maria Gomes Rodrigues
Cindi Ellou Lopes da Silveira
Cíntia Nazaré Pantoja Leão
Faustino Bartolomeu Alves Pimenta
Gisele Santos Fernandes Goes
Hideraldo Luiz de Sousa Machado
Marcelo Freire Sampaio Costa
Marici Coelho de Barros Pereira
Rafael Dias Marques
Rita Moitta Pinto da Costa
Roberto Ruy Rutowitcz Netto
Rodrigo Cruz da Ponte Souza
Sandoval Alves da Silva

PTM de Santarém

Carla Afonso de Nóvoa
Carol Gentil Uliana Porto
Rejane de Barros Meireles Alves

PTM de Macapá

Tatiana Donza Cancela de Carvalho
Vanessa Patriota da Fonseca

PTM de Marabá

Danniele Christine Dutra de Lacerda
José Carlos Souza Azevedo
João Filipe Moreira Lacerda Sabino

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
SEDE: Curitiba/PR**

**Procurador-Chefe: Ricardo Bruel da Silveira
Procuradora-Chefe (substituta): Viviane Dockhorn Weffort**

Procuradores Regionais do Trabalho

Aluizio Divonzir Miranda
Alvacir Correa dos Santos
André Lacerda
Itacir Luchtemberg
Jaime José Bilek Iantas
José Cardoso Teixeira Junior
Leonardo Abage Filho
Luiz Renato Camargo Bigarelli
Maria Guilhermina dos Santos Vieira
Camargo
Neli Andonini

PTM de Campo Mourão

Elizabeth Priscila Satake Sato

PTM de Cascavel

Flávia Veiga Bezerra Bauler
Sueli Teixeira Bessa

PTM de Guarapuava

Thaís Barbosa Athayde

PTM de Umuarama

Ronildo Bérnago dos Santos

PTM de Ponta Grossa

Alberto Emiliano de Oliveira Neto
Patrícia Blanc Gaidex

PTM de Londrina

Heiler Ivens de Souza Natali
Luciana Estevan Cruz de Oliveira
Marcelo Adriano da Silva

Procuradores do Trabalho

Ana Lucia Barranco Licheski
Andrea Nice Silveira Lino Lopes
Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes
Eliane Lucina
Gláucio Araújo de Oliveira
Humberto Luiz Mussi de
Albuquerque
Inaja Vanderlei Silvestre dos Santos
Iros Reichmann Losso
Luercy Lino Lopes
Luis Antonio Vieira
Luis Carlos Córdova Burigo
Margaret Matos de Carvalho
Mariane Josviak
Marília Massignan Coppla
Nelson Colauto
Renée Araujo Machado
Ricardo Bruel da Silveira
Thereza Cristina Gosdal
Vanessa Kasecker Bozza
Viviane Dockhorn Weffort

Procuradores Regionais do Trabalho

Aluizio Divonzir Miranda
(Lot. PRT-9ª)
Neli Andonini (Lot. PRT-9ª)

PTM de Toledo

Bruno Augusto Ament

PTM de Maringá

Fábio Aurélio da Silva Alcure

PTM de Foz do Iguaçu

Enoque Ribeiro dos Santos

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO
SEDE: Brasília/DF**

**Procuradora-Chefe: Daniela de Moraes do Monte Varandas
Procurador-Chefe (substituto): Luís Paulo Villafañe Gomes Santos**

**Procuradores Regionais do
Trabalho**

Adriane Reis de Araújo (Exerc. PGT)
Antonio Luiz Teixeira Mendes
(Exerc. PGT)
Cristina Soares de Oliveira e
Almeida Nobre (Exerc. PGT)
Eliane Araque dos Santos (Exerc.
PGT)
Enéas Bazzo Torres (Exerc. PGT)
Evany de Oliveira Selva (Exerc.
PGT)
Gustavo Ernani Cavalcanti Dantas
(Exerc. PGT)
Márcia Raphanelli de Brito (Exerc.
PGT)
Mauricio Correia de Mello (Exerc.
PGT)
Ricardo José Macedo de Britto
Pereira
Ronaldo Curado Fleury (Exerc.
PGT)

Procuradores do Trabalho

Adélio Justino Lucas
Adriana Silveira Machado
Alessandro Santos de Miranda
Ana Cláudia Rodrigues Bandeira
Monteiro
Ana Cristina Desirée Barreto
Fonseca Tostes Ribeiro
Cristiano Otavio Paixão Araújo Pinto
Daniela de Moraes do Monte
Varandas
Daniela Landim Paes Leme
Erlan José Peixoto do Prado
Fábio Leal Cardoso
Joaquim Rodrigues Nascimento
Ludmila Reis Brito Lopes
Luís Paulo Villafañe Gomes Santos
Mônica de Macedo Guedes Lemos
Ferreira
Sebastião Vieira Caixeta
Soraya Tabet Souto Maior
Valdir Pereira da Silva
Valesca de Moraes do Monte

PTM de Palmas

Carolina de Almeida Mesquita
Dinamar Cely Hoffmann

PTM de Araguaína

Bruna Iansen Desconzi
Jeferson Pereira

PTM de Gurupi

Lilian Vilar Dantas
Mayla Mey Friedriszik Octaviano
Alberti

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO
SEDE: Manaus/AM**

**Procurador-Chefe: Jorsinei Dourado do Nascimento
Procuradora-Chefe (substituta): Safira Cristina Freire Azevedo Carone Gomes**

Procuradores do Trabalho

Adson Souza do Nascimento
Audaliphil Hildebrando da Silva
Augusto Grieco Sant'Anna
Meirinho
Daniela da Silva Elbert
Gisele Alves de Oliveira
Jorsinei Dourado do Nascimento
Lorena Vasconcelos Porto
Safira Cristina Freire Azevedo
Carone Gomes

PTM de Boa Vista

Ana Valéria Targino de Vasconcelos
Gilberto Souza dos Santos
Mariana Férrer Carvalho Rolim

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO
SEDE: Florianópolis/SC**

**Procuradora-Chefe: Cinara Sales Graeff
Procurador-Chefe (substituto): Jaime Roque Perottoni**

Procuradores Regionais do Trabalho

Alexandre Medeiros da Fontoura
Freitas
Ângela Cristina Santos Pincelli
Cinara Sales Graeff
Egon Koerner Junior

PTM de Joinville

Adriane Perini Artifon
Thiago Milanez Andraus

PTM de Criciúma

Luciano Lima Leivas
Marcelo Martins Dalpom

PTM de Chapecó

Carlos Carneiro Esteves Neto
Sandro Eduardo Sarda

PTM de Joacaba

Guilherme Kirtschig
Juliana Ferreira Graeff

Procuradores do Trabalho

Acir Alfredo Hack
Alice Nair Feiber Sonogo Borner
Anestor Mezzomo
Cristiane Kraemer Gehlen Caravieri
Dulce Maris Galle
Jaime Roque Perottoni
Keilor Heverton Mignoni
Luiz Carlos Rodrigues Ferreira
Marcelo José Ferlin D'Ambroso
Quezia Araújo Duarte de Aguiar
Silvia Maria Zimmermann
Teresa Cristina Dunka Rodrigues
dos Santos

PTM de Blumenau

Damaris Ferraz Salvioni
Eder Sivers

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
SEDE: João Pessoa/PB

Procurador-Chefe: Ramon Bezerra dos Santos
Procurador-Chefe (substituto): Eduardo Varandas Araruna

PTM de Campina Grande

Carlos Eduardo de Azevedo Lima
Paulo Germano Costa de Arruda

PTM de Patos

Marcos Antonio Ferreira Almeida
Myllena Formiga Cavalcante de
Alencar Medeiros

Procuradores do Trabalho

Cláudio Cordeiro Queiroga Gadelha
Eduardo Varandas Araruna
Francisca Helena Duarte Camelo
José Caetano dos Santos Filho
Márcio Roberto de Freitas
Evangelista
Maria Edlene Lins Felizardo
Ramon Bezerra dos Santos
Rildo Albuquerque Mousinho de
Brito

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO
SEDE: Porto Velho/RO

Procurador-Chefe: Aílton Vieira dos Santos
Procurador-Chefe (substituto): Francisco José Pinheiro Cruz

Procuradores do Trabalho

Aílton Vieira dos Santos
Ângelo Fabiano Farias da Costa
Francisco Jose Pinheiro Cruz
Gustavo Luis Teixeira das Chagas
Michelle Bastos Chermont
Silvana da Silva de Suckow

PTM de Rio Branco

Everson Carlos Rossi
Marielle Rissanne Guerra Viana

PTM de Ji-Paraná

Alzira Melo Costa
Carolina Marzola Hirata

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

SEDE: Campinas/SP

Procurador-Chefe: Alex Duboc Garbellini

Procurador-Chefe (substituto): Fábio Massahiro Kosaka

Procuradores Regionais do Trabalho

Adriana Bizarro
João Norberto Vargas Valério
Raimundo Simão de Melo
Renata Cristina Piaia Petrocino

PTM de Bauru

José Fernando Ruiz Maturana
Luis Henrique Rafael
Marcus Vinicius Goncalves
Rogério Rodrigues de Freitas

PTM de São José dos Campos

Emilie Margret Henriques Netto
Luiz Carlos Michele Fabre
Paula de Ávila e Silva Porto Nunes

PTM de Araraquara

Cássio Calvilani Dalla-Dea
Gustavo Rizzo Ricardo

PTM de São José do Rio Preto

Elisson Miessa dos Santos
Luciano Zanguetin Michelão

PTM de Araçatuba

Guiomar Pessotto Guimarães
Tadeu Henrique Lopes da Cunha

PTM de Presidente Prudente

Cristiano Lourenço Rodrigues
Renata Aparecida Crema Botasso
Tobias

PTM de Sorocaba

Catarina Von Zuben
Silvio Beltramelli Neto

Procuradores do Trabalho

Abiael Franco Santos
Alessandra Rangel Paravidino
Andery
Alex Duboc Garbellini
Alvamari Cassillo Tebet
Ana Lucia Ribas Sacconi Casarotto
Aparício Querino Salomão
Bernardo Leôncio Moura Coelho
Clarissa Ribeiro Schinestsck
Claude Henri Appy
Cláudia Marques de Oliveira
Dimas Moreira da Silva
Eleonora Bordini Coca
Eliana Nascimento Minicucci
Fábio Massahiro Kosaka
Fábio Messias Vieira
Fabiola Junges Zani
Flávia Vanessa Maia
Guilherme Duarte da Conceição
Ivana Paula Cardoso
João Batista Martins Cesar
Juliana Queluz Venturini Massarente
Liliana Maria del Nery
Marcia Cristina Kamei Lopez Aliaga
Maria Stela Guimarães de Martin
Mario Antonio Gomes
Milena Cristina Costa Kosaka
Nei Messias Vieira
Regina Duarte da Silva
Renata Coelho Vieira
Ronaldo José de Lira

PTM de Ribeirão Preto

Charles Lustosa Silvestre
Cinthia Passari Von Ammon
Henrique Lima Correia

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO
SEDE: São Luís/MA

Procurador-Chefe: Marcos Sérgio Castelo Branco Costa
Procurador-Chefe (substituto): Maurício Pessoa Lima

Procurador Regional do Trabalho

Roberto Magno Peixoto Moreira

PTM de Imperatriz

Fernanda Maria Mauri Furlaneto
Tatiana Leal Bivar Simonetti

PTM de Caxias

Maria Elena Moreira Rego

PTM de Bacabal

Maurel Mamede Selares

Procuradores do Trabalho

Anya Gadelha Diógenes
Eme Carla Pereira Cruz da Silva
José Adilson Pereira da Costa
Marcos Antonio de Souza Rosa
Marcos Sergio Castelo Branco
Costa
Mauricio Pessoa Lima
Virgínia de Azevedo Neves
Saldanha

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
SEDE: Vitória/ES

Procuradora-Chefe: Daniele Corrêa Santa Catarina Fagundes
Procuradora-Chefe (substituta): Keley Kristiane Vago Cristo

Procuradores Regionais do Trabalho

Levi Scatolin

PTM de São Mateus

Bruno Gomes Borges da Fonseca

PTM de Colatina

Antônio Marcos Fonseca de Souza

PTM de Cachoeiro de Itapemirim

Djaílson Martins Rocha

Procuradores do Trabalho

Ana Lucia Coelho de Lima
Anita Cardoso da Silva
Antonio Carlos Lopes Soares
Breno da Silva Maia Filho
Daniele Correa Santa Catarina
Estanislau Tallon Bozi
Keley Kristiane Vago Cristo
Maria de Lourdes Hora Rocha
Renata Ventorim Vago
Valério Soares Heringer

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SEDE: Goiânia/GO**

**Procurador-Chefe: Januário Justino Ferreira
Procuradora-Chefe (substituta): Janilda Guimarães de Lima**

Procuradores Regionais do Trabalho

Cláudia Telho Correa Abreu
Jane Araújo dos Santos Vilani
Luiz Eduardo Guimarães Bojart

PTM de Rio Verde

Meicivan Lemes Lima

PTM de Anápolis

Luis Fabiano de Assis
Suse Lane do Prado e Silva

PTM de Caldas Novas

Procuradores do Trabalho

Alpiniano do Prado Lopes
Antonio Carlos Cavalcante
Rodrigues
Cireni Batista Ribeiro
Iara Teixeira Rios
Janilda Guimarães de Lima
Januário Justino Ferreira
José Marcos da Cunha Abreu
Marcello Ribeiro Silva
Maria das Graças Prado Fleury

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO
SEDE: Maceió/AL**

**Procurador-Chefe: Rodrigo Raphael R. de Alencar
Procurador-Chefe (substituto): Rafael Gazzaneo Junior**

Procurador Regional do Trabalho

Rafael Gazzaneo Junior

PTM de Arapiraca

Jailda Eulidia da Silva Pinto
Maria Roberta Melo da Rocha

Procuradores do Trabalho

Adir de Abreu
Cássio de Araújo Silva
Larah Barros Rebelo
Luciano Arlindo Carlesso
Rodrigo Raphael Rodrigues de
Alencar
Rosemeire Lopes de Lobo Ferreira
Virgínia de Araújo Gonçalves
Ferreira

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO
SEDE: Aracaju/SE

Procurador-Chefe: Manoel Adroaldo Bispo
Procurador-Chefe (substituto): Albérico Luís Batista Neves

PTM de Itabaiana

Carlene de Carvalho Guimarães
Luís Fabiano Pereira

Procuradores do Trabalho

Albérico Luís Batista Neves
Darlene Borges Dorneles
Manoel Adroaldo Bispo
Mário Luiz Vieira Cruz
Mauricio Coentro Pais de Melo
Ricardo José das Mercês Carneiro
Rita de Cássia dos Santos Souza
Mantovaneli
Vilma Leite Machado Amorim

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO
SEDE: Natal/RN

Procuradora-Chefe: Izabel Christina Baptista Queiroz Ramos
Procurador-Chefe (substituto): Rosivaldo da Cunha Oliveira

Procuradores Regionais do Trabalho

José de Lima Ramos Pereira
Xisto Tiago de Medeiros Neto

PTM de Mossoró

Fábio Romero Aragão Cordeiro

Procuradores do Trabalho

Aroldo Teixeira Dantas
Francisco Marcelo Almeida Andrade
Ileana Neiva Mousinho
Izabel Christina Baptista Queiroz
Ramos
José Diniz de Moraes
Rosivaldo da Cunha Oliveira

PTM de Caicó

Rogério Sitônio Wanderley

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO
SEDE: Teresina/PI

Procurador-Chefe: João Batista Luzardo S. Filho
Procurador-Chefe (substituto): João Batista Machado Junior

Procuradores Regionais do Trabalho

Marco Aurélio Lustosa Caminha

PTM de Picos

Antônio Glevdson Gadelha de Moura
Edno Carvalho Moura
Marcos Duanne Barbosa de Almeida

Procuradores do Trabalho

Ednaldo Rodrigo Brito da Silva
Jeane Carvalho de Araújo
João Batista Luzardo Soares Filho
João Batista Machado Junior
José Heraldo de Sousa
José Wellington de Carvalho Soares
Vanessa Fucina Amaral de Carvalho

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO
SEDE: Cuiabá/MT

Procurador-Chefe: José Pedro dos Reis
Procurador-Chefe (substituto):

PTM de Rondonópolis

Carlos Alberto Costa Peixoto
Christiane Vieira Nogueira

PTM de Alta Floresta

Francisco Carlos da Silva Araújo
Lorena Brandão Landim Camarotti

Procuradores do Trabalho

Ana Maria Villa Real Ferreira Ramos
Eliney Bezerra Veloso
José Pedro dos Reis
Raulino Maracajá Coutinho Filho
Thalma Rosa de Almeida
Ulisses Dias de Carvalho
Virgínia Leite Henrique

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEDE: Campo Grande/MS**

**Procuradora-Chefe: Rosimara Delmoura Caldeira
Procurador-Chefe (substituto): Celso Henrique Rodrigues Fortes**

PTM de Dourados

Hélder José Mendes da Silva
Paulo Douglas Almeida de Moraes

PTM de Três Lagoas

Ana Carolina Marinelli Martins
Lia Magnoler Guedes de Azevedo
Rodriguez

Procuradores do Trabalho

Celso Henrique Rodrigues Fortes
Cícero Rufino Pereira
Hiran Sebastião Meneghelli Filho
Jonas Ratier Moreno
Odracir Juares Hecht
Rosimara Delmoura Caldeira
Simone Beatriz Assis de Rezende

RELAÇÃO DE PROCURADORES APOSENTADOS

Posição em 30.11.2009

SUBPROCURADORES-GERAIS DO TRABALHO

Afonso Henrique Luderitz de Medeiros	Lindalva Maria Fontoura de Carvalho
Antonio Carlos Roboredo	Lúcia Barroso de Britto Freire
Antonio Henrique de Carvalho Ellery	Mara Cristina Lanzoni
Darcy da Silva Camara	Marcelo Angelo Botelho Bastos
Diana Isis Penna da Costa	Maria de Fátima Rosa Lourenço
Edson Correa Khair	Maria de Lourdes Schimidt de Andrade
Eliana Traverso Calegari	Modesto Justino de Oliveira Júnior
Fernando Ernesto de Andrade Couro	Muryllo de Britto Santos Filho
Guilherme Mastrichi Basso	Raymundo Emanuel Bastos do Eirado Silva
Hegler José Horta Barbosa	Roque Vicente Ferrer
Hélio Araújo de Assunção	Samira Prates de Macedo
João Pedro Ferraz dos Passos	Sue Nogueira de Lima Verde
Jonhson Meira Santos	Terezinha Matilde Licks
Jorge Eduardo de Sousa Maia	Terezinha Vianna Gonçalves
Julio Roberto Zuany	Valter Otaviano da Costa Ferreira
Lelia Guimaraes Carvalho Ribeiro	

PROCURADORES REGIONAIS DO TRABALHO

Adelmo Monteiro de Barros	João Carlos de Castro Nunes
Alice Cavalcante de Souza	João Carlos Guimarães Falcão
Carlos José Príncipe de Oliveira	José Francisco Thompson da Silva Ramos
Cesar Macedo Escobar	José Sebastião de Arcoverde Rabelo
Cliceu Luis Bassetti	Maria Aparecida Pasqualão
Danilo Pio Borges	Silvia Saboya Lopes
Édson Cardoso de Oliveira	Sônia Pitta de Castro
Elizabeth Starling de Moraes	Wanda de Souza Rago
Evaristo Moraes Filho	
Fabício Correia de Sousa	
Hellion Verri	

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
SEDE: Rio de Janeiro/RJ

Procuradores Regionais do Trabalho

Carlos Alberto da Fonseca Costa
Couto
Carlos Eduardo Barroso
Carlos Eduardo de Araújo Goes
Danilo Octavio Monteiro da Costa
Jorge Luiz Soares de Andrade
José André Domingues
Lício José de Oliveira
Maria Beatriz Coelho C. da Fonseca
Maria Thereza de Menezes Tinoco
Ricardo Kathar
Ruy Mendes Pimentel Sobrinho
Sérgio Teófilo Campos
Robinson Crusóé Loures de M.
Moura Júnior

Procuradores do Trabalho

Carlos Omar Goulart Villela
Edson Affonso Guimarães
Evandro Ramos Lourenço
Idalina Duarte Guerra
Maria Helena Galvão Ferreira
Garcia

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
SEDE: São Paulo/SP

Procuradores Regionais do Trabalho

Áurea Satica Kariya
Elizabeth Escobar Pirro
José Eduardo Duarte Saad
Manoel Luiz Romero
Marcia de Castro Guimarães
Maria Cecília Leite Oriente Segurado
Maria Manzano Maldonado
Marília Romano
Mariza da Carvalheira Baur
Moysés Simão Sznifer
Munir Hage
Neyde Meira
Olavo Augusto Souza C. S. Ferreira
Ruth Maria Fortes Andalaft
Vitório Morimoto
Zélia Maria Cardoso Montal
Erick Wellington Lagana Lamarca

Procuradores do Trabalho

Antônia Seunas Checonovski
Antonio de Souza Neto
Carmo Domingos Jatene
Maria Zélia Abreu Fonseca
Marilena Marzagão
Nilza Varella de Oliveira
Nelson Esteves Sampaio
Norma Profeta Marques
Orlando de Melo
Roberto Herbster Gusmão

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
SEDE: Belo Horizonte/MG

Procuradores Regionais do Trabalho

Antônio Carlos Penzin Filho
Ângela Maria Gama e Mello de M.
Pinto
Elson Vilela Nogueira
Roberto das Graças Alves

Procuradores do Trabalho

Carlina Eleonora Nazareth
José Hosken
José Diamir da Costa
Maria Auxiliadora A. Brochernof
Maria Celeida Lima Ribeiro
Valéria Abras Ribeiro do Valle

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
SEDE: Porto Alegre/RS

Procuradores Regionais do Trabalho

Carlos Renato Genro Godschmidt
Elizabeth Leite Vaccaro
Ivan José Prates Bento Pereira
José Carlos Pizarro Barata Silva
Marília Hofmeister Caldas
Nelson Lopes da Silva
Reinaldo José Peruzzo Júnior
Sandra Maria Bazan de Freitas
Thomaz Francisco D'Avila Flores da
Cunha

Procuradores do Trabalho

Jane Evanir Sousa Borges
João Alfredo Reverbel Bento Pereira
Katya Teresinha Monteiro Saldanha
Marco Antônio Prates de Macedo
Vera Regina Loureiro Winter

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO
SEDE: Salvador/BA

Procuradores Regionais do Trabalho

Adalberto de Castro Estrela
Carlos Alfredo Cruz Guimarães
Djalma Nunes Fernandes Júnior
Virgílio Antônio de Senna Paim

Procuradores do Trabalho

Sônia Costa Mota de Toledo Pinto
Antonio Maurino Ramos
Lúcia Leão Jacobina Mesquita
Joselita Nepomuceno Borba

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
SEDE: Recife/PE

Procuradores Regionais do Trabalho

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade
Regina Pacis Falcão do Nascimento
Eliane Souto Carvalho

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO
SEDE: Fortaleza/CE

Procuradores Regionais do Trabalho

Aparecida Maria Oliveira de Arruda Barros
Ilna Carvalho Vasconcelos
Raimundo Valdizar de Oliveira Leite

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO
SEDE: Belém/PA

Procuradores Regionais do Trabalho

Anamaria Trindade Barbosa
Fernando de Araújo Vianna
Celia Rosario Lage Medina
Cavalcante

Procuradores do Trabalho

Delmiro dos Santos
Walmir Santana Bandeira de Souza

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
SEDE: Curitiba/PR

Procuradores Regionais do Trabalho

Eclair Dias Mendes Martins
Edmilson Rodrigues Schiebelbein
Sueli Aparecida Ermano
Marisa Tiemann
Lair Carmen Silveira da Rocha
Guimarães

Procuradores do Trabalho

Atahualpa Jose Lobato Fernandez
Neto
Amadeu Barreto Amorim
Janete Matias

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO
SEDE: Brasília/DF

Procurador Regional do Trabalho

Marcia Flávia Santini Picarelli

Procuradores do Trabalho

Adilson Flores dos Santos
Maria de Nazareth Zuany
Aroldo Lenza

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO
SEDE: Manaus/AM

Procurador do Trabalho

Júlia Antonieta de Magalhães Coelho

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO
SEDE: Florianópolis/SC

Procuradores Regionais do Trabalho

Leonardo Baierte
Paulo Roberto Pereira
Marilda Rizzatti

Procuradores do Trabalho

Jackson Chaves de Azevedo

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
SEDE: João Pessoa/PB

Procurador do Trabalho

Antonio Xavier da Costa

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
SEDE: Campinas/SP

Procuradores Regionais do Trabalho

Nilza Aparecida Migliorato
Sebastião Lemes Borges
Eduardo Garcia de Queiroz

Procuradores do Trabalho

André Olímpio Grassi
Maria Regina do Amaral Virmond
Miryam Magdá Leal Godinho

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEDE: Campo Grande/MS

Procurador do Trabalho
Emerson Marim Chaves

