

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO TRABALHO**

FUNDADA EM 1991

ANPT
ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO



COMISSÃO EDITORIAL

Rodrigo de Lacerda Carelli (Presidente)

Andrea Nice Silveira Lino Lopes

Zélia Maria Cardoso Montal

Gustavo Magalhães de P. G. Domingues

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

REVISTA MPT — BRASÍLIA, ANO XXVI — N. 52 — SETEMBRO 2016

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



© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br

LTr, 6089.8
Julho, 2018

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

XVII PRÊMIO EVARISTO DE MORAES FILHO (CATEGORIA MELHOR TRABALHO DOUTRINÁRIO/2016)

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS OFÍCIOS NO MPU DECORRENTES DA LEI N. 13.024, 2014 E SUAS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DO MPT: ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS 11
Ana Cláudia Nascimento Gomes e Mariana Rezende Guimarães

XVIII PRÊMIO EVARISTO DE MORAES FILHO (CATEGORIA MELHOR ARRAZOADO/2017)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DA UNIÃO E DO MINISTRO DO TRABALHO — CADASTRO DE EMPREGADORES QUE TENHAM SUBMETIDO TRABALHADORES A CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO 43
Tiago Muniz Cavalcanti; Mauricio Ferreira Brito; Breno da Silva Maia Filho; Gisela Nabuco Majela

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE MUNICÍPIO DE AMÉRICO BRASILIENSE, DO INSTITUTO DE APOIO E GESTÃO À SAÚDE – IAGES E DA PREFEITA MUNICIPAL DE AMÉRICO BRASILIENSE — SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA, FRAUDE NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS (PEJOTIZAÇÃO) E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO .94
Rafael de Araújo Gomes

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DO ESTADO DA BAHIA (SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZAÇÃO – SEAP), DE REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA. E DE SOCIALIZA EM-

PREENDIMENTOS E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO LTDA – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DA FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO 127
Alberto Bastos Balazeiro; Rômulo Barreto de Almeida; Séfora Graciana Cerqueira Char

ESTUDOS

A LEI N. 13.429/2017, A SÚMULA TST N. 331 E O FUTURO 211
Afonso de Paula Pinheiro Rocha; Antonia Julianna Morais do Nascimento

A LIBERDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR DE CONSULTAR BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO COMO FERRAMENTA DE SELEÇÃO DE NOVOS EMPREGADOS. ESTUDO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES 229
Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)..... 265
Carolina Marzola Hirata Zedes

AMIANTO: O DEVER DE GESTÃO EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO E A INSUBSISTÊNCIA DO CONCEITO DE LIMITES DE TOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE ELISÃO DE RESPONSABILIDADES 300
Daniel Gemignani

Membros do Ministério Público do Trabalho 331

Regras para envio, seleção e publicação de trabalhos jurídicos 333

APRESENTAÇÃO

A Comissão Editorial tem o prazer de apresentar mais um número da Revista do Ministério Público do Trabalho. Neste número estamos publicando os trabalhos vencedores do XVIII Prêmio Evaristo de Moraes Filho, na categoria melhor arrazoado. A eles se somam estudos que propõem reflexões sobre as questões afetas às funções do Ministério Público do Trabalho, a justificar e embasar a representação funcional da sociedade exercida pelo *parquet* laboral.

As peças jurídicas e decisões judiciais que as acompanham, por sua parte, mostram o estado da arte da atuação ministerial na luta por um mundo do trabalho mais justo.

Esperamos que a publicação alcance o seu objetivo, que é o debate permanente sobre o Ministério Público do Trabalho.

Boa leitura!

A Comissão Editorial

**XVII PRÊMIO EVARISTO DE
MORAES FILHO
(CATEGORIA MELHOR TRABALHO
DOCTRINÁRIO/2016)**

REPUBLICAÇÃO
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS OFÍCIOS NO MPU
DECORRENTES DA LEI N. 13.024, 2014 E SUAS
POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DO MPT:
ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS OFÍCIOS NO
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO DECORRENTES
DA LEI N. 13.024, 2014 E SUAS POSSÍVEIS
IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DO MPT: ALGUMAS
QUESTÕES PRÁTICAS*

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES⁽¹⁾
MARIANA REZENDE GUIMARÃES⁽²⁾

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pode-se dizer que o Ministério Público Nacional, pós-constitucional, constituiu-se de modo *ex novo*. Considerando-se o modelo precedente,

(1) Procuradora do Trabalho (PRT3-MPT), aprovada em 1º lugar geral (provas e provas e títulos) em 2005. Doutora em Direito Público (2015) e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, títulos concedidos pela Universidade de Coimbra (Faculdade de Direito). Professora Adjunta IV da PUCMINAS. Autora de livros e artigos jurídicos.

(2) Analista do MPU-Apoio Jurídico-Direito (PRT3-MPT-MPU). Aprovada em 1º Lugar Geral em (2013). Especialista pela ESMPU. Graduada pela Universidade Federal de Uberlândia.

(*) Republicado tendo em vista a falta de crédito a uma das autoras do artigo.

tem-se atualmente uma instituição (ou melhor, instituições, porque não há uma unidade orgânica que se constitua como um unívoco “Ministério Público Nacional”) desvinculada dos Poderes Políticos; dotada de autonomia administrativa, financeira e orçamentária; não mais vocacionada à defesa jurídica dos interesses do Estado-Administração (para a qual se constituiu uma Advocacia Pública profissionalizada, no âmbito da União e dos Estados-membros); e, finalmente, dotada de garantias e vedações subjetivas peculiares às dos membros do Poder Judiciário. O constituinte imprimiu nesse novo formato de *Parquet*, portanto, as marcas da independência e da imparcialidade jurídico-políticas. Tanto assim que se consagrou como princípio institucional do Ministério Público o da *independência funcional*⁽³⁾.

O paradigma constitucional, para ser devidamente concretizado, foi sendo paulatinamente transportado para as leis infraconstitucionais. Assim foi o caso, primeiramente, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93), a qual institucionalizou outras garantias legais e processuais aos membros do MPU e, especialmente, estruturou-o internamente, em conformidade com o seu novel perfil de instituição voltada à “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁽⁴⁾. Posteriormente, vieram leis que tratam de temas específicos (criança e adolescente, consumidor, concorrência, improbidade administrativa, idoso, pessoa portadora de deficiência etc.), avançando (ou melhor, clareando) as matérias e os interesses tuteláveis pelo Ministério Público.

(3) É, pois, um modelo inovador de Ministério Público comparando-se, por exemplo, aos modelos europeus mais próximos, normalmente ainda vocacionados à defesa do Estado-Administração. V. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 685, relativamente ao modelo lusitano: “Globalmente consideradas, as funções do Ministério Público têm, em geral, como denominador comum, o serem exercidas no interesse do ‘Estado-Comunidade’ e não do ‘Estado-pessoa’ (Pizzorusso). Isto, em termos tendenciais, porque em Portugal o Ministério Público continua ‘advogado do Estado’, tarefa que noutros países é desempenhada por operadores jurídicos diferentes (‘advogados do Estado’ ou ‘advogados contratados’). Ainda, SILVA, Diecken Lemes. Os princípios da dependência hierárquica (MF espanhol) e independência funcional (MP brasileiro): reflexões à luz da evolução do Ministério Público e do constitucionalismo contemporâneo. *Boletim Científico* (Escola Superior do Ministério Público da União), ano 12, n. 41, p. 155 e seg., jul./dez. 2013.

(4) Segundo Hugo Nigro Mazzilli, a referência a ser o Ministério Público instituição “essencial à função jurisdicional do Estado” é duplamente incorreta, isto porque diz menos do que deveria, já que não abrange todas as funções exercidas pelo *Parquet* independentemente da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria, posto que o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional. *Regime jurídico do ministério público*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109-110.

Sobre esses grandes assuntos (“O modelo constitucional de Ministério Público” e “os direitos e interesses tuteláveis pelo MP”, além de outros correlatos), entretanto, podemos afirmar, há doutrina farta e de quilate⁽⁵⁾. E a jurisprudência, mormente a constitucional, chancelou várias de suas teses⁽⁶⁾.

Recentemente, todavia, foi publicada a Lei n. 13.024/2014 (de 26.8.2014), a qual, em seus arts. 10 e 11, respectivamente, estabeleceu: “Ficam criados ofícios em número correspondente ao de cargos de membros criados por lei para cada um dos ramos do Ministério Público da União em todos os níveis das Carreiras”; e, “considera-se ofício a menor unidade de atuação funcional individual no âmbito do Ministério Público da União, com sede na respectiva unidade de lotação”.

A inovação legislativa, por ocasião de sua publicação, não parecia ter gerado grandes consequências jurídicas (mormente nas searas administrativas e processuais/procedimentais, aqui, considerando-se especialmente a atuação finalística do MPU), tanto assim que, aliás, até a presente data, desconhece-se doutrina que tenha se debruçado *ex professo* sobre a apontada lei, abarcando as suas implicações relativamente aos procedimentos conduzidos no âmbito do Ministério Público da União.

(5) Para além da doutrina produzida nas próprias revistas jurídicas da ESMPU (e outras escolas de MPs, pelas associações de membros do MP, etc.), por exemplo: MAZZILI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o ministério público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; tb. do Autor, *Introdução ao ministério público*. São Paulo: Saraiva, 2005; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério público — reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010; COURA; Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Ministério público brasileiro — entre unidade e independência*. São Paulo: LTr, 2015.

(6) Por exemplo, a tese dos poderes investigatórios do MP na seara penal: STF, RE n. 593727, Relator Min. Gilmar Mendes, acórdão de 8.9.2015: “Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei n. 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante n. 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Ainda, a tese da viabilidade de ajuizamento de ACP para tutela de direito individual indisponível (no caso, de saúde de menor carente). V. STF, RE n. 605533, Relator Min. Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida (de n. 262): “AÇÃO CIVIL PÚBLICA — FORNECIMENTO DE REMÉDIOS — LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO — RECUSA NA ORIGEM — Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas”.

Mesmo porque, como é cediço, a Lei n. 13.024/2014 teve como principal objetivo instituir a nominada “gratificação por exercício cumulativo de ofícios dos membros do Ministério Público da União”; com claras repercussões remuneratórias para os seus membros. Desse modo, em termos perfunctórios, não pretendia o legislador impactar decisivamente na atividade-fim do MPU⁽⁷⁾.

Contudo, diante da regulamentação da lei pelo Procurador-Geral da República e pelo CASMPU (Conselho de Assessoramento Superior do MPU), através do Ato-Conjunto n. 1/2014, de 26 de setembro, e transcorridos praticamente dois anos da vigência de ambos diplomas, a constatação a que chegamos é absolutamente diversa. Há sim vários e importantes efeitos desses atos normativos nos aspectos administrativos e, principalmente, processuais/procedimentais; sobre os quais se afigura necessária uma específica reflexão, dentro de cada um dos ramos do Ministério Público da União, consideradas as suas atribuições peculiares e as suas realidades distintas.

O presente artigo visa, assim, contribuir para essa reflexão; ericando questões pragmáticas que possam ser debatidas posteriormente por todos os membros do Ministério Público do Trabalho, até porque, evidentemente, a solução final para as mesmas deverá passar necessariamente pelo crivo da regulamentação que vier a ser editada pelo Conselho Superior (CSMPT)⁽⁸⁾. Trata-se, evidentemente, de considerações meramente iniciatórias, diante da novidade da matéria e da própria natureza de nossa reflexão.

Contudo, mesmo assim, consideramos que o momento para a feitura do presente artigo não poderia ser mais oportuno, justamente em face da “liberdade” decorrente da lacuna normativa no âmbito do MPT, o que torna o nosso tema encantadoramente espinhoso e movediço.

(7) Aliás, a justificação do Projeto de Lei n. 2.201/2011, que deu origem à Lei n. 13.024/2014 centra-se exclusivamente na seara remuneratória. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=12EFF4F4FC514E7EC0FED39E70ECE8CF.proposicoesWeb2?codteor=915970&filename=PL+2201/2011>. Acesso em: 8.8.2016. Não abordaremos no presente artigo os efeitos orçamentários e remuneratórios da Lei n. 13.024/2014.

(8) Temos ciência que encontra em discussão no Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT) uma proposta/minuta de Resolução para a Regulamentação dos Ofícios, cuja Relatora é a Subprocuradora-Geral do Trabalho Dra. Cristina Aparecida Ribeiro Brasileiro. Também já analisamos o conteúdo dessa minuta.

2. A REGULAMENTAÇÃO DOS OFÍCIOS PELO CASMPU — O ATO-CONJUNTO N. 1/2014 E OS SEUS ARRIMOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS: OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA UNIDADE E DA INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atendendo tempestivamente a determinação constante do art. 14 da Lei n. 13.024/2014⁽⁹⁾, o PGR e o CASMPU editaram o mencionado “Ato-Conjunto n. 1/2014” (DOU 26.9.2014), regulamentando em termos gerais (isto é, para todos os ramos do MPU), os chamados *ofícios*. Assim, ao reverso da lei (frise-se, basicamente centrada na institucionalização da gratificação remuneratória), esse diploma normativo atentou consideravelmente para essas inovadoras “estruturas orgânicas” do Ministério Público da União, definindo-as e operacionalizando-as. O ato regulamentar é, pois, extenso, possuindo mais de 70 (setenta) artigos (e, justamente por isso, não será aqui comentado artigo por artigo).

Observando aqueles dispositivos que mais repercussões pragmáticas consideramos gerar, citamos o seu art. 2º, inciso II (*ofício* é “menor unidade de atuação funcional individual no âmbito do MPU, com sede nas unidades” respectivas); o art. 25 (“Uma vez distribuídos os feitos aos *ofícios*, a estes permanecem vinculados, ainda que vago o *ofício*, ausente por qualquer motivo o seu titular ou suspensa a designação”) e o art. 26, estipulando as hipóteses em que será designado membro para atuação em substituição (*ofício* vago; *ofício* provido com designação suspensa e quando o titular de *ofício* provido estiver em gozo de férias, licenciado, afastado ou, por qualquer motivo, ausente por período superior a 3 dias úteis).

Os pressupostos jurídico-constitucionais que sustentam a criação dos *ofícios* e dos atos de designação para atuar em substituição nos direcionam os olhos para os princípios institucionais da indivisibilidade e da unidade do MP e para o princípio da continuidade da prestação do serviço público. Afinal, o Ministério Público, como órgão constitucional (dotado, aliás, de uma especial posição em termos jurídico-políticos⁽¹⁰⁾), presta um serviço público

(9) “O Procurador-Geral da República, como chefe do Ministério Público da União, fixará diretrizes para o cumprimento do disposto nesta Lei no prazo de 30 (trinta) dias contados de sua entrada em vigor, nos termos do inciso XIII do art. 26 da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993”. Por sua vez, esse dispositivo da LOMPU fixa as atribuições do PGR, na qualidade de chefe do MPU, dentre as quais: “XIII — exercer o poder regulamentar, no âmbito do Ministério Público da União, ressalvadas as competências estabelecidas nesta Lei Complementar para outros órgãos nela instituídos”.

(10) Em termos históricos, por ocasião da promulgação da CR/88, muito se discutiu sobre a natureza política de pretensão “4º poder” do MP. V. MAZZILI, Hugo Nigro. O ministério público

de inegável importância à sociedade: realiza a tutela de seus interesses jurídicos. E, como tal, a sua atuação também não pode sofrer solução de continuidade; aplicando-se ao *Parquet* aquele princípio de natureza jus administrativa, obviamente, com as especificidades inerentes ao fato de não se tratar de operações meramente materiais da Administração Pública⁽¹¹⁾ e ao regime jurídico próprio a que submetem os respectivos membros desse “poder”⁽¹²⁾.

Com efeito, a continuidade da atuação ministerial, inclusivamente de modo institucionalmente concatenado, tem mesmo estreita conexão com o princípio da indivisibilidade, cujo conteúdo axiológico invoca a identificação (pelo público externo, pelo jurisdicionado, pelo investigado *etc.*) da instituição como um todo com cada membro em particular; e, nessa medida, a possibilidade de que eles se façam substituir uns pelos outros, no curso de processos e procedimentos, sem quaisquer prejuízos processuais *a priori*⁽¹³⁾. Como bem resume José Adércio Leite Sampaio, “quando atua um integrante da instituição é a instituição inteira que se manifesta”⁽¹⁴⁾.

Aquelas normas — recordemos: os princípios institucionais da indivisibilidade e da unidade do MP e o princípio jus-administrativo da continuidade da prestação do serviço público —, de conteúdo basicamente

e constituinte. *Justitia Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, v. 137, p. 57, que apresentou “estudo preparatório para um projeto de Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte”. V. SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 127. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (orgs.) *et al. Comentários à constituição do Brasil*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1519-1524.

(11) V. Sobre o conceito de “operações materiais”, V. AMADO, Carla. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra, 1999.

(12) Não se pode evidentemente negar a natureza *sui generis* (considerados os parâmetros pré-constitucionais) do regime jurídico funcional a que estão submetidos os membros do MP. A Emenda n. 45/2004 emparelhou esse regime ao dos membros do judiciário, na medida em que vedou, absolutamente, a participação em atividade político-partidária (o que até então era permitido, mediante o prévio transcurso da “desincompatibilização” de membros com pretensões políticas).

(13) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao ministério público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71.

(14) CANOTILHO, J. J. Gomes (orgs.) *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1520. E acrescenta: “O Ministério Público é informado pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. Qual o significado de cada um deles? A convergência da divisão de trabalho e federalismo tem levado a confusões. O MP deve ser considerado uno não porque tenha um só chefe dentro de cada um dos seus ramos ou espécies federativas, como se encontra caracterizado na literatura maioritária, mas porque compõe um só corpo institucional orientado para o interesse público e bem comum, da nação *pro populo* e não do Estado *pro domo* sua (Dinamarca). Daí decorre a sua indivisibilidade ou substituição de seus membros uns pelos outros”.

mandamental, por sua vez, orientam-se para o estabelecimento de uma atuação unificada e objetiva do MPU; ou seja, considerando-se a sua característica de “instituição (una e) permanente”. Nesse sentido, ao instituir a Lei n. 13.024/2014 a atuação ministerial por meio de *ofícios*, pretendeu-se assentar (e a conduzir), em nossa ótica, uma maior objetivação dessa ativação (na medida em que há uma “despersonalização” daqueles, não se confundindo com a pessoa do membro que neles eventual ou permanentemente oficiam⁽¹⁵⁾). Daí porque, para nós, os procedimentos (judiciais e extrajudiciais que integram o seu acervo) vinculam-se doravante aos *ofícios*; mas, não, aos membros que, na qualidade de MP, *indivisivelmente*, exercerão as suas atividades.

Entretanto, essa recente objetivação, por sua vez, contrasta (ou pretensamente conflitua) com os outros princípios institucionais do MP, os quais apontam no sentido de sua “atuação subjetivada”: os princípios da independência funcional e do *promotor natural* (corroborados e também instrumentalizados pela consagração constitucional de um conjunto de garantias e vedações análogas àquelas dos membros do Poder Judiciário⁽¹⁶⁾). Afinal, o sistema constitucional não só repulsa a figura do acusador de exceção⁽¹⁷⁾, como também solidifica profundamente a concepção de autonomia

(15) Essa despersonalificação é também efeito do princípio jus administrativo da “personalização dos atos administrativos”. V. GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Art. 37, § 6º. CANOTILHO, J. J. Gomes (orgs.) *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013. p. 916. Com aplicação prática desse princípio: V. STJ. AgRg 455.093/RJ, Relator Min. José Delgado (DJU 17.10.2002).

(16) Há, aliás, uma discussão doutrinária sobre o efetivo assentamento constitucional do princípio do promotor natural. V. AFONSO, Orlando Viegas Martins. Poder judicial — independência. In: *Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, com análise criteriosa de toda as *caractérias* objetivas e subjetivas do Poder Judiciário (cujas considerações podem ser transportas para o caso do Ministério Público brasileiro).

(17) Nesse sentido, é a jurisprudência do STF: “*HABEAS CORPUS*” — MINISTÉRIO PÚBLICO — SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL — PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS — A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 — ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR — INOCORRÊNCIA — CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO — PEDIDO INDEFERIDO. — O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora

e de liberdade que este tem de possuir no exercício daquela posição judicial⁽¹⁸⁾.

Tais princípios, mormente pela sua novidade constitucional no contexto de um *Parquet* independente do Executivo, acabaram por receber da doutrina e da jurisprudência pós-1988 uma especial guarida⁽¹⁹⁾, o que, para nós, a despeito de sua inegável importância como afirmatória desse novo MP, reforçou um movimento de descentralização (ou, quiçá, até de desarticulação interna) no âmbito do *Parquet*⁽²⁰⁾; tendência esta que pode ser hodiernamente realinhada (ou melhor, compreendida de modo institucionalmente mais comprometido), em face, evidentemente, da atual autonomia política da instituição.

Ora, na medida em que a independência funcional é traduzida não apenas como instrumento da liberdade política e jurídica do membro frente a interferências e a sujeições que possam conduzir à sua parcialidade e à sua subordinação indiretas, externas ou internas; mas, principalmente, como garantia de que há, em cada atuação individual dos membros do Ministério Público, pleno e reservado domínio interpretativo e de decisão, desvinculada de pré-concepções institucionais (mais ou menos) fixadas ou de outros membros, não se pode negar que se potencializa a possibilidade

expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável (STF, HC 67759/RJ, Relator Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Pleno, DJ 1º.7.1993).

(18) Justamente por isso, afirma a doutrina: “Nesse sentido, a chefia do *Parquet* é sobretudo administrativa, de maneira que seus integrantes se acham vinculados somente aos deveres funcionais próprios segundo a consciência que desenvolvem a partir do complexo fático-normativo que os regula, não recebendo, por conseguinte, ordens de quem quer que seja, nem mesmo do Procurador-Geral”. V. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Comentários...*, p. 1521. V. Sobre o conceito diverso de Hierarquia Administrativa, Otero, PAULO. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 27 e seg. Segundo esta obra, no MP Português, há independência externa deste para com o Governo, a despeito de, internamente, seus membros estruturarem hierarquicamente.

(19) V. MARQUES NETO, Floreano de Azevedo. Entre a Independência Institucional e o *Neopatrimonialismo*: a Distorção da doutrina do ‘Promotor Natural’. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério público — reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 135, esp. 143. Conforme esse autor, sobre a razão de “luta história” do princípio do promotor natural: “Sempre que a ela se reportam os defensores do princípio do promotor natural, alude-se ao combate travado nos anos 1970 e início dos 1980, no final do período autoritário, contra as ingerências governamentais efetivadas na atuação do *parquet*, por meio da figura do Procurador-Geral nomeado pelo Executivo”.

(20) Essa é, na verdade, a tônica do artigo de MARQUES NETO, Floreano de Azevedo. *Ibidem*, p. 155, especialmente no tópico intitulado “A fragmentação da independência: o advento de um neopatrimonialismo de acesso impessoal”. De nossa parte, pensamos que muitas das críticas por ele apontadas, no sentido da existência de “ilhas desarticuladas” de membros dentro do MP pós-constitucional, são realmente procedentes.

de difusão individual da instituição; a qual, em últimos termos, colocaria em paradoxo a própria existência desta enquanto tal⁽²¹⁾. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, *verbis*:

Como vimos, o princípio do promotor natural é uma construção da doutrina, que extrai tal princípio dos dispositivos constitucionais que desenham a instituição Ministério Público. Porém, esta *doutrina do promotor natural* tem se notabilizado por apontar para uma autonomia plena, absoluta, incontestável, dos promotores. ... Aceita esta amplitude do princípio, teríamos que o Ministério Público passaria a ser um agregado de núcleos de competência, cada qual agindo a partir de sua consciência, sem se reportar a ninguém e, principalmente, sem se submeter aos processos de coordenação, supervisão e controle próprios a uma instituição. Ou seja, tal concepção leva a negação da ideia de instituição una e indivisível consagrada na constituição. Esse processo é sério e já tem sido objeto de crítica de destacados membros do próprio *parquet*.⁽²²⁾

A contradição entre o princípio da independência funcional (e do promotor natural, com ele conexo) e os princípios da unidade e indivisibilidade é, portanto, mais ideal do que real. Em nossa ótica, jamais se poderia conceber o princípio da independência funcional desarticuladamente de seu contexto institucional; do pressuposto de que, subjaz naquela garantia (pelo membro) para o investigado, o acusado, o jurisdicionado, uma estrutura organizacional que tem uma determinada finalidade constitucional, a qual não pode ser desempenhada de modo satisfatório contando com a sorte da atuação fragmentária de seus membros. Afinal, a independência

(21) Notamos, em geral, recentemente um movimento geral de revisão do conteúdo normativo da independência subjetiva (funcional). Isto é também válido para os membros do Poder Judiciário. Assim, por exemplo, atual CPC (Lei n. 13.105/2015), em que valorizou sobremaneira o princípio da igualdade e a segurança jurídica, limitando, ainda que indireta e objetivamente a “liberdade” (sempre motivada, sempre juridicamente racional) do juiz no ato de julgar (arts. 926 e 927 do CPC). V., por exemplo, a notícia veiculada no *site* do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-%2818%29>. Acesso em: 16.8.2016. Ainda DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil?print=true>>. Acesso em: 17.8.2016.

(22) *Ibidem*, p. 156. V., diversamente, SAMPAIO, José Adércio Leite. *Comentários...*, p. 1522: “A intersubjetividade tem compromisso com a instituição e com a cidadania, segundo as pautas do discurso constitucional”.

funcional tem caráter instrumental e não se justificaria por si só. Para nós, foi justamente com o propósito de costurar concretamente a harmonização dos princípios institucionais do MPU que se institucionalizou os *ofícios*. Tal fato já nos dá conta preliminar do impacto relevante da nova legislação para o MPU.

Com efeito, podemos efetivamente asseverar que a Lei n. 13.024/2014 e o Ato Conjunto n. 1/2014 pretendeu, de alguma forma, *mediatizar* a atuação dos membros do MPU através dos respectivos *ofícios*, “menores unidades de atuação funcional individual”; repita-se. A despeito dos atos privativos serem da responsabilidade exclusiva e indelegável dos membros⁽²³⁾, indispensáveis à condição desses *ofícios*, intermedeiam estes agora entre aqueles e o jurisdicionado (ou o investigado, o acusado), constantemente. Trata-se de figura análoga, no âmbito do Poder Judiciário, às varas.

Daí porque, justamente, o art. 25 do Ato Conjunto n. 1/2014 agora estabelecer que “uma vez distribuídos os feitos aos *ofícios*, a estes permanecem vinculados”, mesmo a despeito da inatividade (permanente ou temporária) de seu membro titular. Nessas situações, a fim de evitar situações de *acefalismo de ofício*, as quais pudessem comprometer a regularidade das atividades ministeriais, é que se institucionalizou a figura da “atuação em substituição”.

Dessa forma, a “máquina administrativa do MPU, de tutela do interesse público”, permanece plenamente em atividades finalísticas, mesmo quando da ausência dos correlativos membros titulares, desde que superiores a 3 dias úteis. Foi, para nós, com base nessa concepção que o art. 27 do Ato determina atualmente: “O membro designado em substituição responde pelos feitos e procedimentos, judiciais e extrajudiciais, distribuídos ao *ofício* no período da substituição, bem como pelas audiências ou sessões respectivas”, sendo-lhe “vedado restituir os feitos recebidos durante aquele período sem a devida manifestação, a qual deverá ser feita ainda que após o termo final da designação”.

Os feitos corretamente distribuídos e vinculados a determinado *ofício* constituem, portanto, o seu acervo (coletivo processual) e, nessa condição,

(23) Aliás, terá grande importância pragmática no novo contexto normativo do MPU ter instrumentos de controle/estatística/apuração da atuação do membro diverso daqueles da atividade da atuação do *Ofício* (por exemplo, através de mecanismos próprios a serem veiculados no sistema do MPT). Afinal, a responsabilidade disciplinar é funcional, própria do membro de poder ou do servidor público, intransferível e indelegável; porém, os feitos vinculam-se aos *ofícios*, sendo aqui irrelevante, em princípio, se a condução deu-se pelo membro titular ou pelo substituto designado.

pretendem situarem-se de forma permanente (em princípio). Apenas em “em situações excepcionais, quando não se mostrar aconselhável ou viável a designação de membro em substituição, cumulativa ou não, o Procurador-Geral de cada ramo poderá, justificadamente, determinar a redistribuição dos feitos vinculados ao ofício, cujo titular estiver afastado, para dois ou mais ofícios providos na unidade” (art. 57 do Ato-Conjunto n. 1/2014).

Há, destarte, nesse novo contexto normativo do MPU, uma lógica inovadora para atuação de seus membros; e, para nós, ademais, uma lógica que tem peculiar potencialidade para nela serem testadas e dela se emergirem respostas concretas à mencionada convivência *teoricamente* conflituosa dos princípios institucionais do MP: entre o fiel da unidade e indivisibilidade, por um lado, e o da independência funcional, de outro.

Registre-se que, se essa forma de atuação (ainda que não por *ofícios*) já era conhecida dos Ministérios Públicos Estaduais (pelo menos em relação à “substituição” ou “exercício cumulativo de atribuições”, tanto assim que tais figuras foram expressamente mencionadas no art. 4º, inciso I, da Resolução n. 9/2006 do CNMP), até então estava completamente desconhecida da prática dos quatro ramos do MPU.

Vejamos, pois, algumas das controvérsias e implicações pragmáticas decorrentes da positivação da Lei n. 13.024/2014 (e, especialmente, do Ato Conjunto n. 1/2014 que a densifica na normatização dos *ofícios*), especialmente no âmbito do Ministério Público do Trabalho; questões e implicações estas que, mais ou menos intensamente, estão a merecer análise e resposta, quer por parte de seus órgãos superiores (do CSMPT, de forma normativa; e da Câmara de Coordenação e Revisão, de forma concreta, em consultas e conflitos a ela submetidos); quer por parte do seu Colégio de Procuradores. São essas questões jurídicas, aliás, que nos motivaram a tornar pública a nossa atual hesitação.

3. AS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS OFÍCIOS NO ÂMBITO DO MPT

Não há dúvidas de que as novas normas decorrentes da Lei n. 13.024/2014 e, designadamente, do Ato Conjunto n. 1/2014, devem ser devidamente absorvidas por cada um dos ramos do MPU. Essa absolvição impescinde, destarte, inicialmente, da assunção, por cada um de seus membros, de um papel questionador, averiguando aprioristicamente acerca da conformidade legal dos atos internos de seu respectivo ramo (resoluções, em especial, mas não ficam excluídas as portarias) em face daqueles novos

diplomas do MPU. E, assim, de forma peculiarmente densa no silêncio do respectivo Conselho Superior, já que uma determinada opção interpretativa e normativa não foi ainda expressamente afirmada. Consideramos ser essa a atual situação que devem avocar os membros do MPT, contribuindo inclusivamente para que as respostas à “atuação objetivada” implementada em face da instituição dos *ofícios* sejam elaboradas sem atingir o conteúdo essencial do princípio da independência funcional⁽²⁴⁾.

De forma, então, um pouco desconcertante e, especialmente para a produção do presente artigo, amarramos a máscara de *Promotor Fidei*, a fim de que possamos intencionalmente visualizar com suspeita a permanência de algumas normas internas do MPT, anteriores à Lei n. 13.024/2014, colocando em debate público algumas questões que nos chegaram de forma prática.

Passemos, pois, ao levantamento e enfrentamento dessas questões:

A. A Fixação e a Regulamentação dos Ofícios e a Situação Transitória de *Ofícios “zerados” de Acervos* — Direito Intertemporal Implícito⁽²⁵⁾

Segundo a previsão do art. 70 do Ato Conjunto n. 1/2014, “Até que se ultime a organização das unidades e o estabelecimento das atribuições na forma deste regulamento, aplicam-se as normas internas que atualmente regem a matéria dentro de cada ramo do Ministério Público da União, *desde que não conflitem com*

(24) É que, em caso de colisão de princípios (ou de direitos), sabe-se que a solução passa necessariamente por salvaguardar o conteúdo (ou núcleo) essencial de ambos e pela aplicação concreta do princípio da proporcionalidade. Por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 310.

(25) Cf. SALGADO, Gisele Mascarelli. *Direito intertemporal e os dogmas jurídicos: uma análise pela filosofia do direito*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5571/Direito-intertemporal-e-os-dogmas-juridicos-uma-analise-pela-Filosofia-do-Direito>>. Acesso em: 16.8.2016: “O Direito Intertemporal também é chamado de Direito Transitório, pois é o direito que tem vigência no lapso temporal de uma lei anterior e outra posterior. Assim não é apenas um direito com data certa de nascimento e morte, mas um direito que promove a ligação entre os lapsos temporais das vigências de outras leis, permitindo a passagem de uma à outra”. Cf. NUNES, Elpídio Donizetti. *As principais regras de direito intertemporal a serem observadas quando da entrada em vigor do CPC/2015*. Disponível em: <<http://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/265460063/as-principais-regras-de-direito-intertemporal-a-serem-observadas-quando-da-entrada-em-vigor-do-cpc-2015>>. Acesso em: 17.8.2015: “a mudança de um sistema para outro não se dá de forma abrupta, pois não é desejável a quebra total de uma regra que até então vinha regulando determinadas situações”.

este regulamento” — g. n. É que, para tanto, estabeleceu esse ato o prazo de 180 dias aos Conselhos Superiores de cada ramo para o desempenho de sua função normativa interna, o que tem grande relevância considerando mormente a fixação de “regras e procedimentos relativos à distribuição de feitos nas unidades” (art. 69⁽²⁶⁾).

Entretanto, esse mesmo ato normativo determinou ainda que “incumbe ao Procurador-Geral de cada ramo distribuir os ofícios entre as unidades” (art. 6º); que, a partir de sua entrada em vigor, consideram-se distribuídos às unidades os ofícios (conforme os cargos da carreira do MPU, art. 67⁽²⁷⁾); e que “o Ato Conjunto entra em vigor na data de sua publicação, vedada a aplicação de efeitos retroativos” (art. 73).

Sendo assim, afigura-nos importante averiguar desde quando, exatamente, adquiriu obrigatória aplicabilidade e eficácia as disposições daquele regulamento, especialmente as respeitante aos *ofícios*, no âmbito do MPT⁽²⁸⁾.

Evidentemente, que a fixação da data do *dies a quo* para a incidência e observância daquele ato normativo geral (qual seja, recordemos, o Ato Conjunto n. 1/2014) tem grande importância pragmática, mormente

(26) “Art. 69. O Conselho Superior de cada ramo, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, disporá sobre: I — os critérios para organização das unidades, fixação das atribuições de seus ofícios e sua distribuição entre divisões, onde houver; II — regras e procedimentos de formação das listas de substituição locais, estaduais e nacionais e das respectivas propostas encaminhadas pelas unidades e, ainda, sobre o que dispõem os arts. 49, § 1º, e 50 deste regulamento; III — regras relativas ao exercício das atribuições no período a que se refere o art. 220, § 2º, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993; IV — procedimentos de impugnação das listas de substituições; V — regras e procedimentos relativos à distribuição de feitos nas unidades; VI — regras e procedimentos relativos ao funcionamento dos colégios das unidades”.

(27) “Art. 67. Com a entrada em vigor deste regulamento, consideram-se distribuídos às unidades os ofícios: I — de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-Geral do Trabalho, Subprocurador-Geral de Justiça Militar e Procurador de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em número equivalente ao de cargos da respectiva classe; II — de Procurador Regional da República, Procurador Regional do Trabalho, Procurador de Justiça Militar e Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em número equivalente ao de cargos da respectiva classe; III — de Procurador da República, Procurador do Trabalho e Promotor de Justiça Militar, em número equivalente, por unidade, ao número máximo de cargos que ali já tiveram lotação efetiva. § 1º O Procurador-Geral de cada ramo, observados os critérios deste artigo, fixará, no prazo de 30 (trinta) dias contados da entrada em vigor deste regulamento, os quadros efetivos de ofícios das unidades”.

(28) Sobre a diversidade dos institutos da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, V. COUTO, Reinaldo. Considerações sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas. *Revista CEJ*, ano XVIII, n. 64, Brasília, p. 7-12, set. 2014.

em função, via de regra, da maior concentração que as novas normas acarretaram na distribuição da organização de trabalho pelos órgãos superiores de cada um dos ramos do MPU e pela vinculação dos feitos aos ofícios, *a priori*, a partir de tal termo (art. 25).

Se por um lado o CSMPT ainda não editara a sua Resolução, em atendimento ao art. 69 do Ato Conjunto n. 1/2014, havendo, destarte, uma “omissão normativa” relativamente aos aspectos que carecem de sua densificação; por outro, em 27.10.2014, o Procurador-Geral do Trabalho publicou a sua Portaria n. 673, de 24.10.2014⁽²⁹⁾, a qual distribuiu os ofícios em todas as unidades do MPT.

Dessa forma, conforme a nossa interpretação, *em princípio*, tem-se como *dies a quo* para a implementação da vinculação dos feitos (“acervos de procedimentos”) aos *ofícios* do MPT a data de 27.10.2014, na medida em que antes desse termo não se poderia sequer falar na existência de efetivos *ofícios* no âmbito do *Parquet* Laboral⁽³⁰⁾. Destarte, essa data é, para nós, aquela *paradigmática* em termos do início da vigência do art. 25 do Ato Conjunto, pelo exercício da competência que lhe era pressuposta, constante do seu art. 6º.

De toda forma, mesmo assim esse marco temporal (27.10.2014) não atende a solução de todas as demandas, haja vista que alguns *ofícios* se encontravam (e podem se encontrar) desvinculados de acervos naquela oportunidade (*ofícios zerados*). Normalmente, referem-se aos casos dos Procuradores-Chefes (no exercício de seu “mandato”), dos Coordenadores Administrativos (quando no exercício exclusivo dessa função de natureza administrativa⁽³¹⁾) e dos Coordenadores de Coordenadorias Nacionais (quando também plenamente desonerados de suas funções institucionais); assim, como, eventualmente, outros membros que provisoriamente estejam no exercício de atividades no interesse da instituição.

Ora, os procedimentos da área finalística (procedimentos investigatórios, procedimentos de acompanhamento de termo de ajustamento de conduta, processos judiciais, mediações, procedimentos promocionais, dentre outros), nos quais, por exemplo, aqueles citados membros haviam atuado até passarem a exercer funções administrativas (para os quais poderia ser inclusivamente configurada uma pré-vinculação a título de *prevenção* ou

(29) *Diário Oficial da União* n. 207, Seção I, p. 72-79, de 27 de outubro de 2014 (essa Portaria foi pontalmente alterada nos últimos meses).

(30) V. Art. 13 dessa Portaria, aduzindo a sua entrada em vigor na data de sua publicação.

(31) Pensamos ser aqui os casos de Coordenadores de 1º e/ou 2º grau, Coordenadores de COI e/ou CODIN, conforme disposto nos regimentos internos das Regionais.

de *promotor natural*), podem ter sido redistribuídos (quer a título precário e provisório; quer a título definitivo e permanente) a outros membros da unidade em data anterior, quando, então, sobreveio a edição a Portaria PGT n. 673/2014⁽³²⁾.

Quid juris? Esses feitos passaram a se vincular, doravante e definitivamente, aos ofícios agora criados? Se sim, como constituir acervo procedimental para os *ofícios* daqueles citados membros, após o término de suas atribuições exclusivamente administrativas, sem que se considerar a incidência de violação ao art. 25 do Ato Conjunto? A formação de acervos *a posteriori* (isto é, após 28.10.2014), mediante a extração equitativa de procedimentos de outros *ofícios* dependerá, ou não de autorização do PGT, nos moldes do art. 57 do Ato Conjunto?

Para nós, a existência daquela marca temporal (27.10.2014) não pode realmente prescindir de regras de transitoriedade (ainda que implícitas⁽³³⁾), de efetivo Direito Intertemporal, a fim de acolmatar situações que não estavam perfeitamente amoldadas naquela oportunidade. Sendo assim, se aplicabilidade do art. 25 do Ato Conjunto estava na dependência da própria criação e distribuição dos *ofícios* pelo PGT; mas, também, na prévia verificação da existência de um respectivo acervo, cuja condição estivesse sob a responsabilidade de um membro titular (evidentemente, a situação da grande maioria dos membros do MPT, no exercício regular de suas atividades institucionais e em sua lotação própria); não é menos correto considerar que a aplicabilidade *integral e geral* daquele citado art. 25, para todos os *ofícios* do MPT, dependerá da constatação da situação de que, cada um deles, esteja dotado de um específico acervo procedimental. Para nós, nessa linha de raciocínio, até que se ultime essa condição (e, justamente, a *fim de se alcançar essa condição*), entendemos que será cabível a constituição *a posteriori* de acervos procedimentais, mesmo após

(32) V. Art. 9º da Portaria, com seguinte redação: “Os Procuradores-Chefes deverão reorganizar e confirmar, nos sistema MPT Digital, até 31 de outubro de 2014, o conjunto de ofícios existentes e sua alocação nas respectivas divisões e núcleos regionais, para fins do disposto nos arts. 17 e 22 do Ato Conjunto PGR/CASMPU n. 1/2014”. Contudo, é relevante ressaltar que os citados dispositivos fazem alusão à posterior regulamentação do Conselho Superior, mormente para fins de especialização ou não dos ofícios. Além disso, sabemos que somente recentemente implementou-se no MPT Digital *Módulo de Gestão dos Ofícios*, articulando as anteriores “bancas” com os números dos *ofícios*.

(33) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 263, segundo o qual: “A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da norma, existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias”.

27.10.2014, através de um encaminhamento equitativo e imparcial de feitos dos demais *ofícios* da correlativa unidade do MPT. Veja-se que não estamos aduzindo, evidentemente, de novos *ofícios*, criados em função de novos cargos de Procurador do Trabalho.

E também não estamos a tratar da situação especial do art. 57 do Ato Conjunto. De acordo com este dispositivo, “em situações excepcionais, quando não se mostrar aconselhável ou viável a designação de membro em substituição, cumulativa ou não, o Procurador-Geral de cada ramo poderá, justificadamente, determinar a *redistribuição dos feitos* vinculados ao *ofício*, cujo titular estiver afastado, para dois ou mais *ofícios* providos na unidade” — g. n. Ora, a redistribuição de feitos mencionada nesse artigo pressupõe, para além da *transitoriedade da situação* e do afastamento do membro titular de suas atividades institucionais, a *própria preexistência de um acervo devidamente constituído*. Em nossa leitura, o objetivo do art. 57 do Ato Conjunto destina-se a resolver situações de longos afastamentos do membro titular, os quais possam prejudicar uma boa e racional condução dos procedimentos por sucessivas substituições. Não se destina, pois, tal dispositivo do ato normativo a resolver a situação de *ofícios sem acervos*, seja na data de 27.10.2014 ou após.

Nessa linha de interpretação, se na data de 27.10.2014 alguns *ofícios* não detinham acervos, pela situação pessoal e institucional que tocava a cada um de seus respectivos membros titulares, a manutenção *a posteriori* dessa condição, mesmo depois de exaurida as atribuições administrativas que a justificavam, seria conclusão totalmente irrazoável, por ser desproporcional e claramente violadora do princípio da igualdade na distribuição da carga de trabalho. Não suficiente, a solução “mediana” de que tais acervos procedimentais possam somente ser constituídos por feitos novos (a fim de não tocar nos acervos dos demais, já plenamente constituídos em 27.10.2014, em atenção ao art. 25 do Ato Conjunto), também não nos afigura a solução mais adequada e proporcional (mormente se considerando a existência de muitas vinculações por conexão e pertinência temática em face de procedimentos antigos, nos termos da Resolução n. 86/2009; sobre as quais também mencionaremos a seguir); conduzindo a uma potencial situação de desigualdade e de distorção interna na divisão equânime da carga de trabalho.

Portanto, uma solução institucionalmente adequada e justa (principalmente aos olhos dos demais membros que em 27.10.2014 já se encontravam em situação apta à incidência do art. 25 do Ato Conjunto) passa necessariamente pela *redistribuição* equitativa, imparcial, objetiva; mas, especialmente, *definitiva* dos feitos na unidade, mesmo depois daquela data e quando do término do motivo que deu azo à suspensão das atividades

institucionais dos membros envolvidos (normalmente o que se vai verificar com o seu pleno retorno às correlativas atividades institucionais).

Trata-se, assim, de *situação transitória*; na medida em que deixará de existir quando aferirmos uma relação de vinculação procedimental de todos os feitos da *unidade* respectiva do MPT com cada um de seus específicos *ofícios*; mesmo que de forma tardia e subsidiária. Alcançado este estágio, a partir de então, quando se falar em *redistribuição* de feitos para outro *ofício*, estaremos a mencionar normalmente a hipótese do art. 57 do Ato Conjunto (isto é, provisoriamente), com autorização do PGT.

De qualquer modo, por mais que em nossa interpretação haja necessidade de se reconhecer a possibilidade de existência dessa situação transitória (*ofícios desvinculados de acervos de feitos em 27.10.2014*) — a qual carece de um especial tratamento jurídico —, ela não restou devidamente tratada pelo Ato Conjunto. E, considerando também a ausência de regulamentação do CSMPT, entendemos que essa redistribuição tardia, complementar e de natureza definitiva pode ser decidida regionalmente, desde que baseadas nos critérios impessoais e objetivos do art. 22 daquele ato, até que sobrevenha posição normativa diversa daquele colegiado. A eventual autorização ou ratificação do PGT poderá, evidentemente, reforçar a legitimidade dessa *redistribuição*, tendo inclusive como supedâneo a disposição do art. 57 do Ato Conjunto n. 1/2014 (o que nos afigura ser de todo prudente).

Finalmente, importa arrematar que ultrapassar a situação transitória de eventuais *ofícios desvinculados de acervos* não representa, para nós, violação ao princípio do promotor natural, considerando especialmente que o conteúdo dessa norma mandamental se destina a proteger o membro de designações arbitrárias e subjetivas para atuação em determinados feitos, o que não seria, definitivamente, o caso se o princípio da impessoalidade for estritamente observado⁽³⁴⁾.

B. Compatibilização do Ato Conjunto n. 1/2014 com a Resolução n. 86/2009 do CSMPT — Vinculação procedimental ao *Ofício versus* Vinculação procedimental por Conexão e Pertinência Temática

Antes do advento da criação e da instituição dos *ofícios* no âmbito do MPU, a distribuição de procedimentos, nos casos de afastamentos de membros, era exclusivamente regulada pela Resolução n.

(34) No texto, evidentemente, não abordamos a possível situação de membros em lotação provisória em unidades plenamente preenchidas de Ofícios vigentes e suas consequências.

86/2009 do CSMPT⁽³⁵⁾. A citada Resolução determina, assim, que as Notícias de Fato, bem como os processos judiciais de atuação do *Parquet* na qualidade de *custos legis*, não sejam distribuídos durante o período de afastamento do membro, por qualquer motivo (arts. 3º, § 4º, 8º, § 3º, 13, § 2º). Ainda, determina às Procuradorias Regionais e às Procuradorias do Trabalho em Municípios que estabeleçam listas ordenadas ou escalas entre os membros para a participação em audiências judiciais ou extrajudiciais, sessões e a adoção de medidas urgentes, nos casos de impedimento e afastamentos dos membros (arts. 11 e 16).

No tocante ao caso de afastamento superior a 90 (noventa) dias contínuos, a Resolução n. 86/2009 estabeleceu, no art. 3º, § 8º, que todos os procedimentos do acervo do membro afastado (até então comumente denominada de “banca”) devessem ser redistribuídos igualmente, devendo o membro receber, em seu retorno às atividades normais, o mesmo número de procedimentos então redistribuídos.

Depreendemos, portanto, que os procedimentos extrajudiciais, em regra, tinham suas conduções normalmente afetadas quando do afastamento do membro, os quais estavam vinculados, salvo no caso de medidas urgentes a serem tomadas (adotadas pelos outros membros em atividades na unidade).

Ora, esse panorama foi decisivamente alterado a partir da institucionalização dos *ofícios*, sendo assim aplicadas as previsões da Resolução n. 86/2009 do CSMPT apenas, subsidiariamente, nas hipóteses de não cabimento de designação de substituto quando o período de afastamento for inferior a 3 (três) dias úteis.

Porém, a maior afetação da incidência da Resolução n. 86/2009 do CSMPT em decorrência da instituição dos *ofícios* no MPT não se resume àquela mais estreitamente conectada com o princípio da continuidade do serviço público. Ela pretende atingir a própria vinculação dos procedimentos.

Isto porque, como é cediço, a Resolução n. 86/2009 (em complementação à Resolução n. 76/2008) do CSMPT estabeleceu, relativamente aos procedimentos do órgão agente, critérios de prevenção, “de maneira a se garantir a unidade e a eficácia na atuação do Ministério Público do Trabalho”. Os critérios, objetivos, cingem-se à conexão (relacionada às hipóteses

(35) Essa Resolução deve ser articulada com o disciplinamento dado pela Resolução n. 69/2007 do CSMPT, sobre “a instauração e tramitação do inquérito civil, conforme art. 16 da Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público”.

de apuração de identidade de feitos, considerados os temas e as partes investigadas envolvidas) e à pertinência temática (relacionadas às hipóteses de maior proximidade temática, considerando os grupos de temas e partes investigadas envolvidas). Se por um lado, reconheça-se, os critérios de conexão e pertinência temática podem viabilizar uma exordial e potencial pulverização da atuação do *Parquet* (haja vista que uma mesma denúncia pode dar azo a várias Notícias de Fato, a fim de respeitar as prevenções eventualmente existentes); por outro lado, não se pode olvidar que, ao fim e ao cabo, objetiva-se evitar atuações divergentes do MPT, as quais possam conduzir, para além de insegurança jurídica para o investigado, o próprio enfraquecimento da tutela jurídica (quando diversamente direcionada).

Vejam, pois, como essa vinculação de procedimentos (fundamentada no critério da prevenção e, nessa medida, também no princípio do *promotor natural* — apesar de visar a proteção do princípio da unidade do MP) da Resolução n. 86/2009 pode se comportar em algumas situações específicas, já no quadro dos *ofícios* instituídos.

Por exemplo, citamos a hipótese de não homologação do arquivamento de procedimento de natureza investigatória (inquérito civil ou do procedimento preparatório) pela Câmara de Coordenação e Revisão e a previsão do art. 10, § 4º, II, c/c art. 11 da Resolução n. 69/2007 do CSMPT. É que, antes do contexto dos *ofícios*, pela sistemática da Resolução n. 69/2007, tal não homologação de arquivamento pela CCR acarretava necessariamente na redistribuição (definitiva) do procedimento a outro membro (logo, para outra “banca” de feitos), em observância ao princípio institucional da independência funcional (art. 11, da Resolução n. 69/2007 do CSMPT, com amparo no art. 9º, § 4º, da Lei n. 7.347/85 c/c art. 10, § 4º, da Resolução n. 23/2007 do CNMP). Veja-se, aliás, que não sequer previsão expressa de compensação em relação ao feito cujo arquivamento não foi chancelado pelo órgão revisional na Resolução n. 86/2009 do CSMPT, justamente em face, pensamos, da autonomia subjetiva inerente ao membro na avaliação das provas colhidas no curso da investigação.

Todavia, no quadro de *ofícios* do MPT, será que essa redistribuição afigura-se realmente como uma consequência necessária da não homologação da CCR? Ora, se essa redistribuição procedimental tem em vista acobertar o membro de conduzir uma investigação quando está convencido do contrário (o que também geraria prejuízos em sede atuação neutra do *Parquet*), nos parece excessivo determiná-la *in continenti*, na medida em que a promoção de arquivamento não fora elaborada pelo membro titular (mas, sim, por membro em substituição de ofício) e, portanto, não há qualquer impedimento deste (enquanto externalização de um dado convencimento sobre as provas colhidas no inquérito).

Destarte, se o membro titular não se considerar funcionalmente impedido para atuar no feito (por outra razão), não há empecilho para que continue conduzindo a investigação; atribuindo-se *interpretação conforme a Lei* n. 13.024/2014 o art. 11, da Resolução n. 69/2007 do CSMPT (a despeito de, literalmente, apontar a estrutura “órgão”). A CCR, aliás, recentemente externalizou entendimento semelhante em situação homóloga⁽³⁶⁾.

Mutatis mutandis, tais considerações podem ser igualmente válidas para os casos de declaração de suspeição ou impedimento para atuar em feito determinado por parte de membro em atuação de substituição de ofício. Assim, entendemos que o art. 4º da Resolução n. 86/2009 do CSMPT deve ser compreendido conforme o contexto dos *ofícios*, não implicando necessariamente a *redistribuição* do feito a outro quando a situação de parcialidade não recair em relação à pessoa do membro titular.

Seriam outras, absolutamente, as soluções acaso a promoção de arquivamento (ou a declaração de impedimento) tivesse sido elaborada pelo membro titular, disto decorrendo a *redistribuição* do procedimento para outro *ofício* (o Ato Conjunto prevê a hipótese de compensação expressamente nas situações de impedimento subjetivo — art. 23).

Consideremos, então, agora esta hipótese; isto é, não homologação da CCR em promoção de arquivamento efetivada pelo membro titular. Que sorte terão, então, os procedimentos eventualmente pertinentes, nos termos da Resolução n. 86/2009, em relação àquele principal (revisado pelo órgão superior)⁽³⁷⁾? É cabível se falar em *redistribuição acessória* ao ofício que

(36) V. Processo n. NF 2096.2016.03.000/2, 240ª Sessão Ordinária, realizada em 28.6.2016. Ementa: “CONSULTA. ARQUIVAMENTO NÃO HOMOLOGADO. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO PARA CONTINUAR A INVESTIGAÇÃO. IMPEDIMENTO SUBJETIVO DO PROCURADOR SUBSTITUTO QUE ARQUIVOU O PROCEDIMENTO. POSSIBILIDADE DO TITULAR QUE NÃO ELABOROU O ARQUIVAMENTO PROSSEGUIR COM A INVESTIGAÇÃO”.

(37) A pergunta pode ser colocada também considerando os procedimentos conexos. Seria o caso, por exemplo, do membro titular declarar-se suspeito para atuar num determinado procedimento de acompanhamento de ajustamento de conduta (por exemplo, por proximidade pessoal com o causídico da compromissada), implicando a sua redistribuição para outro ofício, não se estendendo esse impedimento imprescindivelmente para todos os feitos a ele conexos (ex. Notícias de Fatos novos, por exemplo). Contudo, considerada a identidade que é pressuposta na conexão, a pergunta pode não surtir grande relevância, na medida em que a Resolução n. 86/2009 do CSMPT exclui a compensação nessas hipóteses (art. 3º, § 2º). De qualquer modo, jamais se deve olvidar que o critério da prevenção por conexão não exclui procedimentos inclusivamente arquivados (podendo ter um efeito em termos quantitativos de vinculação ainda maior do que as hipóteses de prevenção por pertinência

receber, por distribuição, o procedimento não homologado, a fim de mater-se a unidade de atuação do *Parquet*, ainda que com compensação de feitos (eventualmente estabelecida internamente⁽³⁸⁾), na medida em que o art. 25 do Ato Conjunto n. 1/2014 determina, agora, expressamente uma vinculação *permanente* dos feitos aos *ofícios* (“a estes *permanecem* vinculados”)?

Uma resposta positiva certamente estará justificada nos princípios que orientaram a formulação da Resolução n. 86/2009 no âmbito do MPT: unidade e eficácia de sua atuação. Esses fundamentos, portanto, evitam duplicidade (ou mesmo diversidade) de atuação investigatória, reforçando, externamente, a posição institucional do MP, como um todo. Uma resposta negativa, entretanto, impedirá uma desvinculação procedimental do *ofício*, a qual, *a priori*, não foi desejada pelo Ato Conjunto n. 1/2014 (que, evidentemente, desconhece os critérios de prevenção daquela resolução do *Parquet* Laboral).

Este ato normativo conhece, entretanto, o critério da “especialização” (arts. 15, 16, 19, inciso III, 20 e 22), podendo não ser exatamente escoreito interpretar os critérios de unidade da Resolução n. 86/2009 do CSMPT como de “especialização” (a qual pode se efetivar por “matéria, função, território ou outro critério relevante”; art. 16, *caput*, do Ato Conjunto). Até porque, atualmente, no âmbito do MPT, temos unicamente *ofícios gerais*⁽³⁹⁾. Privilegiando-se, dessa forma, a norma superior, geral e posterior (Ato Conjunto n. 1/2014) em detrimento da inferior, especial e anterior (Resolução n. 86/2009 do CSMPT), podemos ter então hipótese de exceção

temática). V. PGT/CCR: “EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. TEMÁRIO UNIFICADO DO MPT. RESOLUÇÃO CSMPT N. 76/2008. PREVENÇÃO VINCULADA A FEITOS ARQUIVADOS SOMENTE SE APLICA EM CASOS DE CONEXÃO. RESOLUÇÃO CSMPT N. 86/2009. O art. 3º, inciso I, letra “a”, da Resolução n. 86/2009, somente admite distribuição por prevenção, em face de feitos arquivados, nos casos em que se verificar conexão, não havendo tal previsão para as hipóteses de pertinência ou aproximação temática. Não se aplica a prevenção no caso ora analisado”. (PGT/CCR/PP n. 10420/2012 — Relator Dr. Antônio Luiz Teixeira Mendes).

(38) Sabemos da existência de algumas portarias regionais editadas nesse sentido, para as situações de procedimentos conexos e pertinentes àquele no qual foi averbada declaração de impedimento ou de suspeição (não exatamente para procedimentos que retornam da CCR sem homologação). Para o próprio procedimento em que houve a averbação de impedimento, frise-se, o Ato Conjunto n. 1/2014 é expresso no sentido da compensação (art. 23). CNJ também tem decidido que deverá haver compensação da carga de trabalho nos casos de declarações de juizes de impedimento e suspeição. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82766-tjam-deve-adotar-criterio-de-compensacao-de-processos-entre-as-varas>>. Acesso em: 18.8.2016.

(39) Portaria PGT n. 673, de 24.10.2014. Antecipadamente, diante da divulgação da minuta do CSMPT sobre a regulamentação dos *ofícios*, sabemos que lá se assenta a especialização para aquelas Regionais consideradas de maior porte.

às prevenções decorrentes de vinculação por grupos ou áreas temáticas nas unidades do MPT. Qual, portanto, a solução institucionalmente mais adequada?

Em nossa análise, e considerando-se o estrito teor do art. 70 do Ato Conjunto n. 1/2014, que dá guarida às normas antecedentes dos ramos do MPU “até que se ultime a organização e os estabelecimento das unidades e o estabelecimento das atribuições na forma deste regulamento”; e, ainda, por não se aferir nítida ofensa entre o art. 25 daquele ato e as redistribuições de feitos quando motivadas “áreas/grupos temáticos” (justamente por viabilizar o art. 16 a distribuição por prevenção por “matéria” — arts. 17 e 18), valoramos aqui o princípio da unidade institucional, *acreditando* que a resposta ao quesito possa ser positiva. Afinal, tal *redistribuição de feitos* estaria ainda motivada em norma jurídica de caráter não discriminatório e não causuístico (Resolução n. 86/2009 do CSMPT), de modo que não haveria, nesse sentido, literal ofensa ao princípio da promotor natural. Mas, é fato, não estamos plenamente seguros quanto a esse particular.

Isso porque, veja-se que o Ato Conjunto n. 1/2014 é, sim, mais restritivo no que diz respeito à *redistribuição de feitos* (a qual, aliás, em nada se confunde com a redistribuição de *ofícios*; Sebseção III, arts. 11 e seg.). Tanto assim que, para além de prever que “Nas unidades cujo quadro real contar com um único membro designado, as hipóteses de impedimento e suspeição não acarretarão redistribuição, designando-se membro para atuação específica” (art. 23, parágrafo único⁽⁴⁰⁾), a outra previsão de *redistribuição de feitos* do diploma (art. 57) carece de autorização fundamentada do Procurador-Geral do respectivo ramo (sem expressa menção quanto à delegabilidade desse ato).

Considerando-se, eventualmente, a superposição normativa da vinculação procedimental do art. 25 do Ato Conjunto n. 1/2014 poderemos, então, verificar efetivas situações “obstativas” da configuração da prevenção pelos critérios da Resolução n. 86/2009 do CSMPT; ainda que de forma excepcional (afinal, não são regras a não homologação da promoção de arquivamento pela CCR e a declaração de impedimento e de suspeição pelos membros titulares).

Por fim, evidentemente, que sempre será passível de questionamento perante a Câmara de Coordenação e Revisão, em conflitos de atribuição

(40) A causa dessa opção normativa deve situar-se na questão do deslocamento do feito para a “jurisdição” (atribuição) de outra unidade (isto é, ter que conduzir o feito para outra unidade do respectivo MP).

acaso suscitados, uma possível redistribuição de feitos nas condições analisadas⁽⁴¹⁾.

C. Responsabilidade Disciplinar do Membro Substituto na Condução dos Feitos — Princípio da Razoabilidade — Princípio da instrumentalidade do procedimento *Versus* Princípio da Independência Funcional

Também outras importantes questões práticas se delineiam em face desse novo contexto normativo do MPU pós-*ofícios*. Agora, em nossa análise, essas questões têm relação a articulação da garantia da independência funcional dos respectivos membros que oficiam no feito, designadamente entre a do membro substituto e do membro titular (ou dos sucessivos membros substitutos), já que o exercício dessa independência é levado a efeito no bojo de procedimentos que carecem de cumprir a sua finalidade jurídica e social: qual seja, servirem instrumento para a efetivação da tutela do interesse público. Daí se poder afirmar, *mutatis mutandis*, na existência de um “princípio da instrumentalidade dos procedimentos do Ministério Público”⁽⁴²⁾, pois, via de regra, é por meio destes procedimentos que o *munus* constitucional do *Parquet* é desempenhado.

De início, importa expurgar a falsa ideia de que o membro substituto tem, em face do membro titular do *ofício*, de uma situação de *capitio diminutio* em termos de posição jurídica procedimental. Ambos são igualmente Ministério Público, ambos o “personificam”, na sua inteireza dessa instituição (reafirmação do princípio institucional da indivisibilidade).

Entretanto, consideramos, essa igual condição quanto à garantia funcional de independência na condução dos procedimentos entre membros titulares e substitutos não significa igual vinculação procedimental, pelo menos aos olhos do Ato Conjunto n. 1/2014. Especificamente quanto às responsabilidades procedimentais do membro substituto (para nós, o que realmente aqui se assenta é uma responsabilidade de ordem disciplinar),

(41) Apesar de termos utilizado a ferramenta do MPT Digital (MPT Busca), não localizamos decisão específica da CCR que analisasse justamente os critérios da Resolução n. 86/2009 do CSMPT diante do contexto de *ofícios* (e, especialmente, do art. 25 do Ato Conjunto).

(42) V. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001: “Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro. O que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”.

o art. 27 e parágrafos, estipula: “O membro designado em substituição responde pelos feitos e procedimentos, judiciais e extrajudiciais, distribuídos ao ofício no período da designação, bem como pelas audiências e sessões respectivas”; sendo-lhe vedada “a restituição dos feitos recebidos durante aquele período sem a devida manifestação, a qual deverá ser feita ainda que após o término da substituição”(§ 1º). Ademais, “Quanto aos feitos recebidos no ofício anteriormente ao período de substituição, o membro designado está obrigado a adotar medidas urgentes e efetuar todas as manifestações necessárias para evitar preclusão de qualquer espécie ou perecimento de direito” (§ 2º).

O assentamento de tal regra não apenas se justifica no *dever funcional geral* dos membros do MPU para com o fiel e regular desempenho de suas atribuições, sob pena de infração disciplinar (arts. 239 e seg. da Lei Complementar n. 75/93); mas ainda pelo fato de que, normalmente, a atuação em substituição de *ofício* importa em situação de acumulação, gerando ao membro designado substituto direito ao pagamento da gratificação assentada na Lei n. 13.024/2014. A ideia que subjaz, portanto, o art. 27 do Ato Conjunto n. 1/2014 sintetiza-se na assertiva de que “se o membro está recebendo a mais — do subsídio — por acumular *ofícios*, deve ser plenamente diligente e finalizar toda a carga de trabalho lhe direcionada na oportunidade”.

Para nós, temos dúvidas da bondade dessa noção, que reflexamente associa o membro do MP a um funcionário que ativa “por produção”, devendo ser interpretada com razoabilidade e prudência. Ora, é que a responsabilidade disciplinar do membro substituto não pode ser, em nossa ótica, de maior grau (ou mais onerosa) considerando-se os procedimentos em que oficia nessa qualidade do que naqueles em que oficia como o próprio titular. Acreditamos que a responsabilidade disciplinar dos membros do MP já é, pela sua própria concepção, complexa e visa compensar, reflexamente, a sua independência funcional. Tanto assim que, diversamente dos outros servidores públicos em geral, sujeitam-se duplamente às corregedorias internas e ao próprio Conselho Nacional do Ministério Público⁽⁴³⁾.

Assim, por exemplo, vejamos uma situação hipotética (porém, bastante comum no MPT), em que determinado *ofício* contenha 200 procedimentos em seu acervo. Por alguma razão, o que também não é incomum na *praxis* do *Parquet* Laboral, desse coletivo, 60 (sessenta) deles sejam conclusos no período da substituição (de ordem, com pedidos de vista, com juntada de documentos ou laudos técnicos, *etc.*) e, ainda outros 15 (quinze), já

(43) Sobre tema análogo, V. a obra paradigmática de CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

estivessem conclusos, aguardando medidas a serem adotadas (urgentes ou para se evitar alguma espécie de preclusão), quando do afastamento emergencial do membro titular para tratamento de saúde. Todavia, o período da substituição é módico, de 5 (cinco) dias, inviabilizando a *devida* (e *material*) manifestação em todos os feitos nesse curto lapso de tempo (o qual, evidentemente, não leva em conta a complexidade das questões versadas nos processos), sendo certo que não poderá o membro substituto olvidar dos seus feitos, na qualidade de titular. A razoabilidade carece de ser observada, fazendo com que se entenda ser exigível do membro substituto aquilo é que possível, em condições normais, de ser executado, apreciado e despachado; com toda a responsabilidade que pressuposta a um efetivo “membro de poder constitucional”.

A aplicação literal do art. 27 do Ato Conjunto n. 1/2014 (na apuração da responsabilidade disciplinar do membro substituto, pela instância responsável) ainda pode acarretar dificuldades práticas, como são normalmente os casos de distribuição de processos para prática de ato judicial no último dia de substituição (por exemplo, um recurso de natureza extraordinária, com prazo extenso⁽⁴⁴⁾); ou, ainda, de mediação com necessidade de designação de audiência com as partes (fator que pode ser ainda agravado se a substituição for, eventualmente, na modalidade remota; art. 52 do Ato Conjunto n. 1/2014⁽⁴⁵⁾). Por isto também se afigura premente a normatização pelo CSMPT, porquanto esses questionamentos de ordem prática podem eventualmente tumultuar a evolução do feito (paralisando-se na dúvida quanto à concreta responsabilidade pela prática de determinado ato procedimental ou processual), atingindo indiretamente a sua instrumentalidade e sua celeridade.

Finalmente, é também em função da instrumentalidade do processo/procedimento que consideramos deva ser analisada a questão das

(44) A minuta da Resolução dos Ofícios em discussão no CSMPT propõe uma especificidade da responsabilidade pela prática de ato judicial: há uma responsabilidade “retroativa” do membro substituto pelo prazo de 5 dias do início do período de substituição e, igualmente, uma responsabilidade “retroativa” do membro titular, pelo prazo de 5 dias do término do período de substituição. Essa opção pode ser contrastada com a literal determinação do art. 27 do Ato Conjunto n. 1/2014. V. art. 35, § 6º, da minuta, a qual dispõe: “distribuído feito para a prática de ato judicial com prazo próprio, nos cinco dias anteriores aos afastamentos legais do titular que geraram a substituição, caberá ao membro substituto o seu devido cumprimento”. Assim, o membro substituto seria responsável pelo cumprimento de ato judicial mesmo não estando ainda em substituição do ofício e, quiçá, desconhecendo essa condição (pois nem sempre é possível a designação de substituto com a antecedência de cinco dias, como são os casos de afastamentos imprevisíveis, por luto de parente ou doença).

(45) A minuta da Resolução dos Ofícios em discussão no CSMPT propõe no sentido de que somente há o exaurimento da substituição de ofício com a realização da audiência de mediação (art. 35, § 3º, da minuta).

sucessivas substituições num dado *ofício* (em decorrência, por exemplo, de um longo afastamento de seu membro titular). Se, como aduzimos inicialmente, a institucionalização dos *ofícios* ampara-se nos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público e no da continuidade do serviço público, de nossa parte, não se pode elevar a “bandeira da independência funcional” a ponto de prejudicar o objetivo do feito (seja o acolhimento e avaliação de provas no inquérito civil para apuração da veracidade ou não dos fatos denunciados; seja a tentativa de autocomposição na mediação; seja a intervenção institucional no curso de um processo na qualidade de *custos legis*; seja o ajuizamento e a atuação numa ação civil pública, etc.): a tutela do interesse público de incumbência do MP.

Por isso, nos parece ser prudente solicitar ao PGT, fundamentadamente, a observância do art. 57 do Ato Conjunto n. 1/2014 naqueles afastamentos de membros titulares que, *a priori*, verifiquem-se razoavelmente logos (a depender da causa do afastamento: licença-gestante; capacitação, etc.). Afinal, acredita-se ser mais adequada à condução do procedimento confiá-lo basicamente a um mesmo membro por um período duradouro do que sujeitá-lo a ser conduzido periodicamente por membro diverso, fator que tem maior potencialidade de prejudicar uma precisa linha de condução do feito.

Assim, “conduções procedimentais circulares” e revogações sucessivas de despachos e determinações, ainda que com base em diversa interpretação jurídica entre os membros oficiantes (substituto/titular; substituto/substituto), a depender da sua constância e frequência, podem conduzir a consequência definitivamente não desejada: a própria deslegitimação social do Ministério Público. Conforme a visão crítica de Orlando Viegas Martins Afonso sobre as possíveis causas que podem conduzir à deslegitimação do *poder judicial*:

“Deslegitima-se quando, por defeito na formação, a magistratura tem si própria concepções meramente burocráticas ou concepções corporativas da sua independência, sem interiorizar a sua quota parte de responsabilidade nas imperfeições do sistema. E as deslegitimações no interior do sistema, entre magistrados judiciais e do Ministério Público, entre magistrados e funcionários, entre estes e advogados são bem mais perniciosas porque minam a sua coesão.”⁽⁴⁶⁾

(46) *Poder...*, p. 203.

Para nós, por isso, a atuação dos membros (sejam eles titulares ou substitutos) nos *ofícios* jamais pode perder de vista o contexto institucional de sua atuação e articulação (pois aqueles só existem, como próprio nome indica — *membros* —, como partes de um *todo*); bem como a finalidade jurídico-constitucional do feito (a sua instrumentalidade em prol da tutela do interesse público), não se deixando cair no pecado da malsinada “fragmentalização da independência”⁽⁴⁷⁾.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu abordar algumas consequências da institucionalização dos *ofícios* no âmbito do MPU e do MPT, em particular. Como aduzido, o impacto da criação e da normatização dessas estruturas intra-administrativas (as quais justificam a existência da gratificação pelo exercício cumulativo de *ofícios* da Lei n. 13.024/2014), designadamente decorrentes do Ato Conjunto n. 1/2014, já se mostrou significativo nos praticamente dois anos de sua existência. Porém, ainda assim, as consequência desse novo contexto normativo de *ofícios* não foram perfeitamente apreendidas e questões práticas se enfileiram. A ausência de regulamentação especial no âmbito do MPT é fator que faz aumentar a série de dúvidas e questionamentos pragmáticos.

A despeito da imediata importância *interna* do tema (isto é, para a própria organização do trabalho no âmbito do MPU-MPT), vimos que, a depender da forma mais “institucionalmente comprometida” ou mais “funcionalmente independente” que os membros exerçam as suas atribuições nos *ofícios*, externalizar-se-á aquela importância. Como antecipamos, somos partidários de uma posição “mais organicamente amiga”, por considerar que o contexto de Estado Democrático de Direito (e de MP politicamente independente) já em muito contribui para a autonomia subjetiva do membro no exercício responsável de suas atribuições jurídico-constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Carla. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra, 1999.

(47) RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Entre independência...*, p. 155.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Ministério público brasileiro — entre unidade e independência*. São Paulo: LTr, 2015.

COUTO, Reinaldo. Considerações sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVIII, n. 64, p. 7-12, set. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil?print=true>>. Acesso em: 17.8.2016.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Comentários à constituição do Brasil. In: CANOTILHO J. J. Gomes (org.) et al. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES NETO, Floreano de Azevedo. Entre a independência institucional e o neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do 'promotor natural. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério público — reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Afonso, Orlando Viegas. Poder judicial — independência. In: *Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do ministério público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Introdução ao ministério público*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O acesso à justiça e o ministério público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O ministério público e constituinte. *Justitia Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, v. 137, p. 57.

NUNES, Elpídio Donizetti. *As principais regras de direito intertemporal a serem observadas quando da entrada em vigor do CPC/2015*. Disponível em: <<http://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/265460063/as-principais-regras-de-direito-intertemporal-a-serem-observadas-quando-da-entrada-em-vigor-do-cpc-2015>>. Acesso em: 17.8.2015:

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra, 1992.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério público — reflexões sobre os princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Direito intertemporal e os dogmas jurídicos: uma análise pela filosofia do direito. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5571/Direito-intertemporal-e-os-dogmas-juridicos-uma-analise-pela-Filosofia-do-Direito>>. Acesso em: 16.8.2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários à constituição do Brasil. In: CANOTILHO J. J. Gomes (org.) *et al. Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Diecken Lemes. Os princípios da dependência hierárquica (MF espanhol) e independência funcional (MP brasileiro): reflexões à luz da evolução do Ministério Público e do constitucionalismo contemporâneo. *Boletim Científico (Escola Superior do Ministério Público da União)*, ano 12, n. 41, p. 155 e seg., jul./dez. 2013.

**XVIII PRÊMIO EVARISTO
DE MORAES FILHO
CATEGORIA MELHORES
ARRAZOADOS/2017**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DA UNIÃO E
DO MINISTRO DO TRABALHO — CADASTRO
DE EMPREGADORES QUE TENHAM
SUBMETIDO TRABALHADORES A CONDIÇÕES
ANÁLOGAS À DE ESCRAVO**

TIAGO MUNIZ CAVALCANTI
MAURICIO FERREIRA BRITO
BRENO DA SILVA MAIA FILHO
GISELA NABUCO MAJELA

MM. JUÍZO DA ____ VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

*(...) Trata-se unicamente de facilitar ao cidadão e aos agentes econômicos dados sobre empregadores em geral (...) que hajam infringido a legislação trabalhista em um de seus núcleos jurídico-axiológicos mais relevantes. Essas autuações não são sigilosas, por não haver razão para isso nem norma legal que lhes imponha sigilo. Nada impediria que o Ministério do Trabalho e Emprego deliberasse, a qualquer momento, divulgar **todos** os autos de infração objeto de decisão final. (Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, em parecer datado de 19.10.2015, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.209/DF, p. 23. Destaque contido no original)*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, neste ato representado pelos Procuradores do Trabalho ao final assinados, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal de 1988; arts. 6º, VII, “d”, e 83, III, da Lei Complementar n. 75/93, comparece, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, para ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA

em face de **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público, e do Sr. **Ronaldo Nogueira de Oliveira**, brasileiro, casado, Ministro do Trabalho, CPF 435.294.020-87, ambos com endereço para notificações na Esplanada dos Ministérios, Bloco F, Zona Cívico — Administrativa, Brasília/DF, CEP 70059-900, pelos fundamentos a seguir descritos.

1. FATOS

Desde 2003, por meio da Portaria n. 1.234 do Ministério do Trabalho, o Estado brasileiro instituiu um mecanismo de combate à escravidão contemporânea consistente na divulgação de um cadastro nacional onde constam os nomes dos empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas à de escravo. Consoante demonstrar-se-á ao longo da presente peça, tal instrumento integra o catálogo de políticas adotadas pela República Federativa do Brasil no enfrentamento à escravidão, após a assunção de compromissos nesse sentido perante a comunidade internacional.

Há mais de uma década, portanto, o País adota uma política de Estado consistente na ampla divulgação dos empregadores vinculados à prática deplorável do trabalho escravo.

Atualmente, o referido Cadastro de Empregadores é regulamentado pela Portaria Interministerial MT/MMIRDH n. 4, de 11 de maio de 2016, publicado no Diário Oficial da União no dia 13 de maio de 2016. No entanto, desde então, a despeito da previsão normativa, os demandados mantêm-se inertes no seu dever de cumprir os atos previstos no art. 2º, *caput* e § 5º, do referido instrumento normativo.

É de bem exortar que, não obstante este *Parquet* laboral tenha solicitado informações sobre os motivos da mora na publicação do Cadastro, o segundo

demandado manteve a postura omissiva, demonstrando desinteresse na publicação da lista. Com efeito, e considerando o interesse social no acesso a tais informações, não resta outra solução ao Ministério Público do Trabalho, senão o ajuizamento da presente ação para que se imponha aos demandados, judicialmente, a divulgação do Cadastro de Empregadores previsto na Portaria Interministerial MT/MMIRDH n. 4/2016.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. Competência da justiça do trabalho

A ação civil pública em apreço é sintomática da **inércia** da União quanto ao seu dever de dar publicidade, no âmbito do Ministério do Trabalho, ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, conforme previsão constante da Portaria Interministerial MT/MMIRDH n. 4, de 11 de maio de 2016, em vigor há mais de seis meses.

Como se evidenciará adiante, o Cadastro de Empregadores foi idealizado para robustecer o combate à escravidão contemporânea, que se alicerça na superexploração gananciosa da mão de obra humana e no aviltamento de direitos trabalhistas mínimos. Nesse passo, a **omissão** ora controvertida, para além do desrespeito ao direito fundamental à informação e aos compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil perante a comunidade internacional, finda por inviabilizar a plena materialização de dois fundamentos do Estado Democrático de Direito: o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Feita a necessária delimitação temática, ingressa-se, mais especificamente, no campo da competência material, para cuja definição é crucial, além do pedido, a causa de pedir, que, a seu viés, compreende tanto o fato gerador de incidência originária (causa de pedir remota) como o fato gerador de incidência derivada do pedido (causa de pedir próxima).

O caso em tela gravita em torno da sindicabilidade de ato estatal (pedido), em matéria afeta à seara do direito constitucional do trabalho, uma vez que a ausência de publicação do Cadastro de Empregadores (fato gerador de incidência originária do pedido) implica, em última análise, recusa ao cumprimento do projeto jurídico-constitucional de valorização do trabalho decente (fato gerador de incidência derivada do pedido).

Manoel Jorge e Silva Neto, ao se debruçar sobre o controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho (artigo com igual título publicado na Revista n. 37 do Ministério Público do Trabalho, quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1973), desenvolveu juízo similar:

Quando se formula pleito de adequação de política pública em virtude de descumprimento de norma constitucional que protege o trabalho humano, o fato gerador de incidência originária do pedido (causa de pedir remota), ou o fato propriamente dito (art. 282, III, parte inicial, CPC), é a circunstância inerente à presença/ausência de ato de governo, enquanto o fato gerador de incidência derivada do pedido (causa de pedir próxima), ou os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III, parte final, CPC), é a ofensa a proteção à relação de trabalho perseguida pela constituição de 1988, cuja manutenção e segurança foram afetadas pelo ato comissivo ou omissivo do poder público.

Examine-se, de outra parte, a atual redação do art. 114, incisos I e IX, da Constituição da República:

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

I — 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;

[...]

IX — outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Sob a égide da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho, bem se nota, não mais se restringe à apreciação de dissídios que envolvam vínculo de emprego, antes alcançando quaisquer controvérsias que decorram de relação de trabalho. Nesse passo, porque a alteração constitucional deu primazia ao **caráter objetivo da demanda**, em detrimento do viés subjetivista de outrora, a definição da competência material passou a ser presidida por critérios atrelados ao contexto sociojurídico da relação de trabalho em sentido amplo, sendo despicienda a presença na lide das figuras do empregado e do empregador.

Ademais, em consonância com os princípios de interpretação constitucional, nomeadamente o da máxima efetividade, o enquadramento de uma controvérsia no art. 114, incisos I e IX, da Lei Maior não supõe,

necessariamente, a existência de uma relação de trabalho anterior ou em concreto. Sob uma ótica progressista, basta que a causa de pedir esteja atrelada a uma possível violação do valor social do trabalho.

Nesse passo, como a pretensão deduzida por este *Parquet* — no sentido de ser imposta aos demandados a publicação do Cadastro de Empregadores, na forma Portaria Interministerial n. 4/2016 — preordena-se ao efetivo combate ao trabalho escravo contemporâneo, não remanescem dúvidas acerca da competência da Justiça do Trabalho para apreciá-la.

Entendimento análogo foi esposado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao dirimir controvérsia acerca da sindicabilidade, perante a Justiça Laboral, de políticas públicas para a prevenção e a erradicação de trabalho infantil, como se depreende da ementa a seguir transcrita:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, VISANDO IMPOR AO ENTE PÚBLICO A OBRIGAÇÃO DE ADOTAR POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ERRADICAÇÃO E PREVENÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. LITÍGIO INSERIDO NA EXPRESSÃO “RELAÇÕES DE TRABALHO”, PREVISTA NO ART. 114, INCISOS I E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Discute-se se a Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho para compelir o Município de Chapadinha a cumprir obrigação de fazer e não fazer — implementar políticas públicas para erradicar e prevenir o trabalho infantil. [...] **como a pretensão do Ministério Público do Trabalho é exatamente coibir o trabalho infantil — relação de trabalho em que o trabalhador é criança ou adolescente —, data venia é totalmente despropositada a exigência da existência de uma relação de trabalho anterior ou *in concreto* para inserir a discussão *sub judice* nos itens I e IX do art. 114 da Constituição Federal. Diversamente dessa interpretação restritiva do dispositivo constitucional, faz-se necessário adotar uma visão ampla da competência da Justiça do Trabalho, o que dará efetividade aos direitos fundamentais, que, segundo o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, são de aplicação imediata. A expressão “relações de trabalho”, dentro de uma visão vanguardista, abrange a discussão relativa à pretensão do *parquet* de erradicar o trabalho infantil, por meio da imposição ao ente público da adoção de medidas concretas. [...]** Assim, o réu, se omissor na adoção de políticas públicas para a prevenção e erradicação do trabalho infantil, deve responder perante esta Justiça especializada pela omissão do seu dever legal. Portanto, como a tutela inibitória pretendida pelo Ministério Público do Trabalho é a erradicação e a prevenção do trabalho por crianças e adolescentes, é exatamente a Justiça do Trabalho a única

constitucionalmente competente para apreciá-la. Recurso de revista conhecido e provido. [Destacou-se] (RR — 32100-09.2009.5.16.0006, Redator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 5.8.2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11.9.2015)

De outra parte, a Justiça do Trabalho não pode ser despojada da possibilidade de aferir o cumprimento dos deveres institucionais assumidos pelo Brasil quando da ratificação das Convenções ns. 29 (sobre trabalho forçado ou obrigatório) e 105 (sobre abolição do trabalho forçado) da OIT, ambas incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio e, não por acaso, citadas no preâmbulo da Portaria Interministerial n. 4/2016. Merecem destaque, a propósito, os arts. 2º (Convenção n. 105) e 24 (Convenção n. 29) dos aludidos diplomas internacionais:

Art. 2º Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção **se compromete a adotar medidas eficazes, no sentido da abolição imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório**, tal como descrito no art. 1 da presente convenção.

Art. 24. **Medidas apropriadas deverão ser tomadas em todos os casos para assegurar a estreita aplicação dos regulamentos concernentes ao emprego do trabalho forçado ou obrigatório**, seja pela extensão ao trabalho forçado ou obrigatório das atribuições de todo organismo de inspeção já criado para fiscalização do trabalho livre, seja por qualquer outro sistema conveniente. **Deverão ser igualmente tomadas medidas no sentido de que esses regulamentos sejam levados ao conhecimento das pessoas submetidas ao trabalho forçado ou obrigatório.** [Sem os destaques no original]

Há de se convir, ainda, que o Juiz do Trabalho tem vocação para apreciar controvérsias relacionadas ao labor, não apenas pela *expertise* de que é investido, mas, sobretudo, pelo olhar sensível às questões sociológicas e principiológicas do ambiente obreiro. É dizer: a competência desta Justiça Especializada para corrigir a omissão estatal ora alardeada constitui, a um só tempo, instrumento de promoção da justiça social e de revalorização da própria Justiça do Trabalho. É oportuna, no particular, a advertência de Luís Roberto Barroso:

De nada vale o processo em si ou por si, senão como instrumento de realização da justiça, em cumprimento ao contrato social originário da figura do Estado. Presta-se, pois, a dar concretude — a mais ampla e eficaz possível

— à aplicação das normas socialmente aceitas, por meio da intervenção jurisdicional (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84).

Ao fim, insta ressaltar a importância da atuação da Justiça do Trabalho, na condição de ramo especializado na proteção do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV), em processos como o que ora se examina. Nesse particular, são irretocáveis as lições do professor e Juiz do TRT da 2ª Região, Marcos Neves Fava, a seguir transcritas:

Justiça Social de sensibilidade epidérmica, em tradicional expressão do Juiz Francisco Antônio de Oliveira, a Justiça do Trabalho deve enfrentar os pedidos de nulidade de inclusão de nomes na lista suja com rigor extremado e clara posição ideológica da finalidade da criação de um mecanismo de proteção ao trabalho.⁽¹⁾

E, citando o professor Paulo Luiz Schmitd, prossegue destacando que:

(...) A alteração competencial não pode representar mera mudança de endereço do fórum em que são armazenados os autos dos processos. Precisa refletir avanço social, para a construção de uma sociedade mais justa, como preceitua a Constituição da República. O calejamento do Juiz do Trabalho no trato cotidiano das violações às garantias mínimas do cidadão trabalhador haverá de servir de esteio a decisões não titubeantes, não apegadas ao senso formal exagerado e não estéreis, do ponto de vista social.⁽²⁾

Finaliza o renomado juiz destacando que:

Importante papel desempenhará a Justiça do Trabalho na rejeição das manobras processuais de desvio da aplicação dos termos da Portaria (...), sobrelevando sua missão de guardião da cidadania do trabalhador e sublinhando seu caráter social, de há muito amadurecido, ao embalo de sua especialização histórica.⁽³⁾

(1) Combate ao trabalho escravo: 'lista suja' de empregadores e atuação da justiça do trabalho. *Revista LTr*, v. 69, n. 11, p. 1330, nov. 2005, grifos nossos.

(2) *Op. cit.*, p. 1330, grifos nossos.

(3) *Op. cit.*, p. 1332.

À luz do exposto, o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para a demanda em tela é medida que se impõe.

2.2. Premissas Teórico-jurídicas: escravidão contemporânea e políticas de enfrentamento

2.2.1. Delimitação congnotiva da escravidão contemporânea

A abolição oficial da escravidão não significou sua redenção. Embora a Lei Áurea tenha eliminado formalmente a possibilidade jurídica de se exercer sobre o homem o direito de propriedade, ela deixou de implementar reformas sociais, principalmente fundiárias, que viabilizassem a reconstrução do País e, assim, a emancipação do problema.

Na verdade, o Brasil continuou sendo um país escravocrata, pois em suas terras permanece existindo a chamada escravidão contemporânea, uma escravidão camuflada, dissimulada e periférica, muito decorrente da continuação da situação de exploração à qual permaneceram submetidos os negros, à míngua de qualquer mudança estrutural no cenário econômico e social do período pós-abolicionista, ainda caracterizado pelo latifúndio e pelo coronelismo.

A perpetuação das condições de miserabilidade dos escravos recém-“libertos” já delineava, desde aquela época, o perfil da escravidão contemporânea. A fragilidade das leis que regulavam as relações de trabalho, pautadas sob a fantasiosa égide da “liberdade de contratar”, impunha aos ex-escravos e demais camponeses vulneráveis a submissão às mesmas condições de superexploração, quiçá piores, do escravismo colonial. O conteúdo do contrato de trabalho permanecia incólume ao alvitre do empregador, que, sem espaço para tratativas ou negociações, impunha sórdidas condições, aceitas em razão da pobreza, do desemprego, da desqualificação, da fome e de outras mazelas que afligiam o trabalhador. O parco salário, insuficiente para prover suas necessidades básicas, fomentava, em grande medida, o aumento do número de casos de escravidão por dívida.

De forma semelhante ao passado, a escravidão dos dias atuais trata de uma forma de grave violação a direitos fundamentais que limita o livre-arbítrio da vítima, atingindo-lhe o *status libertatis* e, com efeito, a dignidade. Suprime seus direitos mais caros, intrinsecamente ligados à individualidade do homem, à racionalidade do indivíduo; viola valores, bens e princípios sagrados,

essenciais à sobrevivência e à preservação da condição humana; ofende, pois, os direitos fundamentais inerentes à própria existência, arraigados à liberdade e à igualdade, valores que dão suporte à noção de dignidade.

A escravidão contemporânea deve ser concebida, com efeito, como o uso e descarte de seres humanos: o limite necessário para garantir o lucro máximo. Cuida-se da superexploração gananciosa do homem da forma mais indigna possível: na escravidão dos dias atuais, o ser humano é transformado em propriedade do seu semelhante; e isto ocorre a tal ponto que se anula o poder deliberativo da sua função de trabalhador: ele pode até ter vontades, mas não pode realizá-las.

Escravidão é, como afirma Raquel Dodge, tornar o ser humano uma coisa, retirando-lhe a humanidade, a condição de igual e a dignidade. É algo que “atinge a liberdade do ser humano em sua acepção mais essencial e também mais abrangente: a de poder ser. (...) O escravo perde o domínio sobre si, porque há outro que decide por ele”.⁽⁴⁾

Com efeito, se a escravidão é a supressão ou a significativa restrição da autonomia, da autodeterminação, do livre-arbítrio, e se são estes elementos que conferem ao homem o atributo ímpar da dignidade, podemos dizer, nesse mesmo traçado, que a escravidão viola a dignidade humana. Trata-se, pois, de uma forma de grave violação a direitos fundamentais que limita o livre-arbítrio da vítima, atingindo-lhe a dignidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao confirmar a competência material da Justiça Federal para processar e julgar o crime previsto no art. 149 do Código Penal, reconheceu a escravidão contemporânea como uma violação aos direitos fundamentais de todos aqueles que emprestam sua força de trabalho à produção de bens e capitais, violados em sua dignidade, motivo pelo qual a Corte visualiza no referido tipo penal um atentado contra a Organização do Trabalho.⁽⁵⁾

(4) DODGE, Raquel. *Apud* CAZETA, Ubirattan. O trabalho escravo ainda resiste. In: *As possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007. p. 111.

(5) DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DE TRABALHADORES. ART. 109, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como

A escravidão se apresenta, assim, tanto por meio do cerceamento da liberdade de ir e vir, como também pela ausência de salários dignos, pelas condições de trabalho completamente insatisfatórias, pelo alojamento e alimentação inadequados, pelo fornecimento de mercadorias a custos elevados, pelas péssimas condições sanitárias e de higiene, pelo conjunto de fatores que, enfim, implica grave violação dos direitos humanos e fundamentais da pessoa trabalhadora.⁽⁶⁾

A escravidão atenta, pois, contra a dignidade do homem que se opõe à sujeição ao poder incontrastável de outro homem, anulando sua personalidade.⁽⁷⁾ A escravidão suprime direitos que lhe são intrinsecamente ligados à individualidade da pessoa, à racionalidade do indivíduo; viola valores, bens e princípios sagrados, essenciais à sobrevivência e à preservação da condição humana; ofende, pois, os direitos fundamentais inerentes à existência do homem, arraigados à liberdade e à igualdade, valores que dão suporte à própria noção de dignidade.

violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhe são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 398.041-6/PA. Recorrido: Silvio Caetano de Almeida. Recorrente: Ministério Público Federal. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Publicado no DJE n. 241, em 19.12.2008). Em seu voto, o Min. Rel. Joaquim Barbosa foi preciso: “Pela preservação da sua dignidade intrínseca, é inadmissível pensar que o respectivo sistema de organização do trabalho, atividade que dignifica o homem e em que ele se aperfeiçoa completamente, possa ser concebido unicamente à luz do que tradicionalmente se passou a caracterizar como ‘órgãos e instituições’, excluindo-se dessa relação o ator principal de todo o sistema, isto é, o homem, esse ser dotado de dignidade intrínseca. Não. Data venia dos que esposam pontos de vista diferentes, entendo que o componente humano, sobretudo em virtude da proteção elevada que a Constituição outorga à sua dignidade, deve sim, ser considerado elemento indissociável da organização do trabalho. A Constituição, no art. 109, VI, determina que são da competência da justiça federal ‘os crimes contra a organização do trabalho’, sem explicitar que delitos se incluem nessa categoria. Embora no Código Penal brasileiro haja um capítulo destinado a tais crimes, o entendimento doutrinário jurisprudencial dominante é no sentido de que não há correspondência taxativa entre os delitos capitulados no referido Código e aqueles indicados na Constituição, cabendo ao intérprete verificar em quais casos se está diante de um ‘crime contra a organização do trabalho’.”

(6) JOANONI NETO, Vitale (e outros). Trabalho, mundo do trabalho e trabalhadores na contemporaneidade: entre o discurso do novo e a violência de sempre. In: *Privação de liberdade ou atentado à dignidade...*, cit., p. 305.

(7) FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Direito penal e crimes contra a pessoa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 369.

A escravidão é, portanto, uma das formas mais gravosas (se não for a maior) de privar o homem de sua dignidade, furtando-lhe seus direitos mais caros, recusando-lhe sua racionalidade e renegando-o a mero objeto fungível, uma mercadoria descartável, uma coisa facilmente substituível. Fere de morte regras e princípios elevados à condição de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, tais como os abaixo mencionados e transcritos.

A proteção à dignidade da pessoa humana, à cidadania e aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

I — a cidadania

II — a dignidade da pessoa humana;

III — os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

A vida, a liberdade, a igualdade e a segurança:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

A construção de sociedade livre, justa e solidária:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I — construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais:

Art. 3º (...)

III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A promoção do bem de todos:

Art. 3º (...)

III — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A prevalência dos direitos humanos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

III — prevalência dos direitos humanos.

A não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante:

Art. 5º (...)

III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem:

Art. 5º (...)

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão:

Art. 5º (...)

XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

A liberdade de locomoção:

Art. 5º (...)

XV — é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

A função social da propriedade:

Art. 5º (...)

XXIII — a propriedade atenderá a sua função social.

A proibição de trabalhos forçados:

Art. 5º (...)

XLVII — não haverá penas: (...)

c) de trabalhos forçados.

A valorização do trabalho humano e a justiça social:

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 (...).

Exatamente nesse sentido, o Ministério do Trabalho reconheceu, em sua manifestação nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.209/DF, que

“A conduta de manter trabalhadores em condições análogas à de escravo se coloca em incontornável conflito com diversas disposições constitucionais. De fato, a Constituição Federal, em seu art. 1º, encarta a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos do Estado brasileiro.

O Texto Magno pugna que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho, tendo como princípios, dentre outros, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (CF, art. 170, *caput*, incisos III e VIII). Registre-se, ademais, que o Texto Magno estipula que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, inciso III).” (itens 18 e 19, fl. 3).

A escravização do ser humano revela-se, assim, agressão que ultrapassa as barreiras estritamente jurídicas, passando a afrontar preceitos com forte carga axiológica. Isto porque discorrer sobre trabalho escravo significa se debruçar sobre os princípios erigidos no texto constitucional como pilares do Estado Democrático de Direito, princípios esses com forte cunho valorativo e detentores de força normativa própria sempre que houver demanda social a justificar.

Em perfeita simetria com a exata delimitação cognoscitiva da escravidão contemporânea, a Lei n. 10.803/2003 deu nova redação ao art. 149 do Código Penal ao estabelecer um tipo analítico, *numerus clausus*, que confere maior segurança jurídica tanto por estabelecer exaustivamente os modos de execução, de maneira a excluir da tipificação qualquer outra situação que não esteja definida no dispositivo, mas, sobretudo, por contemplar uma delimitação conceitual mais precisa, de modo a abranger os principais fatores capazes de tolher a autodeterminação da vítima.

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

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

A novel redação foi capaz, portanto, de esclarecer didaticamente o que vem a ser o trabalho escravo, facilitando, desta forma, a tipificação do delito.

2.2.2. O cadastro de empregadores como relevante política pública de enfrentamento à escravidão contemporânea

Para se compreender o engajamento do Brasil no enfrentamento à escravidão contemporânea, é preciso conhecer a história do final da década de 1980 e início da década de 1990. Até então, o País não reconhecia a existência de escravidão em suas terras, embora há muito já houvesse relatos, registros e denúncias nesse sentido.

Todas as políticas públicas de combate ao trabalho escravo, inclusive o instrumento cuja publicação se busca por meio da presente ação, qual seja, o *Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo*, decorreram de fatos ocorridos naquele período. Em outras palavras, foi preciso escancarar para o mundo uma realidade pungente para que o País reconhecesse o problema e, então, passasse a tomar medidas de enfrentamento.

Vamos aos fatos.

Em 1989, o adolescente de 17 anos de idade chamado José Pereira era escravizado na Fazenda Espírito Santo, localizada em Sapucaia, no Estado

do Pará. Ele e outros companheiros (sessenta trabalhadores, posteriormente resgatados), que trabalhavam, sob vigilância armada, no preparo do solo e na formação da pastagem para alimentação do gado, eram trancados no barracão na hora de dormir e possuíam dívidas impagáveis decorrentes da compra de produtos inflacionados no armazém da fazenda.

Juntamente com um colega de trabalho conhecido por Paraná, José Pereira aproveitou um breve momento de folga durante a madrugada para evadir-se do local. Na tentativa de fuga, no entanto, os dois foram perseguidos e emboscados pelos capatazes, que logo abriram fogo contra os fugitivos. José Pereira levou um tiro no olho, fingiu-se de morto para despistar os algozes, conseguiu sobreviver e pediu socorro à Fazenda Brasil Verde e à Comissão Pastoral da Terra. Paraná, no entanto, não teve a mesma sorte do seu colega, falecendo no local.

A Comissão Pastoral da Terra, que já havia denunciado a Fazenda Espírito Santo pela prática de trabalho escravo desde 1987, acompanhou o caso do adolescente. A demora na responsabilização criminal dos envolvidos e a ineficácia e o desinteresse do aparato estatal na recomposição dos bens jurídicos lesados fizeram a CPT levar o caso para instâncias externas.

Diante da pressão internacional, o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade em relação ao caso, decorrente da incapacidade dos órgãos estatais no sentido de prevenir a ocorrência do trabalho escravo e de punir os responsáveis por aquela grave violação aos direitos humanos, assumindo o compromisso de tomar uma série de medidas administrativas e legislativas, preventivas e punitivas, com o objetivo de erradicar o trabalho escravo contemporâneo.

Muito embora a assunção da responsabilidade pelo Estado e a celebração do referido acordo internacional somente tenham ocorrido no ano de 2003 (sobre o qual falaremos especificamente em tópico próprio da presente ação), desde meados da década de noventa, após o recebimento da denúncia no âmbito da OEA, o Estado brasileiro iniciou um processo de reconhecimento da escravidão e passou a criar estruturas específicas para a sua erradicação.

Dentre as mais relevantes políticas públicas de combate à escravidão contemporânea, merecem destaque: a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, com a finalidade de coordenar a atuação fiscal móvel e potencializar o combate ao trabalho escravo; o pagamento do benefício do seguro-desemprego ao trabalhador resgatado; a celebração do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo; a criação da Comissão

Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo; e a promulgação da Emenda n. 81 ao texto constitucional, passando a prever a expropriação de imóveis onde for localizada a exploração do trabalho escravo.

No entanto, **a mais importante política adotada pelo Estado brasileiro no sentido de combater a escravidão talvez tenha sido a implementação**, em novembro de 2003, por meio da Portaria n. 1.234 do Ministério do Trabalho,⁽⁸⁾ **de um cadastro nacional onde constam os nomes dos empregadores vinculados à prática deplorável do trabalho escravo**.

Atualmente, o Cadastro observa as regras previstas na Portaria Interministerial n. 4, de 11 de maio de 2016, que exige decisão administrativa exauriente que mantenha incólume o auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal, na qual tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a trabalho escravo. Vejamos:

Art. 2º O Cadastro de Empregadores será divulgado no sítio eletrônico oficial do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), contendo a relação de pessoas físicas ou jurídicas atuadas em ação fiscal que tenha identificado trabalhadores submetidos à condições análogas à de escravo.

§ 1º A inclusão do empregador somente ocorrerá após a prolação de decisão administrativa irrecorrível de procedência do auto de infração lavrado na ação fiscal em razão da constatação de exploração de trabalho em condições análogas à de escravo.

O nome da pessoa, seja ela física ou jurídica, será mantido no cadastro pelo período de dois anos, ficando a exclusão condicionada à regularização das condições de trabalho:

Art. 3º O nome do empregador permanecerá divulgado no Cadastro por um período de 2 (dois) anos, durante o qual a Inspeção do Trabalho realizará monitoramento a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho.

Parágrafo único. Verificada, no curso do período previsto no *caput* deste artigo, reincidência na identificação de trabalhadores submetidos à condições análogas à de escravo, com a prolação de decisão

(8) A Portaria do MTE (atualmente MTPS) n. 1.234/2003 foi posteriormente substituída pela Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, que, por sua vez, foi revogada pela Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011. Atualmente, a lista suja observa as regras previstas na Portaria Interministerial n. 4, de 13 de maio de 2016, que revogou a anterior.

administrativa irrecorrível de procedência do novo auto de infração lavrado, o empregador permanecerá no Cadastro por mais 2 (dois) anos, contados a partir de sua reinclusão.

O Ministério do Trabalho não desconhece a relevância deste mecanismo no enfrentamento à escravidão contemporânea. Em sua manifestação nos autos da ADI n. 5.209/DF, aquiesce expressamente que o Cadastro “pretende coibir” a conduta do trabalho em condições análogas à de escravo, motivo pelo qual está em perfeita consonância com “o conteúdo de nossa Carta Magna”, tratando-se, portanto, de “instrumento administrativo específico” que pretende implementar “uma política de efetivação do programa constitucional posto” (itens 21 e 22, fl. 3).

Considerado pela Organização Internacional do Trabalho algo que deva servir de exemplo a outros países do mundo⁽⁹⁾, o Cadastro possui a inegável relevância de **tornar públicos os atos da Administração, além de servir de parâmetro para o desenvolvimento de políticas de responsabilidade social**, mormente o gerenciamento de eventuais riscos porventura decorrentes da celebração de relações comerciais com empregadores autuados por submeterem seus trabalhadores a situações de escravidão.

Afinal, em nome da concorrência leal, é inegável que a concessão de créditos fiscais deva ser realizada de forma distinta para os empregadores que respeitam integralmente a legislação socioambiental-trabalhista e os escravagistas que agridem o direito humano absoluto e inderrogável de não ser submetido à escravidão. Neste particular, o Cadastro de Empregadores, cuja publicação se busca por meio da presente ação, revela-se o instrumento adequado para que instituições financeiras restrinjam a concessão de crédito público e privado àqueles figurantes na lista.

É de bem exortar, no entanto, que a inclusão do nome do empregador no Cadastro não possui finalidade punitiva, não se traduzindo, portanto, numa sanção. Na verdade, eventuais restrições creditícias decorrentes da inclusão no Cadastro de Empregadores decorrem de recomendações

(9) Laís Abramo, Diretora da OIT no Brasil, enfatiza que nosso país é uma referência internacional na luta contra o trabalho escravo: “Isso está expresso nos relatórios globais sobre o trabalho forçado, elaborados periodicamente pelo diretor geral da OIT. Desde 2005, o Brasil aparece como um país que tem realmente feito um esforço muito grande no sentido da prevenção e da erradicação do trabalho forçado. A primeira questão que é destacada quando se analisa a experiência brasileira [...] é o fato de o país ter reconhecido oficialmente a existência do problema” (SDH. 10 anos de Conatrae. Trabalho escravo e escravidão contemporânea. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SDH, 2013. p. 22).

públicas e privadas nesse sentido, sempre com a finalidade de viabilizar a responsabilidade social dos destinatários das recomendações.

2.2.3. A natureza meramente informativa e a inexistência de caráter punitivo do cadastro

Como visto, a inclusão do nome do empregador no Cadastro não possui finalidade punitiva, não se traduzindo numa sanção. Na verdade, a referida lista foi instituída pelo Ministério do Trabalho com o objetivo primordial de registro, para posterior monitoramento, dos empregadores flagrados pela fiscalização submetendo trabalhadores a condições análogas à de escravo, tendo, portanto, objetivos meramente informativos.

E, como a atuação fiscalizatória do Poder Executivo ocorre *ex officio*, qualquer instrumento que vise dar efetividade à referida ação, da mesma forma, independerá de prévia lei específica, até porque o cadastro, por si só, como o próprio nome está a indicar, não fere qualquer direito individual.

A publicação do referido Cadastro não condena ninguém; ao revés, simplesmente faz cumprir o princípio constitucional da publicidade do ato administrativo e da transparência na Administração Pública, assegurando, por via de consequência, diversas outras garantias constitucionais.

Também neste ponto **não existe controvérsia, pois a Advocacia-Geral da União**, em sua manifestação nos autos da ADI n. 5.209/DF, **ressalta o caráter estritamente informativo do Cadastro**:

Assim, a inclusão de determinado empregador no referido cadastro não constitui ato punitivo, pois tem por finalidade, tão somente, tornar público o resultado de processo administrativo em que se concluiu pela ocorrência da utilização de mão de obra sujeita a condição análoga à de escravo por parte de certa empresa ou pessoa física, o que se coaduna com um dos princípios que regem a Administração Pública, qual seja, o princípio da publicidade, contemplado no art. 37, *caput*, da Carta Republicana (fl. 24).

A manifestação do Ministério do Trabalho nos autos da mencionada ADI não diverge:

Registre-se, ainda, que o cadastro, em si, não tem o condão de criar ou obstaculizar direitos, mas, apenas, de estabelecer uma escrituração administrativa hábil a fornecer dados suficientes para orientar a ação do Governo, baseada em suas competências legais, no sentido de combater

esta prática patentemente ilegal, não somente do ponto de vista penal, mas também administrativo (item 48, fl. 6).

Ademais, nesse mesmo sentido vêm decidindo os Juízes Federais do Trabalho, como se vê do seguinte trecho de brilhante decisão interlocutória da lavra da Juíza Anelise Haase de Miranda:

A Portaria (...) que criou o Cadastro de Empregadores é apenas uma das manifestações do poder de polícia administrativa do qual dispõem os órgãos da Administração Pública para a consecução de suas finalidades. (...)

(...) Aliás cumpre esclarecer que a Portaria (...) não prevê a restrição financeira a empréstimos ou qualquer outra penalidade administrativa para os nomes incluídos no Cadastro de Empregadores. (...)

A Portaria (...) que cria o Cadastro de Empregadores no âmbito do MTE está revestida de total legalidade eis que tem como fundamento jurídico: a) o poder de polícia administrativa do qual dispõe os agentes políticos e servidores do Ministério do Trabalho e Emprego; b) a competência administrativa da União para realizar a inspeção do trabalho, disposta no art. 21, inciso XXIV, da CF/88; c) a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho — art. 626 da CLT e d) na finalidade específica do MTE de erradicar ‘o trabalho escravo e degradante por meio de ações fiscais coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho’.⁽¹⁰⁾

Entende o Ministério Público, inclusive, que os mandados de segurança que vêm sendo impetrados por indeferimento do pedido de tutela antecipada merecem extinção sem resolução do mérito, uma vez inobservada a condição específica da ação mandamental, que é a existência de direito líquido e certo. Da lavra de Lúcia Valle Figueiredo extrai-se o seguinte ensinamento:

O direito líquido e certo aparece em duas fases distintas no mandado de segurança. Aparece, inicialmente, como condição da ação. É o direito líquido e certo ao lado das demais condições da ação, requisito de admissibilidade do mandado de segurança. Em consequência, o próprio conceito de direito líquido e certo

(10) Decisão proferida nos autos do Processo n. 01383-2005-118-08-00-9, em que são partes Alfrides José Bauer e União Federal.

incide duas vezes. Incide de início no controle do juiz. Quando se apresenta a inicial, impende ao juiz verificar se há — como diz o professor Sérgio Ferraz — a plausibilidade da existência do direito líquido e certo. O problema que se coloca, a seguir, é de como aparece o direito líquido e certo no final do mandado de segurança. É dizer, instruído o mandado de segurança, se o juiz apresentou o direito líquido e certo inicialmente, mesmo assim, poderá, a final, o juiz dizer que inexistente tal direito (...).⁽¹¹⁾

Isto porque ainda que a Portaria Interministerial n. 4/2016 contivesse previsão de restrição de crédito, o que não ocorre, ainda assim, é importante destacar que o acesso ao dinheiro público não é direito líquido e certo de nenhum cidadão.

Afora isso, a restrição ao crédito que, ressalte-se, é empreendida pelas instituições bancárias e não pelo Ministério do Trabalho, tem sua razão de ser diante da possibilidade de o empregador vir a perder sua propriedade para o Estado. Afinal, como é cediço, a Constituição Federal já prevê esta possibilidade no *caput* do art. 243. Vejamos:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Diante desse quadro, pergunta-se que garantia terá o governo ao conceder financiamento de dinheiro público a empregadores que podem vir a perder sua propriedade, única garantia de pagamento do crédito?

Ademais, conforme já frisado linhas acima, é inegável que, em nome da concorrência leal, a concessão de créditos fiscais não pode ser realizada de forma indistinta para os empregadores que respeitam integralmente a legislação socioambiental-trabalhista e os escravagistas que agridem o direito humano absoluto e inderrogável de não ser submetido à escravidão. Neste particular, **o Cadastro de Empregadores, cuja publicação se busca por meio da presente ação, revela-se o instrumento adequado para que instituições financeiras restrinjam a concessão de crédito público e privado àqueles figurantes na lista.**

(11) *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 17.

Assim é que se espera do Judiciário Trabalhista seja mantida a sua posição de vanguarda na garantia da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil (art. 1º, incs. III e IV), determinando aqui a publicação do Cadastro de Empregadores que, em pleno século XXI, submetem seres humanos a condições degradantes de trabalho e, muito provavelmente, obtêm dinheiro público para financiar esta nefasta prática.

2.3. A constitucionalidade do cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo

2.3.1. Respeito aos princípios constitucionais da legalidade, ampla defesa e presunção de inocência

Por meio da Portaria Interministerial n. 4/2016, os Ministros de Estado do Trabalho e das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos, em face da gravidade profunda das práticas que reduzem trabalhadores a condições análogas à de escravo, deliberaram divulgar, para conhecimento público, informações de interesse coletivo e geral, conforme previsão do art. 5º, XXXIII, Constituição da República.

Formalmente, a referida Portaria extrai fundamento de validade do art. 87, parágrafo único, II, da Constituição da República, que reconhece competência a Ministros de Estado para a expedição de instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: (...)

II — expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

A fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista compete, por delegação legal (Lei n. 10.593/2002), ao Ministério do Trabalho: a ele cabe, portanto, editar portarias e outros atos disciplinando as suas ações, estabelecendo programas e criando métodos que permitam a troca de informações entre os demais órgãos da administração pública.

A Portaria não desborda das normas constitucionais de competência. Ao veicular o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, concebe um ato administrativo ordinatório interno, com prescrições voltadas à Administração Pública, como sói ocorrer com atos desta natureza, e não aos administrados. Assim, não cria direitos ou obrigações ao particular, não ofendendo o princípio da legalidade.

Ademais, a Portaria Interministerial n. 4/2016, que estabelece o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, não retira seu fundamento de validade exclusivamente do texto constitucional, mas de uma série de normas infraconstitucionais que tratam do tema da escravidão contemporânea.

O próprio Ministério do Trabalho corrobora nesse sentido. Ao se manifestar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.209/DF, anotou que

...a portaria em comento possui fundamento no disposto no art. 21, inciso XXIV, da Constituição Federal, que assevera competir à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; e no art. 87, parágrafo único, inciso I, da CF, que diz competir ao Ministro de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência.

Se não bastasse esse plexo de normas constitucionais que concedem fundamento de validade aos atos normativos impugnados, cumpre registrar que estes contam ainda com rico substrato infraconstitucional de legitimação, de modo a justificar a competência normativa do Ministro do Trabalho e Emprego para editá-los, com amparo no art. 87, inciso II, da Constituição (itens 33 e 34, fl. 4).

E conclui:

Inexiste, portanto, qualquer ofensa aos princípios da reserva legal ou da separação dos poderes (item 42, fl. 5).

Também a Advocacia-Geral da União, manifestando-se nos autos da referida ADI, mencionou expressamente que “os diversos atos normativos infraconstitucionais, de caráter legal ou supralegal, que tratam da questão do trabalho escravo (...) fundamentam a edição da portaria”, dentre os quais, convenções internacionais que “preveem a adoção imediata de medidas legislativas e administrativas para a erradicação do trabalho escravo”. Ainda de acordo com a manifestação da AGU, a Portaria “consiste, portanto, em ato normativo de organização, destinado a definir as instruções para a execução das disposições acima enunciadas”. E arremata:

“Evidencia-se, desta maneira, a compatibilidade do ato normativo em exame com os princípios da legalidade e da reserva legal, haja vista a existência de diversos diplomas legais e de convenções internacionais que fundamentam a sua edição.” (fl. 21)

Ademais, conforme já analisado, cabe precipuamente ao Ministério do Trabalho a fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas, sendo salutar que mantenha um cadastro de empregadores já flagrados com “mão de obra em condições análogas à de escravo”, para que possa monitorá-los, evitando que novas irregularidades ocorram. É o que se extrai do art. 4º da mencionada portaria:

Art. 4º A Fiscalização do Trabalho realizará monitoramento pelo período de dois anos após da data da inclusão do nome do infrator no Cadastro, a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho.

§ 1º Uma vez expirado o lapso previsto no caput, e não ocorrendo reincidência, a Fiscalização do Trabalho procederá à exclusão do nome do infrator do cadastro.

Os efeitos fáticos perante particulares decorre do caráter informativo e das sanções morais pertencentes ao mundo ontológico, a exemplo do que ocorre com outros cadastros negativos, como no caso dos serviços protetivos do crédito. Enfim, são sanções que se resolvem no plano da iniciativa particular do indivíduo que busca a informação e se indigna com seu conteúdo. Antes, o Cadastro assegura o acesso à informação e concretiza o princípio da publicidade.

É de bem exortar, ademais, que a Portaria é bastante clara ao preservar incólume o contraditório e a ampla defesa do empregador flagrado explorando trabalhadores em condições análogas à de escravo. Ora, a inclusão do nome do infrator no cadastro somente se efetiva após a decisão final e exauriente, no âmbito da administração, sobre a legalidade do auto de infração, consoante dispõem os §§ 1º e 2º do art. 2º. Vejamos:

§ 1º A inclusão do empregador somente ocorrerá após a prolação de decisão administrativa irrecorrível de procedência do auto de infração lavrado na ação fiscal em razão da constatação de exploração de trabalho em condições análogas à de escravo.

§ 2º Será assegurado ao administrado, no processo administrativo do auto de infração, o exercício do contraditório e da ampla defesa a respeito da conclusão da Inspeção do Trabalho de constatação de trabalho em condições análogas à de escravo, na forma dos art. 629

a 638 do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) e da Portaria MTPS n. 854, de 25 de junho de 2015.

Também aqui não há controvérsia: a Advocacia-Geral da União, em sua manifestação na ADI n. 5.209/DF, deixa claro que a inclusão do nome no Cadastro previsto na Portaria é precedido de processo administrativo no qual se assegura o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Vejamos:

Nesse sentido, é necessário ressaltar que a inclusão do nome de qualquer empresa ou pessoa física no cadastro de que trata o diploma questionado é precedida de processo administrativo, no qual devem ser observadas as garantias constitucionais mencionadas. Com efeito, aplicam-se à matéria as disposições constantes dos arts. 626 a 642 da Consolidação das Leis do Trabalho, que disciplinam o processo administrativo de imposição de multa pelo descumprimento das normas de proteção ao trabalho e preveem, dentre outras garantias, a oportunidade para apresentação de defesa (art. 629, § 3º, da CLT), para produção de provas (art. 632 da CLT) e para interposição de recurso (art. 635 da CLT).

Constata-se, portanto, que o empregador fiscalizado tem a oportunidade de exercer as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa após a lavratura do auto de infração, no decorrer do respectivo processo administrativo. Assim, seu nome apenas será incluído no cadastro após o exaurimento da instância administrativa, caso reste demonstrada a ocorrência de submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravo.

O Ministério do Trabalho, manifestando-se nos autos da mencionada ADI ratifica o respeito ao devido processo legal no âmbito administrativo:

Nesse sentido, antes da decisão administrativa final e do decorrente ato de inclusão, são oportunizados ao empregador, todos os meios para insurgir-se contra as infrações que lhe são imputadas, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa (item 51, fl. 6).

No particular, insta observar que a Exma. Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, ao decidir monocraticamente a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, fez questão de registrar, expressamente, que os pontos questionados na peça inicial, inclusive a ausência de dispositivos que indicassem o caminho para que o administrado pudesse exercer o seu direito à ampla defesa administrativa, foram devidamente sanados pela novel Portaria n. 4/2016. Vejamos:

Não se há de desconhecer que os pontos questionados na peça inicial da ação foram sanados na Portaria superveniente e revogadora daquel'outra pelo que também por isso não se sustentariam eventual argumento quanto ao indevido seguimento da presente ação. (Sem destaques no original)

Ademais, se o procedimento de autuação fiscal possibilita o amplo direito de defesa e a sua legalidade pode, inclusive, ser discutida em juízo, preserva-se incólume o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, resta-nos tecer breves comentários ao princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade. Como é cediço, o referido princípio é dirigido estritamente ao campo do Direito Penal, não devendo se alastrar sua aplicação para todo e qualquer direito sancionador. Ora, não há de se falar, por exemplo, em presunção de inocência ou não culpabilidade em uma autuação do IBAMA por violação da legislação ambiental ou de um condutor que dirige seu carro em excesso de velocidade.

Na verdade, o dispositivo constitucional que assegura a todos não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), até mesmo à guisa de uma interpretação literal, limita-se à seara penal. E é evidente que o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo não pretende atribuir aos incluídos a condição de infratores da lei penal (até porque não há qualquer sanção dela decorrente, muito menos de caráter penal tal qual a fixação da pena de reclusão); intenta, sim, atribuir-lhes a condição de infratores da lei no que pertine tão somente ao âmbito administrativo.

É exatamente assim que entende o Ministério do Trabalho; senão vejamos trecho de sua manifestação nos autos da ADI n. 5.209/DF:

Nesta ótica, não se está a atribuir a condição de culpado em termos penais, mas tão somente em termos administrativos, e, ainda assim, apenas para o efeito de inclusão na respectiva lista (item 53, fl. 7).

E, nessa esteira, não se olvide a independência entre as instâncias penais e administrativas, sobre o que os Tribunais Superiores já se manifestaram exaustivamente, revelando-se desnecessária a transcrição de julgados no particular, mormente pela notoriedade do tema.

Ademais, ainda que se pudesse falar em presunção de inocência, o art. 2º da portaria interministerial prevê a divulgação das autuações que já

tenham sido objeto de decisão administrativa final, isto é, após a conclusão do devido processo legal na seara administrativa.

Portanto, ainda que se aplique o princípio constitucional da presunção de inocência no direito administrativo, cuidou a portaria e, igualmente, esta ação judicial, em respeitar a conclusão do devido processo legal administrativo.

Nesse mesmo sentido, e por um outro prisma, a inclusão na lista não representa penalidade. Pelo contrário: a divulgação dos nomes de empresas que se utilizam de trabalho em condições análogas à de escravo busca, única e exclusivamente, dar publicidade às ações desenvolvidas pelo Ministério do Trabalho.

2.3.2. O direito fundamental à informação e os princípios administrativos da publicidade e da transparência

Não bastassem os argumentos jurídicos até então dispendidos, a publicação do Cadastro de Empregadores previsto na Portaria Interministerial n. 4/2016 também se justifica no **direito fundamental de acesso à informação** catalogado no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Como é cediço, o referido direito constitucional foi **regulamentado unitária e sistematicamente pela Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**, que deu concretude e materialização jurídica ao direito garantido a todos os cidadãos de acesso amplo a informações e documentos produzidos pela Administração Pública.

A garantia do direito de acesso a informações públicas como regra geral é um dos grandes mecanismos da consolidação do regime democrático. Além de indispensável ao exercício da cidadania, o acesso à informação pública revela-se um dos mais fortes instrumentos de combate à corrupção, de modo que a referida legislação objetiva, sobretudo, promover a ética e ampliar a transparência do setor público.

Com efeito, à vista da grandeza do direito em jogo, a Lei de Acesso à Informação determina que os órgãos e entidades públicas deem ampla publicidade às informações em geral, destacando-se, no particular, **o resultado de inspeções realizadas pelos órgãos competentes**. Senão, vejamos no que interessa:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...)

II — informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; (...)

V — informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; (...)

VII — informação relativa: (...)

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

A publicação do Cadastro de Empregadores nada mais é, em termos práticos, do que conferir publicidade ao resultado de inspeções promovidas pela auditoria do trabalho, especificamente no que diz respeito aos administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência de auto de infração capitulado no art. 444 da CLT. Em outras palavras, a publicação do cadastro previsto na Portaria Interministerial n. 4/2016 tem por finalidade precípua dar transparência aos atos administrativos resultantes de ações fiscais que flagraram a exploração de trabalho em condições análogas à de escravo.

Como se vê, o enfoque constitucional-administrativo que respalda a edição da Portaria é o da **publicidade, transparência da ação governamental** e do **acesso à informação**. A iniciativa prevista na Portaria é análoga à de divulgação de informações de interesse público no Portal da Transparência (www.portaltransparencia.gov.br), mantido pelo próprio Poder Executivo Federal.

Na referida página eletrônica estão contidas informações relevantes sobre receitas, despesas e também sanções administrativas, inclusive a pessoas físicas e jurídicas, servidores, para que o cidadão tenha acesso à atuação estatal e ao estado do governo.

Sem dúvida, a divulgação da lista de pessoas que se valem de trabalho análogo ao de escravo encontra semelhança constitucional com a situação em tela. Nesse sentido foi o trecho do parecer exarado pelo Excelentíssimo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, datado de 19 de outubro de 2015, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.209/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, p. 21-22:

[...]

A seção do Portal da Transparência relativa a sanções assemelha-se ao cadastro objeto da portaria impugnada. Ali existem, entre outras, informações sobre a) o **Cadastro de Empresas e Pessoas Físicas Sancionadas** (CEIS), com relação de empresas e pessoas físicas punidas com restrição para participar de licitações ou para celebrar contratos com a administração pública, nos três poderes e em todas as esferas federativas; b) o **Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM)**, sobre entidades desse gênero impedidas de celebrar convênios, contratos de repasse ou termos de parceria com a administração pública federal; c) o **Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF)**, com dados sobre servidores civis do Poder Executivo federal punidos com demissão, destituição ou cassação de aposentadoria.

Existem ainda outras listas correlatas publicadas pela administração federal, como o **Cadastro de Gestores Irregulares do Tribunal de Contas da União**, que tem por finalidade inabilitar para cargos públicos aqueles administradores cuja conduta esteja maculada pela improbidade; e a **lista dos maiores desmatadores da Floresta Amazônica**, do Ministério do Meio Ambiente, destinada a monitorar os municípios que apresentem altos níveis de desmatamento. **Essas e outras ferramentas cumprem o papel de divulgar ao público a atuação dos órgãos administrativos e a disseminar informações relevantes à cidadania, até para dissuadir outros indivíduos e empresas de praticar ilícitos semelhantes.** (Sem grifo no original)

O próprio art. 3º da Lei de Acesso à Informação expressamente define como diretrizes: a observância da publicidade dos atos do poder público como preceito geral, e do sigilo com uma exceção; a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, além de se desenvolver uma cultura de transparência e desenvolvimento do controle social da administração pública.

Confira-se, no particular, que a lei define como um dever dos órgãos e entidades públicas a promoção, independentemente de requerimento, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de sua competência, de informações produzidas (art. 8º), sendo obrigatória a divulgação na internet.

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados

em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I — observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II — divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III — utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV — fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V — desenvolvimento do controle social da administração pública. [...]

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:

I — registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II — registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III — registros das despesas;

IV — informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V — dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI — respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Constata-se, destarte, que a Portaria é um importante mecanismo de concretização constitucional dos princípios da publicidade e transparência dos atos administrativos, basilares em um Estado Democrático de Direito, e que a Administração Pública teria, portanto, o dever de divulgar a lista de pessoas que se valem de trabalho em condições análogas ao de escravo.

Destaque-se, inclusive, que há grande interesse social na divulgação das ações governamentais em tão sensível tema. Afinal, existiria interesse do Estado brasileiro no sigilo dessas informações? Existiria possibilidade jurídica de se manterem em sigilo autuações, com o devido processo legal administrativo encerrado, concernentes ao combate ao trabalho escravo? Existiria interesse da sociedade em que não fossem divulgados referidos dados?

A todas as luzes, sem dúvida, as respostas aos questionamentos acima perpetrados são negativas. É imperativo de respeito à transparência e à democracia a divulgação da lista de empresas e pessoas que se utilizem de trabalho em condições análogas à de escravo.

Nesse diapasão também foi a manifestação do Excelentíssimo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, datada de 19 de outubro de 2015, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.209/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, p. 38-39:

Prejuízos de ordem moral que empresa incluída no cadastro possa ocasionalmente experimentar não são justificativa plausível para sigilo dessas informações. Estas se revestem de inegável interesse público, seja como instrumento de prevenção desses gravíssimos ilícitos, que atentam contra as liberdades mais fundamentais do ser humano, seja para que outras empresas avaliem a conveniência de contratar com aquelas, a fim de não alimentar o ciclo desumano de exploração encontrado pela fiscalização do trabalho nesses casos.

Ao longo do tempo, a imprensa tem veiculado casos de empresas detentoras de marcas conhecidas (como APPLE, NIKE, ADIDAS, ZARA, RENNEN e diversas outras) potencial ou concretamente envolvidas com exploração, direta ou indireta, do trabalho escravo. Pode ocorrer de a própria contratante do serviço não ter conhecimento de que um seu fornecedor ou contratado na

cadeia de produção se valha da exploração degradante do trabalho escravo contemporâneo. Divulgação desses achados de fiscalização por parte do MTE — sempre após oportunidade de defesa por parte do interessado — acaba sendo mecanismo de defesa e saneamento do próprio mercado, para evitar associações indesejadas com empregadores nessa condição.

Importante registrar que no julgamento do ARE 652.777, em que se discutiu o dever de publicação da remuneração dos servidores públicos em contraposição ao direito à privacidade, **o Supremo Tribunal Federal consagrou a predominância do interesse coletivo à informação**. No acórdão, é possível colher passagem em que o Tribunal interpreta o conceito de “interesse coletivo ou geral”, previsto no art. 8º da Lei n. 12.527/2011, com auxílio do Decreto n. 7.724/2012, que, em seu art. 7º, especifica as informações que devem ser objeto de divulgação. Diz a passagem do acórdão:

Cumpra referir que, mais recentemente, foi editada a Lei Federal de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), com aplicação também aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal (art. 1º), com a finalidade de disciplinar o acesso a informações mantidas pelos órgãos públicos. Mesmo sem dispor expressamente sobre a obrigatoriedade da divulgação da remuneração pessoal dos servidores, a lei impõe à Administração o dever de promover a divulgação, independente de requerimento, “no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados” (art. 8º).

É certo que a definição de interesse coletivo ou geral, como todo conceito aberto, comporta preenchimento valorativo nem sempre insuscetível de questionamentos.

Todavia, no caso, a cláusula legal deve ser interpretada segundo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no precedente antes citado, como o fez, aliás, o Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012, que, ao regulamentar a lei no âmbito do Poder Executivo, dispôs o seguinte:

“Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 12.527, de 2011

(...) § 3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre: (...)

VI — remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”. (Sem grifo no original)

O art. 7º, § 3º, II, do referido Decreto, concretizando o conceito de “interesse geral”, impõe aos órgãos e entidades públicas o dever de publicar todas as “ações e atividades” desenvolvidas, “com indicação da unidade responsável”:

Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 12.527, de 2011.

§ 1º Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput.

(...)

§ 3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre:

(...)

II — programas, projetos, ações, obras e atividades, com indicação da unidade responsável, principais metas e resultados e, quando existentes, indicadores de resultado e impacto.

Os direitos sociais dos trabalhadores consubstanciam-se em direitos inatos à pessoa humana, são transindividuais, fundamento pelo qual o acesso público a referidas informações, mediante cadastro nacional, é adequado e democrático.

Portanto, a catalogação dos empregadores que mantêm ou mantiveram trabalhadores em condições contrárias à legislação do trabalho significa, ao final, o atendimento ao princípio constitucional da publicidade do ato administrativo (CF, art. 37).

Comentando o mencionado princípio, assevera José Afonso da Silva:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.⁽¹²⁾

Vai mais longe, citando o inesquecível Hely Lopes Meirelles, dele colhendo que:

Enfim, a publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes...

Kildare Gonçalves de Carvalho, por seu turno, nos lembra em breves linhas que o princípio da publicidade está intimamente associado ao da impessoalidade, como demonstra o § 1º do mesmo art. 37 da Carta Magna⁽¹³⁾.

Uadi Lamêgo Bulos ressalta que a atenção ao princípio da publicidade tem como escopo “manter a total transparência na prática dos atos da Administração Pública”⁽¹⁴⁾, associando-o assim à garantia de acesso do cidadão aos registros públicos.

Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que o princípio da publicidade dos atos administrativos tem como corolário a garantia do direito de informação do cidadão, não só no que se refere a questões de interesse particular, como também acerca de assuntos de interesse coletivo ou geral (CF/88, art. 5º, inc. XXXIII), até para que se possa operar uma forma mais eficiente de controle popular da Administração Pública⁽¹⁵⁾. Na mesma linha é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁽¹⁶⁾.

Odete Medauar vai se abeberar em Norberto Bobbio e Celso Lafer para tecer sua explanação, que merece, pelo poder de síntese, ser transcrita:

O tema da transparência e visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral da democracia administrativa.⁽¹⁷⁾

(12) *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 653.

(13) *Direito constitucional didático*. Rio de Janeiro: Del Rey, 1999. p. 287.

(14) *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 563.

(15) *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 68.

(16) *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 59.

(17) *Direito administrativo moderno*, 1998. p. 139.

Com efeito, a publicação do referido cadastro não condena ninguém, mas simplesmente faz cumprir o princípio constitucional da publicidade do ato administrativo e da transparência na Administração Pública, assegurando, por via de consequência, diversas outras garantias constitucionais, como acima exaustivamente demonstrado.

A ampla divulgação dos atos administrativos revela-se, na verdade, uma prestação de contas à população por meio de uma postura proativa do Estado, visando a manter a população atualizada a respeito das informações de seu interesse.⁽¹⁸⁾ Exatamente por isso, a Lei n. 12.527/2011 estabelece como dever dos órgãos e entidades do poder público assegurar uma gestão transparente da informação, propiciando-lhe amplo acesso e sua divulgação (art. 6º, I), o que deve ocorrer independentemente de solicitações (art. 3º, II), tendo como diretriz a observância da publicidade como preceito geral (art. 3º, I) e o desenvolvimento do controle social da administração pública (art. 3º, V).

O acesso à informação mostra-se importante à sociedade como um todo, inclusive ao próprio setor econômico, tendo em vista que as empresas e demais instituições dela necessitam para desenvolver políticas de responsabilidade social, gerenciando eventuais riscos porventura decorrentes da celebração de relações comerciais com empregadores autuados por submeterem seus trabalhadores a situações de escravidão.

Afinal, em nome da concorrência leal, é inegável que a concessão de créditos fiscais deva ser realizada de forma distinta para os empregadores que respeitam integralmente a legislação socioambiental-trabalhista e os escravagistas que agredem o direito humano absoluto e inderrogável de não ser submetido à escravidão. Neste particular, o Cadastro de Empregadores, cuja publicação ora se busca por meio da presente ação, revela-se o instrumento adequado para que instituições financeiras restrinjam a concessão de crédito público e privado àqueles figurantes na lista.

É de bem exortar, ademais, que a Portaria Interministerial n. 4/2016 garantiu ainda mais transparência aos procedimentos de inclusão e exclusão de nomes no Cadastro e explicitou detalhadamente os procedimentos que devem ser adotados pelos interessados para exercerem seu direito de defesa administrativa, o que foi expressamente registrado na Decisão da Exma. Ministra Cármen Lúcia, conforme já esposado em linhas anteriores.

(18) FERNANDES, Iêda Andrade. Eficácia da lista suja no combate ao trabalho escravo. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 34, n. 131, p. 87, jul./set. 2008.

Do exposto, com base na Lei de Acesso à Informação, impõe-se a publicação do Cadastro de Empregadores, com inclusão de todos os administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, desde 1º de julho de 2014, a partir de quando se deixou de tornar pública a informação.

2.4. O cadastro de empregadores à luz do direito internacional: uma obrigação decorrente de convenções e acordos assumidos pela República Federativa do Brasil

2.4.1. A proibição da escravidão como norma imperativa de direito internacional

A proibição da escravidão é norma imperativa de Direito Internacional geral. Isto não significa equivalência a algo obrigatório, pois a obrigatoriedade, como se sabe, é característica intrínseca das normas jurídicas. A imperatividade expressa, na verdade, algo além da simples obrigatoriedade: é uma força mais constringente⁽¹⁹⁾ que se denomina *jus cogens*, uma norma internacional contemplativa de valores, bens e direitos que, pela sua relevância, não podem ser relativizados ou flexibilizados, introduzindo uma limitação à liberdade contratual dos Estados e guardando, decerto, um caráter absoluto e universal.

É inconteste o pertencimento do *jus cogens* ao Direito internacional, tanto pela sua pacífica aceitação doutrinária como pela previsão expressa na Convenção de Viena de 1969, adotada por grande parte dos Estados. Sua definição vem reproduzida no art. 53 do referido instrumento internacional, como uma norma que, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, nenhuma derrogação é permitida e só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. Em seguida, no art. 64, exorta-se o seu poder de tornar nula qualquer disposição anterior que esteja em confronto com suas disposições: “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

O *jus cogens* é, com efeito, uma congregação de normas peremptórias que, pela importância da matéria que veiculam, possuem o condão de

(19) NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005.

obrigar Estados e organizações internacionais, detêm prioridade sobre outros instrumentos que colidam com suas disposições e desfrutam da característica da inderrogabilidade pela simples manifestação de vontade.

Assim, em razão de se revelar grave violação a direitos humanos, a escravidão passou a ser visualizada em âmbito internacional sob uma perspectiva que não admite exceções, não encontrando, portanto, qualquer justificativa exceptiva. Nesse sentido, manifesta-se Flávia Piovesan:

A proibição do trabalho escravo é absoluta no Direito Internacional dos Direitos Humanos, não contemplando qualquer exceção. Vale dizer, em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para o tratamento escravo. Tal proibição integra o *jus cogens*, que é o direito cogente e inderrogável no âmbito internacional. Tal como o direito de não ser submetido à tortura, o direito a não ser submetido à escravidão é um direito absoluto, insuscetível de qualquer relativização ou flexibilização, a não permitir qualquer juízo de ponderação.

Não são poucos os instrumentos internacionais que dispõem sobre a proibição da escravidão contemporânea, dentre os quais merecem destaque os abaixo transcritos.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Artigo III. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo XXIII. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Convenção da Organização das Nações Unidas Sobre a Escravatura de 1926 (Decreto n. 58.563/1966)

Art. 2º As Altas Partes contratantes se comprometem, na medida em que ainda não hajam tomado as necessárias providências, e cada uma no que diz respeito aos territórios colocados sob a sua soberania, jurisdição, proteção, suserania ou tutela: (...)

2. a promover a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas, progressivamente e logo que possível.

Convenção Suplementar Sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 1956 (Decreto n. 58.563/1966)

Art. 1º Cada um dos Estados Membros à presente Convenção tomará todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias, para obter progressivamente e logo que possível a abolição completa ou o abandono das instituições e práticas seguintes, onde quer ainda subsistam, enquadrem-se ou não na definição de escravidão assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926 (...).

Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho, de 1930, Sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório (Decreto n. 41.721/1957):

Art. 1. 1. Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível.

Convenção n. 105 da Organização Internacional do Trabalho, de 1957, Sobre a Abolição do Trabalho Forçado (Decreto n. 58.822/1966):

Art. 1º Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso:

a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;

b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico;

c) como meio de disciplinar a mão de obra;

d) como punição por participação em greves;

e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Art. 2º Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a adotar medidas para assegurar a imediata e completa abolição do trabalho forçado ou obrigatório, conforme estabelecido no art. 1º desta Convenção.

Convenção Americana de Direitos Humanos — Pacto São José da Costa Rica de 1969 (Decreto n. 678/1992):

Art. 6º Proibição da escravidão e da servidão.

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

De acordo com as palavras da própria Advocacia-Geral da União, ao manifestar-se na ADI n. 5.209/DF,

Como se vê, o Brasil é signatário de várias convenções internacionais que tratam da questão do trabalho escravo e, como tal, possui o dever de adotar medidas legais e administrativas para combater todas as formas de escravidão (fl. 18).

Todo esse instrumental internacional de combate à escravidão guarda princípios de âmbito universal compatíveis com a legislação interna e que, tendo sido incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, ganharam, pois, a característica de fundamentais.

2.4.2. Os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil em âmbito internacional e a vedação ao retrocesso

Linhas acima, já anunciamos que o engajamento do Brasil no enfrentamento à escravidão contemporânea ocorre precipuamente em meados da década de 1990, após o País ser demandado perante a Organização dos Estados Americanos pela ineficácia e desinteresse do aparato estatal na recomposição dos bens jurídicos lesados no famoso caso José Pereira.

Em 16 de dezembro de 1994, as organizações não governamentais *Américas Watch* e *Centro pela Justiça e o Direito Internacional* (CEJIL)

apresentaram uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil, na qual alegaram fatos relacionados com uma situação de trabalho escravo, e violação do direito à vida e direito à justiça na zona sul do Estado de Pará. Com base nos fatos denunciados, as peticionárias aduziram que o Brasil violou os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade pessoal), XIV (direito ao trabalho e a uma justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem; e os artigos 6 (proibição de escravidão e servidão); 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção Judicial), em conjunção com o art. 1(1), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O processo do caso José Pereira correu na Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1994. Em 24 de fevereiro de 1999, a Comissão da OEA aprovou um relatório de admissibilidade sobre o caso, conclusivo no sentido de que o Estado brasileiro era, sim, responsável pelas violações da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tendo sido omisso no seu dever de prevenir e punir as violações a direitos fundamentais.

Diante da pressão internacional, o Estado brasileiro assinou, em 2003, o Acordo de Solução Amistosa por meio do qual o País:

i) reconheceu sua responsabilidade internacional em relação ao caso, decorrente da incapacidade dos órgãos estatais no sentido de prevenir a ocorrência da grave prática de trabalho escravo, nem de punir os atores individuais das violações denunciadas;

ii) assumiu, dentre outros, os compromissos de:

ii.1) melhorar a legislação nacional, implementando-se as ações e as propostas de mudanças legislativas contidas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, e iniciado pelo Governo brasileiro em 11 de março de 2003, **onde estão previstas, inclusive e não apenas, as seguintes ações e políticas públicas de enfrentamento à escravidão:**

a) Declarar a erradicação e a repressão ao trabalho escravo contemporâneo como prioridades do Estado brasileiro;

B) Inserir cláusulas contratuais impeditivas para obtenção e manutenção de crédito rural e de incentivos fiscais nos contratos

das agências de financiamento, quando comprovada a existência de trabalho escravo ou degradante;

C) Criar e manter uma base de dados integrados de forma a reunir as diversas informações dos principais agentes envolvidos no combate ao trabalho escravo; identificar empregadores e empregados, locais de aliciamento e ocorrência do crime; tornar possível a identificação da natureza dos imóveis (se área pública ou particular e se produtiva ou improdutiva); acompanhar os casos em andamento, os resultados das autuações por parte do MTE, do IBAMA, da SRF e, ainda, os inquéritos, ações e respectivas decisões judiciais no âmbito trabalhista e penal;

D) Sistematizar a troca de informações relevantes no tocante ao trabalho escravo.

i.2) velar pelo cumprimento imediato da legislação existente;

i.3) realizar gestões junto ao Poder Judiciário e a suas entidades representativas, no sentido de garantir o castigo dos autores dos crimes de trabalho escravo.

A assunção da responsabilidade e a celebração do referido acordo internacional formalizaram, no plano externo, um **COMPROMISSO DE ESTADO** no sentido de reconhecimento da escravidão e da criação de estruturas específicas para a sua erradicação.

E dentre as várias medidas legislativas e políticas públicas de enfrentamento que compõem o instrumental interno de combate à escravidão contemporânea, considerado pela Organização Internacional do Trabalho algo que deva servir de exemplo a outros países do mundo, merece destaque a criação do Cadastro de Empregadores, um cadastro nacional onde constam os nomes dos empregadores vinculados à prática deplorável do trabalho escravo.

É por intermédio do Cadastro de Empregadores que o Estado brasileiro viabiliza o atingimento das metas suprarreferidas, sobretudo da necessária inserção de cláusulas contratuais impeditivas para obtenção e manutenção de crédito rural e de incentivos fiscais nos contratos das agências de financiamento, da criação e manutenção de uma base de dados integrados de forma a reunir as diversas

informações dos principais agentes envolvidos no combate ao trabalho escravo, da identificação dos empregadores envolvidos, do acompanhamento dos casos resultantes das autuações por parte do MTE e, ainda, da sistematização e da troca de informações relevantes no tocante ao trabalho escravo.

O Cadastro se soma aos demais instrumentos preventivos e repressivos já existentes e consolidados no ordenamento jurídico brasileiro no enfrentamento à escravidão contemporânea e, com efeito, na proteção dos direitos humanos. Trata-se, pois, de mais um mecanismo, dentro do sistema de proteção dos direitos fundamentais, voltado para a extinção definitiva dessa forma de exploração na sociedade brasileira.

Não à toa, o Brasil tem recebido destaque internacional por suas atividades na *Agenda do Trabalho Decente*⁽²⁰⁾, notadamente no combate ao trabalho infantil e trabalho escravo.⁽²¹⁾ Por este motivo, a Organização Internacional do Trabalho vem buscando a *Cooperação Sul-Sul* para que haja a oportunidade de troca de *know-how* entre os países envolvidos.

No bojo da referida *Cooperação* pode-se destacar a realização de visitas de *Intercâmbio de Experiências Brasileiras*. O objetivo primordial do referido Programa é compartilhar experiências e conhecimentos adquiridos/utilizados no Brasil para erradicação e combate ao trabalho escravo, mormente porque nosso País tem amplo destaque internacional no enfrentamento à escravidão contemporânea, o que decorre de vários fatores, como, por exemplo, a existência de um Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.

No que concerne ao combate ao trabalho escravo, o Peru demonstrou interesse em um projeto de *cooperação técnica* com o Brasil, com duração de 4 (quatro) anos, que ganhou o título “*Consolidar e disseminar os esforços para combater o Trabalho Forçado no Brasil e no Peru*”. Na visão da OIT⁽²²⁾, assim pode se explicar referido projeto de *cooperação técnica*:

O projeto apoiará as ações e atividades em ambos os países e também facilitará o estabelecimento de uma agenda de cooperação entre o Brasil e o Peru, através de mecanismos de

(20) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Promovendo o trabalho decente. Disponível em: <http://www.oit.org.br/agenda_trabalho_decente>. Acesso em: 8.7.2016.

(21) INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Promoting jobs, protecting people*. Disponível em: <http://www.ilo.org/pardev/partnerships/south-south/WCMS_374394/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 8.7.2016.

(22) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 13.

cooperação Sul-Sul. Este projeto visa também aumentar a base de conhecimento existentes sobre o trabalho forçado. Além disso, o projeto irá concentrar-se no fortalecimento da capacidade institucional, através da assistência técnica à CONATRAE e às COETRAE para aumentar a eficácia da implementação do Plano Nacional e planos estaduais, promoção de mudanças legislativas, especialmente na esfera criminal. Ademais, o projeto irá apoiar a institucionalização da nova Superintendência Nacional de Inspeção do Trabalho (SUNAFIL), a fim de melhorar a capacidade da Inspeção do Trabalho para lidar com casos de trabalho forçado no Brasil.

Como resultado desse *projeto de cooperação técnica*, segundo noticiado pela Organização Internacional do Trabalho em novembro de 2015⁽²³⁾, está ocorrendo o intercâmbio de boas práticas no combate ao crime de trabalho escravo.

Como se pode constatar, recuar nas políticas públicas que são destacadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho e replicadas em outros países constituir-se-ia em grave retrocesso inexplicável à comunidade internacional. Afinal, hoje o Brasil é modelo no seio da Organização Internacional do Trabalho e na Cooperação Sul-Sul, inclusive pela prática de divulgar a lista de pessoas que se valem de trabalho em condições análogas à de escravo.

Busca-se, destarte, com esta ação judicial, afirmar o papel internacional do Brasil no destaque à erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

Inclusive, conforme se extrai da decisão monocrática preferida pela Exma. Ministra Cármen Lúcia, no bojo da ADI n. 5.209/DF, **a própria Advocacia-Geral da União, ao defender o ato impugnado, registrou que a publicação do Cadastro de Empregadores que detenham contra si decisão administrativa exauriente de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, revela-se, na verdade, apenas a materialização de uma obrigação assumida pela República Federativa do Brasil em tratados, convenções e acordos internacionais.** Nas suas palavras,

...o ato atacado [a Portaria] viabiliza a adequada execução de normas legais (arts. 626, *caput*, e 913, *caput*, da Consolidação

(23) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *OIT leva ao Peru boas práticas de combate ao trabalho forçado do Brasil*. Publicado em: 16 nov. 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_425663/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 8.7.2016.

das Leis do Trabalho), bem como de disposições contidas em convenções internacionais (Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, Convenção n. 105 da Organização Internacional do Trabalho, Convenção sobre Escravatura de 1926, Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956 e Convenção Americana sobre Direitos Humanos), além da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Como se vê, não há controvérsia em relação à imperiosidade da publicação do Cadastro à luz do Direito Internacional, pois o próprio demandado assim o reconhece.

Ademais, sendo um meio de proteção da dignidade humana, direito-matriz dentre aqueles considerados essenciais pela Constituição Federal e pelo sistema dela decorrente, o Cadastro de Empregadores vem para ampliá-la, fortalecê-la, não podendo ser negligenciado com a finalidade de rebaixar os patamares já alcançados pelo ordenamento jurídico nacional na concretização desse direito fundamental. **É dizer, a omissão do demandado em tornar público o Cadastro de Empregadores deve ser interpretada como um grave retrocesso nos passos já trilhados em prol da erradicação, de modo a precarizar, por via transversa, direitos fundamentais sagrados.**

Essencial lembrar que a observância do art. 5º, dos direitos fundamentais, deve permear a construção e a interpretação de todo o sistema normativo. Nessa direção, também importa rememorar alguns princípios da hermenêutica constitucional úteis para esta análise, como o da máxima efetividade das normas constitucionais e o da interpretação conforme a Constituição.

Partindo-se desta premissa, todos os mecanismos que compõem o instrumental de enfrentamento à escravidão contemporânea visam a implementar os comandos constitucionais que estabelecem direitos fundamentais e proíbem a submissão do ser humano a tratamento desumano ou degradante. Com isso, o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo materializa, na estrutura administrativa, um comando constitucional.

Foi exatamente nesse sentido que o Ministério do Trabalho se manifestou nos autos da ADI n. 5.209/DF:

Registre-se, ainda, que impera na teoria constitucional dos direitos fundamentais — dos quais os direitos sociais são espécie — o princípio da aplicabilidade imediata (direta) e da plena eficácia das normas

definidoras de tais direitos. Tal postulado encontraria guarida no texto do § 1º, do art. 5º do Texto Constitucional, segundo o qual ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.

Apresentam-se, pois, eficazes para determinar a injuridicidade do comportamento contrário ao seu dispositivo e, em contrapartida, para legitimar a ação estatal tendente a obstar este comportamento.

Diante da eficácia imediata da Constituição no que se refere à contrariedade que se estabelece entre a conduta de manter trabalhadores sob condições análogas às de escravo e a sistemática jurídico-constitucional, não se pode negar que o ato visa a implementar o comando constitucional, determinando, neste ínterim, uma conduta administrativa específica, em nenhuma medida pretendendo legislar sobre Direito do Trabalho.

Trata-se, portanto, de ato normativo de organização, voltado para a estrutura administrativa e posto no sentido de execução do comando constitucional.

Sobre o tema, é necessário realçar que o texto constitucional, em seu art. 5º, § 2º, assevera que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste sentido, calha citar trecho da obra de Celso Ribeiro Bastos referente à existência de direitos implícitos na Constituição, mas que nem por isto estão despidos de efetividade, ao aduzir que: ‘se houver rigor em extrair-se as consequências implícitas de todos os artigos que explicitamente a Constituição encerra, certamente será possível emprestar força a um rol de direitos não expressos. É uma questão de coragem hermenêutica e de coerência com a aceitação dos princípios (itens 25 a 30, fl. 4).

Ou seja, a negligência do demandado na continuação da política pública implica restrição ou retrocesso aos degraus já trilhados e consolidados nessa matéria, configurando-se violação ao sistema de proteção dos direitos fundamentais adotado pelo Brasil.

2.5. Da necessária publicação do cadastro de empregadores, com inclusão de todos os administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, desde a data de 1º de julho de 2014

Conforme frisado alguns, o Cadastro de Empregadores foi idealizado para robustecer o combate à escravidão contemporânea, que se alicerça

na superexploração gananciosa da mão de obra humana e no aviltamento de direitos trabalhistas mínimos. Nesse passo, a omissão dos demandados, para além do desrespeito ao direito fundamental à informação e aos compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil perante a comunidade internacional, finda por inviabilizar a plena materialização de dois fundamentos do Estado Democrático de Direito: o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Não há dúvida, pois, de que a efetivação deste mecanismo de combate à escravidão contemporânea não se revela política de governo passível de ampla discricionariedade do administrador, de acordo com eventual conveniência e oportunidade; trata-se, em verdade, de política de Estado que encontra fundamento em normas constitucionais consagradoras de direitos humanos.

Não à toa, registre-se, o instrumental interno de enfrentamento à escravidão teve início, conforme já mencionado linhas acima, na década de 1990 com o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, e continuou nos governos imediatamente seguintes, com Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff. **Trata-se, com efeito, de uma política assumida pelo ESTADO brasileiro que independe de qualquer conotação partidária ou ideológica e não pode ser interrompida.**

Em outras palavras, a publicação do Cadastro de Empregadores é **ato vinculado** que decorre de uma **POLÍTICA DE ESTADO** assumida pela República Federativa do Brasil perante instâncias externas e que encontra fundamento em dispositivos universais, constitucionais e infraconstitucionais; portanto, os demandados devem tomar as medidas administrativas que confirmem eficácia aos comandos normativos que rechaçam a prática da submissão a tratamento desumano ou degradante e asseguram direitos fundamentais sagrados, o que se dá, inclusive, pela divulgação do Cadastro de Empregadores cuja publicação ora se exige por meio da presente ação.

É incontestável a imprescindibilidade da publicação do Cadastro de Empregadores como instrumento de combate à escravidão. O próprio Ministério do Trabalho, em sua manifestação nos autos da ADI n. 5.209/DF, reconhece que

a criação de mecanismos de combate ao trabalho escravo é conduta que não pode ser entendida senão sob a ótica da realização dos Direitos Humanos Fundamentais consagrados, de forma magnânima, em nossa atual Constituição Federal, democrática e republicana (item 17, fl. 3). (Sem grifo no original)

Pois bem.

Como se sabe, a Portaria Interministerial n. 4 foi publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de maio de 2016. Com efeito, passados mais de seis meses, os demandados mantêm-se inertes no seu dever de cumprir o ato previsto no art. 2º do instrumento normativo. A bem da verdade, **os demandados estão em mora não apenas com a publicação, mas também com a atualização do cadastro**, consoante dispõe o § 5º do referido art. 2º:

A atualização da relação poderá ocorrer a qualquer tempo, não podendo tal providência, entretanto, ocorrer em periodicidade superior a 6 (seis) meses.

Observe, Excelência, que **o caráter mandamental que se extrai de uma simples leitura do referido dispositivo normativo**. Logo, desde meados de novembro, os demandados negligenciam tanto o dever de publicação como de atualização do Cadastro.

Com efeito, e considerando que a última publicação/atualização do Cadastro de Empregadores ocorreu em junho de 2014, busca-se, aqui, a publicação da relação nominal de todos os administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, desde aquela data, qual seja, junho de 2014. Tal se justifica por ser medida de justiça, devendo ser incluídos no rol todos aqueles que, a despeito de terem submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, nunca constaram no Cadastro. Afinal, não é razoável fazer tábula rasa deste passivo, mas é justo, em distinto diapasão, deixar de incluir aqueles que em algum momento já passaram pelo Cadastro.

Este é o motivo pelo qual o Ministério Público do Trabalho busca, por meio da presente ação, a publicação do Cadastro de Empregadores previsto na Portaria Interministerial n. 4/2016, com inclusão de todos os administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, desde a data de 1º de julho de 2014.

Por medida de justiça e isonomia, no entanto, os demandados deverão tratar de forma desequiparada os administrados cuja decisão final de procedência do auto de infração ocorreu antes ou depois de 13 de maio de 2016, data da entrada em vigor da Portaria Interministerial n. 4/2016. Isto porque o referido ato normativo prevê situações diferentes para os administrados que celebrarem Termo de Ajuste de Conduta ou acordo judicial, desde que tenham sido formalizados entre o momento da constatação, pela Inspeção do Trabalho, da submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo e a prolação de decisão administrativa

irrecorrível de procedência do auto de infração lavrado na ação fiscal. Vejamos, *in verbis*:

Art. 5º A União poderá, com a necessária participação e anuência da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Previdência Social, e observada a imprescindível autorização, participação e representação da Advocacia-Geral da União para a prática do ato, celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou acordo judicial com o administrado sujeito a constar no Cadastro de Empregadores, com objetivo de reparação dos danos causados, saneamento das irregularidades e adoção de medidas preventivas e promocionais para evitar a futura ocorrência de novos casos de trabalho em condições análogas à de escravo, tanto no âmbito de atuação do administrado quanto no mercado de trabalho em geral. (...)

§ 5º O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou acordo judicial somente poderá ser celebrado entre o momento da constatação, pela Inspeção do Trabalho, da submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo e a prolação de decisão administrativa irrecorrível de procedência do auto de infração lavrado na ação fiscal.

O princípio adotado nesta regra é o de que a função da composição é justamente pôr fim à controvérsia entre as partes. Ora, se foi esgotada a dialética processual, e confirmada a responsabilidade do administrado, não há mais conveniência e oportunidade na celebração de avença.

Ocorre que aqueles empregadores que tiveram decisão administrativa final antes da vigência da nova Portaria nunca tiveram, por óbvio, a oportunidade de celebração de acordo judicial ou TAC nos moldes delimitados pelo ato normativo, sendo medida de justiça e isonomia conceder-lhes a possibilidade, em caráter excepcional, de requerer e ter acolhida a transação prevista neste instrumento.

Por outro lado, aqueles empregadores que tiveram decisão administrativa final após a vigência da Portaria não celebraram acordo judicial ou TAC por sua própria inércia e desinteresse, provavelmente também contando, no contexto de inércia deliberada da Administração Pública, com a possibilidade de que seus nomes jamais fossem divulgados. A estes empregadores, sem dúvida, deve ser aplicada a regra geral do § 5º do art. 5º da Portaria.

Com efeito, busca o Ministério Público do Trabalho, por meio da presente ação, a determinação judicial para que a União oportunize, excepcionalmente, a celebração de acordo judicial ou TAC com os administrados que venham a ser incluídos na primeira publicação do Cadastro de Empregadores e que

tenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, proferida antes da vigência da Portaria n. 4/2016, publicada em 13 de maio de 2016; bem como, nos termos do art. 5º, § 5º, que se abstenha de celebrar acordo judicial ou TAC com os administrados que venham a ser incluídos no Cadastro de Empregadores e que tenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444, da CLT, proferida depois da vigência da Portaria n. 4/2016, publicada em 13 de maio de 2016.

2.6. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional

A tutela perseguida pela presente ação civil pública justifica-se na necessidade de o Judiciário Trabalhista exercer seu papel de vanguarda na garantia da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Com efeito, cumpre fixar que a liminar prevista no art. 12 da Lei n. 7.347/85 possui natureza antecipatória, tratando-se de típica hipótese de tutela provisória antecipada incidental e, portanto, deve observar o regramento previsto nos arts. 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015.

No particular, estão presentes todos os requisitos que ensejam o deferimento de tutela provisória de urgência antecipada em caráter incidental. Os fundamentos esposados na presente peça atriária revelam, de forma inequívoca e incontestes, a “probabilidade do direito” tutelado (art. 300, *caput*, do CPC). Na verdade, consoante se demonstrou à exaustão, não há simples “probabilidade”, mas verdadeira certeza do direito em jogo, mormente porque os demandados já se manifestaram, nos autos da ADI n. 5.209/DF (docs. anexos), em defesa do Cadastro de Empregadores cuja publicação ora se busca por meio da presente ação.

De outra parte, é indubitável a existência do perigo de dano (art. 300, *caput*, do CPC). Isto porque, conforme já visto, enquanto não publicado o Cadastro de Empregadores previsto na Portaria Interministerial n. 4/2016, restará enfraquecido o instrumental pátrio de enfrentamento à escravidão contemporânea, descumprindo-se acordos firmados perante a comunidade internacional e desrespeitando direitos fundamentais sagrados previstos no texto constitucional. Ademais, a demora causa dano irreparável à sociedade como um todo, seja pela ocultação de informações públicas, seja ainda pela dificuldade gerada às empresas para desenvolver políticas de responsabilidade social, gerenciando eventuais riscos porventura decorrentes da celebração de relações comerciais com empregadores atuados por submeterem seus trabalhadores a situações de escravidão.

Além disso, se não houver a antecipação da tutela provisória de urgência ora pretendida, a sociedade desconhecerá tais informações durante todo o curso do presente processo, que poderá durar anos ou décadas.

É de bem exortar, ademais, que a tutela provisória de caráter antecipado também se justifica no art. 311, incisos II e IV, do Código de Processo Civil. Ora, *in casu* há comprovadamente evidência da tese autoral, decorrente da indubitável certeza do direito em jogo, o que se extrai a partir da manifestação dos demandados nos autos da ADI n. 5.209/DF (docs. anexos) em defesa do Cadastro de Empregadores que ora se busca sua divulgação oficial.

Assim, nos termos do art. 12 da Lei n. 7.347/85 c/c os arts. 300 e 311 do Novo Código de Processo Civil, requer-se, inicialmente, a concessão de medida liminar *inaudita altera pars* a fim de que sejam imediatamente impostas aos demandados as seguintes obrigações, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais):

— **Publicar o Cadastro de Empregadores**, com a inclusão de todos os administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, lavrado pela exploração de trabalho análogo ao de escravo desde a data de 1º de julho de 2014;

— Oportunizar, excepcionalmente, a possibilidade de celebração de acordo judicial ou TAC com os administrados que venham a ser incluídos na primeira publicação do Cadastro de Empregadores e que tenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, proferida antes da vigência da Portaria n. 4/2016, publicada em 13 de maio de 2016.

— Abster-se de celebrar acordo judicial ou TAC com os administrados que venham a ser incluídos no Cadastro de Empregadores e que tenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, proferida depois da vigência da Portaria n. 4/2016, publicada em 13 de maio de 2016.

3. PEDIDOS DEFINITIVOS

Considerando todo o exposto, requer o Ministério Público do Trabalho:

3.1. Provisoriamente, seja concedida medida liminar *inaudita altera pars* a fim de que sejam imediatamente impostas aos

demandados as obrigações listadas nos itens 1, 2 e 3 do tópico imediatamente anterior da presente peça, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

3.2. Definitivamente, seja confirmada a medida liminar pleiteada no item 3.1 *supra*, condenando-se os demandados às seguintes obrigações, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais):

3.2.1. — Publicar o Cadastro de Empregadores, com a inclusão de todos os administrados que detenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, lavrado pela exploração de trabalho análogo ao de escravo desde a data de 1º de julho de 2014.

3.2.2. — Oportunizar, excepcionalmente, a possibilidade de celebração de acordo judicial ou TAC com os administrados que venham a ser incluídos na primeira publicação do Cadastro de Empregadores e que tenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, proferida antes da vigência da Portaria n. 4/2016, publicada em 13 de maio de 2016.

3.2.3. — Abster-se de celebrar acordo judicial ou TAC com os administrados que venham a ser incluídos no Cadastro de Empregadores e que tenham contra si decisão administrativa final de procedência do auto de infração capitulado no art. 444 da CLT, proferida depois da vigência da Portaria n. 4/2016, publicada em 13 de maio de 2016.

3.3. Sejam os demandados condenados ao pagamento das custas do processo.

Em arremate, protesta o Ministério Público do Trabalho pela produção de todas as provas admitidas em juízo.

Requer, ainda, a notificação dos demandados para, querendo, se manifestarem no prazo legal.

Atribui à causa, para fins de alçada, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Termos nos quais, serena e confiantemente, pede e aguarda deferimento.

Brasília/DF, 14 de dezembro de 2016.

Tiago Muniz Cavalcanti

Procurador do Trabalho Coordenador Nacional da CONAETE.
Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

Maurício Ferreira Brito

Procurador do Trabalho. Vice-Coordenador Nacional da CONAETE
Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

Breno da Silva Maia Filho

Procurador do Trabalho

Gisela Nabuco Majela Sousa

Procuradora do Trabalho

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE MUNICÍPIO
DE AMÉRICO BRASILIENSE, DO INSTITUTO
DE APOIO E GESTÃO À SAÚDE — IAGES
E DA PREFEITA MUNICIPAL DE AMÉRICO
BRASILIENSE — SERVIÇO PÚBLICO DE
SAÚDE — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA, FRAUDE
NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS
(PEJOTIZAÇÃO) E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO**

RAFAEL DE ARAÚJO GOMES

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DO TRABALHO DA ____
VARA DO TRABALHO DE ARARAQUARA-SP**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA
DO TRABALHO NO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA, pelo Procurador do
Trabalho que esta subscreve, no exercício de suas funções institucionais

previstas nos arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição da República e art. 83, incisos I, III e IV, da Lei Complementar n. 75/93, e com fundamento nas disposições contidas nas Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90, vem respeitosamente perante V. Exa. propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

em face de MUNICÍPIO DE AMÉRICO BRASILIENSE, pessoa jurídica de direito público, CNPJ n. 43.976.166/0001-50, com endereço na Avenida Eugênio Voltarel, 25, Américo Brasiliense/SP, CEP 14820-000,

INSTITUTO DE APOIO E GESTÃO À SAÚDE — IAGES, CNPJ n. 18.593.381/0001-25, com endereço na Rua Afonso Taranto, 66, Ribeirão Preto/SP, CEP 14.096-740,

CLEIDE APARECIDA BERTI GINATO, CPF n. 864.161.898-87, Prefeita Municipal de Américo Brasiliense, com endereço na Avenida Eugênio Voltarel, 25, Américo Brasiliense/SP, CEP 14820-000, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir expostas:

1. DOS FUNDAMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS

1.1. Histórico da tramitação do inquérito civil

O Ministério Público do Trabalho instaurou, em 2012, o inquérito civil cujas peças instruem a presente ação a partir de relatório de fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego no SAMU (Serviço de Atendimento de Urgência) e no Hospital Municipal José Nigro Neto de Américo Brasiliense. Identificou o MTE a prática de inúmeros ilícitos, com destaque à supressão de intervalos para descanso, excesso de horas extras, e ausência de identificação de riscos biológicos no Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, tendo sido lavrados em face do Município diversos autos de infração, em anexo.

Intimado a se manifestar quanto a tais constatações, não negou o reclamado quaisquer das infrações, mas atribuiu a culpa pelos excessos de jornada aos próprios funcionários, e alegou que os demais problemas teriam sido regularizados posteriormente à fiscalização.

Requisitou-se ao Município a apresentação dos cartões-ponto dos funcionários, prova que ao ser analisada confirmou a persistência de

numerosos casos de supressão de intervalos. Intimado a se manifestar quanto a tais situações, o reclamado em essência limitou-se a responsabilizar os próprios trabalhadores pelo ilícito.

Em audiência administrativa, realizada em dezembro de 2013, recusou o Município proposta de celebração de termo de ajuste de conduta, com vista à regularização de jornada e do PPRA.

A pedido do MPT, o PPRA apresentado pelo Município foi analisado pelo Centro de Referência de Saúde do Trabalho, o qual também realizou diligência nos locais de trabalho, tendo sido identificadas inúmeras irregularidades, descritas no laudo em anexo, incluindo: indicação incompleta dos agentes de risco; descrição incompleta das atividades laborais desenvolvidas; ausência de treinamentos de segurança; ausência de previsão da realização de treinamentos exigidos pelas NRs 17 e 32; provável exposição de funcionário a excesso de radiação; presença de desníveis no piso capazes de provocar acidentes; má ventilação; inexistência da Brigada de Incêndio; dedetização vencida; descarte do esgoto hospitalar diretamente na rede pública.

Chamou a atenção do MPT, entretanto, a indicação no laudo do Cerest da presença de grande quantidade de trabalhadores terceirizados no Hospital, sendo mencionado: “40 a 45 médicos terceirizados do Instituto de Apoio e Gestão a Saúde”.

Requisitou-se ao Município manifestação quanto ao laudo do Cerest e apresentação de cópia de contrato firmado com referido Instituto.

Em resposta datada de 30.10.2014, o Município não negou quaisquer dos problemas referidos pelo Cerest, limitando-se a declarar que o profissional contratado para elaborar o PPRA não respondeu à convocação do reclamado.

Dado que não fora apresentada cópia do contrato com o IAGES, renovou o *Parquet* a requisição, a qual foi respondida, inicialmente, pela petição de 26.12.2014, na qual se afirmava que o Município “não celebrou qualquer contrato ou instrumento afim celebrado com o Instituto de Apoio e Gestão à Saúde”.

No dia seguinte, entretanto, 27.12.2014, o Município retificou-se e confirmou a contratação do IAGES, tendo apresentado cópia do instrumento.

Chamou então atenção do MPT a identificação vaga do objeto da contratação, que tornava impossível a identificação exata de seu objeto, os substanciais valores envolvidos (pagamentos de R\$ 559.712,60 por mês), e o disposto na cláusula 4^a, que prevê, absurdamente, a cessão de servidores

públicos municipais para prestar seus serviços junto à terceirizada, sendo descartado vínculo trabalhista “mesmo que sob subordinação desta”.

Ora, então a saúde pública seria terceirizada, sendo parte (em extensão até aquele momento desconhecida, eis que não esclarecida pelo contrato) da prestação transferida a um ente privado por um custo superior a 6 milhões de reais por ano, e a prestadora dos serviços terceirizados não teria sequer que contratar empregados, pois poderia utilizar funcionários do próprio ente público que é (supostamente) tomador desses serviços?

Diante de tais circunstâncias suspeitas, requisitou-se ao Município a apresentação de cópia integral do procedimento administrativo que redundou na contratação do IAGES, incluindo fiscalização da sua execução, tendo sido os documentos apresentados através da petição de 24 de março de 2015.

A seguir, requisitou-se ao IAGES a identificação dos nomes de todos os profissionais, empregados ou não, utilizados para a execução do contrato de gestão com o Município.

A cópia do procedimento administrativo perante o Município, combinada com os documentos apresentados pelo IAGES e outros obtidos pelo MPT a partir de consulta a sistemas eletrônicos (Caged, Serpro, Jucesp e PJE da Justiça do Trabalho) revelam um quadro de extrema gravidade, marcado por ilícitos graves e fraudes de grandes proporções e variadas implicações, que sugere a atuação de um grupo de pessoas especializadas em achar os cofres públicos, sendo a lesão a numerosos trabalhadores parte importante do seu *modus operandi*, como será descrito a seguir.

Por fim, apresentou a Auditoria-Fiscal do Trabalho o resultado de nova fiscalização realizada, em maio de 2015, no Hospital José Nigro Neto, a qual confirmou não apenas a persistência dos ilícitos anteriores, como a ampliação das ofensas à saúde dos trabalhadores, com destaque para as inadequações no PPRA e PCMSO e o subdimensionamento do SESMT. Na mesma ação fiscal foram também lavrados autos em face do IAGES.

Como pode ser visto, as infrações ambientais já existiam antes da contratação do IAGES, mas continuaram depois disso, com certo aprofundamento inclusive. Tais descumprimentos, principalmente à NR n. 32 do MTE, possuem contornos muito preocupantes, pois revelam a falta de preocupação com a prevenção de doenças e acidentes em um ambiente de trabalho (hospital) no qual estão presentes agentes contaminantes de acentuado risco, principalmente biológicos.

Tais infrações já imprimiram, é claro, contornos de gravidade à presente ação. Mas os problemas revelados neste caso vão muito além disso.

1.2. Da terceirização ilícita

Um aspecto mais óbvio da terceirização da saúde pública praticada em Américo Brasiliense através da contratação do IAGES é sua dimensão ilícita, eis que se mostra evidente a mera transferência da execução das atividades finalísticas do hospital municipal.

Tal terceirização teve, formalmente, início com um ofício datado de 27.2.2014 encaminhado por Willian Pio Martins, Diretor do Departamento de Saúde Municipal, à Prefeita, no qual solicita “*a celebração de Contrato de Gestão, com entidade que esteja devidamente qualificada como Organização Social em Saúde no âmbito municipal*” (arquivo eletrônico I(1)).

As justificativas dadas para tal pedido inserem-se na linha da “ineficiência” do estado em gerir a saúde pública, o que exigiria “formas inovadoras de gestão”.

Curiosamente, constata-se que o texto foi copiado, *ipsis litteris*, de editais de chamamento público para terceirização da saúde de outros municípios, como por exemplo Nova Odessa, datado de 13.1.2014, e Urupês, de 20.12.2013.

Tal recomendação foi acolhida pela Prefeita Municipal, o que conduziu à qualificação do IAGES como organização social e à celebração do contrato de gestão n. 2/2014 em 29 de abril de 2014.

A propósito, o IAGES foi, estranhamente, a única entidade a buscar sua qualificação em Américo Brasiliense, respondendo ao edital de chamamento, de modo que foi também a única a apresentar um projeto. Nenhuma outra entidade teria demonstrado interesse por uma contratação em valor superior a 6 milhões de reais. Não houve, portanto, qualquer disputa ou concorrência. À vista do que se narrará no item 1.4, abaixo, o fato não é destituído de significado.

Como já mencionado, o contrato em si não indica claramente seu objeto, fala-se em “*operacionalização da gestão e execução, pela CONTRATADA, das atividades e serviços de saúde no Município de Américo Brasiliense descritos no decorrer do presente contrato e seus anexos*”.

O Anexo Técnico I do contrato contém algum detalhamento do objeto da terceirização, nos seguintes termos (arquivo I(7)):

“A CONTRATADA atenderá aos usuários do SUS — Sistema Único de Saúde, oferecendo, segundo o grau de complexidade de sua assistência e sua capacidade operacional, os serviços de saúde que se enquadrem

nas modalidades abaixo descritas, mantendo e ampliando, quando necessário, todos os serviços existentes.

(...)

1. ASSISTÊNCIA HOSPITALAR

A assistência à saúde prestada em regime de hospitalização compreenderá o conjunto de atendimentos oferecidos ao paciente desde sua admissão no hospital até sua alta hospitalar pela patologia atendida, incluindo-se aí todos os atendimentos e procedimentos necessários para obter ou completar o diagnóstico e as terapêuticas necessárias para o tratamento no âmbito hospitalar.

(...)

2. ATENDIMENTO A URGÊNCIAS

2.1. Serão considerados atendimentos de urgência aqueles não programados que sejam prestados pelo Serviço de Urgência do hospital a pessoas que procurem tal atendimento, sejam de forma espontânea ou encaminhada de forma referenciada.

(...)

3. ATENDIMENTO AMBULATORIAL

a — Primeira consulta

b — Consultas subsequentes (retornos)

c — Cirurgias Ambulatoriais

(...)

4. PROGRAMAS ESPECIAIS E NOVAS ESPECIALIDADES DE ATENDIMENTO

Se, ao longo da vigência deste contrato, de comum acordo entre os contratantes, o hospital se propuser a realizar outros tipos de atividades

diferentes daquelas aqui relacionadas, seja pela introdução de novas especialidades médicas, seja pela realização de programas especiais para determinado tipo de patologia, estas atividades deverão ser previamente autorizadas pela CONTRATANTE após análise técnica, sendo qualificadas separadamente do atendimento rotineiro do hospital e sua orçamentação econômico-financeira será discriminada e homologada através de Termo Aditivo ao presente contrato”.

Compare-se tal objeto com a descrição, apresentada pelo Cerest em seu laudo, das atividades desenvolvidas no espaço do Hospital Municipal, e constatamos que simplesmente TODAS as atividades foram terceirizadas, sem exceção. Tudo aquilo a que se dedica a unidade de saúde foi assumido pelo ente privado, inexistindo, por óbvio, qualquer dimensão de complementariedade em tal contratação.

O propósito de terceirizar todas as atividades do Hospital foi tão exaustivamente perseguido que se chegou ao ponto de, conforme estabelece o item 4 acima transcrito, garantir a terceirização inclusive daquilo que o Hospital AINDA NÃO FAZ, mas pode vir a fazer no futuro. Ou seja, não só se terceirizou todas as atividades atuais, como ainda se buscou garantir que, se no futuro alguma outra atividade vier a ser desenvolvida — por exemplo, por terem sido obtidos para isso recursos públicos federais —, isso também será terceirizado através da IAGES (com adicional retribuição financeira, é claro).

É certo que a Administração Pública possui a faculdade de transferir a terceiros a execução de atividades acessórias, preservando, entretanto, todas as atividades essenciais aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade pública, a exemplo da saúde, que não são passíveis de terceirização.

Com efeito, o art. 196 da CF/88 estabelece que a saúde é dever do Estado, expressão que engloba todos os entes federativos (União, Estados e Municípios). O art. 18 da Lei n. 8.080/90, por sua vez, diz que compete direta e precipuamente ao município promover a organização, controle, avaliação, gestão e execução das ações e serviços de saúde pública.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o Município não pode terceirizar a execução de serviços permanentes ligados à saúde pública, ainda mais as atividades de um hospital inteiro, por se tratar de atividades iminentes ao fim para o qual foram concebidos.

Essa conclusão também encontra respaldo na jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, cuja Súmula n. 331 adota o entendimento de que a terceirização de atividades-fim é ilegal,

somente se admitindo a contratação de serviços terceirizados ligados a atividades-meio do tomador e desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Nem se alegue que a terceirização promovida pelos réus encontraria ressonância na parte final do art. 197 da CF/88, conforme o qual a execução das ações e serviços de saúde deve ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros. O exato sentido e alcance dessa norma e daquela contida no art. 199, § 1º, da CF/88 conduz à inferência de que as ações e os serviços de saúde devem ser executados diretamente pelos entes federativos, admitindo-se a prestação por intermédio de terceiros tão somente em caráter complementar.

No caso em tela, a condição ilícita, na realidade fraudulenta, da terceirização praticada, que se esgota no mero fornecimento de mão de obra, já foi reconhecido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que ao analisar o contrato de gestão firmado e documentos relacionados concluiu, em relatório datado de 18.6.2014 (arquivos II(8) e II(9)):

“2.3. DA CONTRATAÇÃO ILEGAL POR INTERPOSTA PESSOA

2.3.1. O instituto jurídico do Contrato de Gestão possui, nos termos do art. 37, § 8º, da CF/88, o escopo de ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, tendo como objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.

2.3.2. No caso em tela, a Administração firmou Contrato de Gestão... com a Organização Social única e exclusivamente para terceirizar a mão de obra vinculada à operacionalização da Unidade Hospitalar “Dr. José Nigro Neto”, uma vez que a Proposta Técnica contratada... prevê no Plano de Recursos Financeiros... basicamente, valores referentes à honorários de pessoal (médicos), uma vez que não constam da Proposta Técnica valores com materiais médico-hospitalares, exames clínicos, limpeza do prédio, serviços de lavanderia de roupas etc., ou seja, insumos e serviços fundamentais para o funcionamento de uma Unidade Hospitalar.

2.3.4. O E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já se manifestou em várias ocasiões pela ilegalidade da terceirização de atividade-fim (TC-002065/006/07 e TC-30796/026/05). Nos autos do TC-001109/010/09 o Exmo. Dr. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho proferiu voto destacando a ilegalidade:

“Inicialmente, observo que a Conveniada figurou como mera interveniente para a contratação de mão de obra sem processo seletivo ou concurso

público, eis que os valores repassados destinaram-se, em sua maioria, ao pagamento de remunerações e encargos sociais, inclusive a agentes comunitários de saúde, situação que caracteriza burla ao art. 37, II, da Constituição Federal (...)" (TC-1109/010/09)

2.3.5. Dessa forma, além de restar configurada a contratação ilegal por interposta pessoa, a assinatura de contrato de gestão única e exclusivamente para terceirizar a mão de obra médica viola o art. 37, II, da CF/88.

2.4. DA COMPLEMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS DA ÁREA DA SAÚDE

2.4.1. O Diretor do Departamento de Saúde Municipal... justificou a instauração do procedimento na necessidade de contratar, de forma complementar, serviços de assistência à saúde para atender às demandas do Município, nos termos do art. 220 da Constituição do Estado de São Paulo.

2.4.2. O art. 220, § 4º, da Carta Paulista estabelece que:

“a participação do setor privado no sistema único de saúde efetivar-se-á segundo suas diretrizes, mediante convênio ou contrato de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

2.4.2. O art. 24 da Lei Federal n. 8.080/90 disciplina a forma pela qual a iniciativa privada poderá participar complementarmente do Sistema Único de Saúde — SUS estabelecendo que, quando as disponibilidades do Poder Público foram insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

2.4.3. Desta forma, da análise em conjunto dos dispositivos citados acima, depreende-se que as Autoridades gestoras do SUS poderão recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada para complementar o Sistema Único de Saúde, e não para contratar mão de obra médica pela via oblíqua da iniciativa privada. O que a legislação possibilitou às Autoridades gestoras do SUS foi contratar, por exemplo, uma clínica de exames de alta complexidade, quando não haja tal serviço ofertado pelo próprio Sistema Único de Saúde, e não terceirizar a mão de obra médica que deve ser composta por servidores públicos.

2.4.3. Além do mais, o Município firmou Contrato de Gestão, e o art. 3º da Portaria n. 1.034, de 2010, do Ministério da Saúde, estabelece que a

complementação de serviços na área da saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos deve ser formalizada mediante contrato ou convênio.

2.4.4. Dessa sorte, verifica-se que a participação complementar no Sistema Único de Saúde através de contrato de gestão, que tem como escopo ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, tendo como objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, o que não ocorreu no presente caso, visou unicamente a terceirização de mão de obra”.

E essa não foi a única ilicitude detectada pelo TCE no presente caso. Também chamou a atenção do Tribunal o fato das Prefeituras de Santa Lúcia, Rincão e Serrana emitirem atestados de capacidade técnica prematuros ao IAGES, poucos dias após a celebração dos contratos com aqueles municípios, sobre o que se falará mais posteriormente.

Também destacou o Tribunal: *“Registramos, a título de informação, que a Ata de Abertura do Chamamento Público da sessão ocorrida em 31.3.2014... foi assinada por apenas dois membros da Comissão Especial... e assinou a Ata a pessoa de Ezequiel Rios Ariza, médico efetivo da PM de Américo Brasiliense que não compõe a Comissão. Ademais, tudo indica que possui vínculo de parentesco com integrante da Organização Social contratada”.*

De fato, Ezequiel Rios Ariza, servidor do Município de Américo Brasiliense, e que é apontado nas atas da comissão de prontuário como diretor clínico do Hospital, é irmão de Angel Dario Rios Ariza, apontado pelo IAGES na documentação que acompanhava seu pedido de qualificação como secretário, membro do Conselho de Administração do Instituto e também seu responsável técnico perante o Conselho Regional de Medicina (conforme certificado em I(13)).

Considerando que Ezequiel não era, como destacou o TCE, membro da comissão municipal responsável, sua presença no ato causa estranheza e suspeita de contrariedade ao princípio da impessoalidade (dado que sugere que a análise da qualificação do IAGES, do qual fazia parte seu irmão, deu-se com seu envolvimento). Não tanta estranheza, entretanto, quanto constatar que, logo após a celebração do contrato de gestão, Angel Dario Rios Ariza foi contratado pelo próprio IAGES, através de empresa constituída em seu nome, para prestar “serviços médicos” no próprio Hospital Municipal, tendo lhe sido paga, conforme descreve o relatório de prestação de contas do

Instituto (arquivo III(1) e seguintes), apenas nos meses de junho, julho e agosto de 2014, a quantia de R\$ 73.676,50.

Também gera incredulidade constatar que o mesmo Ezequiel Rios Ariza, servidor ativo do Município de Américo (veja-se, em anexo, as informações do CNIS), é apontado no mesmo relatório de prestação de contas do IAGES como “prestador médico” do Instituto.

A gravidade é ainda maior, pois na página do relatório de prestação de contas seguinte àquela em que se menciona Ezequiel como “prestador médico” do Instituto, consta declaração do IAGES de 20.1.2015, subscrita pelo presidente do Conselho de Administração Pedro Barreto de Godoy Pereira, na qual este afirma que o Instituto “não possui em seus quadros de contratações, servidores públicos do município de Américo Brasileiro” (arquivo III(2)).

À vista do informado no relatório de prestação de contas, tal declaração mostra-se falsa, caracterizando, em tese, o delito de falsidade ideológica.

Apontou o Tribunal de Contas, ainda, que o contrato de gestão firmado se mostra economicamente desvantajoso ao Município:

“2.2. DA DEMONSTRAÇÃO DA ECONOMICIDADE

2.2.1. Embora a Origem tenha apresentado parecer técnico apontando que o contrato de gestão representa vantagem econômica para a Administração em detrimento da realização direta de seu objeto... não vislumbramos, em referido parecer, a real economicidade decorrente da celebração da avença para a Administração, visto que a mesma justificou a vantajosidade no fato de que a municipalidade não consegue contratar médicos através de concurso público para suprir as vagas existentes no quadro de pessoal em razão do baixo salário oferecido. Aponta também o fato dos médicos que integram o quadro de pessoal do Município serem arredios ao cumprimento da carga horária imposta, relatando a dificuldade que a Administração possui em adotar posturas corretivas na parte disciplinar, argumentes estes que, aos nossos olhos, não justificam a vantajosidade da execução indireta do objeto.

2.2.2. Ademais, comparando os salários propostos no Plano Operacional pela Organização Social com os salários pagos pela Municipalidade..., constatamos haver grande diferença nos valores salariais. Enquanto a Prefeitura Municipal paga para um enfermeiro o valor de R\$ 1.396,85 para uma jornada de 36 horas mensais, os cofres públicos desembolsam a importância de R\$ 5.000,00 para a Coordenação de Enfermagem através da execução indireta do objeto. Da mesma forma ocorre com os

demais profissionais: os vinculados à execução do objeto do contrato de gestão recebem salários maiores que os servidores públicos municipais, corroborando o entendimento de que a execução indireta do objeto do contrato de gestão é antieconômica”.

Portanto, trata-se de uma terceirização, além de ilícita, por coincidir *in totum* com a atividade-fim a que se dedica a unidade de saúde mas limitada ao fornecimento de mão de obra, também lesiva aos cofres públicos, e ainda, como se verá no item seguinte, precarizante, dada a supressão em larga escala de direitos trabalhistas.

Apesar de todas essas constatações realizadas pelo Tribunal de Contas, a movimentação do procedimento (TC 573/013/14) revela que este foi instaurado em maio de 2014, o relatório apontando os defeitos da contratação foi elaborado em junho do mesmo ano, mas a última movimentação é de agosto de 2014. De lá para cá, passado um ano e meio, nenhuma outra providência foi, pelo visto, tomada pelo Tribunal de Contas, permitindo-se a continuidade do contrato flagrantemente viciado.

Vale destacar que os pedidos formulados pelo *Parquet* nesta ação relacionados ao presente tópico (terceirização ilícita das atividades finalísticas da unidade de saúde), contidos no item 2, letras b.1, II, e b.2, I, desta inicial, relacionam-se, expressamente, apenas aos casos de terceirização ilícita, não constituindo impedimento à atuação propriamente complementar por parte do IAGES ou de qualquer outra empresa, OSCIP ou organização social. Afinal, quando a prestação de serviços é verdadeiramente complementar, não há terceirização, pois não há a substituição do agir estatal pela atuação do ente privado, mas sim um acréscimo ao agir estatal capaz de viabilizar uma atividade que não é prestada pela rede pública (como um tipo de exame ou procedimento não disponível no município, como bem destaca o TCE no relatório antes transcrito), em complemento ao serviço público prestado diretamente pelo município.

Sobre o tema já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, ao confirmar sentença proferida pelo Magistrado Sergio Milito Barea na ação civil pública n. 0010436-50.2014.5.15.0142, endossando os fundamentos da decisão *a quo*:

“Embora não exista vedação constitucional à contratação de serviços de terceiros pela administração, com previsão no Decreto-Lei n. 200/67 da possibilidade de o ente estatal recorrer à execução indireta de determinadas tarefas como forma de adequar o crescimento desmensurado da máquina pública (art. 10,

§ 7º), tal contratação se restringe às atividades acessórias, instrumentais ou complementares (Decreto-Lei n. 2.271/97, arts. 1º e 4º) que abrangem conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. O legislador não incluiu os serviços de saúde, atividade essencial e finalística do Estado”. (3ª T., Rel. Des. Maria Madalena de Oliveira, DEJT em 31.7.2015)

1.3. Da fraude na contratação de empregados (pejotização)

Como revelam os documentos contidos no procedimento municipal, principalmente o relatório de prestação de contas do IAGES (arquivo III(1) e seguintes) e a resposta do Instituto ao MPT datada de 2.12.2015, a esmagadora maioria dos trabalhadores contratados para a execução do contrato de gestão foram admitidos mediante a fraude trabalhista conhecida como “pejotização”, ou seja, sem anotação da CTPS e por interpostas pessoas jurídicas.

Note-se que não houve qualquer esforço no sentido de ocultar a fraude. O relatório de prestação de contas traz um “quadro de colaboradores — CLT” restrito a sete nomes, seguido de um “quadro de colaboradores — pessoa jurídica”, que corresponde a uma extensa lista de empresas, a maior parte delas firmas individuais (não relacionadas apenas à contratação de médicos, havendo também supostos serviços “administrativos” e de “educação permanente”), bem como uma lista de “prestadores médicos” com 49 nomes, profissionais que portanto prestam labor e cumprem horários e metas estipulados pelo Município e pelo IAGES, mas com a supressão do registro do contrato de trabalho.

A prova demonstra a falsidade da declaração lançada pelo IAGES em seu projeto submetido ao Município, utilizado como justificativa para sua contratação, no qual se afirmava: “*Recursos humanos primários do IAGES — Contamos com uma equipe multiprofissional, diretamente ligada e/ou associada ao Instituto*”.

Não havia, está demonstrado, qualquer equipe multiprofissional. Todos os médicos foram contratados após a data de celebração do contrato de gestão em 29.4.2014. Veja-se, nesse sentido, os contratos de “prestação de serviços técnicos” apresentados pelo IAGES ao MPT, todos eles datados de 2 de maio de 2014.

Tal circunstância não chamou minimamente a atenção do Município, que não se preocupou em exigir do Instituto a comprovação da existência de tal “equipe multiprofissional”, essencial ao atingimento dos objetivos da terceirização buscada.

Além disso, a fraude trabalhista praticada tampouco chamou a atenção do Município, para fins de fiscalização da execução do contrato, não obstante o instrumento de contrato estabeleça, em sua cláusula segunda, a obrigação da contratada de “*contratar, se necessário, pessoal para a execução das atividades previstas neste Contrato de Gestão, responsabilizando-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais*”.

Evidente, portanto, a conivência do Município para com a fraude cometida, cuja prática já era antevista desde antes da celebração do contrato.

Entre os médicos contratados sob forma de pessoa jurídica figurou, como já dito, Angel Dario Rios Ariza, apontado no requerimento da qualificação do IAGES como membro do conselho de administração, eis que o pedido foi instruído com um documento informando o “quadro de membros eleitos e empossados — mandato: 17.7.2013 a 16.7.2017”, no qual Angel Dario é mencionado como secretário e membro do conselho fiscal (cópia autenticada em tabelionato no mesmo dia da apresentação do requerimento de 28.3.2014).

Pois bem, Angel Dario propôs em 2014 uma reclamatória trabalhista, proc. 542-26.2014.5.15.0150, atualmente sob execução (foi proferida sentença condenatória), em face do ICV — Instituto Ciências da Vida e do Município de Serrana, afirmando que fora contratado de 6.1.2013 a 14.8.2013 como médico, sem que o contrato de trabalho fosse registrado.

O ICV, como será visto no item seguinte em detalhes, é entidade-irmã do IAGES, sendo que ambos foram utilizados pelo mesmo grupo de pessoas para o cometimento dos mesmos ilícitos em vários municípios paulistas. Habitualmente o IAGES sucede o ICV nos contratos de terceirização da saúde, não tendo sido diferente em Américo Brasiliense.

Neste tópico deseja-se destacar que Angel Dario, que pleiteou verbas trabalhistas em face do ICV por ter sido contratado mediante “pejotização”, voltou logo a seguir a admitir sua contratação como médico sob idêntica pejotização através do IAGES, agora em Américo Brasiliense.

Parece claro que já está em gestação, aí, uma nova futura reclamatória trabalhista, preordenada pelas partes envolvidas, e cujo sentido é a obtenção de valores adicionais, além dos pagos através da firim individual, que em última instância acabarão provavelmente sendo suportados pelo Município, em condenações subsidiárias.

A mesma situação é observada com relação a outros membros da direção do IAGES, também envolvido em reclamações contra o ICV.

Nesse sentido, Erick Bacarine Castro, indicado no “quadro de membros eleitos e empossados” que instruiu o pedido de qualificação como sendo titular do conselho fiscal do Instituto, sendo qualificado como “representante comercial”, propôs reclamação trabalhista em face do ICV (proc. 11516-25.2014.5.15.0150), em dezembro de 2014, igualmente afirmando que prestou serviços sem que sua CTPS fosse assinada. O advogado constituído pelo autor, a propósito, é Esdras Igino da Silva, também advogado do IAGES. Em tal reclamação foi celebrado acordo para pagamento de 48 mil reais ao reclamante.

Seguindo o mesmo “roteiro”, Erick, que se reconhece como representante comercial, foi contratado através de sua firma Erick Bacarine Castro ME para laborar no hospital de Américo Brasiliense, sendo que o relatório de prestação de contas do IAGES aponta tal contratação como estando relacionada a “serviços administrativos” e “recursos humanos”.

Ana Mara Santos Scaravate, mencionada no “quadro de membros eleitos e empossados” que instruiu o pedido de qualificação da OS como membro do conselho fiscal, também ajuizou reclamação em face do ICV, proc. 0011029-55.2014.5.15.0001. Não alegou ausência de registro, já que sua CTPS havia sido anotada, mas falta de pagamento de verbas rescisórias e outros valores. Seu advogado também é Esdras Igino da Silva.

Ana Mara não figura no reduzido rol de “colaboradores CLT” informado no relatório de prestação de contas do IAGES, mas é mencionada em outra parte do mesmo documento, nos seguintes termos: “*O serviço de Educação Continuada e Apoio Institucional têm como profissionais de campo: Ana Mara Scaravatti*”.

As informações do CAGED em nome de Ana Mara confirmam que não houve a contratação com reconhecimento do vínculo de emprego.

Analisando-se a lista de “prestadores médicos” informada pelo IAGES em sua prestação de contas, localiza-se ainda o nome de Fausto Falavina, o qual moveu reclamação em face do ICV, proc. 60-78.2013.5.15.0150, na qual foi celebrado acordo prevendo o pagamento de quarenta mil reais.

Nessa ação o reclamante Fausto Falavina chega, em réplica, a exigir a intervenção do MPT no feito, nos seguintes termos:

“A participação do MPT, na condição de Fiscal da Lei, no presente caso é fundamental!”

A fraude praticada pela 2ª reclamada, afronta aos arts. 198, inciso I da Constituição Federal, bem como a Lei n. 8.080/90, notadamente em seu art. 9º, além de ter sido realizada a contratação sem qualquer concurso público e, até mesmo, a terceirização total do serviço público de saúde (e não apenas a contratação de empresa terceirizada para dar cabo à eventual necessidade transitória)”.

Não obstante, cá temos o mesmo médico novamente trabalhando sem registro, agora em Américo Brasiliense, recebendo pagamentos através da empresa Falavina Serviços Médicos Ltda., e em favor do IAGES, relacionado ao ICV.

Acrescente-se que em razão das contratações fraudulentas, realizadas sem anotação da CTPS, praticadas pela ICV, antecessora da IAGES, o Município de Américo Brasiliense já sofreu condenação pela Justiça do Trabalho proferida na reclamatória 59-93.2014.5.15.0150. Na ação movida pelo médico Nilton César Lima dos Santos, foi reconhecido em sentença:

“O Município de Américo Brasiliense, por sua vez, realizou a contratação da 1ª reclamada nos termos da dispensa de licitação estabelecida pelo art. 24, XXIV da Lei n. 8.666/93, ou seja, celebrou contrato de gestão com a reclamada, que se intitula uma OSCIP — Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (fls. 170/196).

(...)

Analisando a questão, verifica-se que os Municípios, seja através da contratação com dispensa de licitação, de celebração de contrato de gestão ou de contratação da empresa vencedora do pregão eletrônico, delegaram à 1ª ré a prestação de serviços médicos, em verdadeira intermediação da mão de obra.

(...)

No caso, a omissão da Administração (falta de aferição do adimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada) permitiu que a prestação dos serviços contratados se desenvolvesse em manifesto prejuízo ao reclamante. É exatamente essa omissão que configura a sua culpa in vigilando na formação do passivo trabalhista, ao passo que, se a Administração tivesse cumprido seu

dever legal de fiscalizar o ajuste, poderia agir de modo tempestivo a evitar o dano.”

Há de se concluir que os envolvidos no caso, e particularmente os ora reclamados, possuem pleno conhecimento da ilicitude e lesividade da fraude cometida, a qual por vezes é inclusive aproveitada posteriormente como forma de proporcionar pagamentos adicionais, acionando-se a Justiça do Trabalho.

Vê-se contrariedade, também, a diretrizes fixadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo à celebração de contratos de gestão com organizações sociais, como decorre do manual *Repasse Públicos ao Terceiro Setor*, de dezembro de 2012:

“Contratação de pessoal e remuneração de dirigentes

A entidade gerenciadora (OS) deverá elaborar e colocar em prática um plano de cargos, salários e benefícios (art. 4º, VIII, LF n. 9.637/98) dos empregados da atividade gerenciada, compatível com seu regimento interno que deve dispor sobre os cargos e respectivas competências (art. 4º, VII, LF n. 9.637/98).

Para contratações, a legislação federal prevê a textual estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados envolvidos na execução do Contrato de Gestão (art. 7º, II, LF n. 9.637/98).

A OS deve comprovar periodicamente o pagamento das obrigações trabalhistas e encargos sociais, visando evitar formação de passivos que venham a ser posteriormente assumidos pelo Poder Público”.

A consequência (e o objetivo) dessa conduta ilegal é clara: a exclusão dos trabalhadores atingidos da proteção legal trabalhista, com a sonegação de seus direitos trabalhistas, previdências e sociais, refletindo-se a lesão a toda a sociedade, inclusive pelo impacto negativo à arrecadação da Previdência Social e do FGTS.

O ilícito atrai, além da necessidade de reparação dos danos morais coletivos causados à sociedade, a aplicação do disposto no art.

9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Nesse sentido o entendimento dos Tribunais Trabalhistas:

“Evidente que, no presente caso, ocorrera o que hoje a doutrina trabalhista sói nomear como “pejotização”. Isto é, a empresa, a fim de reduzir custos, obriga seus empregados a renunciarem a esta condição e a constituírem pequenas empresas prestadoras de serviços, alijando-os da proteção do Direito do Trabalho. O uso da pessoa jurídica para encobrir a relação de emprego, por força do art. 9º da CLT e do princípio da primazia da realidade, não pode produzir os efeitos pretendidos pela recorrente” (TRT2, RO 01324.2004.020.02.00.0, 13ª T., Rel. Roberto Vieira de Almeida Rezende).

1.4. ICV e IAGES: outros ilícitos

O Ministério Público do Trabalho tomou conhecimento da existência de uma relação entre o IAGES e o ICV — Instituto Ciências da Vida, a partir de decisão proferida na ação civil pública por improbidade administrativa n. 1000203-78.2015.8.26.0596, movida pelo Ministério Público de São Paulo em face do IAGES e do Prefeito Municipal de Serrana, João Antonio Barboza, entre outros.

Ao apreciar os pedidos antecipatórios, assim decidiu a Justiça Estadual, em 1º.10.2015:

“Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela deve ser em parte acolhido.

Com efeito, segundo apurado em Inquérito Civil, no primeiro dia útil de seu mandato, o requerido João Antônio realizou uma reunião com o Presidente da COMERP (que prestava os serviços de saúde junto à UPA), reunião esta em que o requerido Gabriel Carvalhaes Rosatti estava presente (malgrado não ocupasse cargo na administração municipal), ocasião em que o Prefeito noticiou ao representante da Cooperativa Médica a intenção de rescindir o contrato para a prestação dos serviços

de saúde, alegando questões políticas e principalmente, a realização de concurso público para o provimento dos cargos na área da saúde, ao que o representante da COMERP alegou que a cooperativa poderia permanecer atuando, até a realização do concurso e o provimento dos cargos, ao que o Prefeito Municipal insistiu na rescisão imediata, o que foi feito.

Na mesma oportunidade em que o Prefeito Municipal rescindia o contrato com a COMERP (o que foi concretizado no dia 4 de janeiro de 2013 — fls. 89/90 do i.c. n. 1.156/13), os requeridos formalizaram procedimento para dispensa de licitação visando à contratação do ICV — Instituto Ciências da Vida.

Na contratação acima cada qual realizou seu papel: Gabriel apresentou a empresa, Glayson, já como Diretor da Assessoria dos Negócios Licitações preparou os procedimentos licitatórios simulados e o Prefeito Municipal João Antônio Barboza firmou a contratação.

Consoante salientado na inicial, o procedimento para dispensa de licitação iniciou-se no mesmo dia da rescisão do contrato com a COMERP, mesma data também do parecer jurídico do requerido Glayson, favorável à dispensa de licitação (4 de janeiro de 2013). A proposta comercial do ICV é datada do dia 2 de janeiro de 2013 (primeiro dia útil da gestão e anterior, portanto, à rescisão com a COMERP e ao procedimento para dispensa de licitação). Não bastasse, as demais empresas que apresentaram as propostas comerciais, CMN Cooperativa Médica do Trabalho e Instituto Hygia, o fizeram de maneira singela e superficial, sem especificação dos serviços prestados, sendo que o Instituto Hygia mencionava atuação em artes marciais (TAE KWON DO), evidenciando que tratam-se de propostas montadas apenas para formalização do procedimento. Por fim, os membros da comissão permanente de licitação relataram, em declarações tomadas na Promotoria de Justiça, que jamais elaboraram documentos ou participaram de atos referentes às licitações, sendo apenas instados a assinar a documentação previamente preparada pela supervisora e servidores do departamento de licitações para dar “ares de legalidade” ao procedimento. Tais fatos consubstanciam, em análise perfunctória, indícios de simulação do procedimento de dispensa de licitação e o prévio dirigismo para contratação do ICV.

Ainda segundo a inicial, formalizou-se a contratação do ICV no dia 7 de janeiro de 2013 (três dias após o início do procedimento para dispensa do certame), por prazo de 90 dias, por valores que equivaliam a mais que o triplo do vigente com a COMERP, pois correspondiam a pagamentos mensais de R\$ 799.615,00. Vencido o prazo da contratação emergencial,

sem que fosse realizada a licitação, deu-se a também ilegal prorrogação do prazo (por mais 90 dias), conforme se constata do aditivo de fls. 402/404, também precedido do parecer jurídico favorável do requerido Glayson Guimarães dos Santos.

Infere-se, ademais, que pelos valores mensais previstos no contrato e pelo prazo da contratação com o ICV (180 dias), o Município sofreu um dano em valores aproximados de R\$ 4.794.000,00 com tal contratação. Vencido o prazo da prorrogação, os requeridos realizaram nova contratação emergencial, de outra empresa (IAGES — Instituto de Apoio e Gestão à Saúde), que, na verdade, possui em sua diretoria, as mesmas pessoas que integravam o Conselho Fiscal do ICV, com procedimento similar: procedimento de dispensa de licitação, no qual foi expedido parecer jurídico favorável do requerido Glayson Guimarães dos Santos (fls. 156/161 do i. c. n. 152/2014) e a contratação emergencial do IAGES pelo prazo de 90 dias (contrato a fls. 205/215 do i.c. n. 152/2014). Pelas informações de fls. 451 do i.c. n. 152/2014, os valores pagos ao IAGES até a data de agosto de 2014 foram de R\$ 3.578.804,67.”

Em razão dos mesmos fatos, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou, no agravo de instrumento n. 2198662-51.2015.8.26.0000, o afastamento liminar do prefeito de Serrana do cargo, tendo sido reconhecido pelo Desembargador Relator que: *“restou amplamente demonstrado entre os corréus “esquema” de contratação de serviços superfaturados e que trouxeram prejuízos aos cofres públicos em valores milionários como, por exemplo a contratação com o Instituto Ciência e Vida que alcançou montante de R\$ 4.794.000,00 (quatro milhões, setecentos e noventa e quatro mil reais) valor impensável para uma pequena cidade do interior”*.

A menção ao ICV causa extrema preocupação, pois se trata de ente privado, com diversos contratos de terceirização da saúde com municípios paulistas, flagrado em agosto de 2015 em um esquema envolvendo a utilização de falsos médicos nos hospitais terceirizados, em Sorocaba e em Franca, conforme revelam as reportagens de anexo. Além de várias prisões, o caso já conduziu ao ajuizamento de outra ação de improbidade administrativa, em face do ICV e demais envolvidos (proc. 1025406-78.2015.8.26.0196).

Chamam a atenção os detalhes do funcionamento do esquema criminoso, descritos nas reportagens:

“Uma comissão especial de inquérito (CEI) que apura a atuação de falsos médicos na rede pública de saúde em Franca (SP) apontou que o Instituto Ciências da Vida (ICV) subcontratou uma empresa

de Campinas (SP) para montar o corpo clínico responsável pelo atendimento no Pronto-Socorro “Dr. Álvaro Azzuz.”

Em conclusão preliminar, o presidente Márcio do Flórida (PT) disse que a entidade não tem equipe própria e que, por isso, terceirizou profissionais da Unidade Médica Cirúrgica Cambuí. Esta empresa, segundo o vereador, ainda teria participado de modo suspeito de concorrências que o ICV venceu, sempre apresentando propostas maiores.

(...)

Por telefone, o médico Daniel Gustavo Gutierrez Feliu, proprietário da Unidade Médica Cirúrgica Cambuí, negou ter fornecido médicos ao ICV, mas que, durante o período em que atuou como coordenador do instituto, concedeu o uso de sua personalidade jurídica para que outros profissionais recebessem do ICV.

(...)

A investigação sobre falsos médicos começou em julho, após serem detidas na região de Sorocaba (SP) duas pessoas que se utilizavam de registros de CRM de outros para atuar. De acordo com a polícia, elas foram contratadas pela ICV e atendiam pacientes em, pelo menos, três cidades, dentre elas, Franca.

Dados apurados em uma sindicância da administração municipal de Franca dão conta de que 6,3 mil pacientes teriam sido atendidos por oito pessoas sem CRM. O caso também motivou a abertura da CEI na Câmara em 21 de agosto.

Conclusões: Flórida explica que foi possível apontar que o ICV não possui corpo clínico e que, para fornecer equipe ao PS em Franca, recorreu à empresa de Campinas.

“Isso já está comprovado. Ele [instituto] ganha uma licitação ou uma concorrência com dispensa de licitação, que foi o que ocorreu em Franca, e depois vai buscar profissionais para trabalhar e contrata por CNPJ. Então, ela [a empresa] não tem vínculo trabalhista com nenhum médico”, explicou o vereador.

Segundo ele, desde junho de 2014 a suposta firma subcontratada participou de quatro das cinco concorrências abertas pela Prefeitura para contratação emergencial de médicos no Álvaro Azzuz, mas a entidade sempre apresentava valores maiores que os do ICV.

Além disso, o Instituto Ciências da Vida manteve a mesma tabela em todas as tomadas de preços: R\$ 147,50 por hora para clínica médica e R\$ 155,80 por hora de pediatria. “Como essa empresa perde a possibilidade de contratar com o município, porque apresentou preço maior, mas efetivamente estava atuando no município? Ela começou a atuar como subcontratada do ICV.”

Além das irregularidades na contratação, a comissão especial obteve indícios de que a Prefeitura não fiscalizava a execução do contrato com o ICV. “Até por isso existiram os médicos falsos em Franca. Perceberam que aqui não havia fiscalização e que poderiam atuar sem ninguém pedir sequer o CRM, como nos disseram dois médicos, que vieram trabalhar e foram contratados por telefone. Em tese, qualquer pessoa poderia ter chegado ao pronto-socorro, se apresentado como médico e ter dado plantão.”

“Médico diz à polícia que falsários foram indicados por diretor do ICV

Franca Local 10.10.2015 Autor(a): Priscilla Sales Função: Repórter Foto(s): Dirceu Garcia/Comércio da Franca

O médico Daniel Gutierrez, dono da empresa Unidade de Serviços Médicos Cambuí, por meio da qual os falsos médicos que atuaram em Franca recebiam seus salários, prestou depoimento à Polícia de Mairinque (SP), que também investiga a ação dos falsários. O depoimento aconteceu no início de setembro. Daniel estava acompanhado de dois advogados, quando disse que dois dos falsos médicos que atuaram em Franca foram indicados por um diretor do ICV (Instituto Ciências da Vida).

À polícia, ele disse que conheceu o ICV, que prestou serviços em Franca de junho de 2014 a 4 de setembro deste ano, através da indicação de um amigo, também médico. Daniel disse que foi apresentado a João Rocha, apontado por ele como dono da empresa, no final de 2013, quando

teria sido convidado a ocupar uma vaga de coordenador médico em Vargem Grande do Sul (SP).

Foi João Rocha que, segundo Daniel Gutierrez, pediu a ele que emprestasse a conta de sua empresa para que médicos do ICV pudessem receber seus salários. “O João pediu que eu autorizasse o pagamento de médicos na conta da minha empresa. Eles não tinham CNPJ. Em troca, me ofereceu a coordenação nas cidades em que o ICV atuasse. Eu aceitei.”

Veja-se que, com exceção do flagrante de falsos médicos, os detalhes envolvendo o escândalo com a ICV são exatamente os mesmos da terceirização em curso, através do IAGES, em Américo Brasiliense: dispensa de licitação; ausência de real concorrência (no caso ora em tela, apenas a IAGES teria se interessado na contratação superior a 6 milhões de reais, o que suscita fortes suspeitas); terceirização ampla da saúde pública; entidade contratada sem equipe médica própria, e que por isso subcontrata os serviços médicos junto a outras empresas; fraude trabalhista; utilização de empresas para pagamento de médicos diversos (no caso ora sob análise, basta comparar a lista de “colaboradores pessoas jurídicas” com a lista de “prestadores médicos” do IAGES para se confirmar a presença também dessa circunstância em comum, não sendo possível descobrir, apenas pelos nomes, a que empresas se vinculam todos os médicos).

Observe-se, então, que na época da celebração do contrato de gestão, o presidente do conselho de administração do IAGES era Valdemar Lino Chaves Filho. Quando da prestação de contas do ano de 2014, o presidente era Pedro Barreto de Godoy Pereira, que estava à frente do Instituto também por ocasião das respostas encaminhadas ao MPT, no final de 2015.

Observando-se a sequência de atas de assembleia geral do IAGES (veja-se arquivo “resposta lages 1”), descobre-se que na assembleia de 26.8.2014 Valdemar Lino renunciou ao cargo de presidente, tendo sido apontado Pedro Barreto para assumir a presidência.

Pedro Barreto, na realidade, já fazia parte do Instituto antes disso, sendo mencionado no atestado de visita técnica de 28.3.2014 da Prefeitura como Diretor Executivo do IAGES (arquivo I(14)).

Posteriormente à renúncia de Valdemar, o conselho de administração do Instituto foi formado com a participação, como Tesoureira, de Eliana da Silva Pereira Barreto Lino Chaves (assembleia de 24.10.2014), a qual possui o mesmo endereço de Valdemar Lino Chaves Filho, Rua Dr. Veiga Filho, 83, ap. 114, São Paulo/SP. E na mesma assembleia de 24.10.2014 indicou-se Karol

Biasi da Silva (que já ocupava, em razão de alteração pregressa, o cargo de membro do conselho fiscal) como Diretora Executiva, em substituição a Pedro Barreto, sendo que ambos moram na mesma residência, localizada na Rua Ovidio Faria de Souza, 50, em Ribeirão Preto. A assembleia elegeu, ainda, Thais Barreto de Godoy Pereira, por óbvio parente de Pedro Barreto. O conselho fiscal foi integrado por Ana Mara Scaravate e Fernanda Cristina Rodrigues, mencionadas no relatório de prestação de contas do IAGES como “profissionais de campo” do “serviço de Educação Continuada e Apoio Institucional” desenvolvido em Américo.

A composição dos órgãos estatutários do IAGES constitui, em larga medida, simples providência formal destinada a preservar as aparências, e mesmo nisso não se esforçaram muito os envolvidos. Os estatutos da entidade preveem, por exemplo, que o seu conselho de administração é composto por 10 membros, sendo que a análise das atas de assembleias revela que jamais se chegou sequer perto de tal contingente, inclusive porque as reuniões ocorrem com número inferior de presentes. Em certos momentos, o conselho de administração viu-se reduzido a apenas uma pessoa, o seu presidente. A existência do Instituto é, portanto, meramente virtual, e não real.

Destaque-se ainda que não obstante sua *“renúncia ao cargo de Presidente do Conselho de Administração e demissão dos quadros de associado do INSTITUTO DE APOIO E GESTÃO À SAÚDE”*, como formalizado através do ofício de 15 de agosto de 2014, Valdemar Lino é o médico atualmente apontado como diretor técnico responsável perante o Conselho Regional de Medicina, conforme revela a consulta em anexo (circunstância que está a merecer, aliás, apuração pelo Cremesp).

Resta evidente que o IAGES é, na prática, um empreendimento praticamente familiar, e dominado por duas pessoas, Pedro Barreto e Valdemar Lino.

Em praticamente todos os documentos, Pedro Barreto é qualificado como sendo “empresário”. Pesquisa ao sistema do Serpro e Jucesp revelou, entretanto, a existência de vínculo dele com apenas três pessoas jurídicas: uma empresa, Empartis Empreendimentos, da qual foi excluído em 2011, o próprio IAGES, e uma entidade denominada Sistema de Gestão da Saúde — SGS.

Mostra-se revelador que alguém reconheça sua condição de “empresário” apesar de possuir ligação exclusivamente com duas supostas entidades sem fins lucrativos, IAGES e SGS, sendo diretor desta última desde 2010. Pode-se aquilatar que o reconhecimento da qualificação profissional representou um momento de inadvertida sinceridade, pois o

IAGES funciona, obviamente, como uma empresa intermediadora de mão de obra, não possuindo qualquer finalidade social ou beneficente.

A pesquisa ao Serpro e Jucesp em nome de Valdemar Lino revela que ele foi igualmente sócio na Empartis Empreendimentos, tendo se afastado em 2011, e também é diretor da SGS desde 2010.

Consultando-se a composição societária da SGS, descobre-se que além de Valdemar e Pedro Barreto, são dela diretores Leny Rosalia Lencki, Silton Luis Gastardeli Vieira e João Gilberto Rocha Gonçalves, entre outros.

Pois bem, os dados do Serpro revelam que Leny Rosalia e Silton Luis Gasterdeli Vieira são também diretores do ICV, juntamente com Thiago Lencki Rocha e Aparecida Lencki, sendo que até recentemente Lucas Lencki Rocha, filho de Leny, era seu presidente. João Gilberto Rocha Gonçalves, que foi casado com Leny e é apontado nas reportagens acima mencionadas, relativas ao escândalo de falsos médicos, como sendo o real dono da ICV, fez formalmente parte desse Instituto como diretor.

O endereço informado da SGS, Rua Salvador Correa, 342, Sorocaba, é o mesmo da empresa Bioanálises Análises Clínicas Especializadas Ltda., da qual é sócia Leny Lencki. O e-mail associado à SGS é justamente o de Leny, leny_bio@terra.com.br.

Percebe-se, portanto, a atuação, por trás de SGS, ICV e IAGES, de um mesmo grupo de pessoas, em larga medida familiar, que se vale das três diferentes associações, e pode-se supor que também de outras, para garantir a obtenção de contratos públicos.

Nesse sentido, veja-se que a SGS foi utilizada, em julho de 2013, portanto após a contratação da ICV (em janeiro de 2013), e antes da contratação da IAGES, em outubro de 2013, para impugnar um edital para terceirização da saúde em Serrana (documento em anexo).

O relatório de prestação de contas aponta que o IAGES obteve contratos para terceirização da saúde pública nos municípios de Serrana, Rincão, Santa Lúcia, Nuporanga e Miguelópolis, além de Américo Brasiliense.

Em Serrana, Rincão e Américo Brasiliense, a contratação do IAGES foi antecedida pela contratação da ICV, com dispensa de licitação.

Como já visto, chegou inclusive a chamar a atenção do Tribunal de Contas o afã dos prefeitos de Serrana, Rincão e Santa Lúcia em recomendar a contratação do IAGES, tendo sido mencionado no relatório:

“Muito embora a Organização Social, na fase de pré-qualificação, apresentou 3 (três) Atestados de Capacidade Técnica emitidos

por pessoas jurídicas de direito público (Prefeituras Municipais) e longe dessa fiscalização adentrar ao mérito da real capacidade técnica da entidade qualificada, salientamos a prematuridade na emissão de tais Atestados de Capacidade Técnica fornecidos pelas Prefeituras Municipais de Santa Lúcia, Rincão e Serrana emitidos em 18.10.2013, 18.10.2013 e 21.10.2013, respectivamente..., uma vez que os contratos firmados com essas municipalidades datam de 1º.10.2013, 11.10.2013 (emissão da primeira Nota de Empenho, dados extraídos do Sistema AUDESP — Pentaho) e 19.9.2013, respectivamente.”

O prefeito de Rincão estava, portanto, a recomendar os serviços da IAGES apenas 7 dias após a celebração do contrato com a terceirizada!

Coincidentemente, Esdras Igino, advogado do IAGES e de membros do IAGES que moveram reclamações contra o ICV, é também procurador do Município de Rincão.

Veja-se, com base no edital de ratificação de dispensa de licitação em anexo, que a situação em Rincão é muito semelhante daquela ocorrida em Serrana, descrita na ação de improbidade antes mencionada e que conduziu ao afastamento do prefeito. Tal como em Serrana, a terceirizada anterior era a COMERP, que foi substituída pelo ICV, a seguir trocada pelo IAGES.

Em julho de 2013 Rincão contratou, por 90 dias, o ICV, com dispensa de licitação, constatando-se que imediatamente após, em outubro, foi contratado o IAGES.

Em Américo Brasiliense o ICV foi contratado em 2012, com dispensa de licitação, pelo valor de R\$ 2.153.700,00, tendo sido depois disso celebrado um termo aditivo prorrogando a vigência por 12 meses, e aumentando espetacularmente o valor para R\$ 5.863.200,00, com um segundo aditivo em janeiro de 2014, portanto já às vésperas da contratação do IAGES.

Cabe observar, também, que o IAGES foi criado em julho de 2013, quando se realizou sua assembleia de constituição e levou-se a registro seus atos constitutivos.

Inacreditavelmente, apenas dois meses depois, por óbvio sem qualquer tipo de experiência, e sem contar com qualquer equipe própria, ele já estava sendo contratado pelo Município de Serrana, e poucos dias depois disso, exibindo o Instituto menos de três meses de existência, já garantia contratos também com Santa Lúcia e Rincão. Em todos os casos os prefeitos contratantes se mostraram ansiosos em recomendar a contratação da terceirizada a outras prefeituras.

Tudo leva a crer que não se trata, em absoluto, de um caso de espetacular e precoce sucesso nos negócios, mas da articulação de um esquema de corrupção envolvendo diversos municípios, cujas ramificações apenas começaram a ser reveladas, e que segue atualmente em plena atividade, dilapidando o patrimônio público e lesando enorme número de trabalhadores.

Cabe repetir, aqui, que dos membros fundadores do IAGES e apontados, à época do pedido de qualificação como OS, como integrantes da diretoria do Instituto, apenas dois, Valdemar Lino Chaves Filho, presidente, e José Roberto Factore Junior, profissão contador, não se disseram, depois, empregados do ICV e moveram reclamações trabalhistas.

Angel Dario Rios Ariza, secretário e membro do conselho de administração, propôs a ação 542-26.2014.5.15.0150, Erick Bacarine Castro, do conselho fiscal, a ação 11516-25.2014.5.15.0150, e Ana Mara Santos Scaravate, do conselho fiscal, a ação 11029-55.2014.5.15.0001, sendo que os dois últimos são representados pelo mesmo advogado do IAGES, Esdras Igino.

Todos os três, como visto, não só integravam o IAGES, como passaram a trabalhar no Hospital de Américo, após suas formais renúncias aos cargos que ocupavam.

Atente-se para o fato de que na ata de audiência da reclamação movida por Ana Mara, em anexo, o preposto do ICV presente foi Diego Aquino, que juntamente com Ana Mara figurou como fundador e membro do conselho fiscal do IAGES. A advogada defensora do ICV foi Flávia Velludo Veiga.

O mesmo Diego Venâncio de Aquino moveu, em dezembro de 2015, reclamação trabalhista em face do ICV (proc. 0011787-97.2015.5.15.0150), afirmando que prestou serviços ao Instituto em diversos municípios, inclusive Américo Brasiliense, com CTPS anotada, mas não lhe teria sido pagas todas as verbas devidas. Veja-se que sua procuradora nessa ação é Flávia Velludo Veiga, a mesma advogada que defendia o ICV na reclamação proposta por Ana Mara, na qual Diego figurou como preposto do ICV.

Verifica-se que a advogada havia, em 23 de fevereiro de 2015, renunciado ao mandato outorgado pelo ICV (sendo que quem recebeu a notificação extrajudicial foi justamente Diego Aquino).

Note-se que o endereço do escritório profissional da advogada Flávia Velludo Veiga, informado na procuração concedida pelo ICV, e que também consta no cabeçalho timbrado do papel utilizado para a notificação extrajudicial mencionada, era Rua Afonso Taranto, n. 66, Ribeirão Preto.

Trata-se do mesmo endereço informado, no relatório de prestação de contas do IAGES ao Município de Américo, como sendo a sede do Instituto. A leitura das atas das assembleias confirma que a mudança da sede foi acertada na assembleia de 24.10.2014.

Veja-se a proximidade das datas: a procuração do ICV a Flávia Velludo Veiga apresentada na reclamatória de Ana Mara é de 17.10.2014, e nela se informa como local do seu escritório profissional o mesmo endereço que, alguns dias depois, torna-se também a sede do IAGES.

Aliás, nos autos de outra reclamatória, proc. 0011487-72.5.15.0150, movida pelo médico Thiago Negri Bermejo em face do ICV (também sob a alegação de contratação sem registro da CTPS, é claro), a procuração outorgada por este a Flávia Velludo, na qual se repete o escritório profissional na Rua Afonso Taranto, 66, é de 7 de janeiro de 2015, meses depois, portanto, da mudança da sede do IAGES para o mesmo endereço.

Os fatos descritos são todos, portanto, de invulgar gravidade, e indicam a atuação de um grupo organizado, que se vale de pessoas jurídicas diversas e de variadas fraudes, com a participação de agentes públicos, para obter contratos de terceirização da saúde pública, sendo que apenas após a celebração do contrato, em condições e valores sumamente desvantajosos e antieconômicos aos entes públicos, é que há qualquer providência no sentido de se buscar a mão de obra necessária à sua realização. Toda a execução se dá sob o manto da “pejotização” e supressão em massa de direitos trabalhistas, além da sonegação de contribuições sociais, o que proporciona aos envolvidos, é claro, lucro ilícito adicional.

1.5. Da responsabilização pelos danos morais coletivos

Pelos graves ilícitos cometidos no presente caso merecem responder, sob a forma de reparação pelos danos causados aos trabalhadores coletivamente considerados e a toda a sociedade, as pessoas que efetivamente o perpetraram, inclusive o agente público que decidiu e concretizou a contratação viciada.

Nesse sentido, há de responder solidariamente pela fraude imoral consumada a Prefeita Municipal Cleide Aparecida Berti Ginato, sob cuja égide e controle se deu todo o processo de contratação do IAGES e subsequente execução do contrato. Decidiu a administradora pública pela instauração do procedimento de terceirização, confirmou seus resultados, contratou o IAGES, nos moldes descritos nesta inicial, e acolheu as contas

recebidas, não submetidas a qualquer real ou efetiva fiscalização. Graças à Sra. Prefeita, em última análise, é que todos os ilícitos narrados puderam ocorrer e foram cometidos.

Sobre o tema já decidiu, com brilhantismo, o egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

“DANO MORAL COLETIVO — RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PREFEITO — POSSIBILIDADE — Ao longo de todo o processado ficou sobejamente demonstrada a conduta imoral e ilícita do administrador público, Sr. Alberto Cesar Centeio de Araújo, que participou ativamente da contratação irregular de trabalhadores mediante fraude e intermediação de mão de obra. Longe de ser mero espectador das irregularidades ou de estar alheio ao que dispõem os comandos legais o réu, então Prefeito do Município, foi o verdadeiro mandante e comandante das ilicitudes e com elas permaneceu, mesmo após ser comunicado e indagado sobre a ilegalidade praticada, como demonstram os documentos dos autos. Diante de todos estes fatos, resta inegável que a conduta do alcaide, além de afrontar direitos trabalhistas dos trabalhadores contratados e de personalidade de cada um deles, vilipendiou também fundamento previsto no art. 37, § 2º, da Constituição Federal. No mesmo sentido, agiu em contrariedade ao Princípio da Moralidade Administrativa. As condutas adotadas tanto pela municipalidade quanto pelo administrador são absolutamente repugnáveis, ofensivas ao espírito da sociedade. Neste diapasão, o conjunto probatório, produzido nestes autos, deixa clara a existência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil do prefeito e dos entes, público e privado, envolvidos. Recurso do Parquet provido” (em RO 0000085-73.2010.5.15.0072, Rel. Des. Flavio Nunes Campos, 2.8.2013).

O acórdão reproduz as conclusões de parecer do membro do *Parquet*, que também aqui merecem menção:

“Num momento em que o país procura julgar e punir os corruptos e os agentes políticos que desviam de seus deveres e abusam de seu poder movidos por interesses pessoais, nada mais coerente do que a Justiça do Trabalho julgar e condenar Prefeito que se vale do cargo para beneficiar associação escolhida sem critério algum, olvidando as normas legais e o interesse público, ao contratar trabalhadores mediante fraude.

Pior ainda quando as ilicitudes ocorrem na área da saúde e envolvem direito fundamental dos cidadãos.

Para casos como o dos autos inafastável a aplicação do art. 37, §§ 2º e 6º, da Lei Maior, bem como os arts. 186, 187, 927 e 942 do Código Civil:

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:

§ 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.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Ora, segundo os dispositivos legais transcritos a Administração é responsável, mas não é a única. O administrador que comete ilícito é, também, responsável por seus atos, devendo ser punido por sua conduta em todas as esferas.

Inadmissível pensar que o administrador possa praticar todo e qualquer ato em seu cargo e adquira uma espécie de imunidade ampla e irrestrita,

fazendo com que o ente público -e, no caso, a sociedade — arque sozinho com todas as consequências de ilicitudes.”

No mesmo sentido o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em acórdão relatado pelo hoje Ministro do TST Cláudio Brandão:

“MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES. GESTOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PREFEITO. Embora consagrado desde a Constituição de 1934 (art. 168), o princípio da obrigatoriedade de ingresso no serviço público mediante concurso, na atual Constituição, foi ampliado para também alcançar o emprego, as entidades da administração indireta e expressamente prevista a nulidade do vínculo quando desatendidos os pressupostos mencionados, com a responsabilização do administrador público (art. 37, II e § 2º). Por sua vez, a clássica regra da responsabilidade civil prevê de modo solidário aos causadores do dano (arts. 168, 927, caput, e 942 do Código Civil), o que autoriza a reconhecê-la aos prefeitos que admitiram ou mantiveram em seus postos trabalhadores em desacordo com os ditames constitucionais” (em RO 0051800-98.2009.5.05.0192, Rel. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 4.3.2010).

1.6. Da competência

O Tribunal Superior do Trabalho firmou a competência desta Justiça do Trabalho para o julgamento de ações versando sobre terceirizações da saúde pública praticadas com ofensa a direitos trabalhistas, através de acórdão recente, RR 140300-17.2009.5.05.0039, nos seguintes termos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM UNIDADES DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA. Deve ser provido o agravo de instrumento provido para melhor exame da tese de violação do art. 114, I, da Constituição Federal de 1988. Agravo de instrumento provido. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM INSTITUIÇÕES DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA. O acórdão regional registra tratar-se de caso de contrato firmado pelo Estado da Bahia com a empresa recorrida para a prestação de serviços em unidades de saúde estaduais. Não há qualquer alusão a contratação temporária por excepcional interesse da administração pública, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal,

tampouco de preenchimento de cargo efetivo mediante prévia aprovação em concurso público ou de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração de que trata o inciso II do aludido preceito constitucional. Reitere-se não constar fundamento no acórdão regional concernente a referidas matérias ou mesmo menção a esses preceitos constitucionais. Logo, tratando-se de contrato de prestação de serviços, indubitável a competência desta Justiça laboral, nos exatos termos do art. 114, I, da Carta Magna, para a verificação de eventual existência de fraude à legislação trabalhista na contratação de trabalhadores sob o regime da CLT. Recurso de revista conhecido e provido” (6ª T., Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, j. 16.12.2015).

2) DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o Ministério Público do Trabalho:

a) LIMINARMENTE, com fundamento no art. 12 da Lei n. 7.347/1985, que seja ordenado:

a.1) ao IAGES que se abstenha de manter empregados, inclusive médicos, sem o registro do contrato de trabalho na CTPS, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

a.2) ao Município que fiscalize permanentemente e não permita em unidades de saúde municipais o labor de funcionários de prestadoras de serviço do Município desprovidos do registro do contrato de trabalho na CTPS, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

b) No mérito, a condenação dos réus às seguintes obrigações:

b.1) do IAGES às obrigações de: **I)** abster-se de manter empregados, inclusive médicos, sem o registro do contrato de trabalho na CTPS, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); **II)** abster-se de fornecer mão de obra para a terceirização de atividades-fim de municípios relacionadas à prestação de serviço público de saúde de caráter essencial e permanente à população em unidades públicas, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

b.2) do Município de Américo Brasiliense às seguintes obrigações: **I)** não praticar a terceirização de suas atividades-fim relacionadas à prestação de serviço público de saúde de caráter essencial e permanente à população em unidades públicas, inclusive no SAMU e no Hospital Municipal, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II) fiscalizar permanentemente e não permitir em unidades de saúde municipais o labor de funcionários de prestadoras de serviço do Município desprovidos do registro do contrato de trabalho na CTPS, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); III) elaborar em conformidade com a legislação, manter atualizado e efetivamente implementar o PPRA e o PCMSO relativos ao SAMU e ao Hospital Municipal, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

b.3) do IAGES, do Município de Américo Brasiliense e de Cleide Aparecida Berti Ginato à obrigação de indenizar o dano moral coletivo decorrente das condutas ilícitas descritas nesta inicial, devendo cada um deles pagar quantia não inferior R\$ 100.000,00 (cem mil reais), correspondendo a indenização total, portanto, a quantia não inferior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

c) que o valor de eventuais multas devidas e da indenização coletiva seja destinado a projetos, iniciativas e/ou campanhas que revertam em benefício dos trabalhadores coletivamente considerados em municípios abrangidos pela circunscrição desta Vara do Trabalho, a serem especificados em liquidação, mediante indicação pelo Ministério Público do Trabalho e aprovação por este Juízo.

Requer ainda o *Parquet*:

d) o deferimento, em sentença condenatória, da antecipação dos efeitos da tutela final relativamente a todos os pedidos contidos nas letras “b.1” e “b.2” acima.

e) a citação dos reclamados para, querendo, comparecer à audiência e nela apresentar a defesa que tiverem, assumindo, caso não o façam, os efeitos decorrentes da revelia e confissão, com o regular processamento do feito, até seu final, e manutenção da medida liminar, julgando-se os pedidos totalmente procedentes.

Pugna pela produção de provas por todos meios admitidos em direito, especialmente prova documental, pericial, depoimento pessoal e testemunhas.

Dá-se à causa o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Nesses termos, pede deferimento.

Araraquara, 4 de março de 2016.

Rafael de Araújo Gomes
Procurador do Trabalho

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DO ESTADO
DA BAHIA (SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZAÇÃO —
SEAP), DE REVIVER ADMINISTRAÇÃO
PRISIONAL LTDA. E DE SOCIALIZA
EMPREENDEMENTOS E SERVIÇOS DE
MANUTENÇÃO LTDA. — TERCEIRIZAÇÃO
ILÍCITA DA FUNÇÃO DE AGENTE
PENITENCIÁRIO**

*ALBERTO BASTOS BALAZEIRO
RÔMULO BARRETO DE ALMEIDA
SÉFORA GRACIANA CERQUEIRA CHAR*

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DA VARA DO
TRABALHO DE SALVADOR — BAHIA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Procuradoria Regional
do Trabalho da 5ª Região, com sede na Av. Sete de Setembro, n. 308,

Corredor da Vitória, Salvador-BA, CEP 40080-001, neste ato representado pela Procuradora do Trabalho que esta subscreve, com base nos arts. 127, *caput*, e 129, inciso III, da Constituição da República; arts. 6º, inciso VII, alínea “a” e “d”, e 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75/93; na Lei n. 7.347/85 e Lei n. 8.078/90, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face do **ESTADO DA BAHIA (SECRETARIA DE ADMINISTRACAO PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZACAO — SEAP)**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ sob n. 13.699.404/0001-67, com endereço na Av. Centro Administrativo da Bahia, n. 400, 2º andar, bairro CAB, CEP 41.745-002, Salvador, Bahia, **REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o n. 05.146.393/0001-60, com endereço na Av. Antonio Carlos Magalhães, n. 3244, edf. Empresarial Thomé de Souza, salas 1701/1705 e 1722/1726, CEP 41.820-000, Salvador, Bahia; e **SOCIALIZA EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o n. 40.614.547/0004-44, com endereço na Estrada do Coco, s/n., km 2, lojas 20/21, CEP 42.700-000, Lauro de Freitas, Bahia, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

I — DO INQUÉRITO CIVIL 001942.2015.05.000/6 (ANEXO)

Instaurou-se Inquérito Civil pelo Ministério Público do Trabalho a partir de Notícia de Fato apresentada em 27.8.2015, pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PENITENCIÁRIOS DO ESTADO DA BAHIA — SINSPEB-BA, nos informando a respeito da licitação realizada pelo Estado da Bahia (SEAP) para contratação de empresa com vistas à operacionalização do Conjunto Penal de Vitória da Conquista, notadamente, para que a empresa, segundo o edital, contrate profissionais denominados de “agentes de disciplina” para desempenharem a função inerente ao cargo de agente penitenciário, nos moldes da Lei Estadual n. 7.209/97 e em afronta à Lei n. 11.079/04, sobre indelegabilidade de atividades exclusivas de Estado. Afirma, ainda, que se encontra em curso o concurso público para provimento do cargo de agente penitenciário, com cerca de 1500 candidatos habilitados, aguardando a

capacitação e nomeação. Para tanto, junta a Portaria Conjunta SAEB/SEAP n. 2, de 27 de novembro de 2014, em que os respectivos Secretários tornam público o rol de candidatos habilitados em ordem de classificação no concurso do edital 3, de 12.8.2014, homologando o resultado final do concurso. Juntou também o edital de convocação para licitação, cujo objeto previsto no seu item VI é “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA OPERACIONALIZAÇÃO, EM SISTEMA DE COGESTÃO COM O ESTADO DA BAHIA, DO CONJUNTO PENAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA MASCULINO E CONJUNTO PENAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA FEMININO”.

No curso do inquérito, foram realizadas audiências, tomados depoimentos testemunhais, feitas inspeções nas unidades prisionais sob o sistema de cogestão, colacionados inúmeros documentos, diplomas legais, decisões judiciais, reunião com membros de outros ramos do Ministério Público e oficiado o TCE, para então concluir o *Parquet* pela imprescindibilidade do ajuizamento de ação civil pública.

Todos os documentos citados no curso desta petição inicial fazem parte do inquérito civil integralmente juntado aos autos eletrônicos desta ação civil pública.

II — DOS MODELOS DE GESTÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO NA BAHIA. DELIMITAÇÃO DO OBJETIVO DA DEMANDA

O Estado da Bahia possui unidades prisionais espalhadas em seu território, algumas delas administradas sob a forma de gestão plena, expressão empregada pelo ente público para hipótese em que essas unidades são completamente administradas pelo Estado, com a utilização de agentes penitenciários concursados ou contratados pelo REDA — Regime Especial de Direito Administrativo.

Há também unidades prisionais geridas em sistema do que o Estado da Bahia denomina de “cogestão”, em que o ente público vem contratando, por unidade prisional, empresa terceirizada para operacionalizá-la. No Estado da Bahia, apenas duas empresas, a Socializa e a Reviver, são responsáveis atualmente em operacionalizar as unidades prisionais sob esse sistema. A SOCIALIZA EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO LTDA. opera as unidades de Lauro de Freitas e Itabuna. A REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA. opera as unidades de Eunápolis, Juazeiro, Serrinha e Feira de Santana.

Salientamos que existe intensa discussão em torno da possibilidade e eficácia da privatização do sistema carcerário brasileiro, seja tanto sob a forma de cogestão como de parceria público privada, assunto que divide as opiniões de respeitáveis juristas.

Esclarecemos que, apesar da divisão de opiniões sobre esse tema, a presente ação civil pública não possui esse mote, isto é, não possui a pretensão de apresentar o modelo ideal para a gestão do sistema carcerário na Bahia, mesmo porque o Ministério Público do Trabalho tampouco a Justiça do Trabalho possui natureza consultiva. Essa demanda decorre, portanto, como não poderia deixar de ser, de uma situação concreta que nos foi denunciada, a partir da qual, após a colheita de muitos elementos e respectivo exame criterioso nos autos do inquérito civil, com base na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional vigente, facilmente identificamos a utilização da terceirização ilícita nas unidades prisionais em que ocorre a chamada “cogestão” na Bahia, especificamente, quanto às funções inerentes ao cargo de agente penitenciário.

Portanto, nos ateremos a tratar o objeto da lide sob o recorte da terceirização ilícita da atividade de agente penitenciário, e, para configuração da violação do direito, descreveremos os elementos reunidos no inquérito e demonstraremos a convicção que respalda essa ação.

III — DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

III.1. Do cargo de agente penitenciário

O cargo de agente penitenciário é um cargo público cujo provimento deve ocorrer por concurso público, nos termos da Lei Estadual n. 7.209/97, a qual, no respectivo Anexo I, discrimina as atribuições desse cargo, dividindo-o em três classes:

Classe I

I — zelar pela disciplina e segurança dos presos, evitando fugas e conflitos;

II — fiscalizar o comportamento da população carcerária, observando os regulamentos e normas em vigor;

III — providenciar a necessária assistência aos presos, em casos de emergências;

IV — fiscalizar a entrada e saída de pessoas e veículos nas Unidades Prisionais;

V — verificar as condições de segurança da Unidade em que trabalha;

VI — elaborar relatório das condições da Unidade;

VII — fazer triagem de presos de acordo com a Lei de Execução Penal;

VIII — conduzir e acompanhar, em custódia, os presos entre as Unidades Prisionais integradas do Complexo Penitenciário do Estado da Bahia, e, em casos emergenciais, nos deslocamentos para fora do referido Complexo Penitenciário, com o auxílio da Polícia Militar, para melhor segurança do trabalho;

IX — realizar trabalhos em grupo e individualmente com o objetivo de instruir os presidiários, neles inculcando hábitos de higiene e boas maneiras;

X — encaminhar solicitações de assistência médica, jurídica, social e material ao preso;

XI — coordenar as atividades laborativas dos internos dentro da Unidade;

XII — executar outras atividades correlatas.

Classe II

I — exercer com maior grau de complexidade e responsabilidade, as atribuições dirigidas à disciplina, segurança, fiscalização, assistência, triagem, condução; e

acompanhamento em custódia, educação e coordenação de atividades laborativas dos presos, bem como a fiscalização da segurança da Unidade;

II — articular-se com a autoridade competente, objetivando melhor cumprimento das normas e rotinas de segurança;

III — elaborar relatórios de acompanhamento das atividades laborativas dos internos;

IV — executar outras atividades correlatas.

Classe III

I — exercer, com maior grau de complexidade e responsabilidade, as atribuições dirigidas a disciplina, segurança, fiscalização, assistência, triagem, condução; e

acompanhamento em custódia, educação e coordenação de atividades laborativas dos presos, bem como a fiscalização da segurança da Unidade;

II — desenvolver atividades que visem à socialização do preso;

III — programar atividades de formação cívica, ética, social, religiosa, cultural e profissional do preso;

IV — desenvolver ações com vistas a despertar no preso o senso de responsabilidade, dedicação no cumprimento dos deveres sociais, profissionais e familiares;

V — executar outras atividades correlatas.

Diante da previsão legal do cargo de agente penitenciário e respectivo plexo de atribuições, destacamos que à administração pública é vedada a terceirização do trabalho dos seus servidores.

Nesse sentido, Dora Maria de Oliveira Ramos⁽¹⁾ explica que a terceirização não será possível, se dentro da organização administrativa existirem cargos criados por lei para o exercício daquelas atividades passíveis de terceirização. É vedada a terceirização sempre que as atividades repassadas para empresas terceirizadas se confundirem com as atribuições de cargos permanentes, a teor do Decreto n. 2.271/97, art. 1º, § 2º⁽²⁾, sendo a posição consagrada pelo Tribunal de Contas da União.

(1) RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001. p. 132.

(2) Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

Segundo o Enunciado n. 97 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, são legítimos tão somente os processos de terceirização que não envolvam a execução de atividades inerentes aos quadros próprios de pessoal dos órgãos ou entidades interessados, *in verbis*:

“Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei n. 5.645, de 10.12.1970 (Decreto-lei n. 200, de 25.2.1967, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.” (grifamos)

No mesmo sentido, segue a decisão:

“(...) Com relação aos serviços contratados, é assente o entendimento deste Tribunal de que somente são passíveis de terceirização as atividades que não integrem o plexo de atividades finalísticas abrangidas pelo plano de cargos dos respectivos órgãos e entidades públicos, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. Nesse sentido, alinham-se as seguintes deliberações: Decisões ns. 128/93, 334/95, 885/97, todas do Plenário; Acórdãos 71/2003, 76/2003, do Plenário; Acórdãos 168/2002, 143/1999, da 2ª Câmara. (...)” (Plenário. C 016.756/2003-0. Órgão: Câmara dos Deputados. Interessado: Presidente da Comissão Especial da Reforma Trabalhista — Deputado Federal Vicentinho. Sala das Sessões, em 31 de março de 2004. Ministro relator Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 341/2004). (grifamos)

Nesse diapasão, se a atividade que vai ser executada por terceiro integra o elenco de atividades previstas para o cargo público, a terceirização é ilegal.

Seguindo essa esteira de raciocínio, em reiteradas decisões o Tribunal de Contas da União vem julgando irregular a contratação de empresas para prestação de serviços quando as tarefas a serem desenvolvidas integram o elenco das atribuições dos cargos permanentes. Nesse sentido,

§ 1º (...)

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

cumpra destacar o julgamento dos processos TC — 225.096/93-5, TC — 475.054/95-4, TC — 000.384/90-9, entre outros inúmeros, entendendo aquela Corte que em razão dos Decretos ns. 71.236/72, 74.448/74 e Leis ns. 5.645/70 e 5.845/72, não é possível terceirizar atividades típicas de cargos permanentes.⁽³⁾

Nas palavras de Dora Maria de Oliveira Ramos⁽⁴⁾, a exigência constitucional de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos faz-se presente sempre que dada atividade na Administração tiver de ser satisfeita por meio do preenchimento, em caráter permanente, dos quadros funcionais do Poder Público.

Nesse sentido, são as decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Ementa: Recurso Ordinário. Conhecido. Contratação de mão de obra por interposta pessoa para atuar em atividade-fim do ente público administrativo interessado. Inadmissibilidade. Infringência ao disposto nos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal. Recurso não provido. Número do Processo: 9964/026/93. Relator: Conselheiro José Luiz de Anhaia Mello. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. DOE de 17.11.94, p. 48. Órgão Julgador: Primeira Câmara. Decisão: TC 9964/026/93.

Ementa: Restou caracterizada a irregularidade do procedimento adotado pela CDHU quanto à terceirização dos serviços contratados, por serem os mesmos afetos a sua própria atividade-fim. Fatos que determinaram a irregularidade do contrato em exame, bem como da ilegalidade das despesas decorrentes (concorrência apreciada no TC 35844/026/98) aplicação do disposto no artigo segundo, incisos XV e XXVII da Lei Complementar número 709/93. CDHU — Terceirização da cobrança administrativa a mutuários inadimplentes — Falta de demonstração, pela contratante, da economicidade do ajuste — irregularidade — Recurso não provido. Número do Processo: 35843/026/98. Relator: Conselheiro Fulvio Julião Biazzini (despacho — 36so2c) Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga (4osotp) Conselheiro Antonio Roque Citadini (26.8.2005) Publicação: DOE de 15.5.1999. Órgão Julgador: Segunda Câmara — Pleno.

(3) FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no serviço público. *Revista Consulex*, ano IV, n. 38, p. 52, fev. 2000.

(4) RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001. p. 133-134.

Portanto, não poderá o administrador, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, havendo cargo criado, deixar de provê-lo mediante a realização de concurso público, com a intenção de terceirizar as funções a ele inerentes. Também não poderá a Administração, tratando-se de atividade inserida em seu núcleo fundamental, deixar de criar os cargos e empregos necessários à execução dos trabalhos para contratá-los com terceiros estranhos aos seus quadros⁽⁵⁾.

Evidenciamos que a questão veiculada na presente ação civil pública há muito consiste em uma preocupação mundial, sendo que, não por outro motivo, a ONU, através do seu Conselho Econômico e Social, aprovou na Resolução n. 663 C (XXIV) em 1955, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, prevendo no seu art. 46, a necessidade que os agentes penitenciários sejam servidores do Estado, conforme podemos observar:

“1) A administração penitenciária deve selecionar cuidadosamente o pessoal de todas as categorias, dado que é da sua integridade, humanidade, aptidões pessoais e capacidades profissionais que depende uma boa gestão dos estabelecimentos penitenciários.

2) A administração penitenciária deve esforçar-se permanentemente para suscitar e manter no espírito do pessoal e da opinião pública a convicção de que esta missão representa um serviço social de grande importância; para o efeito, devem ser utilizados todos os meios adequados para esclarecer o público.

3) Para a realização daqueles fins, os membros do pessoal devem desempenhar funções a tempo inteiro na qualidade de funcionários penitenciários profissionais, devem ter o estatuto de funcionários do Estado e ser-lhes garantida, por conseguinte, segurança no emprego dependente apenas de boa conduta, eficácia no trabalho e aptidão física. A remuneração deve ser suficiente para permitir recrutar e manter ao serviço homens e mulheres competentes; as vantagens da carreira e as condições de emprego devem ser determinadas tendo em conta a natureza penosa do trabalho.”

(37) A/CONF/6/1, anexo I, A. Publicação das Nações Unidas, número de venda 1956. IV.4. * A presente tradução seguiu parcialmente uma anterior versão em língua portuguesa, publicada pelo Centro dos Direitos do Homem das Nações Unidas (publicação GE.9415440).

(5) *Ibidem*, p. 135.

Acrescentamos que, justamente em razão das atribuições acima descritas dos agentes penitenciários estarem voltadas à promoção da segurança pública e serem privativas do Estado da Bahia, o agente penitenciário pode também portar arma de fogo, nos termos do Decreto Estadual n. 15.198/2014, promulgado a partir da Lei Federal n. 12.993/2014.

O desempenho de atividade de agente penitenciário como ínsito à segurança pública e essencial ao Estado também é afirmada judicialmente. Segundo recente decisão pelo Tribunal de Justiça da Bahia, Seção Cível de Direito Público, Procedimento Ordinário n. 0016732-56.2014.8.05.000, a Relatora Desembargadora Telma Brito, publicado no DOJ 15.9.2015, ao decidir pela impossibilidade do exercício do direito de greve pela categoria dos agentes penitenciários, fundamentou a decisão no fato de que a atividade desenvolvida é essencial ao Estado e de segurança pública.

AÇÃO ORDINÁRIA — DIREITO DE GREVE — AGENTES PENITENCIÁRIOS — SUSPENSÃO DA PARALISAÇÃO ANUNCIADA PARA 2.10.2014 QUANDO DA CIÊNCIA DA LIMINAR EM FAVOR DO ENTE PÚBLICO — PEDIDO PREJUDICADO NESTE PARTICULAR — PLEITO INDENIZATÓRIO DESCABIDO — PREJUÍZOS INDEMONSTRADOS — OMISSÃO LEGISLATIVA — SERVIÇOS CONSIDERADOS ESSENCIAIS — CONJUNTO COMPLEXO DE ATIVIDADES INTEGRANTES DA SEGURANÇA PÚBLICA — CATEGORIA NÃO DETENTORA DO DIREITO DE GREVE — INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL PREVISTA NO INCISO IV, § 3º, DO ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

(...)

As atividades desenvolvidas pelos agentes penitenciários, inquestionavelmente, compõem o conjunto complexo que integra a segurança pública e, por conseguinte, obstam o exercício do direito de greve, merecendo tratamento idêntico e compatível com o de todos os serviços públicos essenciais, especialmente o da Polícia Militar, com a vedação constitucional inserta no art. 142, § 3º, inciso IV.

Destarte, no primeiro item da inicial, já podemos concluir que pela impossibilidade de terceirização do cargo de agente penitenciário:

— o cargo de agente penitenciário e respectivas atribuições são previstos em lei;

- segundo reiteradas decisões do TCU, inclusive *Súmula* n. 97, se há previsão legal do cargo na estrutura permanente da administração pública, este não pode ser passível de terceirização;
- A Resolução n. 663 C (XXIV) da ONU ressalta a necessidade dos agentes penitenciários serem servidores do Estado;
- o agente penitenciário possui autorização legal para portar arma de fogo em virtude de integrar a segurança pública, atividade-fim do Estado;
- segundo decisão judicial TJ/BA, não pode o agente penitenciário exercer o direito de greve por integrar a segurança pública, atividade esta essencial do Estado.

III.2. Do concurso público para o cargo de agente penitenciário

Encontra-se em trâmite o concurso público para provimento do cargo de agente penitenciário.

A informação mais atualizada que temos foi colhida na audiência realizada nos autos do mencionado Inquérito Civil em 26.1.2016:

“[...] pelos representantes do Sindicato aqui presentes foi relatado que recentemente foram nomeados mais de 76 Agentes Penitenciários Masculinos e mais 13 Agentes Penitenciários Femininos, de modo que, dos 490, ainda remanescem 401 (quatrocentos e um) sem nomeação. Desses 401, cerca de 150 (cento e cinquenta) foram aprovados no curso de formação, mas não foram nomeados. Os 89 (oitenta e nove) Agentes Penitenciários nomeados em 7 de janeiro de 2016 estão lotados em Salvador.”

Verificada a contratação de agentes penitenciários sob a forma de REDA em afronta ao princípio do concurso público, o Ministério Público do Estado da Bahia ajuizou a Ação Civil Pública n. 0544940-53.2015.8.05.0001, em curso na 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, cuja tutela antecipada determinou a proibição que o Estado da Bahia (SEAP) celebre novos contratos REDA para o cargo de agente penitenciário e renove os contratos em vigor, além da nomeação dos aprovados no concurso, dentro do número de vagas existentes, com a extinção dos contratos REDA.

Também observamos o ajuizamento de Ação Popular n. 0538731-68.2015.8.05.0001, em curso na 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em que foi concedida a suspensão da Portaria n. 405/2014, que

determinava a prorrogação dos contratos REDA, todavia, vários contratos foram prorrogados contrariando essa decisão.

Ainda, verificamos que foi impetrado o Mandado de Segurança n. 0007370-93.2015.8.05.000, em curso no Tribunal de Justiça da Bahia, tendo como impetrado o Secretário da SEAP, com vistas ao conhecimento dos contratos de cogestão das unidades prisionais, mas o juízo diferiu o exame do feito para após as informações prestadas pela autoridade impetrada, a qual ficou-se silente.

Segundo informações elaboradas pela própria coordenadora de gestão organizacional da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização do Estado da Bahia, a Sra. Nilzete de Matos Carneiro, que foram juntadas ao recurso produzido pela procuradoria do Estado contra as decisões judiciais proferidas tanto na ação popular quanto na ação civil pública, o agente penitenciário é essencial para o funcionamento das unidades prisionais, ressaltando o déficit desses profissionais no serviço:

O funcionamento das penitenciárias, presídios, cadeias, albergues, e outras unidades do sistema penitenciário dependem especialmente da atuação dos ocupantes do cargo de Agente Penitenciário tendo em vista que, além da guarda dos presos no interior das unidades e realização de revistas, toda e qualquer movimentação, seja para custódia em audiência, acompanhamento ao serviço médico, ao atendimento jurídico, às atividades laborais, às salas de aula, etc., somente são realizadas sob custódia do Agente Penitenciário. Além desses serviços essenciais, o Agente Penitenciário também é responsável pelo controle da visita, cujo direito garantido por lei, permite que cada preso receba dois visitantes, semanalmente. Considerando o quantitativo de presos, significa dizer que o sistema atende 104.000 (cento e quatro mil) visitantes, no mês.

A redução do quantitativo de Agentes Penitenciários, até que se conclua o processo do concurso público, comprometerá a segurança do sistema prisional, fato notório para os custodiados que percebem nisso o enfraquecimento do Estado na manutenção da ordem e disciplina dos pavilhões penais e facilitador para que os presos organizem-se em grupos podendo formar assim, um poder paralelo dentro das Unidades Prisionais. Levando-se em consideração o regime e a escala de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais e 24h X 72h, respectivamente, isto, na prática, representa em média, que cada Agente Penitenciário em seu plantão, irá custodiar 41 presos. Este quadro diverge das recomendações feitas por órgãos, como a ONU – Organização das Nações Unidas, que estabelece a proporcionalidade de 01 Agente Penitenciário para cada grupo de 03 presos, enquanto que a Resolução nº 1/2009 de 09 de março de 2009, do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em seu Artigo Primeiro, que diz "Determinar ao Departamento Penitenciário Nacional que, na análise dos projetos apresentados pelos Estados para construção de estabelecimentos penais destinados a presos provisórios e em regime fechado, exija a proporção mínima de 5 (cinco) presos por agente penitenciário".

Em, 29 de setembro de 2015


Nilzete de Matos Carneiro
Coordenadora de Gestão Organizacional

Assim, a recente nomeação de agentes penitenciários concursados teve como objetivo suprir as vagas advindas da extinção dos contratos com os agentes penitenciários contratados via REDA, persistindo a situação de agentes de disciplina de empresas terceirizadas exercendo a função própria do cargo público de agente penitenciário.

III.3. Da contratação das empresas terceirizadas. Ilicitude congênita da terceirização

Como já mencionado, apenas duas empresas prestam serviço de fornecimento de mão de obra para as unidades prisionais terceirizadas.

A SOCIALIZA EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO LTDA. opera as unidades de Lauro de Freitas e Itabuna.

Segundo as informações colhidas junto à Receita Federal, suas atividades são descritas:

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÓMICA PRINCIPAL 84.23-0-00 - Justiça
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÓMICAS SECUNDÁRIAS 78.10-8-00 - Seleção e agenciamento de mão-de-obra 78.20-5-00 - Locação de mão-de-obra temporária 77.11-0-00 - Locação de automóveis sem condutor 78.30-2-00 - Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros 81.29-0-00 - Atividades de limpeza não especificadas anteriormente 96.09-2-99 - Outras atividades de serviços pessoais não especificadas anteriormente 62.09-1-00 - Suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação

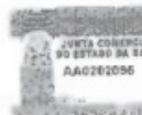
Segue a transcrição do objeto da empresa Socializa, segundo seu próprio contrato social:

CLÁUSULA SEGUNDA – OBJETO SOCIAL

A sociedade possui os seguintes objetos:

- Limpeza, conservação e higienização de bens móveis e imóveis.
- Locação de mão de obra especializada e ou temporária
- Seleção, recrutamento, capacitação e treinamento de mão-de-obra e recursos humanos;
- Conservação de áreas gramadas, planas e inclinadas, jardins, pistas e plataformas;
- Limpeza industrial;
- Locação de veículos;

-
- Operação de telefonia e equipamento de processamento de dados;
 - Gestão, Co-gestão prisional, Administração prisional e Operacionalização de penitenciárias unidades ou complexos prisionais e congêneres;
 - Desenvolvimento, planejamento e execução de programas e projetos de ressocialização e reintegração de presos e egressos, em todos os seus aspectos;
 - Execução de serviços e obras de engenharia em reforma e construção predial, manutenção e conservação de edificações e demais serviços no âmbito da engenharia civil em geral;
 - Estudo, desenvolvimento, elaboração e execução de projetos arquitetônicos e estruturais no âmbito da engenharia.



A REVIVER ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA. PRIVADA LTDA. opera as unidades prisionais de Valença, Juazeiro, Eunápolis e Serrinha.

Possui como atividades informadas à Receita Federal:

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÓMICA PRINCIPAL**84.23-0-00 - Justiça****CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÓMICAS SECUNDÁRIAS**

14.12-6-01 - Confeção de peças de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida
15.39-4-00 - Fabricação de calçados de materiais não especificados anteriormente
17.42-7-01 - Fabricação de fraldas descartáveis
17.42-7-02 - Fabricação de absorventes higiênicos
20.63-1-00 - Fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal
32.91-4-00 - Fabricação de escovas, pincéis e vassouras
49.23-0-02 - Serviço de transporte de passageiros - locação de automóveis com motorista
56.20-1-01 - Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas
68.10-2-02 - Aluguel de imóveis próprios
68.21-8-02 - Corretagem no aluguel de imóveis
70.20-4-00 - Atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica
71.11-1-00 - Serviços de arquitetura
78.10-8-00 - Seleção e agenciamento de mão-de-obra
78.20-5-00 - Locação de mão-de-obra temporária
81.11-7-00 - Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais
81.21-4-00 - Limpeza em prédios e em domicílios
84.12-4-00 - Regulação das atividades de saúde, educação, serviços culturais e outros serviços sociais
86.30-5-03 - Atividade médica ambulatorial restrita a consultas
86.50-0-05 - Atividades de terapia ocupacional
96.01-7-03 - Toalheiros

Segue a transcrição do objeto da empresa Reviver, segundo seu próprio contrato social:

ITEM II: MUDANÇA DE OBJETIVO SOCIAL:

Com este ato a sociedade passa a explorar o seguinte ramo de atividade: Administração prisional (com ou sem fornecimento de recursos materiais e humanos na hospedagem, manutenção, segurança, alimentação, saúde, recreação, terapia ocupacional com acompanhamento psicológico, fisioterapia, reciclagem educacional e profissional de detentos do sistema penitenciário), sempre e exclusivamente sob regime de contratação e/ou concessão pública, de estabelecimentos prisionais; Indústria de confecções, sandálias, sabonetes, fraldas descartáveis, absorventes, vassouras; Prestação de serviços de asseio, conservação e portaria, locação de mão de obra especializada e não especializada; Preparação de alimentos industriais; Locação de Imóveis Próprios ou de Terceiros; Seleção, recrutamento, capacitação e treinamento de mão de obra; Gestão e Co-Gestão em Unidades Prisionais, Administração Prisional e Operacionalização de penitenciárias e Unidades Carcerárias; Prestação de Serviços de Lavagem Industrial de Roupas de Cama, Mesa, Banho, Uniformes; Desenvolvimento, planejamento e execução de programas e projetos de ressocialização e reintegração de internos e egressos em todos os seus aspectos; Manutenção e Conservação de Edificações e demais serviços de Engenharia Civil e em geral; Estudo, desenvolvimento, elaboração e execução de Projetos Arquitetônicos e Estruturais no âmbito da Engenharia; Prestação de Serviços de Segurança e Vigilância na forma da Lei 7.102/83; Desenvolvimento de Software de Gestão; Atividade de Terapia Ocupacional; Regulação das Atividades de Saúde, Educação, Serviços Culturais e outros Serviços Sociais; Consultoria em Gestão Empresarial e Governamental, exceto consultoria técnica específica; Atividades de Fisioterapia, Locação de Veículos; Gestão, Co-Gestão e Parceria Público Privado em Unidades Socioeducativas, Administração de centro de Educação e Recuperação de Menor Infrator e de Adolescentes em Conflito com a Lei.

Do exposto, as terceirizadas são empresas de seleção e agenciamento de mão de obra, fornecendo os agentes de disciplina para trabalharem nas unidades prisionais indicadas, sendo que a atividade para a qual foram contratadas, operacionalização de conjunto prisional, não está contemplada no rol descritivo de atividades principais e secundárias das empresas terceirizadas, junto à Receita Federal.

No contrato social, as empresas apontam como objeto a administração prisional e, dentre as atividades discriminadas, está elencada a segurança.

Diante da relevância de que se reveste a gestão de unidades prisionais, nos causou espécie os contratos das empresas terceirizadas que exercem a cogestão das unidades prisionais no Estado da Bahia não serem precedidos de regular licitação. No Portal da Transparência, o Estado da Bahia reconhece que não foi aplicado o processo de licitação para contratação, conforme podemos verificar, dentre outros extratos juntados nos autos, naquele consignado abaixo.

TRANSP@RÊNCIA BAHIA

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

Senha Aberta | Compra Transparente | Receitas | Despesas | FUNPREV | PLANSEV | Saúde | Educação

Órgão: 35 - Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização
 Unidade: 35101 - Assessoria de Planejamento e Gestão - SEAP
 Ação: Funcionamento de Unidade Prisional do Sistema Penitenciário
 Receptor: REVIVER ADMINISTRACAO PRISIONAL PRIVADA LTDA - 05.146.393/0001-60
 Data: 06/10/2015 17:09

Dados do Empenho

NÚMERO: 3510100011500008515 DATA: 05/03/2015
 UNIDADE GESTORA: 35101.1 - Diretoria Geral da SEAP - Executora
 NATUREZA DA DESPESA: 33909200 - Despesas de Exercícios Anteriores
 SUBELEMENTO DE DESPESA: 92.0 - Despesas de Exercícios Anteriores
 MODALIDADE: Estimativo
 TIPO PROCESSO LICITATÓRIO: Pregão Eletrônico
 HISTÓRICO: OPERACIONALIZAÇÃO COMPLETA NO C.P.DE EUNAPOLIS, REF. AO MÊS DE NOV/14, NF.83, PROC.85707/14.
 VALOR TOTAL DO EMPENHO: R\$ 1.582.139,61

Pagamentos do Empenho

Número	Dt.Pgto	Bco/Ag	Receptor	Tipo	Valor Pago
3510100011500003092	05/03/2015	001/3832	REVIVER ADMINISTRACAO PRISIONAL PRIVADA LTDA	Pagamento Principal	1.426.379,06
3510100011500003106	05/03/2015	001/3832	Secretaria da Fazenda	IRRF ESTADUAL	15.821,40
3510100011500012326	13/05/2015	001/3832	PREFEITURA MUNICIPAL DE EUNAPOLIS	ISS	79.106,98
TOTAL (R\$)					1.521.307,44

Portanto, segundo o portal da transparência, observamos que o processo de licitação não foi aplicado, mas não há qualquer justificativa consignada quanto a pagamentos que chegam a significativas cifras de

R\$ 1.521.307,44 (empresa Reviver em Eunápolis), R\$ 752.516,11 (empresa Reviver em Serrinha), R\$ 517.020,14 (empresa Reviver em Valença), R\$ 1.196.507,89 (empresa Socializa em Itabuna) etc.

Sobre a ausência de licitação, no processo n. TCE/001800/2015, exercício 2014; no processo n. TCE/001362/2014, exercício 2013; no processo n. TCE/001000/2013, exercício de 2012; processo n. TCE/000910/2011, exercício, 2010; a auditoria do Tribunal de Contas do Estado da Bahia opinou pela aprovação das contas da SEAP com ressalvas, notadamente, em razão da contratação das empresas Reviver e Socializa para operacionalizar unidade prisional sem licitação e remuneradas por indenização, cogitando da apuração de responsabilidade pessoal do ordenador da despesa, com base na lei. Após findo o contrato original, tais empresas não teriam se submetido a processos licitatórios, sendo remuneradas com indenização.

Com vistas às futuras contratações, alguns editais licitatórios foram publicados, estando esses em curso ou suspensos em virtude de impugnação administrativa ou judicial, mas as contratações dessas empresas têm resistido às reincidentes recomendações do TCE.

Estarrecedor mesmo é o relatório da auditoria realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia a respeito do pregão eletrônico n. 15/2012, que resultou no contrato de operacionalização do Conjunto Prisional de Eunápolis n. 27/2012. Abaixo segue o sumário do relatório, leitura indispensável para quem visa compreender os meandros da ilegalidade da terceirização do sistema carcerário e que, apenas na hipótese auditada, foi constatado **prejuízo ao sofrido Estado da Bahia na ordem de 11 milhões de reais no período contratual.**

IV. SUMÁRIO EXECUTIVO

O modelo compartilhado de gestão utilizado pela Seap para gerir seis das suas unidades transfere a uma empresa privada, a execução dos serviços de operacionalização dos presídios. Fruto dessa política, a Reviver Administração Prisional Privada Ltda. foi contratada, em 27/09/12, para a co-gestão do Conjunto Penal de Eunápolis, ao custo global de R\$ 42,4 milhões, e prazo de vigência de 30 meses. Esta empresa já detinha contratos de co-gestão para os Complexos Penais de Serrinha (17/10/06), Valença (14/12/07) e Juazeiro (31/07/08).

As análises efetuadas pela Auditoria Geral do Estado, sobre os procedimentos adotados para essa última contratação, apontaram um sobrepreço estimado em R\$ 9,1 milhões, para o período contratual. Exames da auditoria comprovaram que os preços estimados e contratados estavam acima dos de mercado, dos preços praticados em outros contratos e dos de aquisição de equipamentos feitos pela contratada (item investimento).

Embora a Seap tenha registrado em Minuta de Edital encaminhada para análise pela Procuradoria Geral do Estado, valor referencial de R\$ 35,8 milhões para a contratação e declarado que estes se baseavam em custos praticados em contratos vigentes, atualizados, não há estudos ou documentos que comprovem ter sido esse o procedimento adotado. Além disso, diferentemente do afirmado, constatou-se que itens componentes da planilha de custo tinham sido estimados em valores acima dos até então contratados. Ademais, foram incluídas novas despesas, não previstas em contratações anteriores de objeto similares, algumas apenas encarecendo, indevidamente, o contrato.

Dentre os equívocos cometidos pela gestão da Seap quando dessa contratação, registre-se que após parecer da PGE, questionando a ausência de comprovação do preço referencial, ao invés de demonstrar como obteve os valores em questão, a Secretaria procedeu à cotação de preços, junto à Socializa e Reviver. Essas empresas apresentaram valores elevados, que não refletiam os preços de mercado nem os por elas praticados e bastantes díspares, seja entre elas ou mesmo em relação à estimativa da Seap. Essas cotações foram utilizadas pela Seap para definição do valor referencial, sem proceder a qualquer avaliação crítica, acatando-os e, simplesmente, adotando a média aritmética. Com isso, o preço inicialmente estimado passou a R\$ 42,4 milhões, num acréscimo de 18,5% sobre a estimativa inicial.

Ressalte-se que essas empresas são as que mantêm contrato com a Seap para mesmo objeto em outras unidades prisionais, eram interessadas diretas na contratação e foram as únicas a apresentar cotação e a efetivamente participar da licitação, vez que uma terceira concorrente, a que apresentou o menor preço, deixou de entregar documentação previstas no edital, quando solicitada pela Comissão de licitação, o que motivou sua desclassificação.

Essa super avaliação do valor referencial permitiu que a Reviver e a Socializa apresentassem suas propostas com sobrepreço. Diferentemente do observado em licitações, com real competitividade, que, resultante de disputa, concorrentes ofertam preços inferiores aos cotados ou ao preço referencial, ambas apresentaram propostas com valores acima do referencial e com itens com preços muito superiores aos por elas informados quando da cotação enviada.

Assim, a proposta inicial da vencedora foi R\$ 48,1 milhões, o valor referencial era de R\$ 42,4 milhões, a cotação por ela enviada foi de R\$ 43,7 milhões, o inicialmente estimado pela Seap (já com sobrepreço) era de R\$ 35,8 milhões e, por fim, ela sagrou-se vencedora com R\$ 42,4 milhões. Uma evidência de possível estratégia para elevar o preço da contratação pode ser observada, como exemplo, no item sistema administrativo. Estimado pela Seap em R\$ 2.350,00 e pela Reviver em R\$ 4.350,00, foi cotado pela Socializa em R\$ 59.166,00 por mês. Com isso a Seap adotou como preço referencial R\$ 21.955,33. A Reviver venceu a licitação, estabelecendo para esse item o valor mensal de R\$ 21.955,00. Outras constatações similares são apresentadas no relatório.

Todas as evidências aqui sumarizadas e demonstradas no relatório, tratadas no seu conjunto, são indicadoras de indício de conluio.

Ademais, as irregularidades constatadas na licitação, acrescidas da ausência de fiscalização efetiva sobre as ações da Reviver, empresa contratada para gestão do presídio de Eunápolis, implicam prejuízos ao Estado, projetados para o período contratual de 30 meses, da ordem de R\$ 11,0 milhões.

Observamos que os editais de licitação publicados para contratação das empresas prestadoras de serviço seguem sempre o mesmo modelo no Estado da Bahia, e, assim, utilizaremos, como exemplo, para análise, aquele edital voltado para a convocação para licitação visando a contratação de empresa para gerir do conjunto penal de Vitória da Conquista, apresentado com a Notícia de Fato do IC, o qual consta como objeto, no seu item VI, a “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA OPERACIONALIZAÇÃO, EM SISTEMA DE COGESTÃO COM O ESTADO DA BAHIA, DO CONJUNTO PENAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA MASCULINO E CONJUNTO PENAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA FEMININO”.

É certo que a expressão “operacionalização” possui cunho genérico, todavia, no curso do edital verifica-se que ocorre o preenchimento do seu conteúdo.

Na seção B-1, o Estado expressamente prevê que **“A atividade típica de Estado relativa à promoção das medidas de segurança, controle de disciplina e medidas judiciais cabíveis, incluindo o poder de polícia**

visando o cumprimento da pena e as medidas socioeducativas de reintegração do preso à sociedade, permanecem sob a exclusiva competência do Estado (atividades administrativo-judiciárias)”.

Em seguida, apesar de ter mencionado de forma abrangente toda a atividade típica do Estado, contraditoriamente discrimina quais as funções que serão exercidas exclusivamente por servidores públicos (Diretor, Diretor Adjunto, Coordenador de Segurança, Coordenadores de Vigilância, Coordenador da Coordenação de Registro e Controle e Coordenador de Saúde), ficando as demais atividades sob a responsabilidade da empresa terceirizada.

O só fato das principais funções de direção da operacionalização da unidade prisional ficarem a cargo de servidores públicos já demonstra a ilicitude da terceirização.

Desse modo, o edital prevê a impossibilidade de delegar as funções tipicamente públicas, mas, ao mesmo tempo, assume que apenas as funções de controle e de chefia ficarão a cargo do ente público, tomador de serviços.

O edital relaciona as competências desses cargos, sendo que, como esperado, a cargo do Diretor fica a administração geral da unidade, cabendo ao Diretor Adjunto auxiliá-lo. Cabe, segundo o item 1.2.1.3 da seção B-1 do edital, ao Coordenador de Segurança “a) fiscalizar e controlar as atividades e procedimentos estabelecidos e desenvolvidos pela CONTRATADA para a execução da segurança e disciplina interna; b) intervir nas atividades e procedimentos desenvolvidos pela CONTRATADA, através dos Agentes de Disciplinas, Supervisores e Gerente Operacional da CONTRATADA”. É incumbência do Coordenador de Vigilância, além de assistir e substituir, em suas ausências, o Coordenador de Vigilância “b) supervisionar e intervir, caso necessário, nas atividades e procedimentos de segurança desenvolvidos pela CONTRATADA, na hipótese de estarem fora do padrão exigido pela Coordenação de Segurança e Direção da Unidade Prisional, seguindo fielmente as orientações da SGP”.

Nessa linha, preenchendo o significado da “operacionalização” da unidade prisional, a empresa terceirizada deve prestar todos os demais serviços, dentre eles no item “1.4.1.4 SERVIÇOS DE SEGURANÇA”.

1.4.1.4 SERVIÇOS DE SEGURANÇA

1.4.1.4.1 A CONTRATADA dotará o Conjunto Penal de empregados especializados e habilitados a exercerem a segurança prisional interna, conforme postos de serviços indicados neste Termo de Referência.

1.4.1.4.2 Os serviços de segurança interna da Unidade Prisional são de obrigação da CONTRATADA, inclusive quanto à manutenção da guarda e vigilância para a custódia e segurança de internos, devidamente supervisionado pela Direção da Unidade Prisional.

1.4.1.4.3 É terminantemente proibido aos empregados da CONTRATADA, encarregados da segurança, o porte de armas de fogo e armas brancas ou quaisquer objetos contundentes, além dos previstos neste instrumento convocatório, no interior da Unidade Prisional, de acordo com as normas e procedimentos da SEAP, sob pena de responsabilização legal e contratual.

1.4.1.4.4 Os empregados da CONTRATADA deverão utilizar uniformes padronizados e aprovados pela SEAP/SGP, além do crachá de identificação, conforme Anexo I da seção B-2.

1.4.1.4.5 Quaisquer visitantes e quaisquer outras pessoas que tenham a entrada autorizada pela direção da Unidade Prisional, inclusive empregados do CONTRATANTE, portarão, obrigatoriamente, crachás de identificação, fornecidos pela CONTRATADA.

1.4.1.4.6 Compete à **Área de Portaria**:

- a) executar os serviços de controle, vigilância e segurança de portaria interna e externa;
- b) realizar revistas na portaria, à entrada e saída de internos, veículos e volumes, estendendo-as aos empregados e às visitas, devendo disponibilizar agentes do sexo feminino para as atividades de revista corporal em mulheres e crianças;
- c) manter registro de identificação de empregados do estabelecimento e das pessoas autorizadas a visitar os internos;
- d) guardar objetos pessoais de visitantes e de empregados que adentrem o estabelecimento;
- e) executar serviços de recepção, controle e registro de entrada e saída de visitas e de empregados, mediante a entrega de crachás e senhas, recolhendo as carteiras de visita com validade vencida;
- f) examinar e avaliar correspondência, livros, revistas, publicações e objetos permitidos pela Direção da Unidade Prisional, destinados aos internos e expedidos pelos mesmos, enviando às Seções responsáveis pela sua distribuição;
- g) manter registro das correspondências recebidas e expedidas, para efeito de diligências preventivas de fugas ou evasões;
- h) recolher valores e objetos recebidos de visitantes ou por correspondência, que deverão ser encaminhados para o Setor de guarda de bens, de acordo com as normas internas;
- i) alimentar banco de dados informatizado, com fotos, sobre todas as pessoas que adentrarem a unidade, constando horário de entrada e saída, e motivo da visita.

Quanto à área de segurança e disciplina, cabe à prestadora:

- a) guardar e realizar a vigilância interna do estabelecimento penitenciário, mantendo a ordem, segurança e disciplina;
- b) adotar, com presteza, todas as medidas de segurança e correções necessárias, registrando-as no boletim diário de ocorrência;
- c) realizar a vigilância e manutenção da ordem durante a prestação de serviços, exercícios, aulas e jogos esportivos;
- d) manter vigilância sobre a movimentação de internos por ocasião de transferências internas ou externas, acompanhando-os e encaminhando-os às Seções envolvidas nos procedimentos, sempre com a anuência do Coordenador de Segurança e, quando externas, com o registro do pedido da Direção;
- e) manter vigilância constante aos internos para evitar a posse de qualquer produto que altere o seu comportamento ou que cause dependência física ou psíquica;
- f) realizar a vigilância e manutenção da ordem nos procedimentos de visitação autorizados, mantendo a segurança dos visitantes;
- g) adotar medidas que visem à segurança e guarda dos internos nas dependências do estabelecimento, inclusive quando encaminhados às áreas de serviços assistenciais ou ocupacionais;
- h) realizar vigilância permanente para evitar a entrada de instrumentos perfuro-cortantes, objetos e cartas destinados a jogos de azar, além de armas de fogo, aparelhos celulares, carregadores, e chips de celular;
- i) conduzir e acompanhar, em custódia, os internos, em casos emergenciais, como atendimento em hospitais, deslocamentos para fora do Conjunto Penal, inclusive fora do Município de Vitória da Conquista, auxiliando permanentemente a escolta da Polícia Militar, para melhor segurança do deslocamento.

No que tange ao controle de inspeção, cabe à terceirizada:

1.4.1.4.8 Compete à **Área de Controle e Inspeção**, por meio dos seus agentes:

- a) manter o fichário com os dados de identificação e característica individuais de cada interno e a sua lotação;
- b) recolher os Internos às suas respectivas celas, instruindo-os sobre os seus deveres e obrigações;
- c) apresentar relatório diário sobre a população carcerária, sua distribuição e eventuais alterações ocorridas;
- d) distribuir as correspondências, livros, revistas, publicações e objetos destinados aos internos;
- e) recolher valores, jóias e objetos de valor, relacionando-os e enviando-os à guarda da área responsável, ficando proibida a posse de numerário por parte dos internos dentro da Unidade Prisional;
- f) encaminhar os internos para realização do asseio e higiene pessoal;
- g) recolher roupas, calçados e objetos de uso pessoal para desinfecção, guarda e posterior devolução aos internos;
- h) inspecionar, diariamente, as celas, corredores e pátios, providenciando as medidas necessárias para a segurança, higiene e limpeza;
- i) observar os horários de distribuição e de recolhimento das refeições, de estudo, de trabalho, das saídas das celas, dormitórios e pátios de recreio.

1.4.1.4.9 É obrigação da CONTRATADA manter todos os postos de segurança permanentemente ocupados, de acordo com a carga horária.

1.4.1.4.9.1 A CONTRATADA poderá solicitar o remanejamento do local destinado a estes postos, apresentando sugestões e justificativas para as alterações, as quais só poderão ser implementadas após aprovação expressa do CONTRATANTE.

1.4.1.4.10 A CONTRATADA deverá efetuar treinamento anual dos empregados que atuem na Unidade Prisional, dentro das peculiaridades de cada função, obedecendo, como parâmetro mínimo, o Anexo II da Seção B-2 do instrumento convocatório, destinado à capacitação, com disciplinas inerentes e necessárias para conhecimento e desempenho de atividades penitenciárias e de segurança pública;

1.4.1.4.11 A CONTRATADA deverá empregar, **no mínimo, 18 (dezoito)** cães de guarda na segurança da Unidade Prisional, com treinamento compatível com farejamento, busca, defesa e ataque, bem como empregar adestradores habilitados a lidar com os animais, os quais se responsabilizarão pela alimentação, higiene, adestração e a manutenção do plantel, em condições sanitárias adequadas.

1.4.1.4.11.1 O adestramento dos cães deve ser específico para a prestação dos serviços contratados, envolvendo guarda, defesa, busca e farejamento de drogas.

1.4.1.4.11.2 A CONTRATADA deve empregar pessoal qualificado para conduzir cães de guarda (cinófilos), responsabilizando-se pelo Programa de vacinação, cuidado sanitário e por equipamentos de proteção que serão utilizados pelos cinófilos.

Segundo o item 1.4.1.4.12, a empresa contratada tem acesso à área de segurança da informação.

Em um dos itens do edital, reside a possibilidade de subcontratação do serviço terceirizado para “atividades acessórias”, agravando sobremaneira a ilicitude, senão vejamos:

3.1 Da subcontratação:

3.1 É admitida a subcontratação das atividades acessórias, vedada a subcontratação dos serviços de planejamento, monitoramento e gestão da execução do objeto contratual.

3.1.1 A subcontratação permitida no item 3.1 está limitada ao percentual de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato, desde que analisada e aprovada, prévia e expressamente, pelo CONTRATANTE, ficando esclarecido que não será permitida a subcontratação de empresas declaradas inidôneas ou que se encontrem suspensas ou impedidas de licitar ou contratar com o Estado da Bahia, bem como que a responsabilidade, contratual e legal, perante o CONTRATANTE, decorrente dos serviços prestados, é integralmente da CONTRATADA, nos termos do art. 160 da Lei nº 9.433/05, e que o CONTRATANTE não se responsabiliza por qualquer compromisso assumido pela CONTRATADO com terceiros.

3.1.2 A admissão da fusão, cisão ou incorporação da CONTRATADA com outrem está condicionada à comunicação da sua ocorrência ao CONTRATANTE, à manutenção das condições de habilitação relativas à prestação do serviço e à aferição, pelo CONTRATANTE, da inexistência de comprometimento das condições originariamente pactuadas para a adequada e perfeita execução do contrato.

No item 4, relativo à obrigações contratuais específicas da empresa contratada:

4.2.7.1 Para fins de controle e acompanhamento administrativo e operacional pelo CONTRATANTE, no interior da Unidade Prisional, toda e qualquer mudança no quadro de pessoal da CONTRATADA, a exemplo de permuta de serviço, transferências de equipes, transferências de turnos de serviços, férias, folgas e compensações, deverá a CONTRATADA consultar por escrito a Direção da Unidade Prisional, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas horas) horas, devendo a consulta formulada constar o motivo da mudança para fins de conhecimento e avaliação pela Direção da Unidade.

No anexo VI do edital, há uma minuta de contrato entre a terceirizada e o Estado da Bahia, fazendo menção às disposições já transcritas do edital, como as obrigações da empresa terceirizada, a exemplo dessa abaixo transcrita que bem demonstra a ingerência estatal no cumprimento do contrato pela contratada:

n) consultar, por escrito a Direção da Unidade Prisional, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas horas) horas acerca de toda e qualquer mudança no quadro de pessoal da CONTRATADA, no interior da Unidade Prisional, a exemplo de permuta de serviço, transferências de equipes, transferências de turnos de serviços, férias, folgas e compensações, , devendo, na consulta formulada, constar o motivo da mudança para fins de conhecimento e avaliação pela Direção da Unidade

Assim, no edital examinado, o qual segue o modelo adotado nas demais licitações para contratação de empresa para “operacionalização” de unidades prisionais na Bahia, cujos artigos fazem parte dos contratos com as terceirizadas, por disposição expressa, podemos concluir que as atribuições previstas em lei para os agentes penitenciários, como servidores públicos, são repassadas para as empresas terceirizadas que as replicaria nos contratos com os agentes de disciplina.

A partir dos elementos trazidos nesse item, estamos aptos a concluir que:

— As terceirizadas são empresas de seleção e agenciamento de mão de obra, fornecendo os agentes de disciplina para trabalharem nas unidades prisionais indicadas;

— A atividade para a qual foram contratadas, operacionalização de conjunto prisional, não está contemplada no rol descritivo de atividades principais e secundárias das empresas terceirizadas, junto à Receita Federal;

— As terceirizadas foram contratadas sem anterior processo licitatório;

— Em apenas uma hipótese auditada pela própria SEFAZ, para operacionalização do Conjunto Prisional de Eunápolis, concluiu-se que a falta de fiscalização pelo Estado da Bahia, aliada às irregularidades constatadas na licitação, inclusive apontando para a possibilidade de conluio entre a Socializa e a Reviver, importaram em prejuízo para o erário na ordem de 11 milhões de reais no período de trinta meses.

— Nos editais licitatórios, o Estado da Bahia admite expressamente que a promoção das medidas de segurança, controle de disciplina e medidas judiciais cabíveis, incluindo o poder de polícia visando o cumprimento da pena e as medidas socioeducativas de reintegração do preso à sociedade, permanecem sob a exclusiva competência do Estado;

— Todavia, o edital de licitação é voltado à contratação de empresa para prestar serviços de segurança, inspeção, escolta interna, idênticos àqueles próprios dos agentes penitenciários, como possui acesso ao sistema de segurança da informação, portanto, inseridos naquele rol de atividades em que o Estado considera que lhes são típicas;

— O Estado, segundo o próprio edital, possui forte ingerência no processo de terceirização, mantendo dentro da unidade prisional as principais funções a cargo de servidores públicos, os quais possuem poderes pronunciados e previstos no edital de ingerência e intervenção direta nas atividades dos agentes de disciplina, empregados da empresa contratada;

— É prevista no edital a possibilidade de “quarteirização” da atividade contratada, desde que não englobe os serviços de planejamento, monitoramento e gestão de execução do objeto contratual, através da subcontratação de até 25% do contrato;

— Também é previsto nele acesso pelas empresas terceirizadas à importante área da segurança da informação;

III.4. Das atividades finalísticas do estado desenvolvidas pelos agentes de disciplina contratados pelas terceirizadas

Para não tornar a exordial mais extensa do que necessário, nesse item, reiteramos que o próprio edital publicado pelo Estado da Bahia já descreve pormenorizadamente as atividades a serem desenvolvidas pela contratada e que ficam a cargo dos seus empregados, “agentes de disciplina”, o que guarda identidade com as atribuições próprias do cargo de agente penitenciário, conforme expressa dicção legal.

Nessa linha, o Decreto n. 12.247/2010 aprovou o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia, em cujo teor o Estado admite expressamente a coincidência entre as atividades dos agentes penitenciários ocupantes de cargos públicos, os contratados via REDA e os agentes de disciplina, como extraímos dos arts. 6º, 7º e 8º que:

“[...] segurança interna realizada por servidores da Superintendência de Assuntos Penais, concursados ou contratados para prestação de serviços, ou, ainda, por empresas ou entidades contratadas ou conveniadas pela Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos para este fim, e/ou outros meios eficientes, excetuadas situações anormais imprevisíveis.”

Nos autos do inquérito civil que deu origem à presente ação civil pública, foram expedidas cartas precatórias para as Procuradorias do Trabalho dos Municípios onde havia unidades prisionais terceirizadas, para coleta de elementos probatórios, sendo as seguintes as precatórias devolvidas:

CP 000185.2015.05.007/2 — PTM de Santo Antonio de Jesus

No presídio de Valença, segundo o relatório de inspeção local feita em 19.11.2015, constatou o Procurador do Trabalho, segundo os depoimentos colhidos, que a população carcerária é de 495 detentos, embora possua capacidade apenas para 268; que não há agentes penitenciários; que a empresa REVIVER mantém 94 agentes de disciplina com jornadas de 12x36 e desempenham as seguintes funções: Os agentes de disciplina são divididos nas seguintes funções: cinófilo — trabalha com cães (limpeza dos boxes dos cães; remoção dos cães; fornecem alimentação aos animais; acompanham a abertura e fechamento das galerias, com os cães (há 21 cães na unidade); realizam rondas internas,

objetivando impedir fugas através de buracos feitos pelos presos; dão pronto apoio a eventualidades, como rebeliões; acompanham a entrada e saída dos veículos de fornecedores, em regime 12 x 36; escolta administrativa — conduz os presos do pavilhão para a parte administrativa (laboram em horário administrativo, das 8:00 às 17:00 horas, com uma hora de intervalo); adjunto — auxilia o supervisor; responsável limpeza — coordena os internos para a realização de limpeza nas celas, acompanhando os mesmos; CPD — serviços de informática (horário administrativo); SAP — Sistema de Auditoria e Procedimentos — fiscaliza se os procedimentos da unidade estão sendo cumpridos, como a manutenção de lâmpadas e vazamentos (horário administrativo); Secretaria — horário administrativo; recursos humanos — horário administrativo.

CP 000194.2015.05.005/1 — PTM de Eunápolis

Segundo o relatório da inspeção local no Conjunto Prisional de Eunápolis em 10.12.2015, calcado em documentos e depoimentos colhidos (escala de trabalho, depoimento do gerente administrativo da REVIVER, coordenador de segurança e supervisor operacional), observa-se que todos os elementos convergem em um sentido: a população carcerária é de 699 presos, com excedente de 252 presos; há cerca de 110 agentes de disciplina, com carga horária de 12 x 36, divididos em quatro turmas, cada equipe possui um supervisor operacional e que os agentes de disciplina são fiscalizados pelos servidores públicos, ocupantes dos cargos de diretor, diretor adjunto do presídio e coordenador de segurança; que as faltas disciplinares dos agentes são apuradas pela Reviver; que esta mesmo recruta os trabalhadores, os quais são submetidos a curso de capacitação (algemar, primeiros socorros etc); que não portam armas de fogo ou colete a prova de balas e que as CTPS são anotadas como agente de disciplina; que os policiais militares não cuidam da segurança interna.

CP 000364.2015.05.001/2 — PTM de Itabuna

No tocante ao Conjunto Prisional de Itabuna, após a requisição de documentos ao seu Diretor e à empresa Socializa, verificou a Deprecada que lá trabalham 341 trabalhadores terceirizados e 3 servidores públicos, não possuindo agentes penitenciários, mas agentes de disciplina e concluiu pela ilicitude da terceirização.

IC 001942.2015.05.000/5-37 — CP de Lauro de Freitas

No dia 30.11.2015, esta Procuradora subescrevente também realizou inspeção no Conjunto Penitenciário de Lauro de Freitas, onde constatou possuir a unidade prisional 425 presos do sexo masculino e ser administrada pela Socializa e tomou o depoimento do diretor da unidade, do supervisor de segurança (preposto da Socializa) e três agentes de disciplina. Segundo os depoimentos, o Estado faz a fiscalização da gestão pela terceirizada, mantendo servidores públicos nos cargos de diretor (agente penitenciário), diretor adjunto e coordenador de segurança. A Unidade conta com 04 equipes de agente de disciplina, sendo duas para o turno diurno e duas para o noturno, havendo um adjunto do líder que é um apoio ao líder nas operações. São, assim, cerca de 120 agentes, divididos em aproximadamente 80 agentes de disciplina pela manhã (em duas equipes de 40) e 40 pela noite (em duas equipes de 20). O plantão é de 12 x 36. Os agentes não passam por um processo de seleção pela Socializa. Os agentes admitem que realizam as mesmas funções dos agentes penitenciários. Na Unidade tem equipe com cães, composta por agentes de disciplina. Mais ou menos 6 diurnos (3 em cada equipe pelo dia) e 4 noturnos (2 em cada equipe pela noite). Total de 4 equipes. O preso é conduzido pelo agente de disciplina na abertura da cela, fechamento da cela e revista de cela. O agente de disciplina também faz a escolta do preso para atendimento interno. Realiza, ainda, a revista das visitas, cumprimento de alvarás, fiscalização do que entra e sai do Presídio. Não trabalham na cozinha, mas fiscalizam o trabalho do pessoal da cozinha. A limpeza das celas é feita pelos presos e os agentes de disciplina não trabalham na Secretaria, nem RH. Os agentes usam colete à prova de balas nas escoltas externas e não portam arma de fogo, mas apenas pequeno cassetete chamado de “tonfa”. Os casos de indisciplina, falta ou atraso, etc, fica a cargo da gerência operacional. O Estado orienta a operacionalização da Unidade prisional e faz a fiscalização, dando conhecimento à Empresa de algum problema para que tome a providência cabível em caso de indisciplina, falta ou atraso, para que esta tome as providências de apuração e punição.

Além de tudo o que já foi trazido, elementos probatórios de suma importância consistem nos depoimentos testemunhais colhidos nos autos do inquérito civil que deu origem a essa ação civil pública:

Depoimento de Sandro Bernardino dos Santos

“QUE trabalhou na Unidade Prisional de Lauro de Freitas, gerida sobre o sistema de cogestão pela SOCIALIZA, de 2014 a 2015, na função de agente de disciplina; QUE trabalhava com observação dos presos, fazia escolta interna (atendimento médico, jurídico, psicológico etc) e externa, algumas vezes sem auxílio da Polícia Militar, revista de visitantes e presos, “baculejo”; QUE portava arma de fogo na escolta externa; QUE não possui porte de arma, QUE se sentia desprotegido em fazer uma escolta externa sem portar arma de fogo, QUE chegou a negar a fazer esse serviço e sofreu represálias da SOCIALIZA, tendo adquirido a arma de fogo pessoal para esse fim; QUE portava algema e a tonfa; QUE sabe da coincidência entre as atividades que desempenhava como agente de disciplina e as atividades próprias de agentes penitenciários concursados, em razão de conviver, nas escoltas externas, com agentes penitenciários concursados nas Unidades Prisionais sob gestão plena do Estado e por já ter se submetido a concurso para agente penitenciário; QUE na Unidade de Lauro de Freitas não havia nenhum agente penitenciário que trabalhasse como tal, os únicos servidores públicos eram o Diretor, o Diretor Adjunto e o Coordenador de Segurança; QUE em vários momentos se sentiu ameaçado pelos presos, QUE, quando havia visitas, os presos que conseguiam drogas através dos visitantes jogavam essa droga para os outros do outro lado do pátio e essa droga caía no pavilhão. Então o depoente advertia o preso que ele iria para o isolamento e este preso então o ameaçava; QUE encontra com frequência com ex-detentos que tentam intimidá-lo já fora da penitenciária, QUE, certa feita, agosto de 2015, encontrou com o detento foragido, Henrique Calazans de Souza, que o ameaçou, tendo o depoente registrado o Boletim de Ocorrência”, QUE até hoje esse criminoso o ameaça quando lhe encontra, QUE esse criminoso possui mais de 20 homicídios e é Chefe da facção CP (Comissão da Paz); QUE foi despedido da SOCIALIZA porque se recusou a continuar fazendo a escolta externa de presos; QUE esse caso é apenas um exemplo de outros que também registrou o Boletim de Ocorrência; QUE também já registrou dentro da Unidade Prisional as várias ameaças sofridas por detentos”.

Depoimento de Manoel Marcelo Mascarenhas de Oliveira:

“que é Agente Penitenciário concursado desde 18 de abril de 1990; que de 1990 a 2009 exerceu as funções próprias de Agente

Penitenciário, tendo sido nomeado Diretor Adjunto — DAS 3 na unidade de Serrinha, de 17 de julho de 2009 até abril de 2011, quando, também como Diretor Adjunto, trabalhou na unidade do Conjunto Penal de Valença, ambos administrados pela empresa Reviver; que exercia, como Agente Penitenciário, antes de ser Diretor Adjunto, as funções de: vigilância dos presos nos pavilhões, revista de visitantes e de presos, escoltas internas para os serviços assistenciais determinados pela LEP (jurídico, psicológico, médico, social, educacional e para o trabalho dos presos para as empresas que exploram a mão de obra de presos dentro da unidade prisional); que na unidade de Feira de Santana, que é uma unidade gerida plenamente pelo Estado e onde atualmente trabalha como Agente Penitenciário, há o uso de cães que ficam soltos no fundo dos pavilhões, enquanto nas unidades sob o sistema de cogestão, os cães são utilizados como amedrontadores, nas laterais, e principalmente, na frente do presídio; que, enquanto Diretor Adjunto, não exercia as funções de Agente Penitenciário; que na unidade sob cogestão os 3 servidores públicos nomeados pelo Estado eram responsáveis pela fiscalização do contrato de terceirização; que os Agentes de Disciplina exerciam as mesmas funções dos Agentes Penitenciários concursados; que os Agentes de Disciplina faziam também a escolta externa, inclusive, chegando a portar armas de fogo; que a única diferença entre Agente Penitenciário e Agente de Disciplina é a nomenclatura; que havia conflitos entre Agentes de Disciplina e presos com frequência nas unidades de Serrinha e Valença, sendo que em Serrinha, cujo rigor disciplinar era maior, os Agentes de Disciplina possuíam uma formação mais dura, militarizada, mesmo policalesca, voltado para ver o detendo como inimigo, enquanto que o Agente Penitenciário, apesar do Estado lhe negar o processo de capacitação continuada, possui uma formação, a partir do curso inicial, mais humanizada, acreditando que a forma de trabalho do agente de disciplina está na contramão do que reza a LEP, a CF de 1988 e os organismos internacionais de direitos humanos, os quais trilham pela linha da ressocialização do preso; que o INFOPEN nas unidades sob a cogestão não é utilizado, sendo usado o SIAP, sistema próprio, fornecido e controlado pela REVIVER, de forma que, através do dito sistema, a empresa privada detém todas as informações a respeito de quem entra e sai da unidade prisional (autoridades, presos etc.), bem como histórico dos presos”.

Depoimento de Jadson Menezes Silva:

“que foi admitido pela Socializa em 15 de dezembro de 2012 para exercer a função de Agente de Disciplina Pleno, na Penitenciária de Lauro de Freitas, sendo despedido sem justa causa em 23 de julho de 2014; que antes da Socializa havia trabalhado como Vigilante, tendo ingressado na empresa por indicação; que trabalhava no sistema de 12h por 36h; que possuía as mesmas atribuições de um Agente Penitenciário concursado; que de maio de 2014 a setembro de 2015, mais ou menos, trabalhou na portaria da unidade prisional da Mata Escura, que conta com gestão plena do Estado, oportunidade em que pode presenciar as atividades desenvolvidas pelos agentes penitenciários concursados, tais como, a escolta externa de presos, a custódia, a escolta interna que é feita de carro dentro da unidade, a condução interna (acompanhamento médico, dentista, psicóloga etc.), a revista dos familiares e pertences dos presos, a revista dos presos; que essas atividades também eram desempenhadas pelos agentes de disciplina na unidade prisional de Lauro de Freitas; que durante as revistas feitas nos presos, esses tentam intimidar os agentes de disciplina, inclusive, com ameaças; que já experimentou momentos de tensão ao encontrar um ex-detento fora da penitenciária; que na penitenciária de Lauro de Freitas para o exercício da função de segurança só havia Agentes de Disciplina contratados pela Socializa, não havia Agente Penitenciário concursado exercendo função que lhe é própria; que o depoente, junto com mais três Agentes de Disciplina, de acordo com a escala de posto, vigiava os presos que trabalhavam na fabricação de “bags” em um galpão que fica no fundo da unidade, ocasião em que se sentia vulnerável, visto que já aconteceu de vigiar cerca de 70 presos, os quais, para desempenhar a atividade fabril, portavam estiletes e tesouras; que só utilizava a tonfa, pequeno cassetete, como equipamento de proteção”.

Depoimento de Fabrício Cardozo França

“QUE trabalha, desde 15.3.2015, na Unidade Prisional de Itabuna/BA, como agente de disciplina, gerida sobre o sistema de cogestão pela SOCIALIZA; QUE trabalha com observação dos presos, faz escolta interna (atendimento médico, jurídico, psicológico etc) e externa, revista de visitantes e presos; QUE porta arma

de fogo na escolta externa; QUE não possui porte de arma; QUE porta algema e a tonfa; QUE em muitas escoltas externas trabalha sem o auxílio de policiais, em carro sem a plotagem no padrão, chegando ao levar os presos em atendimento aos hospitais, ficando custodiado com o preso nos hospitais, muitas vezes sem o auxílio da Polícia Militar; QUE sabe da coincidência entre as atividades que desempenha como agente de disciplina e as atividades próprias de agentes penitenciários concursados, em razão de trabalhar como agente penitenciário via REDA na Unidade Prisional de Ilhéus/BA, desde 2014; QUE a sua situação não é incomum, havendo outros servidores agentes penitenciários contratados pelo Regime do REDA que são também agentes de disciplina de empresas terceirizadas; na Unidade de Itabuna não havia nenhum agente penitenciário que trabalhe como tal, os únicos servidores públicos eram o Diretor, o Diretor Adjunto e o Coordenador de Segurança; QUE a faxina das celas é feita pelos próprios presos; QUE em vários momentos se sente ameaçado pelos presos, em Itabuna/BA, principalmente quando executa a “segunda tranca”, há duas trancas no presídio, uma é feita às 17h de cerca de 80% dos detentos, o resto formado por chefes de facções ficam soltos no pátio até a “segunda tranca” às 21h, quando em meio a poucos agentes de disciplina, tais detentos, mais perigosos, os aterrorizam; QUE muitas vezes já foi ameaçado por ex-detentos fora da unidade prisional, chegando a procurar o auxílio de policiais militares que informam que não podem fazer a sua segurança; QUE se sente muito vulnerável quando faz escoltas de Itabuna para Serrinha, Mata Escura e Lauro de Freitas, sem o auxílio da Polícia Militar no retorno e recebendo R\$ 40,00 para o auxílio alimentação do dia”.

Depoimento de Antonio Jorge Azevedo de Almeida:

“QUE trabalhou na Unidade Prisional de Lauro de Freitas, gerida sobre o sistema de cogestão pela SOCIALIZA, de 15.1.2013 a abril de 2014, na função de agente de disciplina; QUE trabalhava com observação dos presos, fazia escolta interna (atendimento médico, jurídico, psicológico etc) e externa, revista de visitantes e presos; QUE portava arma de fogo na escolta externa; QUE não possui porte de arma; QUE portava algema e a tonfa; QUE sabe da coincidência entre as atividades que desempenhava como agente de disciplina e as atividades próprias de agentes penitenciários

concurados, em razão de possuir parentes do quadro efetivo de agentes penitenciários; QUE na Unidade de Lauro de Freitas não havia nenhum agente penitenciário que trabalhasse como tal, os únicos servidores públicos eram o Diretor, o Diretor Adjunto e o Coordenador de Segurança, mas atualmente, o Coordenador de Segurança é da própria SOCIALIZA; QUE em vários momentos se sentiu ameaçado pelos presos, principalmente quanto executava o “baculejo”; QUE encontra com frequência com ex-detentos que tentam intimidá-lo já fora da penitenciária”.

De fato, os depoimentos são muito ricos e indubitavelmente apontam para o fato de que as atribuições próprias de agentes penitenciários são exercidas pelos chamados agentes de disciplina. Salientamos que foram tomados os depoimentos de ex-agentes de disciplina; de agente de disciplina, que também em outro turno e unidade, é agente penitenciário contratado via REDA; e até ex-diretor de unidade prisional terceirizada.

Também podemos demonstrar a identidade entre as funções exercidas pelos agentes penitenciários e agentes de disciplina, utilizando os elementos de uma das inúmeras reclamações trabalhistas ajuizadas, a RT 0000398-71.2013.5.05.0342, em que o agente de disciplina depôs como testemunha descrevendo as suas atividades, o que utilizaremos como prova emprestada:

“que as atividades executadas pelos agentes eram: a condução de internos para atendimento psicológico, terapêutico, psiquiátrico, ou até para a direção; que essa era a condução interna; que também faziam o recebimento de interno, incluindo a revista; que havia atividades nos postos a exemplo de conferência de livros, chaves, confecção do livro; que em cada posto ficam três pessoas, cada uma com uma atividade que revezam entre si; que também fazem a abertura e fechamento de celas; que fazem também escolta externa para o Fórum, hospital; que o depoente já participou há muito tempo atrás desse tipo de escolta.”

Segundo o Procedimento de Operação da empresa Reviver também juntado na referida RT, também aqui utilizado como prova emprestada:

5.5. Cabe ao Agente

5.5.1. Efetuar a segurança e manter a disciplina da Unidade Prisional em que atua;

5.5.2. Vigiar, fiscalizar, inspecionar, revistar e acompanhar os presos ou internos, zelando pela ordem e segurança deles e da Unidade;

5.5.3. Acompanhar as aberturas e fechamento dos pavilhões, realização de confere e todo e qualquer procedimento que seja realizado nos pavilhões, na triagem e no seguro;

5.5.4. Efetuar rondas periódicas de segurança;

5.5.5. Acompanhar qualquer veículo de carga e descarga que adentrar à Unidade Prisional;

5.5.6. Acompanhar todo e qualquer prestador de serviço externo que adentre a unidade prisional.

Diante do teor do manual operacional da Reviver, notificamos a Socializa a fim de apresentar o seu manual de operação, todavia, esta empresa apresentou manual elaborado pelo próprio Estado da Bahia — SEAP, em cuja introdução esclarece que se trata de manual do agente penitenciário e que é voltado para a Complexo Penal de Lauro de Freitas em regime de Cogestão. Após elencar todos os postos e atribuições minuciosamente, próprias dos “agentes penitenciários”, em seu organograma refere-se aos agentes de disciplina. O manual é bem extenso e detalhado e a sua leitura integral é imprescindível para perceber que as atividades próprias dos agentes penitenciários são exercidas por agentes de disciplina. Apenas a título de ilustração, seguem alguns trechos:

P-01 (Portaria 01) Interna – O agente escalado na Portaria Principal, parte interna, tem como obrigações:

- ✓ Verificar todos os veículos que entram ou saem da Unidade;
- ✓ Anotar quilometragem dos veículos da Unidade, principalmente o carro cela (viatura);
- ✓ Nas saídas dos veículos registrar destino e autorização da segurança;
- ✓ Na entrada ou saída do carro cela (viatura) verificar e identificar as pessoas embarcadas;
- ✓ No caso de interno embarcado no carro cela (viatura) fazer contagem analisando o documento que acompanha nome do interno e destino;
- ✓ Efetuar a verificação do carro cela (viatura) junto com motorista e responsável pela escolta;
- ✓ Registrar em livro próprio todos que adentram ou saem da Unidade e o que pretendem fazer;
- ✓ Verificar autorização da entrada de visitantes externos junto a Direção;
- ✓ Verificar identificação do visitante e fornecer crachá de visitante da Unidade;

- ✓ Solicitar que a visitante agache 03 (três) vezes, em caso de impossibilidade deste procedimento deverá ser utilizada a maca para revista;
- ✓ Solicitar que mostre a planta dos pés.

Na revista pessoal masculina:

- ✓ Verificar toda documentação do visitante;
- ✓ Revistar detalhadamente, roupas, boca, cabelos, dedos e ouvidos;
- ✓ Solicitar que o visitante levante os braços e mostre pernas e mãos;
- ✓ Revistar meias e sapatos
- ✓ Solicitar que o visitante agache 03 (três) vezes de frente para o Agente, com os braços abertos.
- ✓ Solicitar que mostre a planta dos pés.

Na revista pessoal em menores:

- ✓ O responsável legal tirará toda a roupa do (a) menor, para ser verificada pelo agente;
- ✓ Deverá executar todo o procedimento de revista no (a) menor na presença do responsável legal;
- ✓ O agente não tocará no menor;

- ✓ Recolher e guardar em local próprio, todo objeto do visitante cuja entrada não seja permitida nem autorizada pela Direção;
- ✓ Verificar rigorosamente a saída do lixo ou outro material;
- ✓ Orientar quanto aos procedimentos disciplinares aos visitantes que aguardam atendimento/autorização para acesso aos setores ou pátio de visita, identificação, registro e recolhimento de pertences das visitas, guarda e pertences de terceiros.

P-01 (Portaria Príncipla) Revista de Visitantes – os agentes escalados neste posto deverão observar os seguintes procedimentos:

Na revista pessoal feminina:

- ✓ Verificar toda documentação da visitante;
- ✓ Revistar detalhadamente, roupas, boca, cabelos, dedos;
- ✓ Solicitar que a visitante levante os braços;

- ✓ Caso o (a) menor use fralda descartável, deverá ser trocada por uma nova disponibilizada pela unidade;
- ✓ Ao menor de colo é permitido: uma manta, fralda, mamadeira com alimento ou vazio, bico, toalhinha e similares.

P-02 (Portaria 02) Recepção – o funcionário neste posto de serviço tem por atribuições:

- ✓ Atender ligações externas e direcioná-las aos setores competentes;
- ✓ Recepcionar visitantes externos e encaminhá-los aos setores competentes;
- ✓ Em dias de visita aos internos, atender, no que for possível e dentro das normas, orientar os visitantes em suas solicitações e encaminhá-los aos pátios de visita quando informada da disponibilidade do interno;
- ✓ Informar aos visitantes dos procedimentos durante a permanência no interior da unidade.

autorizados pela Direção, Coordenador de Segurança, Gerente ou Supervisor;

- ✓ Solicitar a todos que vão ter acesso ao parlatório, raios e pátios de visita, que passem pelo detector de metais (portal);
- ✓ Relacionar os materiais ou ferramentas que venham a ser utilizados na área ou nos raios e conferi-los no retorno;
- ✓ Apenas permitir a passagem de internos devidamente acompanhados por um Agente;
- ✓ Manter a porta anterior ao portão devidamente fechada e solicitar aos que por ela passarem que façam o mesmo.

Base dos Raios (Mesário) – O agente escalado nas bases dos raios conforme escala de serviço, tem como obrigações:

- ✓ Organizar todos os procedimentos de entrada ou saída dos internos das celas para o pátio;
- ✓ Atentar para entrada, saída e permanência de visitas que deverão estar na companhia de outros agentes;

- ✓ Fiscalizar a manutenção da segurança (permanência do agente) nos postos de serviço;
- ✓ Registrar tudo que ocorrer no raio em livro próprio;
- ✓ Estar sempre com rádio de comunicação (HT) em mãos, passando qualquer anormalidade ou necessidade para o Supervisor;
- ✓ Não permitir a saída de nenhum interno do raio sem que seja feito os procedimentos de revista estabelecidos pela Direção/Coordenação de Segurança;

Celas de Isolamento/Triagem – O Supervisor deverá designar um agente para periodicamente realizar:

- ✓ Distribuição de alimentação;
- ✓ Chamada nominal (confere);
- ✓ Rondas nas celas de isolamento e triagem;
- ✓ Verificar a manutenção da ordem e disciplina nestes ambientes.

Base do Raio Superior e Inferior – O agente escalado neste posto de serviço tem como obrigações:

Observamos a coincidência entre as atribuições previstas nos editais licitatórios para os agentes de disciplina, com as informações extraídas dos laudos de inspeção, além dos manuais operacionais e depoimentos testemunhais, mas também não podemos olvidar de salientar que resulta claro que, em nenhum dos conjuntos prisionais operacionalizado sob o regime de cogestão, há algum agente penitenciário no exercício da sua respectiva função pública, função esta essencial, cerne do funcionamento de qualquer presídio e que, nesses casos de terceirização, é exercida por agentes de disciplina.

Verificamos que alguns agentes de disciplina têm as CTPS registradas como auxiliar de serviços gerais e em reclamações trabalhistas juntam convenções coletivas do SINDILIMP, como na citada reclamação trabalhista, oportunidade em que vêm pleiteando o tratamento isonômico com os agentes penitenciários. Quanto ao sindicato que tem se apresentado como representante da categoria dos agentes de disciplina, o SINDICATO DOS AGENTES DISCIPLINARES PENITENCIÁRIOS E AGENTES SOCIOEDUCADORES EMPREGADOS TERCEIRIZADOS, TEMPORÁRIOS E CONTRATADOS EM REGIME ESPECIAL ADMINISTRATIVO DO ESTADO DA BAHIA — SINDAP/BA, segundo as informações prestadas nos autos do inquérito que originou essa ACP, ainda não possui registro sindical junto ao MTE.

Juntamos também várias fotografias de agentes de disciplina executando funções típicas de agentes penitenciários, como a revista, condução de presos etc.

Não obstante a nomenclatura cunhada pela terceirizada e pelo Estado de “agente de disciplina” voltada para aqueles trabalhadores da empresa terceirizada, os quais exercem as atribuições dos agentes penitenciários, com indubitável intuito de fazer crer que exerçam atividade meramente “disciplinadora”, diante do que já foi exaustivamente exposto, as atribuições exercidas, de forma ilícita, são de segurança pública, tanto na oportunidade em que estão dentro dos limites da unidade prisional como nas atividades externas, a exemplo das escoltas externas aos fóruns, hospitais etc.

Além da demonstrada identidade entre as atividades desempenhadas pelos agentes de disciplina e os agentes penitenciários, chamamos atenção de V.Exa para a gravidade do fato de que, em razão de serem os agentes de disciplina empregados de uma empresa privada, de modo que não foram submetidos à seleção pública e sujeitos a um estatuto público, estão esses trabalhadores muito mais sujeitos a rotatividade e substituição de mão de obra, característica de empresas que se propõem a fornecer mão de obra, do que servidores públicos concursados com atribuições previstas em lei, o que, por óbvio, torna muito mais difícil o controle da procedência desses trabalhadores privados e de seu eventual envolvimento com organizações criminosas, cujos integrantes encontrem-se presos nas unidades prisionais geridos por terceirizadas.

Podemos visualizar a situação de um agente de disciplina em cumprimento de aviso prévio e questionar qual o seu grau de compromisso com a sua função de assegurar a segurança da sociedade.

A decisão a seguir parcialmente transcrita, proferida pelo Exmo. Juiz de Direito Otaviano de Andrade de Souza Sobrinho nos autos do processo n. 0301543-82.2015.8.05.0079, em trâmite na Primeira Vara Criminal de Eunápolis, que negou o pedido de liberdade provisória de José Gonçalves dos Santos Junior, agente de disciplina da empresa Reviver, bem ilustra um dos efeitos perversos da terceirização ilícita da atividade de agente penitenciário:

“Durante as investigações policiais se apurou que o primeiro denunciado era um antigo amigo do interno “ANDERSON GU” e que tinha ligações diretas na facção criminosa denominada PCE. Daí o motivo pelo qual o primeiro denunciado (JOSÉ GONÇALVES) foi infiltrado no quadro de servidores da empresa de administração prisional REVIVER, com o objetivo de ficar à serviço da facção criminosa PCE, que é liderada pelos irmãos “DADA” e “RENA”. Pelos serviços prestados a facção criminosa PCE, a que pertencia, o denunciado José Gonçalves recebeu — além do aparelho de telefonia celular marca Samsung Galaxy Gran

Prime — a importância de R\$ 10.000,00, a qual foi depositada, no dia 26.6.2015, a mando dos membros do PCE, pela denunciada Thais, na conta bancária da amiga do primeiro denunciado de nome Geovana Almeida da Silva (*vide* depósito bancário as fls. 65). O uso da conta bancária de uma terceira pessoa, ao invés da própria, foi a solução que o Primeiro denunciado encontrou para não ter tais valores em depósito rastreados.”

A partir desse viés, se observa que ao terceirizar ilicitamente a atividade dos agentes penitenciários, a sociedade fica mais vulnerável com a possibilidade concreta de envolvimento de empregados das empresas terceirizadas com os presos nas unidades prisionais geridas pela iniciativa privada, efeito esse que pode ser ainda potencializado, pois o Estado admite a possibilidade da empresa terceirizada contratada também terceirizar essa atividade, em um processo de “quarteirização” e ainda pelo fato da empresa terceirizada, seus sócios e prepostos, possuir acesso ao sistema de informações com dados sigilosos da segurança pública (histórico dos presos, visitas etc.).

Além do risco em que se expõe a sociedade com a terceirização da atividade de agente penitenciário, o próprio trabalhador que exerce a atividade como agente de disciplina é posto ilicitamente em situação de risco, ante a peculiaridade ínsita à essa atividade de estar em relação direta com criminosos dos mais diversos graus de periculosidade e sem a capacitação e equipamentos necessários. Não por outro motivo que, esse estado de tensão experimentado pelos agentes de disciplina, foi percebido em todos os depoimentos testemunhais acima transcritos, diante dos relatos das ameaças sofridas dentro e fora do ambiente de trabalho pelos detentos, por ex-detentos ou foragidos, como na aquisição ilícita de armas de fogo porque se sentem desprotegidos quando fazem a escolta externa ou quando estão fora da unidade prisional.

Agora sob o viés do exame da improbidade administrativa em função da lei de responsabilidade fiscal, segue transcrição parcial do parecer recentemente exarado pelo Exmo. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, em que considerou ilícita a terceirização implementada no Estado de Sergipe em regime de “cogestão” com a empresa Reviver:

Nº 18778/2014 - ASJTC/SAJ/PGR

Suspensão de Liminar 837

Relator: **Ministro Presidente**

Requerente: Estado de Sergipe

Requerido: Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju

Interessados: Ministério Público do Estado de Sergipe
Reviver Administração Prisional Privada Ltda.
Sindicato dos Agentes Penitenciários e Servidores da Secretaria de Justiça de Sergipe - SINDPEN

PROCESSO CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE. TERCEIRIZAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RISCO DE DANO À ORDEM, SEGURANÇA E ECONOMIA PÚBLICA NÃO CONFIGURADOS. RISCO DE DANO INVERSO. INDEFERIMENTO.

1. É ilícita a terceirização de atividade-fim de órgão ou entidade estatal, como já reconhecido pelos Tribunais Superiores.
2. Não representa risco à ordem, segurança ou economia públicas a decisão judicial que determina a realização de concurso público para contratação de agentes públicos efetivos.
3. Não está inserida dentre as vedações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal o descumprimento de limite de gasto com pessoal decorrente do cumprimento de decisão judicial.

Por fim, abaixo a transcrição da Resolução n. 8/2002 do Conselho Nacional de Política Criminal, recomendando a não utilização da privatização nos moldes coincidentes com o modelo de cogestão observado atualmente pelo Estado da Bahia:

RESOLUÇÃO N.º 08, de 09 de Dezembro de 2002.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a decisão unânime tomada na Reunião realizada em São Paulo, nos dias 9 e 10 de dezembro de 2002, oportunidade na qual culminaram as discussões a respeito da proposta de Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro, apresentada em janeiro de 1992;

Considerando decisão já firmada por este Colegiado no Processo SAL n. 08027.000152/00-71, de Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro;

Considerando propostas legislativas a respeito do tema;

Considerando que as funções de ordem jurisdicional e relacionadas à segurança pública são atribuições do Estado indelegáveis por imperativo constitucional;

Considerando a incompatibilidade entre, de um lado, os objetivos perseguidos pela política penitenciária, em especial, os fins da pena privativa de liberdade (retribuição, prevenção e ressocialização) e, de outro lado, a lógica de mercado, insita à atividade negocial;

RESOLVE:

Art. 1º – Recomendar a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Art. 2º - Considerar admissível que os serviços penitenciários não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, possam ser executados por empresa privada.

Parágrafo único: Os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica, médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, e em especial a Resolução n. 01/93, de 24 de março de 1993, deste Conselho.

São Paulo, 9 de dezembro de 2002

Diante do que foi observado, nesse item voltado a tratar das atribuições dos agentes de disciplina, se verifica que:

— As atividades descritas como próprias dos agentes de disciplina nos editais de licitação publicados pelo Estado da Bahia guardam

total consonância com aquelas previstas em lei para os agentes penitenciários, conforme o item anterior;

— No Decreto n. 12.247/2010, que aprovou o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia, o Estado reconhece a coincidência entre as atividades dos agentes penitenciários ocupantes de cargos públicos, os contratados via REDA e os agentes de disciplina;

— Não há agente penitenciário no exercício da respectiva função em nenhum presídio terceirizado, de modo que as suas atividades essenciais ao funcionamento de qualquer unidade prisional, ficam a cargo de empregados da empresa terceirizada;

— A nomenclatura criada para os empregados da terceirizada de agente de disciplina possui o intuito de escamotear o exercício de atribuição própria de agente penitenciário, inerente à segurança pública;

— Foram verificadas e demonstradas as atividades dos agentes de disciplina com as inspeções *in loco* realizadas por Procuradores do Trabalho no Conjunto Prisional de Valença, no Conjunto Prisional de Eunápolis e no Conjunto Prisional de Lauro de Freitas, além de examinados os documentos da empresa que gere o Conjunto Prisional de Itabuna por Procuradora do Trabalho lotada na respectiva PTM;

— Os depoimentos testemunhais colhidos no inquérito civil indubitavelmente apontam para o fato de que as atribuições próprias de agentes penitenciários são exercidas pelos chamados agentes de disciplina. Saliêntamos que foram tomados os depoimentos de ex-agentes de disciplina, de agente de disciplina, que também em outro turno e unidade, é agente penitenciário contratado via REDA, e até ex-diretor de unidade prisional terceirizada.

— Na citada reclamação trabalhista, usada como referência e prova emprestada, o agente de disciplina pede tratamento isonômico com os agentes penitenciários, há depoimento testemunhal comprovando essa identidade, o manual de procedimento operacional da Reviver juntado naqueles autos também demonstra essa identidade, a sua CTPS é de auxiliar de

serviços gerais e possui representatividade de entidade sindical estranha à sua função, SINDLIMP;

— A partir da decisão penal transcrita, foi ilustrada a possibilidade de envolvimento de agentes de disciplina com criminosos sob custódia das unidades prisionais geridas por terceirizadas, o que demonstra o risco em que é colocada a sociedade;

— Com a terceirização ilícita, a sociedade fica vulnerável ante a possibilidade deferida pelo Estado da empresa também terceirizar o objeto do contrato, e em razão da terceirizada possuir acesso ao sistema de informações cruciais para a segurança pública;

— Também, em virtude do contato do agente de disciplina com criminosos de diversos graus de periculosidade, também se conclui que esse trabalhador, com a terceirização ilícita, tem sua integridade indevidamente colocada em risco e se sente diariamente ameaçado;

— Sob o enfoque da improbidade administrativa, o PGR Rodrigo Janot emitiu parecer reconhecendo a ilicitude da terceirização em idêntico caso de terceirização da atividade de agente penitenciário pelo Estado de Sergipe em regime de cogestão com a empresa Reviver;

— Resolução n. 8/2002 do Conselho Nacional de Política Criminal que recomenda a não privatização do sistema carcerário nos moldes coincidentes com o observado pelos Réus.

III.5. Da terceirização ilícita. Rede de proteção legal

Em tese, o processo de terceirização, em apertada síntese, significa a transferência de determinadas atividades do empreendimento econômico para empresas especializadas que poderão, em tese, desempenhá-las com mais eficiência e a um custo menor para a entidade contratante. Não estão incluídas nesse âmbito as atividades que extrapolam o interesse econômico, como a política de execução penal.

No ordenamento jurídico pátrio, a regra é a contratação direta pelo tomador de serviços, conforme prevê os arts. 2º e 3º da CLT, sendo

a terceirização permitida excepcionalmente. Vedada, pois, a mera intermediação, a mera locação de mão de obra, artificialmente utilizada para respaldar a prática ilegal de *merchandage*, reconhecendo-se o vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços.

Entretanto, a legislação brasileira consagrou a possibilidade de terceirização de serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83). A contratação de trabalhador temporário, por empresa interposta, também é tolerada, na forma e nos limites da Lei n. 6.019/74.

Sobre a terceirização ilícita, tem-se a Súmula n. 331 do TST, nos seguintes termos:

Contrato de Prestação de Serviços — Legalidade

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).

II — A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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.

IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI — A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

No âmbito da Administração Pública, a terceirização trabalhista é permitida também como exceção, somente quando envolver atividades meramente instrumentais, que não se relacionem às atividades estatais essenciais.

É importante registrar que o Decreto-lei n. 200/67 não se presta a legitimar a terceirização ora combatida, já que não autoriza, em nenhum instante, a execução indireta de serviços ligados à atividade-fim da Administração Pública.

Nesse sentido, o Decreto n. 2.271/1997 autoriza a Administração Pública Federal a proceder a contratações para a execução indireta de certos serviços, *verbis*:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

A espécie normativa em comento, portanto, abre possibilidade para que a Administração celebre contrato com particulares, terceirizando atividades **acessórias** do Poder Público, cuja execução direta seja capaz de acarretar sobrecarga ao Estado. A *mens legis* demonstra, claramente, a preocupação de proporcionar à Administração Pública condição favorável à gestão da coisa pública, com vistas ao bem comum, ou seja, tenta deslocar da esfera do Estado certas atividades instrumentais, meramente executivas, para que o Estado passe a **direcionar suas forças para as suas atividades principais**.

Por essa razão, o art. 4º do decreto acima mencionado dispõe o seguinte:

Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

I — indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

II — caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra;

III — previsão de reembolso de salários pela contratante;

IV — subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante. (grifou-se)

Acrescentamos que, no âmbito do Estado da Bahia, é a Lei Estadual n. 9.433/05 que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e alienações no âmbito do Estado da Bahia, todavia, esta não prevê a hipótese de contratação para gestão de unidades prisionais, ressalvado para a fornecimento de alimentação.

Com vistas a regulamentar a Lei n. 9.433/2005, o Decreto n. 12.366/2010 estabelece normas atinentes à contratação de serviços terceirizados necessários ao funcionamento das atividades básicas de caráter geral dos órgãos e entidades da Administração Pública do Poder Executivo Estadual, não relacionando a possibilidade de terceirização da “operacionalização das unidades prisionais”. Vejamos:

Art. 2º São considerados serviços terceirizados, para efeito deste Decreto:

I — conservação e limpeza;

II — copa e cozinha;

III — suporte administrativo e operacional a prédios públicos;

IV — manutenção predial;

V — vigilância e segurança patrimonial;

VI — transporte;

VII — limpeza e higienização de roupas, tecidos e correlatos.

Mais adiante, o mesmo decreto explicita cada inciso, como no caso do inciso III:

§ 3º Os serviços de suporte administrativo e operacional compreendem as atividades de recepção, controle do acesso de pessoas, de veículos

e de bens móveis, bem como operação de equipamentos, máquinas e utensílios.

E bem esclarece a impossibilidade de terceirização de atividade finalística pelo Estado da Bahia.

Art. 3º Não será admitido o trespasse à execução indireta das atividades próprias, típicas e fundamentais do Estado, sobretudo àquelas inerentes ao poder de polícia, tampouco as que decorram do exercício de atribuições legalmente estabelecidas para os cargos e empregos dos órgãos ou entidades interessados na contratação, exceto, nesta última hipótese, quando se tratar de cargo cuja desnecessidade tenha sido declarada por Lei.

A partir do vasto arcabouço probatório trazido a juízo, é **notória e incontroversa** a existência de terceirização ilícita implantada em atividade que incumbe ao Estado da Bahia, no que tange às atividades de segurança pública nas unidades prisionais sob o sistema de cogestão.

Ao atribuir a terceiros a realização de atividades que lhe competem, o Estado da Bahia acaba por burlar a legislação trabalhista, acarretando danos diretos aos trabalhadores prestadores de serviços, que acabam tendo uma série de direitos trabalhistas violados, já que a contratação de serviços de terceiros, em verdade, ocorre para o exercício de atividades estatais.

Sem admitir ou contratar diretamente os trabalhadores que exerceriam a segurança pública como agentes penitenciários, o Estado da Bahia acaba por violar frontalmente as normas insculpidas no art. 37, inciso II, da Constituição, haja vista a violação ao princípio do concurso público, sujeitando-se à responsabilidade decorrente dos danos que causou aos trabalhadores concursados e que poderiam submeter-se ao concurso público, em apreço ao § 6º, art. 37, da Lei Maior.

Ocorre que os **agentes penitenciários** são os verdadeiros responsáveis pelas tarefas atribuídas aos “agentes de disciplina” terceirizados, haja vista que tais constituem o meio fundamental pelo qual o Estado concretiza a finalidade ressocializadora contida na LEP. Para tanto, os *verdadeiros agentes penitenciários* recebem treinamento específico, no qual se inserem noções de Direito Penal, Direitos Humanos, Psicologia, Psiquiatria, primeiros socorros, defesa pessoal, etc., sempre voltados à recuperação do condenado a partir de uma visão reeducadora.

O resultado da atribuição desses serviços a entidades alheias ao Estado é a violação sistemática aos direitos dos próprios presos e dos trabalhadores terceirizados.

A esse respeito, segue trecho do artigo “A Terceirização do Sistema Carcerário no Brasil”, de autoria da administrativista e Promotora de Justiça na Bahia, Dra Rita Tourinho:

Pode-se, ainda, acrescentar as funções próprias do cargo de agente penitenciário, que também não poderão ser transferidas à iniciativa privada, sob pena de constituir uma burla à regra constitucional do concurso público.

Como a execução da pena cabe diretamente ao Estado-Administração, que tem a obrigação de garantir a integridade física e moral dos condenados, assegurada pela Constituição Federal, somada a impossibilidade de transferência de prerrogativas públicas à iniciativa privada, os Estados brasileiros que vêm adotando esta forma equivocada de terceirização têm indicado, para o exercício da função de direção dos presídios, servidores públicos, ocupantes de cargo de carreira na esfera da Secretaria de Segurança Pública. Ocorre que, como corretamente assevera Sérgio Pinto Martins, uma das regras para determinar a licitude da terceirização de serviços seria “*d) a direção dos serviços pela própria empresa terceirizada*”¹⁰. Nesta mesma linha, Edite Hupsel e Leyla Bianca Correia Lima da Costa, afirmam que “*o terceirizante não pode ser considerado como superior hierárquico do terceirizado e nem o serviço prestado por determinada pessoa indicada pelo terceirizante*”¹¹. Dessa maneira, conclui-se que há o desvirtuamento ilícito da terceirização de serviços penitenciários, explicitado na tentativa de solucionar a intransponível impossibilidade de terceirização de funções típicas do quadro de pessoal penitenciário, que somente podem ser admitidos através de concurso público.

Ademais, alguns dos contratos de prestação de serviços penitenciários, que vêm sendo firmados por Estados brasileiros, estabelecem a prestação de serviços de segurança interna da unidade penitenciária pela empresa contratada, serviço este que para ser efetivado necessita do exercício de

prerrogativas próprias da Administração Pública, intransferíveis à iniciativa privada, constituindo, inclusive, atribuição típica do cargo de agente penitenciário.

É cediço que a Constituição Federal, no seu art. 37, II, determina a obrigatoriedade do concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público. Assim, não poderão ser objeto de execução indireta, atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade¹². Some-se a isso, o fato de que as pessoas que não estão legalmente investidas em cargos, empregos ou funções públicas, não podem praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão, manifestação de vontade, com produção de efeitos jurídicos, somente podendo executar atividades estritamente materiais¹³.

¹⁰ Martins, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 143.

¹¹ Hupsel, Edite e Lima da Costa, Leyla Bianca Correia. *A Gestão Fiscal Responsável e a Terceirização na Administração Pública* In www.oab-ba.gov.br, pesquisa realizada no dia 12/09/03, às 15:30 horas.

¹² Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União, que acabou levando o Governo Federal a baixar o Decreto nº 2.271/97, dispondo nesse sentido.

¹³ Nesse sentido é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 178).



Com efeito, somente através de contratos administrativos de permissões ou concessões de serviços públicos é que se admite a transferência, para particular, de poderes e prerrogativas próprias da Administração Pública, razão pela qual são as únicas hipóteses em que se admite a transferência de execução de serviço público ao particular¹⁴. Neste sentido é que Jorge Sarmiento García aduz que são outorgadas ao concessionário de serviço público prerrogativas de poder público, entre elas o exercício de certos poderes de polícia interna relacionados com a organização do serviço¹⁵. Assim, reafirmamos que a transferência de poderes administrativos não pode ser objeto de contrato de terceirização de serviços penitenciários, firmado nos moldes da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, também é descabida a transferência dos serviços penitenciais ao particular através do regime de concessão ou permissão, nos moldes da Lei nº 8.987/95, posto que tal regime se caracteriza pela remuneração do prestador através de tarifas, pagas pelos usuários, inaplicável à hipótese em análise.

Quanto à utilização do novo modelo de concessão, estabelecido pela Lei nº 11074/04 (Lei das PPPs), pensamos não ser viável para os fins estatais, no que concerne à transferência dos serviços penitenciais à iniciativa privada. Segundo o art. 4, II, da Lei das PPPs, “funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”, são consideradas pela lei como intransferíveis. Quanto ao poder de polícia, este se traduz no mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual¹⁶. Alguns o interpretam como “exercício do poder de autoridade”, ou seja, de coação. Diante disto questiona-se se poderia ser utilizada as PPPs para os serviços penitenciais. Em tese, poder-se-ia pensar na utilização da concessão administrativa. No entanto, pensamos que os impedimentos abordados também se aplicam a esse tipo de contrato. Assim, não pode ser transferida à iniciativa privada o policiamento, direção e disciplina do presídio. Aliás este também é o posicionamento apresentado por Carlos Ari Sundfeld em artigo intitulado “Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas”¹⁷:

Tal cenário merece repreensão judicial, de modo a impedir a ação do Estado da Bahia em transferir a terceiros obrigações que lhe incumbem, pois indelegáveis, cessando as lesões ao patrimônio jurídico tanto dos trabalhadores encarcerados quanto dos terceirizados, dos trabalhadores aprovados em concurso público e para aqueles que são impedidos de participar dos certames.

A partir desse entendimento, conclui-se que é incabível a utilização da prestação de serviço por empresa intermediária que exerça atividade que

compita exclusivamente ao Estado, como ocorre no presente caso, motivo pelo qual se justifica o pedido que adiante será formulado.

III.6. Da jurisprudência relativa à ilicitude da terceirização da função dos agentes penitenciários. Efeito probatório das decisões do TRT da 5ª Região

Observa-se que o nosso Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, a existência de muitas reclamações trabalhistas em que há pedido de isonomia entre os reclamantes, agentes disciplinares, com os agentes penitenciários, servidores públicos. Nesses casos, há julgados reconhecendo a identidade entre as funções e deferindo o pedido de isonomia remuneratória, há outros julgados em que, a par de reconhecer a identidade entre as atribuições, a isonomia não é deferida sob o fundamento de a diferença entre os regimes jurídicos seria um empecilho intransponível e, em alguns, sequer é examinada a ilicitude da terceirização, apenas nega o juízo a isonomia com base na distinção entre os regimes jurídicos dos trabalhadores.

Assim, considerando a profusão de decisões prolatadas na Justiça do Trabalho Baiana, que examinam a terceirização ilícita da função de agentes penitenciários pelo Estado da Bahia, postulamos que tais decisões, juntadas na íntegra nos autos do inquérito, sejam consideradas também como meio de prova.

Segue trecho de exemplar acórdão nos autos do RecOrd 0000396-07.2013.5.05.0341, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 17.4.2005, 5ª Turma do TRT5, Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar:

“O Autor fundamenta seu pleito com arrimo na OJ n. 383 do C. TST, bem como no princípio da isonomia salarial. Por óbvio, consultada a respectiva orientação jurisprudencial, vê-se a necessidade de buscar-se a igualdade salarial quando presente a igualdade de funções:

“TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3.1.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados

terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 3.1.1974.” Ademais, o presente caso, encontra guarida no princípio da primazia da realidade, vez que, não obstante as diferenças apontadas pelo Recorrente — por exemplo: exigência de concurso público, requisitos da Lei n. 7.209/97, possibilidade de utilização de armas de fogo para a contenção de rebelião, funções diversas e não preenchimento dos requisitos previstos no art. 461 da CLT, deve prevalecer na seara trabalhista a real identidade das funções desempenhadas pelo reclamante tendo como parâmetro os Agentes Penitenciários, e nesse sentido, prevalece o documento de fls. 601. Este documento contém informação prestada pelo Superintendente de Gestão Prisional no sentido de que não existe na correspondente Unidade Prisional de Juazeiro, servidor concursado para a função de Agente Penitenciário, conforme bem anotou a sentença às fls. 618 dos autos. Outra observação leva em consideração o fato de que o entendimento jurisprudencial consubstanciado na OJ n. 383 do C. TST está sedimentado em dois aspectos. O primeiro diz respeito à contratação irregular, e o segundo à igualdade de funções. Quanto ao primeiro esta Relatoria entende que o princípio da isonomia é norteador do salário equitativo, daí porque o simples fato da existência ou não da terceirização irregular não inibe a busca do obreiro de encontrar condições laborais igualitárias com os empregados do tomador de serviços, a teor do que dispõe a Lei n. 6.019/74, que, diga-se, é perfeitamente aplicável ao caso, diversamente do que entende a Recorrente. Quanto à igualdade de funções, vê-se por demais importante a aplicação do sistema de provas, pois ao Recorrido cabe o ônus probatório acerca do fato constitutivo do seu direito, haja vista o que dispõem os arts. 333 do CPC pátrio, e 818 da CLT.

Ocorre, que restou comprovado nos autos, diante do documento de fls. 601 e, conforme concluiu a decisão *a quo* “*que seria inviável o deslocamento diário de agentes penitenciários de outra(s) unidade(s) para fazer vigilância das guaritas ou mesmo a própria vigilância dos presos no interior do presídio de Juazeiro; por conseguinte, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que tais atividades eram necessária e indevidamente transferidas para os empregados da Primeira Reclamada — e este fato, como dito antes, atrai a incidência do posicionamento adotado*

na mencionada Orientação Jurisprudencial n. 383, levando à procedência da pretensão autoral tanto no que concerne à diferença salarial quanto no que diz respeito à Gratificação de Serviço Penitenciário (GSP)”. (fls. 680 frente e verso)

A Orientação Jurisprudencial n. 383 do E. TST ao se reportar sobre a igualdade de funções traz o viés imprescindível da colheita de provas a fim de respaldar a isonomia salarial, o que ficou comprovado nos autos, haja vista que reconhece a Primeira Demandada que os únicos funcionários públicos concursados no presídio de Juazeiro são “o Diretor, Diretor Adjunto e Coordenador de Segurança”, sendo evidente que estes três indivíduos não poderiam, sozinhos, exercer todas aquelas atribuições, conforme mencionado na sentença vergastada.

Logo, concorda esta Relatoria com a sentença de primeiro grau, *in verbis*:

“Inicialmente, deve-se dirimir a controvérsia relativa a ter ou não o Reclamante exercido as mesmas funções que os funcionários concursados do Segundo Reclamado e que seus “contratados temporários”. Cumpre ressaltar que tal controvérsia se mostra fundamental para o deslinde do feito, na medida em que, comprovada a identidade de funções, será aplicável ao caso o disposto no art. 12, alínea a, da Lei n. 6.019/1974, em conformidade com a Orientação Jurisprudencial n. 383 do C. TST” (fl. 680). Em sua defesa, a Primeira Acionada busca demonstrar que existe diferença entre os agentes de disciplina (seus empregados) e os agentes de presídio/penitenciários (funcionários estatais), inclusive listando as funções de cada categoria e as diferenças entre elas. Não há dúvida de que tais diferenças existem em princípio; mas a questão é saber se elas existem na prática, no caso concreto do presídio de Juazeiro. E neste sentido, o documento juntado à folha 601 faz cair por terra a tese patronal; trata-se de informação prestada pelo Superintendente de Gestão Prisional no sentido de que “não existe, na Unidade Prisional de Juazeiro, servidor concursado para a função de Agente Penitenciário, nem para qualquer outra”. Mais do que isto, informa o Superintendente de Gestão Prisional, no documento de fls. 613-614, que seriam também atividades exclusivas dos servidores públicos na Unidade as de: efetuar intervenção, contenção ou gerenciamento de situações de crise (rebelião/motim) no interior da Unidade; vigilância das guaritas da unidade prisional; transferência de presos de uma cela para outra no interior da própria unidade prisional. Contudo,

no documento de fl. 601, assevera que os únicos funcionários públicos concursados no presídio de Juazeiro são “o *Diretor, Diretor-Adjunto e Coordenador de Segurança*”, sendo evidente que estes três indivíduos não poderiam, sozinhos, exercer todas aquelas atribuições elencadas acima. Nada a reformar.”

Firmado por assinatura digital em 16.4.2015 14:53 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP n. 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. Assinado por Maria Adna Aguiar do Nascimento. Confira a autenticidade deste documento em <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=autenticidadeDoc>>. Identificador de autenticação: 10115041601371575639.

Em idêntico sentido, segue acórdão preferido nos autos do RecOrd 0000397-89.2013.5.05.0341, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11.12.2014 5ª Turma do TRT5, Relator Desembargador Norberto Frerichs:

“Logo, concorda esta Relatoria com a sentença de primeiro grau, *in verbis*:

“Inicialmente, deve-se dirimir a controvérsia relativa a ter ou não o Reclamante exercido as mesmas funções que os funcionários concursados do Segundo Reclamado e que seus “contratados temporários”. Cumpre ressaltar que tal controvérsia se mostra fundamental para o deslinde do feito, na medida em que, comprovada a identidade de funções, será aplicável ao caso o disposto no art. 12, alínea a, da Lei n. 6.019/1974, em conformidade com a Orientação Jurisprudencial n. 383 do C. TST.

Em sua defesa, a Primeira Acionada busca demonstrar que existe diferença entre os agentes de disciplina (seus empregados) e os agentes de presídio/penitenciários (funcionários estatais), inclusive listando as funções de cada categoria e as diferenças entre elas. Não há dúvida de que tais diferenças existem em princípio; mas a questão é saber se elas existem na prática, no caso concreto do presídio de Juazeiro.

Para responder a esta questão, mostra-se de fundamental importância o documento juntado à folha 552; trata-se de

informação prestada pelo Superintendente de Gestão Prisional no sentido de que “não existe, na Unidade Prisional de Juazeiro, servidor concursado para a função de Agente Penitenciário, nem para qualquer outra”.

Note-se que tal conteúdo é corroborado pela Primeira Acionada ao asseverar que “embora afirme o documento acerca inexistência de agentes penitenciários ali fixos, lotados”, as funções próprias dos servidores públicos seriam realizadas por agentes vindos de outras unidades (folha 560); observe-se, ainda, que, como bem salienta o Acionante, tal alegação constitui evidente inovação à lide — e, de qualquer modo, não foi comprovada. Por outro lado, informou o Exmo. Sr. Juiz da 2ª Vara Crime da Comarca de Juazeiro que “diariamente, Agentes daquela Unidade Prisional acompanham e auxiliam Policiais Militares, que fazem as conduções dos detentos e detentas para audiências criminais nesta Serventia”, o que evidencia ainda mais a necessidade de que comprovassem os Acionados — a quem cabia tal ônus — o deslocamento de agentes penitenciários de outras unidades prisionais para realizar diariamente tais conduções.

Mais do que isto, informa o Superintendente de Gestão Prisional que seriam também atividades exclusivas dos servidores públicos na Unidade as de: efetuar intervenção, contenção ou gerenciamento de situações de crise (rebelião/motim) no interior da Unidade; vigilância das guaritas da unidade prisional; transferência de presos de uma cela para outra no interior da própria unidade prisional, ao mesmo tempo em que reconhece a Primeira Demandada que os únicos funcionários públicos concursados no presídio de Juazeiro são “o Diretor, Diretor-Adjunto e Coordenador de Segurança”, sendo evidente que estes três indivíduos não poderiam, sozinhos, exercer todas aquelas atribuições. Outrossim, é evidente que seria inviável o deslocamento diário de agentes penitenciários de outra(s) unidade(s) para fazer vigilância das guaritas ou mesmo a própria vigilância dos presos no interior do presídio de Juazeiro; por conseguinte, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que tais atividades eram necessária e indevidamente transferidas para os empregados da Primeira Reclamada — e este fato, como dito antes, atrai a incidência do posicionamento adotado na mencionada Orientação Jurisprudencial n. 383, levando à procedência da pretensão autoral tanto no que concerne à diferença salarial quanto no que diz

respeito à Gratificação de Serviço Penitenciário (GSP).” (grifei). Nada a reformar.”

Firmado por assinatura digital em 5.12.2014 10:26 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP n. 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. Assinado por Norberto Frerichs. Confira a autenticidade deste documento em: <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=autenticidadeDoc>>. Identificador de autenticação: 10114120501304963488.

Em seguida, acórdão proferido nos autos do RecOrd 0000761-58.2013.5.05.0342, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 2.9.2014, 4ª Turma do TRT5, Relator Desembargador Paulo Sérgio Sá:

“DIFERENÇAS SALARIAIS I

Busca, ainda, o pagamento de diferenças salariais em relação à remuneração paga aos servidores estaduais (agentes de presídio), com fulcro na Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI-1 do c. TST, ao argumento de que, embora tenha sido contratado, na condição de agente de disciplina, por intermédio da primeira acionada, prestava serviços idênticos àqueles trabalhadores concursados.

Pois bem. Com o devido respeito ao entendimento esposado em primeiro grau, a causa de pedir do pleito sob análise foi pautada na OJ aludida e não na regra disposta no art. 461 da CLT, tendo havido menção expressa na inicial à ilicitude da terceirização (fl. 2).

Ainda que houvesse silenciado a esse respeito, a simples menção à OJ citada já conduz a tal ilação, já que consta do seu teor alusão à contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta.

Fixada tal premissa, observo que, embora o ofício de fls. 196/197, anexado pela primeira acionada, informe que cabe aos empregados de empresa privada o desempenho de atividades-meio, não lhes sendo atribuídas “atividades que envolvam o exercício do poder de polícia, o *jus puniendi* ou toda e qualquer responsabilidade advinda da custódia do preso, que são atribuições exclusivas

e indelegáveis do Poder Público através de seus agentes”, a prova oral emprestada de fls. 510/515, anexada aos autos com expressa concordância dos reclamados, revela exatamente o desempenho de atividade-fim por parte dos agentes terceirizados, como condução e revista de internos, abertura, fechamento e transferência de celas, entre outros.

Por conseguinte, não vejo como ser afastada a incidência da OJ n. 383 da SDI-1 do c. TST, segundo a qual:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3.1.1974. (mantida) — Res. n. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 3.1.1974.

Não é outro o entendimento da Alta Corte Trabalhista, como se infere do seguinte aresto:

I — RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA — 1. ISONOMIA SALARIAL — EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E EMPREGADOS DA EMPRESA TOMADORA. O Tribunal Regional registrou que a situação retratada nos autos é de terceirização de mão de obra e que as atividades desempenhadas pelo reclamante estavam inseridas na atividade-fim do Estado, evidenciando a igualdade funcional entre o empregado contratado diretamente e o terceirizado. Assim, consignou que são devidas diferenças entre o salário percebido pelo reclamante e aquele pago aos agentes penitenciários durante todo o período contratual, diante do princípio da isonomia salarial e por aplicação analógica da alínea a do art. 12 da Lei n. 6.019/74. Com efeito, a decisão do e. Tribunal Regional está em consonância com a Orientação Jurisprudencial n. 383 da SBDI-I do TST. Recurso de revista não conhecido. [...] (TST. RR — 1285300-59.2008.5.09.0005, Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 9.10.2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18.10.2013).

Ressalte-se, ademais, que não há qualquer restrição ao regime jurídico adotado pela Administração Pública, para fins de aplicação do princípio

da isonomia. Assim, comprovado que o Reclamante exercia as funções de agente penitenciário são devidas diferenças entre o salário por ele percebido e aquele pago aos agentes penitenciários, conforme postulado, durante todo o período contratual, com os reflexos consecutórios. Reforma.”

Firmado por assinatura digital em 1º.9.2014 11:39 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP n. 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. Assinado por Paulo Sérgio Silva de Oliveira Sá. Confira a autenticidade deste documento em <<http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=autenticidadeDoc>>. Identificador de autenticação: 10114090101237683868.

Abaixo, exemplo de sentença, exarada nos autos 0000207-63.2012.5.05.0341 RTOrd, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 2.12.2012, da lavra do Exmo. Juiz da 1ª Vara do Trabalho de Juazeiro Mário Vivas:

“Observa o Embargante, com razão, que houve omissão da sentença atacada quanto a ter ele exercido ou não as mesmas funções que os funcionários concursados do Segundo Reclamado e que seus “contratados temporários”. Cumpre ressaltar que tal controvérsia se mostra fundamental para o deslinde do feito, na medida em que, comprovada a identidade de funções, não será aplicável ao caso o art. 461 da CLT, utilizado como fundamento para a decisão embargada, porquanto, como lembra o Acionante, incidirá, nessa situação específica, o disposto no art. 12, alínea a, da Lei n. 6.019/1974, em conformidade com a Orientação Jurisprudencial n. 383 do C. TST. Em sua defesa, a Primeira Acionada busca demonstrar que existe diferença entre os agentes de disciplina (seus empregados) e os agentes de presídio/penitenciários (funcionários estatais), inclusive listando as funções de cada categoria e as diferenças entre elas (folhas 89/91). Não há dúvida de que tais diferenças existem em princípio; mas a questão é saber se elas existem na prática, no caso concreto do presídio de Juazeiro.

Para responder a esta questão, mostra-se de fundamental importância o documento juntado à folha 395 do processo n. 0000481-27.2012.5.05.0341 — que, infelizmente, não veio a estes autos, mas é citado textualmente pelo Reclamante à folha 366, que revela tratar-se de informação prestada pelo Superintendente de Gestão Prisional no sentido de que “não existe, na Unidade Prisional de Juazeiro, servidor concursado para a função de Agente Penitenciário, nem para qualquer outra”.

Note-se que tal conteúdo é corroborado pela Primeira Acionada ao asseverar que “embora afirme o documento acerca inexistência de agentes penitenciários ali fixos, lotados”, as funções próprias dos servidores públicos seria realizada por agentes vindos de outras unidades (folha 361); observe-se, ainda, que, como bem salienta o Acionante, tal alegação constitui evidente inovação à lide — e, de qualquer modo, não foi comprovada.

Por outro lado, informou o Exmo. Sr. Juiz da 2ª Vara Crime da Comarca de Juazeiro que “diariamente, Agentes daquela Unidade Prisional acompanham e auxiliam Policiais Militares, que fazem as conduções dos detentos e detentas para audiências criminais nesta Serventia” (folha 349), o que evidencia ainda mais a necessidade de que comprovassem os Acionados — a quem cabia tal ônus — o deslocamento de agentes penitenciários de outras unidades prisionais para realizar *diariamente* tais conduções. Mais do que isto, informa o Superintendente de Gestão Prisional que seriam também atividades exclusivas dos servidores públicos na Unidade as de: efetuar intervenção, contenção ou gerenciamento de situações de crise (rebelião/motim) no interior da Unidade; vigilância das guaritas da unidade prisional; transferência de presos de uma cela para outra no interior da própria unidade prisional (folhas 363/364), ao mesmo tempo em que reconhece a Primeira Demandada que os únicos funcionários públicos concursados no presídio de Juazeiro são “o Diretor, Diretor-Adjunto e Coordenador de Segurança” (folha 361), sendo evidente que estes três indivíduos não poderiam, sozinhos, exercer todas aquelas atribuições. Outrossim, é evidente que seria inviável o deslocamento diário de agentes penitenciários de outra(s) unidade(s) para fazer vigilância das guaritas ou mesmo a própria vigilância dos presos no interior do presídio de Juazeiro; por conseguinte, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que tais atividades eram necessária e indevidamente transferidas para os empregados da Primeira Reclamada — e este fato, como dito antes, atrai a incidência do posicionamento adotado na mencionada Orientação Jurisprudencial n. 383.”

Mas esse pedido de isonomia também tem sido objeto de julgado em outros tribunais do trabalho, vejamos acórdão proferido nos autos do TRT-PR-02680-2005-071-09-00-7, ACO-32375-2007, Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, 4ª Turma, Relator Luiz Celso Napp, publicado no DJPR em 6.11.2007:

TRT-PR-06-11-2007 PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. Não há porque isentar o Estado de responsabilidade por verbas devidas a empregado

de empresa incumbida de serviços prisionais, especialmente quando se percebe que, a pretexto de terceirizar a administração prisional, pretende-se transferir muito mais do que a mera gerência dos serviços. A 'privatização' de presídios, entre nós, se inspira no modelo francês, em que o Estado permanece junto com a iniciativa privada na gerência do presídio, isto é, enquanto o administrador cuida dos serviços da unidade prisional — alimentação, vestimenta, higiene, lazer, etc. —, o Estado se mantém na condição de administrador da pena (cuida do homem sob o aspecto jurídico, pune-o em caso de faltas ou premia-o quando merecer). Trata-se, afinal, de mera decorrência do fato do monopólio — indelegável — da função jurisdicional, o que significa que apenas o Estado é quem determina quando um homem vai preso, quanto tempo permanece segregado e quando será libertado e, também, é o principal responsável por tudo que ocorra durante o cumprimento da pena. Na verdade, faz pouco sentido transferir à iniciativa privada a responsabilidade, sequer por serviços administrativos de rotina, quando se sabe que os vínculos de natureza privada não oferecem garantia como a que decorre do regime estatutário. Assim, quando permite o ingresso, nas unidades prisionais, de trabalhadores ligados a terceiros por simples relação de emprego, o Estado assume todos os riscos que daí possam advir, seja em relação aos internos, seja aos empregados da terceirizada, o que inclui garantias trabalhistas. Recurso a que se dá provimento, no particular.

No que tange às ações civis públicas sobre terceirização ilícita das atividades dos agentes penitenciários, iniciaremos citando parte da fundamentação da sentença vigente nos autos da ACP 0000969-80.2010.5.20.0002, proferida pelo juízo da 1ª Vara do Trabalho de Aracaju, que julgou parcialmente procedente a demanda confirmando a decisão de antecipação de tutela, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 21.5.2014:

2 – DO MERITO

2.1 – DA ILEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO

Através da presente reclamatória discute-se a legalidade da terceirização feita pelo Estado de Sergipe, ao contratar a empresa Reviver, para prestação de serviços no presídio Santa Maria do Estado de Sergipe.

Para Maurício Godinho Delgado a “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jurtrabalhista que lhe seria correspondente. *Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a estes os laços jurtrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente*”.

Para o referido autor as hipóteses de terceirização lícita estão assentadas no verbete sumular 331 do C. TST, que dizem respeito: a) às situações expressas na Lei 6.019/74, que diz respeito à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviço da empresa; b) atividades de vigilância regidas pela Lei 7.102/83; c) atividades de limpeza e conservação; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Para o autor acima citado, “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 e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividade nucleares e definitórias*

da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Continua o doutrinador ressaltando que “O *Enunciado 331* tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento. Assim, estatui que manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações-tipo acima enumeradas, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta entre terceirizado e tomador de serviços (*Enunciado 331, in fine, TST*)”.

Ressalta o Ministro que em caso de trabalho temporário não se exige falta de subordinação e pessoalidade por parte do trabalhador, pois este está integrado, plenamente, por período certo de tempo, na dinâmica da entidade tomadora de seus serviços, substituindo o trabalhador ausente, sendo esta, pois, hipótese de terceirização lícita em que se permite a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços.

No presente caso concreto, o contrato de prestação de serviços do qual se fala, como noticiam os autos, abrange o fornecimento de médicos, odontólogos, psicólogos, assistentes sociais, agentes de disciplina e controle, dentre outros, funções estas que, como entende o Ministério Público do Trabalho, são fins do Estado, posto que precípuas à administração prisional, logo, as mesmas não poderiam ter sido objeto de terceirização, constituindo a atitude do Estado em burla às disposições contidas no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que diz respeito à obrigatoriedade de concurso público.

A própria Procuradoria do Estado de Sergipe, através do Parecer 4.970/2008, que tratou da questão co-gestão da administração prisional, concluiu pela possibilidade da terceirização dos serviços ligados à hotelaria, ou para os quais inexistem cargos ou funções públicas assemelhadas.

O parecer mencionado, cuja cópia encontra-se nas fls. 253 e ss., chegou a indicar quais os serviços poderiam ser terceirizados, ressaltando que os médicos, psicólogos, odontólogos e de enfermagem, muito embora não representassem atividade fim da área prisional, estavam inseridas nas diversas frentes das atividades fins do Estado.

No mesmo sentido foram os serviços de pedagogia, técnicas ocupacionais, de trabalho, de educação e de treinamento de presos, tendo o parecer concluído que tais atividades estariam englobadas em várias frentes da atividade-fim do Estado da área de educação.

O multicitado parecer fora categórico quanto à impossibilidade de

No mesmo sentido foram os serviços de pedagogia, técnicas ocupacionais, de trabalho, de educação e de treinamento de presos, tendo o parecer concluído que tais atividades estariam englobadas em várias frentes da atividade-fim do Estado da área de educação.

O multicitado parecer fora categórico quanto à impossibilidade de terceirização dos serviços relativos ao suporte jurídico, de monitoramento prisional e de prontuário de detentos, sob o argumento de que estes estariam abrangidos pelo conceito de atividade-fim do sistema prisional, estando, por conseguinte, desautorizada a sua delegação.

Dúvidas não há, portanto, quanto à ilegalidade da atitude do ente estatal, que ao arrepio da norma constitucional, terceirizou serviços ligados à sua área

de atuação, para os quais deveria ter realizado concurso público.

Não poderia deixar de mencionar, ainda, o Decreto 2.271/97, que pode ser utilizado no presente caso concreto como parâmetro, mesmo porque vai ao encontro do artigo constitucional acima citado, dispondo acerca da possibilidade de terceirização de mão de obra no âmbito federal, elencando apenas serviços acessórios.

Por todo o exposto, por considerar ilegal a atitude do primeiro reclamado em terceirizar atividades fins do sistema prisional sergipano, confirmo a liminar já defendida e, por conseguinte, condeno o mesmo a abster-se de firmar novos contratos que tenham por objeto a intermediação irregular de mão-de-obra de funções ligadas à atividade fim do Estado, nos termos do Parecer 4.970/2008, conforme o exposto acima, para que não haja burla das disposições contidas no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ficando impedido, ainda, de contratar, nomear, admitir ou designar qualquer servidor para a execução dos serviços prisionais, em afronta às determinações contidas no dispositivo constitucional acima mencionado, ou, ainda, por qualquer entidade privada, inclusive a REVIVER, segunda acionada.

Defiro, ainda, em parte, o pedido contido no subitem c.3, para condenar o Estado a providenciar, no prazo de 120 dias, concurso público para preenchimento dos cargos necessários à consecução das atividades necessárias ao funcionamento do sistema prisional, conforme parecer da Procuradoria do Estado, bem como promover o desligamento daqueles que estão executando atividade fins, através de empresa interposta.

Fixo a multa de R\$100.000,00 por dia e por cada trabalhador que fora encontrado em situação irregular, bem como a multa de igual valor pelo não cumprimento da obrigação de fazer, devendo ser revertida ao FAT.

Segue, no mesmo sentido, trecho da fundamentação da decisão do Exmo. Juiz do Trabalho da 1ª Vara do Trabalho de São Luis, Maranhão, que deferiu a antecipação de tutela nos autos da Ação Civil Pública n. 0017646-63.2014.5.16.0001, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 14.4.2015:

“DECIDO

É fato notório a crise que acomete a segurança pública em nosso Estado. Vários são os indícios de que o Poder Público, no decorrer das últimas décadas, negligenciou sistematicamente esse campo de atuação, ocasionando, entre outros efeitos, a «organização» progressiva do crime, o infeliz destaque de nosso Estado em rankings nacionais e internacionais sobre o aumento da violência — tendo inclusive nossa capital constado em lista que reúne as 50 cidades mais violentas no mundo, em 10º lugar (disponível em: <http://www.oimparcial.com.br/app/noticia/mundo/2015/02/04/interna_mundo,166555/sao-luis-e-a-10-cidade-->, além da precariedade de nossa realidade prisional, assunto da presente demanda.

Sendo assim, o Poder Judiciário, na qualidade de Poder da República responsável pela guarda da legalidade, tem por dever não fechar os olhos para tal tema quando provocado, e atuar, nos limites de suas atribuições constitucionais, com o fito de responder à provocação com a seriedade e justiça que o assunto requer.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: Antonio de Padua Muniz Correa. Disponível em: <<http://pje.trt16.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=15041415151139100000001861573>>. Número do documento: 15041415151139100000001861573 Num. acb5e0a — p. 2.

No caso em tela, estamos diante de realidade já amplamente conhecida no âmbito do TRT da 16ª Região, eis que várias demandas têm sido postas discutindo questões referentes ao sistema carcerário maranhense, tais quais a ausência de regular concurso público para preenchimento das vagas por servidores de carreira, o desvio de função e a isonomia salarial entre trabalhadores que prestam serviço a um tomador comum, mas contratados a título precário. Inclusive vê-se que a requerida VTI Serviços, Comércio e Projetos de Modernização e Gestão Corporativa Ltda. – Me. não deixa passar despercebidas tais questões, quando, em sua manifestação, junta aos autos algumas decisões em que são abordadas tais matérias, com desfechos relativamente semelhantes (docs. ID's n. 93ecf2b, 0a78c0a e a0c72ac).

Logo, cotejar o exposto no parágrafo anterior com as informações obtidas pelo E. Ministério Público do Trabalho em sede investigatória, que relatam as limitações quantitativas atuais do quadro de servidores públicos na área de segurança, com a utilização da mão de obra terceirizada para suprir tal deficiência (Ofício n. 95/2014 — GAB-SEJAP — doc. ID n. f052b20), e sua utilização em atividades inerentes aos agentes penitenciários (Ofício n. 111/2014 — GAB-SRTE/MA — doc. ID n. dceb168), inclusive na segurança quase exclusiva do maior complexo penitenciário do Estado (Relatório de Inspeção MPE IC n. 773.2013.16.000/8 — doc. ID n. be9e567), é medida salutar que justifica *in totum* a adoção de um posicionamento firme e urgente da Justiça laboral.

Portanto, é auspicioso verificar que o Estado do Maranhão está atualmente engajado em minorar as deficiências de nosso sistema carcerário quando, em sua manifestação, apresenta cronograma detalhado sobre construção e reforma de cadeias públicas em vários municípios (doc. ID n. dd3c405 — p. 3-4), e, informando que está revisando a totalidade dos contratos firmados com empresas interpostas nesta área, declara que está implementando medidas de curto, médio e longo prazo para extinguir contratos de terceirização e conseqüentemente aparelhar o meio ambiente prisional e o quadro de servidores do Estado, abrindo vagas para concurso público no cargo de Auxiliar de Segurança Penitenciária — ASP, que atuarão em substituição aos Monitores de Ressocialização, hoje contratados.

No entanto, apesar de verificar certo alinhamento do Estado do Maranhão com as pretensões ministeriais encaminhadas neste processo, considero de utilíssima necessidade o deferimento da medida antecipatória de tutela requerida pelo *parquet* trabalhista, devendo o ente federativo cumprir a totalidade do cronograma estabelecido e, além de não mais contratar novos trabalhadores por meio de interposta pessoa, extinguir o serviço terceirizado, em todas suas nuanças, no quadro da SEJAP até o mês de junho/2016, consagrando assim judicialmente os compromissos assumidos pela Administração Pública, aplicando-se-lhe a multa de R\$ 2.000,00 por cada trabalhador em situação irregular, a ser verificado em oportuna fiscalização, após decorrido o prazo acima.”

Diante do exposto, observamos que a Justiça do Trabalho vem reconhecendo a ilicitude da terceirização da atividade dos agentes penitenciários.

IV — DO DANO MORAL COLETIVO E DO DEVER DE REPARAR

Para a defesa de interesses sociais difusos e coletivos, a Constituição da República legitimou o Ministério Público a promover a ação civil pública, a qual, regulada pela Lei n. 7.347/85, disciplinou as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, entre outros, “a qualquer interesse difuso ou coletivo” (art 1º, IV), de onde se depreende seu cabimento no âmbito do Direito do Trabalho, em que os direitos transindividuais são amplamente regulados e assegurados.

A Lei Complementar n. 75/93 legitimou definitivamente o Ministério Público do Trabalho a utilizar-se da ação civil pública para a defesa de interesses coletivos (art. 83, III) e difusos (art. 6º, VII, “d”). Mais especificamente, a LC n. 75/93 previu no inciso III do art. 83 o cabimento da ação civil pública “quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”, que, como visto, estão sendo frontalmente violados.

O cabimento da ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propô-la em casos de fraude ao regime de emprego, mormente com os entes da administração pública, vem sendo pacificamente admitida na Justiça do Trabalho, inclusive pelo TST:

“No que concerne a interesses difusos no âmbito das relações de trabalho, teríamos como exemplo o de empresa pública que contratasse diretamente empregados (acrescentamos também os que prestam serviços por terceirização ilícita) sem concurso público. O STF já decidiu pela exigibilidade do concurso público também para a admissão de empregados (regidos pela CLT) nas empresas públicas e sociedades de economia mista (MS n. 21.322-1/DF), Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 23.4.1993). Num caos desses, diante da denúncia do Sindicato Profissional a respeito da irregularidade, e uma vez constatada essa, o Ministério Público do Trabalho poderia ajuizar ação civil pública para a defesa do interesse difuso relativo aos possíveis candidatos a um concurso público. A hipótese seria nitidamente de defesa de interesse difuso pela impossibilidade de especificar o conjunto dos postulantes ao emprego público, já que, potencialmente, todas as pessoas que preenchessem os requisitos exigidos pelo mesmo, poderiam ser consideradas candidatas sem potencial.” (A defesa dos interesses coletivos pelo ministério público do trabalho. LTr, 57-12/1431)

É inegável que a fraude perpetrada pelas Rés causou, e causa, lesão aos interesses difusos de toda a coletividade de trabalhadores. Como tais lesões amoldam-se na definição do art. 81, incisos I e II, da Lei n. 8.078/90, 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 interrupção da prática.

Em se tratando de danos a interesses difusos e coletivos, a responsabilidade deve ser objetiva, porque é a única capaz de assegurar proteção eficaz a esses interesses.

Justifica-se a cominação de obrigações de fazer e não fazer, com o escopo de que a prática ilícita cesse, sob pena de astreintes, bem como a reparação genérica, não só pela dificuldade de se reconstituir o mal já impingido à coletividade há décadas, mas também, por já ter ocorrido a transgressão ao Ordenamento Jurídico vigente.

Necessário, portanto, um meio que, a um só tempo, não permita que o transgressor exima-se da obrigação de reparar o mal causado sob o argumento de que seria impossível individualizar os lesados e permita, ao menos de forma indireta, que todos os atingidos pela conduta transgressora sejam ressarcidos pelos danos sofridos.

Com o fim de solucionar esses inconvenientes é que o legislador inseriu no art. 13 da Lei n. 7.347/85 a possibilidade de ser cobrada indenização.

Nesse passo, afigura-se cabível a reparação da lesão à coletividade dos trabalhadores, não só pelos danos causados, mas, igualmente, para desestimular tais atos.

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, 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? *Omissis*.

A reparação moral deve se utilizar dos mesmos instrumentos da reparação material, já que os pressupostos (dano e nexo 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...”. RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo.

Destarte, através do exercício da Ação Civil Pública, pretende o Ministério Público do Trabalho a definição das responsabilidades por ato ilícito que causou danos morais e patrimoniais a interesses difusos ou coletivos.

A questão está assim definida pelo art. 1º da Lei n. 7.347/85:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

V — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

Observe-se que atualmente vem se flexibilizando a ideia de “reconstituição dos bens lesados” referida na parte final do art. 13, para se considerar como objetivo da indenização não somente a reparação daquele bem específico lesado, mas de bens a ele relacionados. No presente caso, por exemplo, não será reparada especificamente o dano moral causado à totalidade de trabalhadores, mas estará o transgressor da Ordem Jurídica beneficiando de forma indireta a classe operária, a qual fora atingida pela sua conduta.

O restabelecimento da ordem jurídica envolve, além da suspensão da continuidade da lesão, a adoção de outras duas medidas — a primeira, tendente a impedir que a ré volte a burlar a regra constitucional do concurso público. Analogicamente, pode-se usar a teoria dos “*punitive damages*”, onde a indenização tem um fim didático, no sentido de desincentivar o ofensor

— ou qualquer outro — a praticar tal conduta, através de **indenizações consideráveis**. O próprio STF já se manifestou sobre o tema em seu Informativo de n. 364 (AI-455846); e a segunda, que propicie a reparação do dano social emergente da conduta da Ré de burlar todo o arcabouço de princípios e normas, constitucionais e infraconstitucionais, que disciplinam as relações de trabalho e a regra democrática do concurso público.

Registre-se, na oportunidade, que somente com a condenação no pagamento de uma indenização pelos danos de natureza coletiva e difusa causados é que os maus empregadores passarão a respeitar a ordem jurídica e os direitos dos seus empregados. Do contrário, continuará sendo manifestamente vantajoso descumprir a lei e somente após ser acionado judicialmente, por alguns deles, pagar os direitos trabalhistas, ainda assim após longa tramitação do processo ou senão por meio de acordo, em valores infinitamente inferiores ao devido. Neste caso, protegida pela impossibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício em razão da ausência de concurso público, a Ré se sente suficientemente protegida para descumprir a lei e principalmente os princípios constitucionais albergados pelo art. 37 da Carta de 1988.

Pois o que ora pretende o Ministério Público é exatamente uma tutela jurisdicional apta a impor à Ré a sustação de sua conduta ilícita, abstando-se as Rés de utilizar-se dos serviços ligados à finalidade do Estado da Bahia, prestados por empresas interpostas em face da ausência de concurso público, tutela que repercute sobre o grupo de trabalhadores determináveis que integram as empresas terceirizadas que têm de recorrer à Justiça e que ainda os submete a uma realidade de tensão cotidiana, sem os equipamentos, capacitação e remuneração pertinentes, bem como sobre toda a massa trabalhadora apta a acessar os postos de trabalho no serviço público por meio do competente concurso (direito difusos).

Compulsados os autos, extraímos do relatório do TCE relativo ao ano de 2014, que a Socializa recebeu, relativos só à prestação de serviço de operacionalização do Conjunto Penal de Lauro de Freitas (contrato n. 030/2006), R\$ 11.819.816,16, sem cobertura contratual. Quanto ao exercício de 2013, também sem cobertura contratual, a Socializa recebeu R\$ 12.343.900,73 pela operacionalização novamente do conjunto penal de Lauro de Freitas, e a Reviver recebeu pela operacionalização do Conjunto Penal de Serrinha R\$ 9.652.404,11. Relativo ao exercício de 2012, também foi apurado que a Reviver, pelo Conjunto Penal de Serrinha, recebeu sem cobertura contratual, o valor de R\$ 6.968.299,18. Sem falar na espantosa auditoria realizada pela própria SEFAZ, que só de prejuízo ao erário, em um único contrato de terceirização do Conjunto penal de Juazeiro auditado, foi apurada absurda quantia na ordem de R\$ 11.000.000,00, decorrente

da fraude, com a imputação da possibilidade conluio entre a Socializa e a Reviver, e da ausência de fiscalização pela SEAP.

Salientamos que essa apenas é uma ponta do *iceberg*, pois, caso houvesse uma apuração intensificada de contrato por contrato, não temos dúvida que o prejuízo cresceria exponencialmente.

Não há como imaginarmos a ordem de grandeza do prejuízo do Estado decorrente das condenações por responsabilidade subsidiária nas reclamações trabalhistas ajuizadas por agentes de disciplina, os quais têm plena consciência que executam as mesmas atividades que um agente penitenciário.

O prejuízo causado aos próprios agentes de disciplina em virtude do risco experimentado em uma atividade no qual são ilicitamente investidos e que exercem sem remuneração e habilitação condizentes e sem os equipamentos necessários à função, a exemplo das armas de fogo e algemas, as quais, algumas vezes, são adquiridas ilicitamente, por iniciativa própria para zelar por sua integridade física. O prejuízo experimentado pelos concursados não nomeados em razão da terceirização perpetrada pelo Estado da Bahia e da sociedade trabalhadora que é impedida de se submeter a regular concurso público.

Acrescente-se que a sociedade também é prejudicada, tornando-se mais vulnerável, com a segurança pública, atividade essencial do Estado, entregue às empresas locadoras de mão de obra.

Assim exposto, e considerando:

a) a gravidade, a natureza, a abrangência e a repercussão das condutas ilícitas denunciadas, que constituem um padrão uniforme de comportamento, a atingir e lesionar toda a coletividade de trabalhadores;

b) a grandeza econômico-financeira das empresas terceirizadas, cujos contratos alcançam vultosas cifras;

c) o grau de reprovabilidade social das práticas adotadas; e

d) a imperiosidade de ser imposta uma condenação de natureza pecuniária que signifique reparação e sancionamento eficaz às Rés, medida que se apresenta como mecanismo adequado de responsabilização jurídica, no plano da tutela dos direitos coletivos e difusos (arts. 1º e 13 da Lei n. 7.347/85 e art. 6º, VII, e 83, do

CDC), devem ser condenadas a uma **indenização no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)**, e que, assim, apresentasse razoável, diante da grandeza econômica dos infratores, em face dos danos causados, em prejuízo de toda a coletividade de trabalhadores.

Tal indenização pode ser destinada em favor de entidades ou projetos a serem especificados em liquidação⁽⁶⁾, que permitam a recomposição de danos de caráter difuso trabalhista⁽⁷⁾, ou, caso V. Exa. assim não compreenda, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT; reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT (art. 13 da Lei n. 7.347/85, c/c art. 11, V, da Lei n. 7.998/90).

Acerca da destinação à própria comunidade das indenizações por dano moral coletivo em sede de ação civil pública, destaque-se que foi aprovado o Enunciado n. 12 na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida e realizada 23.11.2007 pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e apoiada pelo Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA), estando o referido Enunciado vazado nos seguintes termos:

“ENUNCIADO N. 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 malfere 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

(6) O Ministério Público do Trabalho poderá indicar, caso o Juízo requeira, a organização ou fundo pertinente.

(7) Nesse sentido, o dispositivo da Lei n. 9.008/95, que cria o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), o qual estabelece, no § 3º do art. 1º, que os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados **na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e 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 no mesmo artigo.**

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.”

V — DA TUTELA INIBITÓRIA

Cuidamos no presente tópico do fundamento jurídico da nossa mais cara pretensão: a tutela inibitória.

Extraímos do jornal Tribuna da Bahia <<http://www.tribunadabahia.com.br/2015/09/15/bahia-ganha-quatro-mil-vagas-carcerárias>>, que o Estado da Bahia intenta expandir o processo de terceirização ilícita do sistema carcerário, seja através da ampliação das unidades terceirizadas existentes, seja através da criação de mais unidades sob esse sistema, com a utilização de agentes penitenciários fornecidos por essas empresas.

Pululam notícias a respeito dessa franca expansão, a exemplo daquela colhida sobre a ampliação do Conjunto Penal de Paulo Afonso, do sítio na rede mundial de computadores <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/06/ampliacao-do-conjunto-penal-de-paulo-afonso-e-inaugurada.html>>.

Sobre a polêmica obra da unidade de Vitória da Conquista, encontramos a referência <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/03/24/presidio-e-concluido-com-4-anos-de-atraso-mas-nao-tem-data-para-funcionar.htm>>.

Assim, há fundada perspectiva de que a terceirização ilícita no que tange à atividade dos agentes penitenciários irá se expandir no território baiano.

Caso o Judiciário não se faça firme, convicto da importância de se fazer presente no zelo pela ordem jurídica, é certo que as Rés continuarão, a olhos vistos, burlar toda a rede de proteção aqui descrita.

A fim de corroborar o quanto aqui defendido, citamos notícia extraída do site do TST:

6.12.2010

“Reconhecido o interesse do MPT em aplicar multa inibitória

Por unanimidade, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o direito de o Ministério Público do Trabalho da 8ª Região

(PA e AP) cobrar multas decorrentes de infrações administrativas que não foram pagas pela Viação Perpétuo Socorro Ltda., com prejuízo aos seus empregados. Entre as infrações, destacam-se o descumprimento de normas relativas à rescisão contratual, à saúde e à segurança do trabalho. O direito de agir do MP foi negado pelo 8º Tribunal Regional.

O relator do caso na Segunda Turma, ministro Caputo Bastos, destacou que a atuação judicial do Ministério Público está descrita na Lei Complementar n. 75/1993. Especificamente, o art. 83 desse dispositivo dá ao MP a incumbência de propor ação civil pública no âmbito da justiça trabalhista, quando os interesses coletivos na esfera dos direitos sociais constitucionalmente garantidos são desrespeitados. Diferentemente desse entendimento, embora tivesse reconhecido a legitimidade do MPT para propor a ação civil pública, o 8º Tribunal Regional negou provimento ao seu recurso, por achar que naquele caso faltava à instituição interesse de agir, como estabelece o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, que trata da carência de ação.

Ao avaliar o recurso do Ministério Público contra a decisão regional, o relator afirmou que as infrações cometidas pela empresa “**implicam, inegavelmente, grave lesão à ordem jurídica e aos direitos sociais dos trabalhadores**”. Segundo o relator, “**a eventual aplicação de uma multa não afasta o interesse do MPT na propositura da demanda, uma vez que o sistema jurídico consagra o princípio da independência das instâncias**”.

Dessa forma, “**a ação civil pública é o meio adequado, necessário e útil para o fim proposto, qual seja, compelir a empresa a cumprir a legislação trabalhista**”, afirmou o relator, esclarecendo que “**a multa não será imposta em razão das infrações já cometidas, mas sim na hipótese da empresa vir a reincidir na prática do ato infrator. Inexiste, pois a dupla punição pela mesma falta**”, ressaltou. Ao final, o relator deu provimento ao recurso do MPT e determinou o retorno dos autos ao 8º Tribunal Regional para que prossiga no julgamento do recurso, considerando afastado o impedimento previsto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. (RR — 209000-21.2004.5.08.0012).

VI — DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

As violações à legislação laboral constatadas se afiguram graves, e o tempo a ser despendido até o fim do processo somente beneficiará a própria ré, a qual continuará praticando as condutas propiciadoras de graves prejuízos sociais.

Nesse contexto, conclui-se que a concessão da liminar prevista no art. 12 da Lei n. 7.347/85 se faz mister, máxime para assegurar a efetividade do processo:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.

Com efeito, sendo a liminar aqui pleiteada satisfativa, deve-se obedecer aos requisitos estampados no art. 273 do CPC, que por certo se fazem presentes. Isso porque a matéria de direito e de fato foi fartamente demonstrada, de acordo com os elementos juntados no inquérito civil, comprova, à saciedade, o cometimento dos ilícitos acima indicados, restando atendido o requisito relacionado à prova inequívoca, apta a convencer o juiz da verossimilhança das alegações.

A fumaça do bom direito está demonstrada seja a partir do exame da legislação vigente a esse respeito, das decisões judiciais trazidas, visto que o tema já é bem conhecido desse Egrégio TRT, inspeções feitas por Procuradores do Trabalho, depoimentos tomados, confissões consubstanciadas em documentos produzidos pelas próprias Rés, e mais um sem número de elementos cuidadosamente trazidos à análise de V.Exa. A atividade dos agentes penitenciários terceirizada é patentemente ilícita, posto que, tal como prescreve a Lei de Execução Penal, a segurança pública não é transferível à iniciativa privada.

De outra parte, também se mostra presente a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), na medida em que a desobediência das normas acima indicadas contribuem diretamente para a proliferação da realidade descrita com consequências irreversíveis.

Toda a coletividade de possíveis candidatos ao cargo de agente penitenciário encontra-se privada dos direitos sociais elencados nos arts. 6º e seguintes da CF/88, reclamando a realização de concurso público, além dos vários cidadãos aprovados no concurso público em curso para agente penitenciário, que têm aguardado a nomeação, sem qualquer perspectiva, diante da franca expansão da terceirização do sistema carcerário no nosso Estado, o qual mantém uma situação de promiscuidade, mantendo, para as mesmas funções, o mesmo desiderato, empregados das terceirizadas (agentes de disciplina), agentes penitenciários concursados e agentes penitenciários contratados via REDA. Esses direitos são garantias constitucionais e estão inseridos como cláusula pétrea, por ser o valor social do trabalho um dos fundamentos da nação.

O dano irreparável decorre do caráter continuado da lesão, que é de trato sucessivo. Ademais, a qualquer momento serão contratados novos trabalhadores para a mesma prestação de serviços, os quais, na ânsia de conseguir ou manter seu emprego, sujeitam-se a um trabalho de inolvidável risco, sem o preparo adequado e sem a rede de proteção própria de servidores públicos. Avilta o risco para a sociedade diante de um trabalho prestado segundo os interesses que movem o mercado, serviço prestado por empresa locadora de mão de obra, com a rotatividade de mão de obra que lhe é ínsita.

Caso a liminar não seja deferida, a terceirização do sistema carcerário, mais especificamente da atividade dos agentes penitenciários, só expandirá, como observamos das inúmeras notícias veiculadas pelos meios de comunicação, mantendo o Estado da Bahia na sua zona de conforto, mas dilapidando o respectivo erário, pois, é bom salientar, se em um único contrato criteriosamente auditado pela SEFAZ, concluiu-se pelo prejuízo na ordem de R\$ 11.000.000,00, o que será descortinado com os demais, os quais foram renovados sem licitação? Para não falar nas inúmeras condenações, em caráter subsidiário que o Estado da Bahia vem sofrendo na Justiça do Trabalho em função das reclamações trabalhistas ajuizadas por agentes de disciplinas em face da Reviver ou Socializa e do Estado da Bahia...

A concessão da liminar certamente forçará legalmente a regularizar a situação, seja nomeando os aprovados no concurso público e/ou realizando novo concurso, freando a situação de clara ilicitude.

Saliente-se que, por óbvio, a liminar deve fixar prazo razoável para a adoção das medidas, diante da ponderação entre os interesses em jogo, como a continuidade da prestação do serviço de segurança pública, todavia, o que não é possível é que essa situação de patente vilipêndio ao direito se eternize.

Destarte, estando atendidos todos os requisitos previstos na lei para a concessão da tutela antecipada, é imperiosa que ela seja feita antes mesmo da notificação da acionada, consoante art. 12 da Lei n. 7.347/85 e arts. 273 e 461 § 3º do CPC.

Do exposto, requeremos liminarmente o deferimento das seguintes obrigações:

A) Ao Estado da Bahia — Secretaria de Administração Penitenciária:

a.1) extinguir os contratos existentes com as empresas Reviver Administração Prisional Ltda. e Socializa Empreendimentos e

Serviços de Manutenção Ltda., no tocante ao fornecimento do serviço de segurança pública, exercido ilicitamente por agentes de disciplina, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo, ou até o vencimento do contrato se ocorrer antes de seis meses;

a.2) imediatamente, se abster de renovar ou firmar novos contratos, com a Reviver Administração Prisional Ltda., Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., ou qualquer instituição pública ou privada, por pessoa física ou jurídica, que tenham por objeto a intermediação irregular de mão de obra da função de agente penitenciário, no sistema prisional baiano;

a.3) se abster de utilizar mão de obra de trabalhadores para exercerem funções próprias de agentes penitenciários, sob a nomenclatura de agentes de disciplina ou outra qualquer, intermediada pela Reviver Administração Prisional Ltda., Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., ou por qualquer outra instituição pública ou privada, seja pessoa física ou jurídica, em desrespeito às garantias constitucionais concernentes aos direitos sociais dos trabalhadores e à obrigatoriedade de concurso público para ingresso no serviço público, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo;

a.4) providenciar o desligamento de todos os empregados da Reviver Administração Prisional Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., que prestem serviços na qualidade de agentes de disciplina no sistema prisional baiano, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo;

a.5) imediatamente providenciar o bloqueio de acesso ao sistema relativo às informações de segurança às empresas terceirizadas e aos agentes de disciplina;

B) À Reviver Administração Prisional Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda.:

b.1) abster-se de fornecer mão de obra para o Estado da Bahia para a atividade própria de agentes penitenciários, essenciais à segurança pública, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo, ou até o vencimento do seu contrato se anterior a três meses;

b.2) imediatamente abster-se de admitir trabalhadores para prestar serviço próprio de agentes penitenciários em unidades prisionais, sob a nomenclatura de agente de disciplina ou qualquer outra.

VII — CARÁTER MANDAMENTAL DA SENTENÇA DEFINITIVA PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, A EXIGIR IMEDIATO CUMPRIMENTO

Contudo, caso decida este MM juízo não conceder a tutela antes da oitiva da acionada, **que sejam antecipados os efeitos da tutela na própria sentença definitiva**. Note-se que tal providência deve ser tomada de forma explícita no âmbito da sentença definitiva, somente para espancar qualquer dúvida quanto ao seu necessário cumprimento imediato, não obstante isso decorra do próprio sistema processual aplicável.

É que a regra no processo do trabalho é a de que os recursos tem efeito meramente devolutivo (art. 889 da CLT⁽⁸⁾), donde se conclui que as obrigações de fazer devem ser cumpridas imediatamente, mesmo em caso de interposição de recurso.

A par disso, o art. 14⁽⁹⁾ da lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 1985) preceitua que o juiz poderá dar efeito suspensivo ao recurso eventualmente interposto, daí se extraindo a regra de que a sentença prolatada tem efeitos imediatos.

Ademais, deve-se compreender corretamente a natureza jurídica do objeto da presente ação, a fim de que seja esclarecido o regime de seu cumprimento.

Isso porque, normalmente, a execução de um título judicial somente se faz quando do seu trânsito em julgado, após, portanto, julgados todos os recursos interpostos pelas partes, salvo a hipótese de execução provisória. Trata-se da clássica sentença condenatória, que autoriza a atuação executiva caso não adimplida espontaneamente a obrigação constante do título executivo judicial.

(8) Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

(9) Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Não é esse, contudo, o tratamento a ser dispensado no que tange à presente ação, que veicula obrigações de fazer e não fazer tendentes a remover os ilícitos praticados pelo réu, independente de qualquer verificação de dano. Nessa linha é a lição de Luiz Guilherme Marinoni⁽¹⁰⁾:

A sentença dirigida a viabilizar a remoção do ilícito não pode ser comparada à condenatória pelo simples fato de se destinar a prestar forma de tutela que, para ser efetivada, *depende apenas da declaração do ato contrário ao direito, suficiente para autorizar a expedição do mandado executivo*. Tal sentença, que sequer poderia ser pensada na época em que a condenação foi concebida, tem relação com os novos direitos e, por isso, reveste-se de força executiva para bem atendê-los, ao contrário da condenatória, que apenas abria a oportunidade para o vencedor requerer, em caso de inadimplemento, que a força do Estado fosse utilizada para conduzir à realização da prestação devida.

Nesse passo, no caso de ação civil pública a veicular pedido consistente em obrigação de fazer ou não fazer, dirigida à remoção de um ilícito, não se tem a execução provisória propriamente dita, mas sim o cumprimento do comando sentencial, notadamente pelos art. 84 do CDC, art. 11 da Lei n. 7.347/85 e art. 461 da CPC. A partir de tais dispositivos se extrai a conclusão de que a lei optou pela concentração da execução na fase de conhecimento. A própria sentença definitiva, pois, já tem efeitos executivos, exigindo-se, por conseguinte, o cumprimento imediato dos comandos nela contidos pelo réu.

Daí a razão por que não há falar em execução provisória da sentença definitiva de primeiro grau, e sim em seu cumprimento específico, conforme defende 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 (*Liquidação na ação civil pública*, p. 133).

Assim, no caso de condenação em obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determina o seu imediato cumprimento, tendo a decisão a natureza jurídica de uma verdadeira decisão mandamental, não havendo necessidade

(10) MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 91-92.

de ulterior execução. Sobre as características da ação mandamental, Ovídio Batista pontua:

“[...] a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz *ordena*, e não simplesmente *condena*. E nisso residem, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.”⁽¹¹⁾

É o caso da sentença prolatada em ação civil pública contendo uma obrigação de fazer ou não fazer. Nela, o juiz deve ordenar o cumprimento imediato do que ali decidido, a fim de resguardar, sem maiores demoras, a proteção ao bem jurídico protegido pela ação coletiva.

Pontue-se, ainda, que os dispositivos citados acima estabelecem os mecanismos a serem utilizados para garantir o cumprimento do comando sentencial, a exemplo da imposição de multa por descumprimento, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, ou qualquer outra medida necessária para a satisfação da tutela específica (art. 461, § 5º, do CPC e art. 84, § 5º, do CDC), servindo como mecanismo de execução indireta.

Esse regime jurídico diferenciado para o cumprimento das obrigações de fazer é reforçado pela previsão constante no art. 14 da LACP, no sentido de que o juiz pode determinar o efeito suspensivo a recurso interposto contra a sentença. Isso significa dizer: a regra é a de que a sentença deva ser cumprida imediatamente, equivalendo a um provimento dado em uma ação mandamental.

Somente em situações deveras excepcionais é que o juiz poderá imprimir efeitos também suspensivos ao recurso contra a sentença prolatada, desde que obedecidos os requisitos legais para tanto (art. 14 da LACP).

Por tudo isso, não tendo efeito suspensivo eventual recurso contra a sentença definitiva, quando esta estabelecer o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, sua eficácia se opera de forma imediata, **devendo ser expedido, automaticamente, mandado ao réu para o cumprimento dos comandos nela, sentença, contidos.**

(11) *Curso de processo civil*, v. 2, p. 336.

Assentado isso, ainda que a eficácia imediata da sentença definitiva decorra do próprio regime legal aplicável à ação civil pública, é necessário, por cautela, que seja determinado expressamente, na sentença definitiva, o imediato cumprimento das obrigações objeto da presente ação.

Ante todo o exposto, requer seja concedida a antecipação da tutela, *inaudita altera pars*, após a defesa, ou **na própria sentença definitiva**, ordenando o cumprimento imediato, por parte da acionada, das seguintes obrigações:

Na hipótese de descumprimento de qualquer uma das obrigações de fazer acima previstas, requer a condenação da empresa acionada na **multa** (art. 11 da Lei n. 7.347/85 e § 4º do art. 84 da Lei n. 8.078/90), no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por descumprimento de cada obrigação imposta pela decisão, devida em cada constatação de descumprimento.

VIII — DOS PEDIDOS

1. Requer o MPT a declaração de ilicitude da terceirização perpetrada pelo Estado da Bahia, através da sua Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização — SEAP, nas atividades inerentes ao cargo de agente penitenciário;

2. Requer a procedência dos pedidos dessa ação civil pública, confirmando a liminar deferida, e, condenando os réus em definitivo, nas seguintes **obrigações**:

A) Ao Estado da Bahia — Secretaria de Administração Penitenciária:

a.1) extinguir os contratos existentes com as empresas Reviver Administração Prisional Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., no tocante ao fornecimento do serviço de segurança pública, exercido ilicitamente por agentes de disciplina terceirizados, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo, ou até o vencimento do contrato se ocorrer antes de seis meses;

a.2) imediatamente, se abster de renovar ou firmar novos contratos, com a Reviver Administração Prisional Ltda., Socializa

Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., ou qualquer instituição pública ou privada, por pessoa física ou jurídica, que tenham por objeto a intermediação irregular de mão de obra da função de agente penitenciário, no sistema prisional baiano;

a.3) se abster de utilizar mão de obra de trabalhadores para exercerem funções próprias de agentes penitenciários, sob a nomenclatura de agentes de disciplina ou outra qualquer, intermediada pela Reviver Administração Prisional Ltda., Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., ou por qualquer outra instituição pública ou privada, seja pessoa física ou jurídica, em desrespeito às garantias constitucionais concernentes aos direitos sociais dos trabalhadores e à obrigatoriedade de concurso público para ingresso no serviço público, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo;

a.4) providenciar o desligamento de todos os empregados da Reviver Administração Prisional Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda., que prestem serviços na qualidade de agentes de disciplina no sistema prisional baiano, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo;

a.5) imediatamente providenciar o bloqueio de acesso ao sistema relativo às informações de segurança às empresas terceirizadas e aos agentes de disciplina;

B) À Reviver Administração Prisional Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda.:

b.1) abster-se de fornecer mão de obra para o Estado da Bahia para a atividade própria de agentes penitenciários, essenciais à segurança pública, no prazo de três meses ou outro reputado razoável pelo juízo, ou até o vencimento do seu contrato se anterior a três meses;

b.2) imediatamente abster-se de admitir trabalhadores para prestar serviço próprio de agentes penitenciários em unidades prisionais, sob a nomenclatura de agente de disciplina ou qualquer outra.

3. Requer sejam os réus condenados a pagar, no mínimo, a quantia de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) pelos danos

morais coletivos causados, reversível em favor de entidades ou projetos a serem especificados em liquidação⁽¹²⁾, que permitam a recomposição de danos de caráter difuso trabalhista, ou, caso V. Exa. assim não compreenda, em favor do Fundo de Amparo do Trabalhador — FAT (art. 13 da Lei n. 7.347/85, c/c art. 11, V, da Lei n. 7.998/90).

Na hipótese de descumprimento das obrigações de fazer acima previstas, requer a condenação da empresa acionada na **multa** (art. 11 da Lei n. 7.347/85 e § 4º do art. 84 da Lei n. 8.078/90), no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por descumprimento de cada obrigação imposta pela decisão, devida em cada constatação de descumprimento.

O valor devido como astreintes deverá ser devidamente atualizado a partir da data do comando sentencial, pela tabela de correção dos débitos trabalhistas judiciais, e será reversível em favor de entidades ou projetos a serem especificados em liquidação⁽¹³⁾, que permitam a recomposição de danos de caráter difuso trabalhista, ou, caso V. Exa. assim não compreenda, em favor do Fundo de Amparo do Trabalhador — FAT (art. 13 da Lei n. 7.347/85, c/c art. 11, V, da Lei n. 7.998/90).

Por outro lado, ainda que entenda esse MM. Juízo por não conceder a tutela antecipada, requer seja reconhecida, expressamente, a eficácia imediata da sentença definitiva a ser prolatada, graças ao seu caráter mandamental, conforme fundamentação no tópico VII supra, devendo, para tanto, ser expedido, imediatamente, após a prolação da sentença, o competente mandado para cumprimento do comando sentencial.

IX — DOS REQUERIMENTOS FINAIS

a) A notificação das rés para, querendo, responder aos termos da presente ação, assumindo, caso não o faça, os efeitos decorrentes da revelia e confissão, prosseguindo o regular processamento do feito, julgando-se, ao final, procedentes todos os pleitos formulados;

b) Requer, também, a intimação pessoal do representante do Ministério Público do Trabalho, dos atos processuais, com remessa dos

(12) O Ministério Público do Trabalho poderá indicar, caso o Juízo requeira, a organização ou fundo pertinente.

(13) O Ministério Público do Trabalho poderá indicar, caso o Juízo requeira, a organização ou fundo pertinente.

autos, conforme disposto no art. 18, inciso II, alínea *h*, da Lei Complementar n. 75/93; art. 236, § 2º do Código de Processo Civil; Provimento n. 6 P/CR 02/2006, da lavra da D. Presidência do E. TRT da 5ª Região; e Provimento n. 4, 30 de Junho de 2000, do TST.

c) Requer a produção de todos os meios probatórios em direito admitidos, especialmente juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos representantes do réus, oitiva de testemunhas, além de outros que venham a se mostrar relevantes para o deslinde das questões trazidas a juízo através da presente demanda.

Acompanha a presente inicial o Inquérito Civil n. 001942.2015.05.000/6 — 37.

Arbitra-se à causa o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) de reais.

Salvador, 29 de março de 2016.

Alberto Bastos Balazeiro

Procurador-Chefe da PRT da 5ª Região

Rômulo Barreto de Almeida

Procurador do Trabalho

Séfora Graciana Cerqueira Char

Procuradora do Trabalho

ESTUDOS

A LEI N. 13.429/2017, A SÚMULA TST N. 331 E O FUTURO

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA⁽¹⁾
ANTONIA JULIANNA MORAIS DO NASCIMENTO⁽²⁾

RESUMO: Este artigo visa elucidar as alterações introduzidas pela Lei n. 13.429/2017 à Lei n. 6.019/74, focando na clara distinção entre o instituto do contrato de trabalho temporário e a relação de trabalho na empresa prestadora de serviço a terceiros, demonstrando a ausência de incompatibilidade no tratamento despendido à terceirização pela referida lei e o conferido pela Súmula n. 331 do TST, no que tange a terceirização em atividade-fim, que não a admite de forma ampla e irrestrita, sendo qualquer interpretação diversa à essa, contrária à valorização do trabalho humano, fundamento da República Federativa do Brasil, às normas e princípios constitucionais de proteção ao trabalho, em especial ao princípio da vedação do retrocesso social e o *in dubio pro operário*. Além disso, busca-se analisar o futuro dos fundamentos jurídicos que animaram a constituição da Súmula n. 331 do TST, diante do contexto de reformas e ataques a direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVES: Terceirização; Contrato de trabalho temporário; princípio da vedação ao retrocesso; princípio *in dubio pro operário*.

(1) Procurador do Trabalho em Mossoró. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza — UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. MBA em Direito Empresarial pela FGV/Rio. Professor Universitário.

(2) Advogada. Pós-graduada em Processo Civil.

Sumário: Introdução; 1. Considerações iniciais sobre o trabalho temporário e a terceirização. 2. Princípio da vedação ao retrocesso social. 3. A Lei n. 13.429/2017; impossibilidade da terceirização da atividade-fim e a Súmula TST n. 331. 4. O Supremo Tribunal Federal e o futuro. 5. A resistência — Boa-fé, função social do contrato em perspectiva dinâmica e visão das redes contratuais. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A explosão tecnológica decorrente do pós-guerra, bem como a crise dos modelos econômicos Taylorismo e Fordismo, e a subsequente consolidação do Toyotismo em escala mundial, culminaram na internacionalização do capital, impactando diretamente os grandes grupos econômicos que passaram a delegar etapas da sua produção a outras empresas, segmentando-se em diversas partes distintas do globo.

Tal fenômeno rompeu o modelo clássico de trabalho bilateral havido até então, em que um empregado prestava serviço diretamente ao empregador que o contratou, e inaugurou uma relação trilateral, na qual os empregados de uma empresa prestam serviços à uma outra, confirmando-se de forma global, assim, a terceirização como um dos mecanismos principais da forma de produção contemporânea.

No Brasil, tal forma de prestação de serviços começou a ganhar espaço nas décadas de 1960 e 1970. Regulamentada inicialmente no setor público, pelo Decreto-lei n. 200/67 que, em seu art. 10, dispôs sobre a descentralização administrativa. Posteriormente foi regulamentada na iniciativa privada pela Lei n. 6.019/74, lei do trabalho temporário, e pela Lei n. 7.102/83, que permitia a terceirização do trabalho de vigilância bancária.

A intermediação de mão de obra, muito embora, só regulamentada em situações específicas, tornou-se prática recorrente na economia brasileira em múltiplos setores, o que levou o Tribunal Superior do Trabalho, após diversos julgados, a editar a Súmula n. 256 (Resolução n. 4, de 22.9.1986), que considerava ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo nos casos previstos nas Leis ns. 6.019/74 e 7.102/83.

Após sucessivos novos julgados, a referida súmula foi revisada, tendo sido substituída pela atual Súmula TST n. 331, que passou a dispor de forma mais minuciosa sobre a questão, permitindo a terceirização de forma excepcional em quatro situações: no caso de contratação de trabalho temporário; em atividades de vigilância; atividades de conservação e

limpeza; e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços. O item sumular tem sido, desde então, a principal fonte normativa acerca da terceirização de serviços em geral em nosso país, apesar da vasta utilização do trabalho terceirizado.

No ano de 2017, diante de um contexto público e notório de instabilidade política e na esteira de crises econômicas e políticas a terceirização ampla e irrestrita passou a figurar no discurso de medidas que seriam necessárias, em reforma à disciplina jurisprudencial trabalhista sedimentada, para superar a crise econômica. Dentre os projetos de cunho reformador, é enfoque deste artigo a Lei n. 13.429/2017, que promove alterações à Lei n. 6.019/74, sancionada em março de 2017.

Efetuar-se-á análise da nova legislação buscando contrastar os dois diferentes institutos que passam a ser condensados no mesmo diploma normativo: o trabalho temporário e a prestação de serviços geral a terceiros. Buscar-se-á explicitar algumas implicações hermenêuticas decorrentes da premissa de força normativa condicionante dos preceitos de dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TRABALHO TEMPORÁRIO E A TERCEIRIZAÇÃO

O trabalho temporário ocorre mediante contrato de trabalho por prazo determinado, firmado através de empresa especializada em trabalho temporário, que preencha os requisitos legais e que fornece trabalhadores para prestar serviços à empresa tomadora de serviços em situações específicas. A legislação dispõe que esse tipo de contato de trabalho só é admitido em caso de demanda complementar de serviços ou da necessidade transitória de substituição do pessoal permanente.

Parte da doutrina entende que não se trata de uma espécie de terceirização propriamente dita, como Homero Batista Mateus da Silva (SILVA, 2015), que aproxima mais a empresa de trabalho temporário de uma agência de recrutamento que propriamente uma entidade empregadora. O entendimento consagrado na doutrina, no entanto, é no sentido de ser o trabalho temporário espécie de terceirização, especialmente pela nota e tipicidade de direitos reduzidos e regras menos favoráveis do que as aplicáveis aos contratos a termo gerais, conforme posição exemplificativa de Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2016, p. 512).

Ultrapassada a discussão doutrinária sobre o trabalho temporário ser ou não espécie de terceirização, fato é que a legislação já previa a

possibilidade de contratação de mão de obra mediante empresa interposta, em casos excepcionais típicos e desde que atendidos os requisitos formais estabelecidos, como a celebração de contrato escrito entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço, devendo conter expressamente o motivo ensejador da demanda de trabalho temporário, a modalidade de remuneração (art. 9º da Lei n. 6.019/74) e a observância do limite temporal. Oportuno registrar que a Súmula n. 331, I, do Tribunal Superior do Trabalho já a consagrava como hipótese de terceirização lícita, sendo reconhecida pela jurisprudência dominante a possibilidade de contratação do trabalho temporário em atividade-fim da tomada de serviços, por obviedade, já que a própria lei permite a contratação para substituição do seu pessoal permanente.

Com efeito, o contrato de trabalho temporário é uma espécie de terceirização, regulamentada pela Lei n. 6.019/74, que em sua redação antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.429/2017, já permitia a contratação de mão de obra por empresa interposta para serviços na atividade-fim desenvolvida pela empresa tomadora de serviços, apesar de não o fazer expressamente.

Essa possibilidade de “terceirizar” parece ser o núcleo central de práticas empresariais que almejam externalizar para outras empresas as atividades consideradas periféricas reduzindo custos diretos e de gestão do trabalho e principalmente reduzindo possíveis passivos trabalhistas. Alice Monteiro de Barros aponta que a relação de emprego típica (bilateral) passou a ser incompatível com as necessidades das empresas modernas no novo cenário econômico:

Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilidade do emprego, em contraposição à relação de emprego “típica”, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho “típica” é incompatível com a necessidade de a empresa moderna adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização. (BARROS, 2016, 300)

Assim, o fenômeno terceirizante ganhou espaço no mercado de trabalho, e tem se desenvolvido ao longo dos anos como um processo natural, ocorrendo a dissociação da relação econômica de trabalho da relação jurídica que seria correspondente (DELGADO, 2016, p. 487). Assim,

o trabalhador é inserido no processo produtivo do tomador de serviços, sem que mantenha com ele uma relação trabalhista, sendo o vínculo empregatício cultivado com a empresa interposta havendo assim uma relação trilateral, que é formada pela empresa tomadora de serviços, pela empresa prestadora de serviços e pelo trabalhador.

Mais recentemente, é possível identificar, especialmente na atuação do Ministério Público do Trabalho que a relação trilateral vem admitindo ainda mais angulações ante a existência de processos de “quarteirização”, ou mesmo “quinteirização”, mas com trabalhadores todos inseridos em um nexos de contratos voltados a processos produtivos específicos.

O trabalho temporário, por sua vez, possui peculiaridades em relação à terceirização geral, como a celebração mediante contrato escrito entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora de serviços, o prazo determinado, a limitação às hipóteses previstas no art. 2º da Lei n. 6.019/74, a possibilidade de ocorrer em atividade-fim da tomadora de serviços e pela existência de pessoalidade e subordinação do trabalhador temporário ao tomador de serviços, sendo exatamente por essas razões, que parte da doutrina defende que o trabalho temporário não é espécie de terceirização, como já superada a discussão no texto.

Na terceirização em geral, o contrato de trabalho ocorre, em regra, por prazo indeterminado e não há pessoalidade e subordinação jurídica na relação entre o trabalhador e o tomador de serviços, e caso haja, a terceirização é considerada ilícita, e formar-se-á o vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviços, nos termos da Súmula n. 331, III, do TST. Outra característica importante da terceirização em geral, de acordo com a jurisprudência dominante trabalhista e a doutrina especializada, é que ela deve ocorrer de forma excepcional e apenas na atividade-meio do tomador de serviços.

A terceirização, portanto, é uma forma de contratação de uma empresa para realizar a atividade-meio dessa mesma empresa, para que ela possa focar na sua atividade-fim. Existia uma lógica própria em se reconhecer que a atividade fundamental de determinada empresa seria essencialmente desempenhada por empregados próprios.

As empresas, no entanto, diante da vasta concorrência de mercado têm procurado transformar cada vez mais custos fixos em custos variáveis, externalizando o trabalho através das novas formas disponíveis no mundo moderno, como o teletrabalho, trabalho a tempo parcial, trabalho à tarefa, e a terceirização. Pode-se dizer, dessa forma, que há cada vez mais trabalho, e menos emprego formal na economia.

A estabilidade das estruturas organizacionais em que assentou a criação e o desenvolvimento de muitas empresas capitalistas, foi sucedida pela incerteza e a necessidade constante de flexibilização das organizações, pondo “em cheque” as bases do modelo de trabalho clássico, e a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador.

Dessa forma, apesar desse modelo de trabalho ser uma prática disseminada no mercado, é oportuno perceber que a terceirização está associada a precarização das relações de trabalho. Há risco de perda prática da efetividade dos direitos trabalhistas já inseridos na legislação. Na terceirização de serviços, o que é negociado não é apenas um produto ou um trabalho especializado, mas a própria força laboral dos indivíduos, transformando o trabalhador em mais uma mercadoria na cadeia produtiva, em flagrante ofensa ao princípio fundamental da Organização Internacional do Trabalho de que o trabalho não é mercadoria.

A empresa prestadora de serviços lucrará com a força de trabalho “arrendada” ao tomador de serviços. Pode-se concluir dessa relação que o homem perde a perspectiva de protagonista do trabalho, e passa a ser mero objeto de uma negociação comercial. Dorothee Susanne Rudiger (1999, p. 177) aponta que: “O que a terceirização pode causar entre os trabalhadores seria a perda dos benefícios trabalhistas, perda de vantagens sociais, desajuste salarial, subemprego e o trabalho informal”.

O Ministério Público do Trabalho, em nota técnica acerca do Projeto de Lei n. 4.302/1998, que deu ensejo à Lei n. 13.429/2017, aponta que:

A terceirização de serviços constitui prática que fragiliza profundamente a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição, tendo em vista as repercussões deletérias que enseja sobre as condições de trabalho: fragmenta a relação de emprego, aumenta a rotatividade de mão de obra, reduz a remuneração, eleva a jornada de trabalho, reduz a garantia de férias e de benefícios indiretos, submete os direitos trabalhistas a alto risco de inadimplemento e dispersa a organização sindical obreira, dificultando o exercício da negociação coletiva e da greve, dentre tantos outros prejuízos que enseja aos direitos sociais dos trabalhadores.⁽³⁾

As pesquisas ainda demonstram que os trabalhadores terceirizados são submetidos às piores condições de saúde e segurança do trabalho,

(3) Nota técnica disponível em: <<http://www.mpt.mp.br>>.

em razão disso sofrem mais acidentes do trabalho. O Ministério Público do Trabalho da Paraíba informa que 80% (oitenta por cento) dos acidentes do trabalho com morte ocorrem com trabalhadores terceirizados:

O Brasil obteve mais de 700 mil casos de acidentes de trabalho em 2013, de acordo com os últimos dados do Anuário Estatístico da Previdência Social. Porém, pouco mais de 500 mil foram comunicados à entidade. Só no Nordeste, o número total de acidentes, envolvendo casos com Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) e também situações sem o cadastramento, foi de 86.225, sendo cerca de 5 mil na Paraíba, estado que ocupa o quinto lugar no *ranking* regional. Os números alarmantes, no entanto, ainda escondem fatos que a sociedade pouco enxerga. De acordo com o procurador-chefe do Ministério Público do Trabalho na Paraíba, Cláudio Cordeiro Queiroga Gadelha, cerca de 80% dos acidentes de trabalho com morte no Brasil atinge trabalhadores terceirizados⁽⁴⁾. (Disponível em: <<http://www.prt13.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-pb/139-terceirizados-sofrem-mais-acidentes-no-trabalho>>).

Além dos problemas com a segurança e saúde do trabalhador, a terceirização promove salários inferiores àqueles percebidos pelos empregados contratados diretamente, sendo tal fato inerente à própria terceirização. Para que o contrato de terceirização seja rentável financeiramente para o tomador de serviços e para a empresa prestadora de serviços é necessário haver a redução de custo na folha de pagamento do pessoal da tomadora de serviços e lucro para prestadora de serviços pelo fornecimento da mão de obra, e essa “redução de despesa x lucro” só é possível com a diminuição dos salários desses trabalhadores.

Outra questão importante a tratar é acerca da terceirização no âmbito da Administração Pública que traz prejuízos não só aos trabalhadores terceirizados como a toda a sociedade. A CF/88 em seu art. 37, II, submete a contratação de pessoal pela Administração Pública à realização de concurso público, a terceirização, dessa forma, ofende essa determinação constitucional de suma importância em nosso país, garantidora da impessoalidade e moralidade tão escassa no setor público.

Pelo exposto, percebe-se que a terceirização possui potencial para ter o efeito sistêmico de ofensa a dignidade da pessoa humana e a direitos

(4) Informativo institucional disponível em: <<http://www.prt13.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-pb/139-terceirizados-sofrem-mais-acidentes-no-trabalho>>.

basilares dos trabalhadores empregados, gerando precarização nas relações trabalhistas e retrocesso social.

2. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Acerca do tema em análise, é importante ressaltar dois princípios relevantes para o Direito do Trabalho: Princípio da vedação do retrocesso social e o Princípio “*in dubio pro operário*”.

O princípio da vedação do retrocesso social, também conhecido como “irreversibilidade dos direitos fundamentais”, ou *Cliquet* visa à proteção dos direitos fundamentais sociais impondo ao legislador a restrição de suprimi-los do nosso ordenamento jurídico. O Pacto São José da Costa Rica, tratado internacional ratificado pelo Brasil através do Decreto Presidencial n. 678/1992, prevê expressamente em seu art. 26 o princípio da vedação do retrocesso social. A Constituição Federal, na abertura do art. 7º e por seu contexto de garantia de direitos fundamentais também aponta para a assunção do princípio.

Com a crise do Estado Liberal, com a consagração do Estado Social, e a constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda dimensão passa-se à compreensão de que as conquistas sociais não podem retroagir, admitindo-se apenas a progressão e o avanço desses direitos. Luis Roberto Barroso leciona que a vedação ao retrocesso se constitui como:

[...] derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação ao retrocesso propõe, é que se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARROSO, 2006, p. 379)

Ingo Wolfgang Sarlet aponta que o princípio em estudo está implícito em nosso texto constitucional decorrente da interação de outros princípios constitucionais:

a – do princípio do estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção de confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b – do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) — de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c – do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p. 449)

Ressalta-se, por oportuno, que a vinculação do legislador à garantia da manutenção e o progressivo desenvolvimento das conquistas sociais não afronta a autonomia legislativa, mas tão somente limita as opções políticas, de forma a não permitir a adoção de políticas públicas que venham a ofender a efetividade dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

O princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais, portanto, tem efetivo reflexo na sociedade, mormente, na seara dos direitos sociais que impõe limitação à flexibilização de suas normas heterônomas, sendo inconstitucional qualquer norma legislativa que constitua um retrocesso social.

O princípio *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero*, por sua vez, é extraído diretamente do princípio da proteção — princípio fundante do sistema trabalhista — que nada mais é do que o princípio da isonomia aplicado no âmbito do Direito do Trabalho, já que sua razão de ser é reduzir as desigualdades fáticas, existente entre as partes no contrato de trabalho.

Por esse princípio, então, tem-se que havendo mais de uma interpretação possível de uma norma trabalhista, deve ser extraída a que seja mais favorável ao empregado, sob pena de violação direta ao princípio basilar do Direito do Trabalho, qual seja, princípio da proteção.

Dessa forma, não é admitida em nosso ordenamento jurídico a criação de norma jurídica que promova retrocesso social e tampouco, interpretação legislativa que desfavoreça o empregado.

3. A LEI N. 13.429/2017; IMPOSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E A SÚMULA TST N. 331

Acerca do trabalho temporário a Lei n. 13.429/2017 alterou a redação dos arts. 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10º, 11º, parágrafo único, e o art. 12º⁽⁵⁾ da Lei n. 6.019/74. A suposta terceirização em geral, por sua vez, passou a ser regulamentada, pela primeira vez, pelos arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A e 5º-B.

Perceba-se que, embora as alterações tenham sido alardeadas como permissivo de uma terceirização em todos os casos, cumpre perceber que os referidos dispositivos não trouxeram a indicação de forma geral e irrestrita, permitindo sua ocorrência na atividade-fim da tomadora de serviços, como o fez no caso do trabalho temporário.

Alguns cânones hermenêuticos tradicionais merecem menção. O primeiro é de que a legislação alterada possui enunciação específica de regência dos contratos de trabalho temporários. Logo, almejar efeitos gerais na alteração de um diploma que é específico revela uma técnica legislativa deficiente ou instrumentalismo para deslocar o enfrentamento democrático da questão dentro dos outros projetos de lei em tramitação.

Outro ponto que é a ideia clássica de que inexistem palavras inúteis na lei. Nesse ponto, perceba-se que o art. 9º, § 3º da Lei n. 6.019/74 prevê expressamente que o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Já no tocante a suposta terceirização em geral do art. 4º-A, não dispôs que poderia ocorrer na atividade-fim do tomador, se restringiu a dizer que a empresa prestadora de serviços se destina a prestar à contratante “serviços determinados e específicos”. Ora, se é relevante explicitar a dualidade de

(5) Dentre as principais alterações destaca-se: a) A ampliação das hipóteses em que permite o trabalho temporário, diante da substituição da expressão “acréscimos extraordinários de serviços” por “demanda complementar de serviços”; b) A autorização de contratação de trabalho temporário para substituir grevistas nos casos previstos em lei; c) Estabeleceu que apenas pessoa jurídica pode ser empresa de trabalho temporário; d) Reconheceu o trabalho temporário no meio rural; e) Reduziu os requisitos para registro da empresa de trabalho temporário ao revogar os itens a, b, c, d, e, f do art. 6º, e incluir os incisos I, II e III; f) Dispõe que é de responsabilidade da empresa tomadora de serviços garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores quando for realizado em suas dependências ou em local por ela designado; g) Responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelas obrigações trabalhistas, que já era consagrada da jurisprudência; h) Promoveu alteração substancial aos direitos dos trabalhadores temporários revogando os itens e os §§ 2º e 3º do art. 12, e acrescentando os incisos I, II e III e o § 3º.

possibilidade no contrato temporário o qual já tradicionalmente se admitia para a atividade-fim, muito mais o seria nessa suposta terceirização geral.

O caráter aberto da expressão, parece ter como efeito insinuar a interpretação desejada pelos que defendem a terceirização ampla e irrestrita sem, contudo, enfrentá-la diretamente. É lícito supor que se tratou de mecanismo mais político que jurídico para a aprovação do diploma. Indene de dúvidas, por outro lado é que a expressão demandará nova acomodação jurisprudencial, o que aparente ser contrassenso até mesmo aos que desejam a terceirização irrestrita, já que um dos pressupostos desse discurso é a suposta insegurança jurídica gerada pela definição jurisprudencial do que é atividade-meio e atividade-fim.

Fato é que não se sabe com firmeza neste momento inicial o que se pretendeu com essa expressão “serviços determinados e específicos”. Vólia Bomfim Cassar ao comentar a nova redação da Lei n. 6.019/74, alertou que essa expressão vaga será objeto de variadas interpretações, e algumas no sentido de vislumbrar nela a possibilidade de terceirizar em atividade-fim:

“A empresa prestadora de serviços deverá prestar serviços ‘determinados e específicos’ à contratante. Não se sabe o que se deve esperar da interpretação dessas duas expressões vagas. Alguns vão defender que aí está a autorização para terceirizar a atividade-fim, desde que especificado, definido, fixado o tipo de serviço no contrato. Outros vão afirmar que aí está a previsão do contato a termo, pois serviço determinado é o mesmo que serviço certo, previsível. Aliás, o art. 443, § 1º, da CLT, conceitua o contrato determinado como aquele para execução de serviço especificado ou realização de certo acontecimento. Logo, se equipara a evento certo, determinado. Assim, muitas controvérsias surgirão. (CASSAR, 2017)

Considerando as premissas elencadas acima, potencial precarização das relações de trabalho e, em especial, o princípio da vedação do retrocesso social e o princípio *in dubio pro operario*, na avaliação do direito material, deve-se afastar a interpretação da terceirização ampla e irrestrita da atividade-fim das empresas. A melhor interpretação é aquela que percebe que caso o legislador quisesse ter permitido a terceirização de forma irrestrita, em qualquer atividade desenvolvida pelo tomador de serviços, ele o teria feito de forma expressa, como fez quando tratou do trabalho temporário.

Dessa forma, a redação da Súmula n. 331 do TST deve permanecer inalterada, já que em seu inciso III dispõe que não forma vínculo de emprego com o tomador a terceirização de serviços de vigilância, 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, em completa consonância com o novo regramento da Lei n. 6.019/74 que não prevê a terceirização em geral para a atividade-fim.

Qualquer entendimento contrário a esse vai de encontro com as funções civilizatória e democrática do Direito do Trabalho, permitindo o anacronismo de anos de evolução do Direito do Trabalho, reduzindo o empregado à condição de mais uma mercadoria na cadeia produtiva.

Por todo exposto, a terceirização recentemente regulamentada em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 6.019/74 deve ser interpretada de acordo com o entendimento já consolidado pelo TST em sua Súmula n. 331, a limitar às atividades-meio do tomador de serviço, por ser a única interpretação conforme os preceitos basilares do Direito do Trabalho.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O FUTURO

A Lei n. 13.429/2017 teve antes mesmo de sua gênese uma história conturbada no Supremo Tribunal Federal. Ainda enquanto Projeto de Lei n. 4.302/1998, foi objeto de quatro mandados de segurança (MSs ns. 34.708, 34.711, 34.714 e 34.719), questionando inclusive a constitucionalidade do procedimento adotado para aproveitamento de projeto de lei que estava a décadas arquivado. Tais ações não conseguiram ser julgadas antes da conversão legislativa. Já enquanto lei, é objeto de três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs ns. 5.685, 5.686 e 5.687), ainda não julgadas.

Paralelamente, o Ministro Roberto Barroso, no âmbito da ADPF n. 324, que trata em essência do questionamento da Súmula TST n. 331 e a possibilidade de terceirização da atividade-fim das empresas, determinou a manifestação das partes sobre o impacto da Lei n. 13.429/2017. Como era de se esperar as partes interessadas defenderam que a nova legislação teria permitido de forma ampla a terceirização. A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho fez o contraponto defendendo linha argumentativa coincidente com o presente artigo, destacando que o desempenho de atividades-fim no âmbito das empresas tomadoras possibilidade limitada à contratação de trabalho temporário, continuando inalterada a proibição da extensão de tal possibilidade para as empresas prestadoras de serviços a terceiros.

Logo, há resistência jurídica, verdadeiramente hermenêutica, contra a pretensão de que a alteração no trabalho temporário seja tomada como

permissivo geral de terceirização. Nesse ponto é importante discutir as teses e fundamentos que se contrapõe a essa premissa de erosão de responsabilidades e direitos trabalhistas.

5. A RESISTÊNCIA — BOA-FÉ, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EM PERSPECTIVA DINÂMICA E VISÃO DAS REDES CONTRATUAIS

Nesse particular, é interessante ver que existe toda uma gama de doutrina sendo produzida no direito civil, particularmente no campo da responsabilidade civil que seria útil a renovar argumentos em favor da dinâmica de responsabilização já existente na Justiça do Trabalho. Potencialmente tornando-a mais estrita ainda!

No âmbito do direito obrigacional a tônica constitucionalista sobre o direito civil tem seus efeitos sentidos de forma imediata. Ponto de referência para este debate jurídico contemporâneo são os arts. 421 e 422 do Código Civil, que se traduzem em cláusulas abertas que consagram a função social do contrato e a boa-fé, respectivamente. Tais cláusulas funcionam como cerne das formulações que levam ao reconhecimento de deveres anexos ao contrato, antes, durante e após a formação contratual.

A boa-fé objetiva possui função monogenética de criação de deveres jurídicos. Impõe deveres que não decorrem diretamente de lei expressa ou de termos pactuados no contrato subjacente, mas de complementação doutrinário-jurisprudencial do que é entendido pelas cortes como comportamento contratual de cuidado e probidade.

A violação dos deveres anexos deriváveis da cláusula geral de boa-fé objetiva, do dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, implica ilícito contratual e, conseqüentemente chama a incidência da responsabilidade civil contratual⁽⁶⁾. Interessante paralelo se dá entre a função social do contrato e a abertura que a boa-fé objetiva permite na constituição de deveres anexos com a ampliação das hipóteses de riscos indenizáveis no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. Nos dois verifica-se expansão das hipóteses de “indenizabilidade”.

O Tribunal Superior do Trabalho referendou em mais de uma ocasião julgados de Tribunais Regionais que identificaram a ausência de fornecimento

(6) Nesse sentido, o STJ já reconheceu a responsabilização civil pelas violações de deveres anexos, a exemplo do julgado: STJ — REsp 1.276.311 — (2008/0236376-7) — 4ª T. — Rel. Min. Luis Felipe Salomão — DJe 17.10.2011.

de equipamentos de proteção individual adequados⁽⁷⁾; treinamento deficiente sobre utilização do equipamento de segurança⁽⁸⁾ e ausência de observância geral de normas de saúde e segurança⁽⁹⁾ como violações de deveres anexos ao contrato de trabalho. Trata-se de conjunto de implicações concretas da concepção geral da função social do contrato.

Assim, o preceito da função social previsto expressamente no art. 421 do Código Civil aponta para a realidade de que o Direito deve considerar os efeitos de relação contratual para a coletividade, levando em conta os ônus impostos para a sociedade e levando as partes contratantes a internalizar esse ônus social na sua pauta de conduta. Assim, a ideia de função social e o valor de socialidade nela consubstanciado, permeiam toda a nova moldura principiológica do direito contratual na contemporaneidade. Não existe mais liberdade contratual desvinculada de sua função social, de modo que a própria existência do direito de contratar está adstrita a esta função. A finalidade do exercício da liberdade passa a ser elemento de existência do próprio direito subjetivo. Sustentando-se o problema de modo diverso, existe uma esfera de liberdade que é permitida as pessoas, pois o exercício adequado dessa liberdade consubstancia função social.

Firmada a premissa desta teoria de que é possível derivar um conjunto de responsabilidades de relações contratuais em face da coletividade, passa-se a abordar as implicações práticas da concepção solidarista de contrato aplicada a casos concretos.

A complexidade das relações sociais e cadeias produtivas e de trabalho evidencia a existência de estreita correlação entre diversos tipos contratuais que se acumulam para a consecução dos diversos fins sociais. Múltiplos contratos coligados e inter-relacionados, por sua vez, podem vir a constituir rede contratual. Rede contratual é entendida como “[...] a reunião de contratos voltados para determinada finalidade econômica, mas também um nexos sistemático entre esses diversos contratos que acaba por imantizar a atuação de diversos agentes econômicos para a consecução de determinada operação econômica” (LEONARDO, 2003, p. 132-133).

Logo, há de se perquirir como os elementos de solidariedade contratual desenvolvidos para relação contratual específica se projetam e

(7) TST — AIRR 2350-31.2013.5.23.0101 — 3ª T. — Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado — DJe 31.3.2015.

(8) TST — AIRR 0002980-49.2011.5.12.0009 — Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado — DJe 18.9.2015 — p. 1477.

(9) TST — RR 0000198-91.2012.5.05.0021 — Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado — DJe 13.3.2015 — p. 2704; TST — RR 771-10.2013.5.04.0511 — 3ª T. — Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado — DJe 18.12.2015.

são potencializados para realidade sistêmica. Há um conjunto de deveres laterais associados ao contrato, quando se considera o instituto em sua feição mais atual. Decorrem de um padrão de conduta de lisura, probidade e cooperação, que ocorrem em fase pré ou pós-contratual e inclusive de modo supracontratual concomitantemente ao contrato em face de terceiros (NORONHA, 2010, p. 149).

Projetando-se essa mesma lógica para a rede contratual, é possível derivar algumas obrigações dos integrantes, notadamente: a) conduta voltada para a manutenção do sistema; b) observância da reciprocidade das diversas obrigações dentro do sistema; c) dever de proteção das diversas relações internas mediante um compromisso de lealdade e transparência (TORRES, 2007, p. 88). Esses deveres acessórios ou laterais, se tomados com a dinâmica da própria rede, podem levar à constituição de efeitos para-contratuais e consequência jurídica autônomas ultrapassados os contratos singulares (LEONARDO, 2006, p. 440), com destaque especial para responsabilidade civil dos agentes das redes.

O sistema jurídico brasileiro foi estabelecido nas bases da liberdade econômica, da livre-iniciativa, da livre concorrência, mas sempre em estrita harmonia com valores socialmente relevantes, a exemplo do valor social do trabalho. Assim, a opção constitucional não foi pelo capitalismo absolutamente livre, mas por um capitalismo que tem por premissa o próprio respeito à moldura axiológica da ordem constitucional.

Efetivamente, nenhum agir contratual ou nenhuma atividade econômica será lícita se contribuir ou se de sua dinâmica resultar existência indigna das pessoas ou nulificar algum valor ou direito fundamental, tais como: o trabalho decente; os direitos básicos dos consumidores e preceitos de respeito e sustentabilidade ambiental.

Desta forma, percebam-se algumas constatações:

- a) A terceirização tida como realidade reflete o intrincado de emaranhado de contratos necessários a realização dos processos produtivos modernos;
- b) A evolução do direito contratual e da responsabilidade civil apontam para existência de deveres anexos, boa-fé e função social com projeção dinâmica e sistêmica para as redes contratuais e cadeias produtivas, o que implicaria em maior escopo de proteção das relações contratuais da rede, especialmente em face dos contratos “da ponta” que são os contratos de trabalho;
- c) A lógica que anima os projetos hodiernos de reforma trabalhista denota o escopo de eliminar a Súmula n. 331 do TST como forma

de limitar responsabilidade. O que está em contraste com o fato de que, por sua natureza, a súmula pode ser considerada até mais branda do que a perspectiva defendida com base nas teorias contemporâneas do direito civil.

d) Corroborar essa perspectiva meramente restritiva de direitos e de restrição de responsabilidade o fato dos projetos em curso conterem dispositivos com o escopo de limitar a aplicação do direito civil de reparação, a exemplo do art. 223-A e seguintes do PLC n. 38/2017.

Desta forma, entende-se que o futuro da resistência hermenêutica às interpretações que revertem a lógica de proteção já sedimentadas está exatamente no avanço do próprio direito civil. As significativas teorias trabalhistas contemporâneas, a exemplo da subordinação estrutural, que vêm dando suporte à aplicabilidade da Súmula n. 331 do TST, devem ser inclusive relidas e ampliadas à luz da teoria das redes contratuais e da função social do contrato em perspectiva dinâmica.

Com efeito, talvez seja a hora de rever a Súmula n. 331 do TST não para o seu ocaso, mas para a sua progressiva consolidação em novos fundamentos da teoria contemporânea do direito civil.

CONCLUSÃO

A terceirização, como modelo de trabalho criado pelas transformações do sistema capitalista, se firmou e se desenvolveu em nosso país ao largo de disciplinamento legal específico e sem a atenção do legislador.

Há anos existia o anseio na seara trabalhista de que tal instituto fosse finalmente objeto de regulamentação, com a imposição de restrição e limitação, a fim de evitar graves violações aos direitos trabalhistas. Esperava-se que a legislação viesse a consagrar a dinâmica normativa e a segurança jurídica já firmadas com a pacífica jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. No entanto, a primeira regulamentação legal expressa sobre o assunto veio na contramão da expectativa de confirmação das expectativas legais legítimas, ao ser inserido no texto legal expressão vaga e ambígua acerca da possibilidade de ocorrência de forma geral e irrestrita.

Sendo de extrema importância, diante dos grandes impactos que essa lei poderá causar na sociedade, a interpretação estrita e limitativa em relação as novas disposições. Logo, chega-se a inegável necessidade de

reconhecimento da validade continuada do entendimento firmado pelo TST, em sua Súmula n. 331.

De forma alguma pode ser permitida a terceirização em atividade-fim do tomador de serviço, já que o instituto foi criado para que as empresas externalizassem suas atividades periféricas para outras, a fim de que conseguissem focar de forma satisfatória em suas atividades principais, e não para possibilitar a terceirização da própria atividade que tem o comando e conhecimento técnico.

Ademais, a terceirização traz precarização a relação de trabalho, objetivando o trabalhador, enquanto deveria ser o epicentro da relação, ofendendo gravemente o princípio da vedação do retrocesso social, razão pela qual não pode a Lei n. 6.019/74 ser interpretada contra o princípio protetor, permitindo que aconteça na atividade-fim.

Além disso, restou evidenciado que o momento atual aponta para tentativa de desfazimento dos cânones protetivos tradicionais, inclusive por meio do Supremo Tribunal Federal. A resistência acadêmica é possível e encontra fundamentos exatamente no próprio avanço do direito civil, de modo a demonstrar a insubsistência lógica da proposta enquanto avanço jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Breves comentários à nova redação da Lei n. 6.019/74: Terceirização ampla e irrestrita?* 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/03/24/breves-comentarios-a-nova-redacao-da-lei-6-01974-terceirizacao-ampla-e-irrestrita>>. Acesso em: 29.5.2017.

_____. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SEU ANEXO (Declaração de Filadélfia). (1944). Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 29.3.2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A súmula n. 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge;

JABUR, Gilberto Haddad (org.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUDIGER, Dorothee Susanne. *Tendências do direito do trabalho para o século XXI*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Homero Batista da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 6. contrato de trabalho.

A LIBERDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR DE CONSULTAR BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO COMO FERRAMENTA DE SELEÇÃO DE NOVOS EMPREGADOS. ESTUDO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

AUGUSTO GRIECO SANT'ANNA MEIRINHO⁽¹⁾

Resumo: O acesso ao trabalho digno é um dos componentes essenciais do direito fundamental do ser humano trabalhador. É por intermédio do trabalho que a pessoa aufere condições materiais de manter a si próprio e a sua família. Todas as condutas limitadoras do acesso ao trabalho que não sejam centradas nas qualificações técnicas e profissionais necessárias para o exercício de determinada atividade laboral devem ser devidamente confrontadas com este direito fundamental. Neste sentido, decisão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho que entendeu legítima a consulta a bancos de dados de proteção ao crédito e a consequente não contratação de candidato inscrito nestes cadastros revela-se como desconectada dos princípios constitucionais que tutelam os direitos da personalidade, atentando contra a própria dignidade da pessoa

(1) Procurador do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela USP. Especialista em Relações Internacionais pela UCAM-RJ. Doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professor universitário.

humana. Em aprofundamento do tema, percebe-se que esta decisão não se coaduna com os avanços neoconstitucionalistas, centrados na máxima efetividade das normas constitucionais, bem como na normatividade dos princípios.

Sumário: *Introdução. 1. A decisão permissiva de consulta a bancos de dados de proteção ao crédito como etapa de seleção de novos empregados. 2. A força normativa da Constituição frente aos princípios constitucionais. 3. Direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores. 4. A conduta discriminatória. A desconstrução dos fundamentos da decisão do TST à luz dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

A relação de emprego é uma relação jurídica de natureza privada que tem como objeto a prestação de trabalho subordinado por parte do trabalhador em favor do empregador. A despeito da incidência de elevado número de normas de ordem pública, na essência, é uma relação jurídica de direito privado.

Embora relação jurídica de direito privado, o intérprete e aplicador das normas precisa reconhecer que a leitura do ordenamento jurídico deve ser feita a partir da Constituição, o que se tem denominado de filtragem constitucional. Neste sentido, a dicotomia público e privado sofre arrefecimento em função do fenômeno da constitucionalização do direito de uma forma geral, e do direito do trabalho em especial.

O atual momento constitucional brasileiro busca a máxima efetividade das normas constitucionais, atribuindo força normativa à Constituição, além de uma interpretação favorável à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, inclusive entre particulares.

A Constituição vigente possui forte carga valorativa na medida em que privilegiou normas principiológicas, aplicadas pela técnica da ponderação de interesses potencialmente em conflito no plano fenomênico, elevando para a posição de vetor axiológico de máxima envergadura a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a Constituição da República de 1988 é considerada como uma Carta compromissária, existindo certa tensão na ordem econômica na medida em que esta é informada pela livre-iniciativa, pelo reconhecimento do direito de propriedade e pela livre concorrência, ao passo que a mesma

ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, na dignidade das pessoas conforme os ditames da justiça social, além de a propriedade ter que atender a sua função social.

O empregador tanto pode ser uma pessoa física quanto uma sociedade empresária, esta caracterizada pela expressão empresa, embora a empresa seja a atividade exercida pelo empresário. O trabalhador, invariavelmente, será sempre uma pessoa natural. Assim, aquele que se sujeita ao poder diretivo do empregador será sempre um ser humano, destinatário de diversos direitos fundamentais típicos da pessoa natural.

O empregador também é destinatário de direitos fundamentais, mas tradicionalmente ocupa uma posição de supremacia em relação ao trabalhador em decorrência da assimetria na relação jurídica de emprego. O empregador possui o poder diretivo, enquanto o trabalhador tem o dever de sujeição às diretrizes emanadas do centro de decisão da empresa.

Certamente que o empregador encontra limites ao exercício de seu poder diretivo. Os limites são justamente os direitos fundamentais do trabalhador.

Em diversos julgados repete-se a clássica fórmula do princípio da legalidade, transcrita da Constituição, que enuncia que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II). Com base neste princípio, parte da jurisprudência trabalhista tem permitido que empregadores consultem os bancos de dados de proteção ao crédito, ou outros similares, como etapa do procedimento de seleção e contratação de novos empregados.

Pretende-se examinar, no presente estudo, que a conduta do empregador, mesmo antes da formação da relação de trabalho, está sujeita a direitos fundamentais que flexibilizam o princípio da legalidade estrita, na medida em que há valores constitucionais que devem ser observados. Portanto, a legalidade da regra deve ceder frente à legalidade principiológica e à axiológica (do valor).

Mesmo diante de elevado número de publicações afirmando isso, parece que o legislador é guiado por uma mão invisível em sentido contrário, como se observou no processo legislativo que levou à publicação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, tratando da denominada reforma trabalhista.

Por essa razão, optou-se pelo presente tema, recorrente nos tribunais trabalhistas, objetivando ressaltar os princípios basilares do direito do trabalho, que parecem ter sido esquecidos, ou postos de lado intencionalmente, pelos defensores da reforma trabalhista.

Para isso, buscou-se uma decisão paradigmática proferida no ano de 2012 pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, mas atual no cenário de retrocesso social trazido por uma renovada *blitz* neoliberal. Tal decisão se revela útil apenas para, a partir de uma análise crítica, reforçar a necessidade de se retornar aos valores e princípios do verdadeiro Direito do Trabalho.

1. A DECISÃO PERMISSIVA DE CONSULTA A BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO COMO ETAPA DE SELEÇÃO DE NOVOS EMPREGADOS

Em fevereiro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho publicou acórdão, no julgamento do recurso de revista RR-38100-27.2003.5.20.0005, autorizando uma empresa do ramo de supermercados a consultar os bancos de dados de proteção ao crédito como etapa de seleção de novos empregados. No entender da mais alta corte trabalhista a consulta a bancos de dados de proteção ao crédito não configuraria conduta discriminatória por parte da empresa.

O TST, neste julgamento, manteve o entendimento favorável à tese da empresa proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região que, por maioria, reverteu a decisão do juízo de primeiro grau. No julgamento em primeira instância, o magistrado acatou os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho em ação civil pública ajuizada em face da empresa objetivando a declaração de conduta discriminatória pela consulta aos bancos de dados de proteção ao crédito como etapa de recrutamento de novos empregados, bem como a condenação de pagamento de dano moral coletivo.

A origem desta ação civil pública se deu em virtude de representação feita perante a Procuradoria Regional do Trabalho da 20ª Região, veiculando notícia de que a sociedade empresária adotava a prática discriminatória de não contratar candidatos a emprego que, mesmo satisfazendo os requisitos para admissão, tivessem pendências em bancos de dados de proteção ao crédito.

O MPT havia identificado, em sede de inquérito civil, conduta discriminatória desta rede de lojas varejistas de Aracaju, por consultar serviços de proteção ao crédito e órgãos policiais durante o seu processo de seleção e contratação de novos empregados. Na visão da 2ª Turma do TST, estas consultas não configurariam conduta discriminatória, mas somente um critério de seleção de pessoal que leva em conta a conduta individual.

O *Parquet* Laboral fundamentou a sua ação civil pública em princípios constitucionais, sobretudo os dispostos nos arts. 1º, inciso III, 3º, inciso IV e 5º, inciso X, todos da CRFB/88, além do art. 1º da Lei n. 9.029/95.

Por sua vez, a Segunda Turma do TST, na contramão da corrente neoconstitucionalista que oxigena o nosso ordenamento jurídico, pelo menos no plano teórico dogmático, afastou a incidência destes dispositivos constitucionais.

Transcreve-se o trecho do acórdão que enfrenta o mérito do recurso ministerial, *in verbis*:

O recorrente alegou que o acórdão recorrido violou os arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88, 1º, da Lei n. 9.029/1995, sustentando, em síntese, que a conduta da reclamada é discriminatória e fere os dispositivos legais em destaque.

O art. 1º, III, da CF/88, insere-se como um dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil, relacionado à “dignidade da pessoa humana”, matéria esta totalmente estranha à controvérsia dos autos, que aborda pedido de obrigação de não fazer, abstenção de prática supostamente discriminatória, cumulado com indenização por dano moral coletivo.

Além disso, referido preceito tem caráter eminentemente genérico, inaplicável à hipótese vertente.

No mesmo sentido, não se reconhece a alegada violação direta e literal ao art. 3º, IV, da CF/88, que também de forma genérica estabelece os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, dentre os quais «promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O art. 5º, X, da CF/88 dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Se os cadastros de pesquisas analisados pela reclamada são públicos, de acesso irrestrito à toda a coletividade, não há como admitir que a conduta da empresa tenha violado a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

O art. 1º da Lei n. 9.029/95 dispõe, *in verbis*:

“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.

Referido dispositivo, contudo, trata especificamente de práticas discriminatórias relacionadas a “motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”, não tendo qualquer pertinência com a prática da reclamada em realizar prévia consulta sobre a conduta dos candidatos às vagas de trabalho disponibilizadas pela empresa.

Se não há qualquer vedação legal à própria existência de serviços de proteção ao crédito (SPC e SERASA), de registros policiais e judiciais, menos ainda poderia ocorrer quanto à possibilidade de algum interessado pesquisar tais dados, a fim de melhor avaliar os riscos a serem enfrentados caso decida realizar o negócio jurídico que tem em mente, e, mais especificamente, a contratação de empregados.

Como bem salientado pelo acórdão recorrido, *“não se pode retirar do empresário o direito de separar e escolher para o seu serviço, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade”*.

Se a Administração Pública, em praticamente todos os processos seletivos que realiza, exige dos candidatos, além do conhecimento técnico de cada área, inúmeros comprovantes de boa conduta e reputação, não há como vedar ao particular, no caso o empregador, o acesso a cadastros públicos como mais mecanismo de melhor selecionar candidatos às suas vagas de emprego, mesmo porque todos estes cadastros detêm natureza pública, de acesso irrestrito a qualquer interessado, salvo as exceções legais.

Pode-se observar que o acórdão, na parte acima transcrita, retira a densidade jurídica dos princípios constitucionais que o pós-positivismo lhe conferiu a partir da segunda metade do século XX e que o Ministério Público do Trabalho utilizou para fundamentar a sua ação. O MPT densificou os princípios referidos em sua peça processual, dando-lhes formas no plano fenomênico, enquanto a decisão judicial ora em comento esvazia a força normativa dos princípios, pelo menos aqueles que privilegiam a dignidade da pessoa humana. Deu-se ênfase aos princípios que favorecem o capital em detrimento do ser humano.

O reconhecimento da normatividade dos princípios é central no atual ideário de justiça já que o direito não se limita às regras aplicáveis pela técnica da subsunção.

É o que será abordado a seguir.

2. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes de enfrentar a decisão da Segunda Turma do TST que permite a consulta aos bancos de dados de proteção ao crédito de candidatas a emprego, é importante abordar a questão da força normativa da Constituição já que o autor da ação civil pública fundamentou os pedidos em diversos dispositivos constitucionais.

A Constituição da República não é mera “carta” de intenções atribuída à sociedade por parte do Constituinte reunido em determinado momento histórico. De fato, é documento político que inaugura uma nova ordem, rompendo com a anterior. Mas, também é instrumento jurídico, composto por um conjunto de normas jurídicas. Assim, não se pode mais olhar para o texto constitucional como uma coletânea de normas de natureza programática como se fazia no passado não muito distante. A Constituição deve ser encarada como norma posta, com força normativa suficiente para reger relações reais no plano fático.

E deve-se repetir à exaustão: a Constituição representa o conjunto de normas de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro.

Como ensina o jurista Luís Roberto Barroso, que dedicou grande parte de sua vida acadêmica a revelar este fenômeno, “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”⁽²⁾.

Ao refundar o Estado, atribuindo-lhe a denominação de democrático e social, a Constituição passa a ser um instrumento efetivo de mudança social. As normas veiculadas em seu texto são essencialmente normas jurídicas e mais, normas de máxima hierarquia em nosso ordenamento jurídico.

Ao intérprete, seja ele quem for, impõe-lhe a atribuição da máxima efetividade de seu conteúdo, mesmo diante de norma com elevada carga valorativa, não aplicável pela técnica da subsunção.

A efetividade das normas constitucionais revela-se como característica marcante do constitucionalismo inaugurado após o término da Segunda

(2) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196.

Guerra Mundial, sobretudo na Europa. Luís Roberto Barroso destaca a efetividade da norma constitucional como a ideia central do constitucionalismo atual ao dizer que

[...] a ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.⁽³⁾

Essa visão mais moderna do papel da Constituição tem a sua origem no denominado neoconstitucionalismo⁽⁴⁾, movimento que ganhou força com o segundo Pós-Guerra. O quadro institucional no qual se insere a elaboração “neoconstitucionalista” é aquele das democracias constitucionais, caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa, que

(3) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 240.

(4) Pode-se sistematizar as características do *neoconstitucionalismo* da seguinte forma: 1) pragmatismo — o conceito de direito se toma como ponto útil e orientado à prática; 2) ecletismo metodológico — superação do positivismo jurídico por via da hermenêutica filosófica; 3) principialismo — princípios como pautas axiológico-jurídicas de procedimento para a resolução de conflitos normativos em âmbito jusfundamental; 4) estatalismo garantista — os conflitos são solucionados por intermédio de instituições estatais por meio de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais; 5) judicialismo ético-jurídico — exigência dos operadores do direito cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subjuntivo-jurídicas. 6) interpretativismo moral-constitucional — interpretação que leve em conta os valores morais da pessoa humana conferindo a efetivação desses valores na aplicação da Constituição. 7) pós-positivismo — superação ao positivismo jurídico pelo compromisso de intervenção dos juízos de valor na análise do direito e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica; 8) juízo de ponderação — exigência de ponderação dos princípios constitucionais para solução dos chamados *hard cases* diante da insuficiência dos critérios de interpretação tradicionais (hierárquico, cronológico e especialidade); 9) especificidade interpretativa — existência de uma especificidade da interpretação constitucional em relação aos demais materiais normativos; 10) ampliação do conteúdo da norma fundamental — inclusão no conceito de norma fundamental (esquema positivista kelseniano) de conteúdos morais; 11) conceito não-positivista do direito — reação à concepção positivista do direito segundo a qual o direito se limita ao direito que é (positivo). (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006. p. 64-73).

compreende, além das regras de organização do poder, também um catálogo de direitos fundamentais⁽⁵⁾.

Procura-se instituir um modelo de Estado social que supere a “programaticidade das normas constitucionais tão inoperantes”⁽⁶⁾ de modo a concretizar o caráter normativo das constituições cujas normas passam a integrar um plano de juridicidade superior.

Antonio Manuel Pena Freire, citado por Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, assim manifestou o seu entendimento acerca da necessidade superior e vinculante de toda a atuação do Estado em relação à Constituição.

O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das constituições como forma de assegurar a máxima vinculação ao direito de todos os poderes do Estado e de sua produção normativa. Dessa forma, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, como é a Constituição, é dizer, vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição (ZAGREBELSKY, 1992, p. 34). Esta refundação ou configuração do ordenamento jurídico não supõe, no fundo, senão um redimensionamento do princípio da legalidade. Agora, segundo esta nova formulação do princípio, somente serão Estados de Direito aqueles modelos político-institucionais que incorporem normativamente uma série de limites ou vínculos materiais, como condições de validade normativa, às possibilidades de expressão do poder político. É dizer, todos os atos de produção e execução jurídicas levados a cabo por quaisquer poderes do Estado estão, de diversos modos, submetidos a direito em todos os seus aspectos, isto é, tanto em aspectos formais ou procedimentais como materiais e de sentido.⁽⁷⁾

Apesar de seu caráter político, a Constituição da República busca a conversão do poder político em poder jurídico⁽⁸⁾. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Esta hercúlea tarefa compete ao intérprete e aplicador da norma jurídica.

Toda interpretação que retira normatividade às normas constitucionais (incluindo os seus princípios) contribui para o sentimento de inefetividade da Constituição.

(5) A Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, de 1949) foi a principal referência para as constituições europeias deste período de reconstrução do constitucionalismo. Nesta esteira, as Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) foram importantes paradigmas para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

(6) BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 17.

(7) DUARTE; POZZOLO. *Op. cit.*, p. 20.

(8) BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 111.

Diante de tal constatação, e considerando que a Constituição contém predominantemente normas principiológicas e esquemáticas, com maior grau de abstração e, portanto, menor densidade jurídica, cabe ao intérprete do Texto Constitucional conformar as normas infraconstitucionais com o ideário do Estado inaugurado pelo Poder Constituinte Originário⁽⁹⁾. Há que se interpretar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional por meio de uma exegese que revele o maior alcance possível, obtendo os resultados adequados para cumprir a missão de nosso Estado Democrático de Direito, densificando os princípios constitucionais.

Como diz Fábio Goulart Villela, não há como se negar o poder normativo dos princípios, “que não podem ser considerados meros instrumentos de integração do Direito, diante das eventuais lacunas da lei, mas efetivas normas jurídicas, ao lado das já existentes regras de conduta”⁽¹⁰⁾. Neste mesmo sentido são as palavras de Marcelo Freire Sampaio da Costa:

Não há mais espaço na ciência jurídica moderna para compreender, assim como o faz o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, os princípios como meras técnicas integrativas subsidiárias, incidentes apenas em face da omissão da lei. Princípios (...) são modalidades de normas, possuindo capacidade de impor condutas, à semelhança das chamadas regras — também espécies de normas.⁽¹¹⁾

Sustenta-se, nessa linha de raciocínio, que toda e qualquer atuação do Estado na ordem social, incluindo as relações de trabalho, deve sofrer ação de “catalisadores” principiológicos destinados a ampliar a sua intervenção no plano fático de forma a garantir a dignidade do indivíduo enquanto sujeito de direito e destinatário de direitos fundamentais irrenunciáveis.

Por isto, o ordenamento jurídico infraconstitucional deve ser submetido a uma releitura a fim de se dar primazia normativa à Constituição da República, o que se alcança por intermédio de uma

(9) Segundo Rizzatto Nunes, “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper” (NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37).

(10) VILLELA, Fábio Goulart. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho. In: GOMES, Fábio Rodrigues (coord.). *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 206.

(11) COSTA, Marcelo Freire Sampaio da. *Reflexos da reforma do CPC no processo do trabalho. Leitura constitucional do princípio da subsidiariedade*. São Paulo: Método, 2007. p. 16.

“filtragem constitucional” decorrente de sua força normativa. Nas palavras de Paulo Ricardo Schier:

[...] a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.⁽¹²⁾

Isto porque a Constituição da República é o instrumento primário introdutório de normas jurídicas que se sobrepõe a todos os demais⁽¹³⁾. Em outras palavras, as normas jurídicas introduzidas pela Constituição da República são as normas de maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, como afirmado acima.

E repita-se, norma jurídica é gênero do qual temos como espécies as regras e os princípios. Os princípios, por sua vez, são normas jurídicas de maior carga axiológica, ou seja, valorativa⁽¹⁴⁾. Assim, não observar um princípio constitucional é mais grave do que desrespeitar uma regra.

Fique essa assertiva como um lembrete ao legislador.

Como destaca George Marmelstein, “deve existir uma lealdade para com as normas constitucionais e a ordem de valores nela contida, independentemente de qualquer ideologia partidária”⁽¹⁵⁾. O que deve prevalecer é a luta pela concretização das normas constitucionais, demonstrando que o sistema de direitos fundamentais idealizado pelo Constituinte de 1988, quando devidamente interpretado, tem condições de alterar a realidade da sociedade em prol da justiça e do bem-estar sociais.

Destarte, é por intermédio da densificação dos princípios que os objetivos prescritos no art. 3º da CRFB/88 serão alcançados⁽¹⁶⁾. Este

(12) SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional* — construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 104.

(13) CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 42.

(14) Para reforçar esta ideia de princípio como norma jurídica, tem-se o art. 5º, § 2º, da CRFB/88, segundo o qual, os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(15) MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p.70.

(16) Art. 3º Constituem 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; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

processo impõe o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões.

Marthius Sávio Cavalcante Lobato deixa isto bem claro, em especial em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, já que se deve interpretar tais direitos como forma não meramente de promessas, “mas como mecanismo concreto de realização de direitos (...) dotadas de eficácia jurídica, que não podem se tornar vazias, ou inconsequentes, na medida em que já estão prontas para produzir efeitos concretos”⁽¹⁷⁾.

Feitas essas considerações acerca da força normativa da Constituição, cabe verificar em que medida as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicadas no plano fático.

O art. 5º, § 1º, da CRFB/88 dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A eficácia dos direitos fundamentais é vista, atualmente, de forma ampla. Se no passado vinculava apenas o Estado aos direitos fundamentais dos indivíduos, por ser o Poder Público o maior violador destes direitos, atualmente se reconhece que o particular também pode violar direitos fundamentais de outras pessoas. Por esta razão se fala, hodiernamente, em eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento explica que, diante das novas funções promocionais do Estado e do Direito, “os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”⁽¹⁸⁾.

Embora entenda que a Constituição vigente poderia ter sido mais explícita acerca da amplitude da eficácia dos direitos fundamentais, uma de suas fontes inspiradoras, a Constituição de Portugal de 1976, o foi ao dispor que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas (art. 18, n. 1).

Quanto maior a assimetria existente entre os sujeitos da relação jurídica, maior deve ser a vinculação da parte mais forte aos direitos fundamentais da parte mais fragilizada na relação.

Um dos parâmetros importantes nesta questão liga-se ao grau de desigualdade fática entre as partes da relação jurídica. A assimetria do

(17) LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 63.

(18) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 323.

poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Sem embargo, mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável.⁽¹⁹⁾

Poder-se-ia fazer uma objeção à situação que configura o centro da discussão no presente estudo: ainda não existe uma relação jurídica formalizada no contrato de trabalho vinculando a empresa ao trabalhador, na medida em que este ocupa, durante o procedimento de seleção à vaga de emprego, a posição de candidato.

Embora, de fato, não exista uma relação jurídica formalizada em um contrato de trabalho, há uma relação fática que coloca as partes, empresa e candidato, em sinergia relacional com manifestação de poder do primeiro e de sujeição do segundo, na medida em que o recrutador ocupa uma posição de supremacia em relação ao candidato que se sujeita ao procedimento, agravado quando este último se encontra em situação de desemprego. Nesta relação fática assimétrica, surge o ambiente propício para manifestações discriminatórias ofensivas a direitos fundamentais do candidato à vaga de emprego.

Importante, ainda, anotar que estas manifestações de violação a direitos fundamentais do candidato ocorrem, muitas vezes, sem que a própria vítima tome conhecimento. É o que ocorre, por exemplo, quando a empresa esmiúça a vida privada do candidato buscando informações desconectadas às habilidades necessárias ao desempenho da função para a qual a pessoa está se candidatando.

Voltar-se-á a este aspecto mais adiante.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS INESPECÍFICOS DOS TRABALHADORES

A CRFB/1988 revela importante tendência de constitucionalização do direito privado. Este fenômeno pode ser visto sob dois prismas: a inserção de normas de natureza privada na Constituição, como ocorre com o direito civil e o direito do trabalho; a interpretação das normas infraconstitucionais

(19) SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 329.

a partir da compatibilização de seu conteúdo com o Texto Maior. Ambas as formas de enxergar a constitucionalização do direito privado são essenciais para a correta interpretação do ordenamento jurídico.

Ao serem inseridos na Constituição, os direitos dos trabalhadores adquirem a configuração de direitos fundamentais específicos, passando a formatar o conteúdo do contrato de trabalho⁽²⁰⁾.

Contudo, ao lado dos direitos fundamentais de natureza trabalhista, sobretudo aqueles prescritos nos arts. 7º e 8º da CRFB/88, a Constituição prevê um rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, que são os direitos civis e políticos, que podem ser traduzidos como direitos de cidadania. Renato Rúa de Almeida explica claramente a distinção entre direitos laborais específicos e inespecíficos.

Tendo em vista que, entre os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, encontram-se os direitos trabalhistas tradicionais, tidos como os direitos laborais específicos dos trabalhadores, os direitos da cidadania são direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, que, uma vez exercidos pelos trabalhadores nas relações de trabalho, passam a ser conhecidos como direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores.⁽²¹⁾

Neste sentido, os direitos fundamentais não podem ser tratados de forma compartimentada segundo a relação jurídica base (relação de emprego x direitos trabalhistas). Destarte, em uma relação de emprego não devem ser respeitados apenas os direitos trabalhistas dos trabalhadores, vistos como direitos fundamentais específicos. Como o trabalhador é sempre uma pessoa natural, os direitos fundamentais de primeira dimensão também devem ser observados pelo empregador.

O respeito aos direitos fundamentais inespecíficos do trabalhador deve ocorrer, inclusive, antes mesmo da formação da relação de emprego. Na fase pré-contratual, embora não esteja configurada a relação jurídica de trabalho, existe uma série de atos praticados pelos envolvidos no processo seletivo que vinculam os mesmos aos direitos fundamentais recíprocos.

(20) Interessante observar que os direitos trabalhistas prescritos na Constituição da República têm como destinatário principal as empresas (tomadores de serviços) e não o Estado. São normas que limitam o poder diretivo do empregador objetivando assegurar mais dignidade aos trabalhadores (MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 176).

(21) ALMEIDA, Renato Rúa de. Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 76, p. 295, mar. 2012.

Logicamente, em função da assimetria real de poder existente entre o entrevistador/selecionador (representando a empresa) e o trabalhador que se submete ao processo seletivo, a empresa, que ocupa uma posição de supremacia, deve pautar a sua conduta de acordo com os direitos fundamentais assegurados ao candidato (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Causa perplexidade, para dizer o mínimo, afirmações de que a maior vantagem da reforma trabalhista recentemente aprovada pelo Congresso Nacional é o benefício conferido ao trabalhador de poder negociar diretamente com o empregador o seu contrato de trabalho⁽²²⁾.

Em virtude da natureza destes direitos fundamentais, a eficácia entre os particulares é direta e imediata, sem qualquer questionamento acerca da necessidade de interpolação do legislador infraconstitucional. Não há necessidade de uma norma dizendo que a empresa (ou o responsável pela entrevista) durante o processo seletivo de novos empregados, precisa respeitar os direitos de personalidade do candidato, a sua intimidade, a sua honra, a sua imagem, entre outros.

Feitas as considerações de cunho dogmático, mesmo sem aprofundar a análise para não extrapolar do objeto de estudo, passa-se ao enfrentamento da decisão proferida pela Segunda Turma do TST que autorizou a consulta a bancos de dados de proteção ao crédito, pela empresa, da condição dos candidatos a emprego.

4. A CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. A DESCONSTRUÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO TST À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na visão do Ministério Público do Trabalho, a consulta a bancos de dados de proteção ao crédito, bem como aos registros de antecedentes criminais, como etapa de seleção de novos empregados, revela-se como conduta discriminatória por parte da empresa.

(22) Parece a estória da formiga negociando com o elefante um contrato para que este não pise naquela. Talvez seja necessário explicar, para aqueles que afirmam a possibilidade de negociação individual com a empresa como benéfica ao trabalhador, quem seja a formiga e quem seja o elefante, a não ser que estejamos diante da “formiga atômica”, simpático personagem de desenho animado, que a reforma trabalhista parece ter criado (trabalhador hipersuficiente).

Para o *Parquet* Laboral, tais consultas violam os arts. 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, inciso X, todas da Constituição da República de 1988, bem como o art. 1º da Lei n. 9.029/1995, sustentando que a conduta da empresa configura-se como discriminatória.

Também é relevante fazer referência à Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho⁽²³⁾, que trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, e que dispõem em seu art. 1º:

1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:
a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade 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.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

Na fundamentação da ação civil pública, o Ministério Público do Trabalho sustentou haver violação ao art. 5º, inciso X, da CRFB/88, que trata do direito à intimidade e à vida privada da pessoa. Como este direito fundamental de primeira dimensão deve ser observado pelo empregador, quer durante a relação de trabalho, quer nos procedimentos preliminares à contratação, revela-se como direito fundamental inespecífico do trabalhador. E como tal, vincula a empresa de forma direta e imediata (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

A empresa, certamente, possui uma série de direitos que lhes são assegurados pelo ordenamento. Afinal, o princípio da livre-iniciativa também é fundamento do Estado democrático brasileiro (art. 1º, inciso IV,

(23) A Convenção n. 111 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Portanto, é norma jurídica de eficácia no Brasil e, com a nova visão do Supremo Tribunal Federal, deve ser considerada como norma supralegal, já que trata de direitos humanos (tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE. 466.343-SP).

da CRFB/88), além de ser princípio da ordem econômica (art. 170, *caput*, CRFB/88). Estes mesmos dispositivos constitucionais colocam ao lado da livre-iniciativa o valor social do trabalho. Desta feita, estes dois princípios (ou valores) devem se compatibilizar convivendo em harmonia na relação capital *versus* trabalho.

Nesta medida, a empresa tem o direito de se organizar internamente, bem como de selecionar as pessoas que lhe prestarão serviços na qualidade de empregadas. Não há dúvidas de que a empresa tem a liberdade de contratar o seu futuro empregado, devidamente escolhido em processo seletivo regular⁽²⁴⁾.

Mesmo utilizando de critérios objetivos para selecionar o melhor candidato para ocupar a vaga oferecida, é difícil eliminar, por completo, do processo seletivo aspectos subjetivos de análise. Tais aspectos subjetivos estão enfeixados na experiência e na capacidade de análise do encarregado da seleção. Ora, selecionar um novo empregado entre um número elevado de pessoas que comparecem ao processo seletivo é separar, entre aquelas pessoas que concorrem à vaga, o candidato mais preparado, que se adéqua aos requisitos para o desempenho da atividade na empresa. O Ministro Relator reconhece este fato ao transcrever trecho do acórdão recorrido: “não se pode retirar do empresário o direito de separar e escolher para o seu serviço, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade”.

O problema do trecho transcrito é que existem dois parâmetros distintos considerados na escolha: as qualificações técnicas necessárias para a função e a conduta pessoal não desviada da normalidade. O primeiro, um critério eminentemente objetivo; o segundo (conduta pessoal não desviada da normalidade) de caráter subjetivo. E a subjetividade pode dar margem a discriminações impróprias e vedadas pelo ordenamento constitucional.

A posição assumida neste julgamento deixa uma grande margem de subjetividade à empresa de aferir o que seria uma conduta pessoal desviada da normalidade. O que seria a normalidade? Ter o nome constando nos serviços de proteção ao crédito revela que a pessoa tem a sua conduta desviada da normalidade? Voltar-se-á a esta questão mais adiante.

(24) Utiliza-se a palavra regular para indicar que existem limites neste processo seletivo, que não pode ser direcionado por condutas ou requisitos discriminatórios na seleção dos candidatos.

Deve-se entender que os parâmetros que podem ser considerados para a seleção de novos empregados devem ser aqueles ligados às qualificações técnicas necessárias para a função a ser desempenhada na empresa, sem outras investigações. Não se trata, apenas, de posição firmada no âmbito do MPT, ou em diversas obras doutrinárias, mas fundada na própria Constituição Federal de 1988, bem como no art. 1.2 da Convenção n. 111 da OIT⁽²⁵⁾.

A empresa não dispõe de uma liberdade geral para as suas pesquisas durante o processo de seleção. A doutrina francesa, por exemplo, reconhece a limitação no processo de recrutamento a uma regra dupla: de finalidade e de pertinência. Com relação à regra de finalidade, as informações demandadas do candidato devem ser aquelas que permitem à empresa apreciar a sua capacidade para ocupar o emprego ofertado; em relação à regra de pertinência, as informações pesquisadas devem apresentar um liame direto e necessário com o emprego ofertado⁽²⁶⁾.

Sanda Lia Simon, que exerceu por dois mandatos o cargo de Procuradora Geral do Trabalho, em importante obra sobre a proteção da intimidade e da vida privada do empregado, assim se manifestou:

Além de observar o princípio da não-discriminação, o empregador, no exercício do poder de direção, deverá limitar-se a tomar informações relacionadas às atividades profissionais que o candidato desempenhará se contratado, para aferir as suas aptidões. Consequentemente, não devem ser admitidos métodos que, sub-repticiamente, tem por objetivo “desvendar” aspectos da personalidade do candidato, no que diz respeito à sua esfera íntima e privada. Isso não significa que não possam ser realizados exames psicotécnicos, grafológicos ou, até mesmo, astrológicos, mas a investigação deve ater-se aos aspectos profissionais (como, por exemplo, se o candidato tem espírito de equipe).⁽²⁷⁾

No mesmo sentido são os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros, para quem o empregador deveria limitar-se a obter dados sobre a capacidade profissional do empregado, imprescindíveis a uma eficiente organização do trabalho,

(25) Art. 1.2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

(26) PÉLISSIER, Jean; AUZERO, Gilles; DOCKÈS, Emmanuel. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2013. p. 164-164.

(27) SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 130.

[...] mas nem sempre se contenta com esses dados e invade a vida privada do candidato ao emprego, atendo-se a circunstâncias ou características pessoais sem qualquer conexão com a natureza da prestação de serviços, que permitem levar a cabo discriminação, vedada pelo texto constitucional.⁽²⁸⁾

Em recente decisão, também em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região reformou sentença de primeiro grau, para considerar a consulta ao banco de dados do Serasa como conduta discriminatória. Vejamos a ementa do julgado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SELETIVO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CONSULTA CADASTRO DE INADIMPLENTES (SERASA). CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. Hipótese em que as provas do feito são hábeis a demonstrar prática discriminatória e limitativa da empresa ré para efeito de acesso à relação empregatícia, mormente porque confirmam a restrição ao emprego de candidato em processo seletivo motivada por consulta a cadastro de inadimplentes. É discriminatória e ilegal a conduta da empresa, uma vez que o SERASA não se destina ao fim utilizado pela empresa. Com efeito, não é lógica a conduta da ré de verificar se o seu futuro empregado possui dívidas, porque este é que, na verdade, será o efetivo credor de valores pecuniários da relação empregatícia e não o contrário. Por conseguinte, é evidente a discriminação de acesso ao emprego em razão de situação econômico-financeira de trabalhador. Impedir um trabalhador que eventualmente poderá ser um excelente profissional tão somente por possuir dívidas implica em não observar a função social do contrato de trabalho, já que se está a negar a única forma de emprego formal dele para saldar com seus compromissos financeiros. Dessa forma, a ré não tinha motivos jurídicos para efetuar consulta às pendências financeiras de candidatos, o que acarreta evidente ofensa à intimidade e privacidade desses. Provimento que se dá ao recurso do Ministério Público do Trabalho para determinar que a ré se abstenha de utilizar banco de dados, tomar ou prestar informações creditícias relativas a empregados ou candidatos a emprego e de exigir de candidatos a emprego ou empregados certidões, atestados ou quaisquer informações creditícias. (Acórdão 0041200-97.2009.5.04.0401 RO. TRT 4ª Região. Órgão Julgador: 7ª Turma. Relator: Juiz Convocado Marcelo Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 7 de março de 2012).

(28) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 56.

Voltando ao acórdão da Segunda Turma do TST, o Ministro Relator deixou consignado que “se os cadastros de pesquisas analisados pela reclamada são públicos, de acesso irrestrito a toda a coletividade, não há como admitir que a conduta da empresa tenha violado a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Ao contrário da posição do TST, a 7ª Turma do TRT da 4ª Região entendeu que a prática em questão afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, valores sociais e da não discriminação, considerando discriminatória e ilegal a conduta da empresa, uma vez que o SERASA não se destina ao fim utilizado pela empresa.

Não é lógica a conduta da ré de verificar se o seu futuro empregado possui dívidas, porque este é que, na verdade, será o efetivo credor de valores pecuniários da relação empregatícia e não o contrário. Por conseguinte, é evidente a discriminação de acesso ao emprego em razão de situação econômico-financeira de trabalhador. Ora, impedir um trabalhador que eventualmente poderá ser um excelente profissional tão somente por possuir dívidas implica em não observar a função social do contrato de trabalho, já que se está a negar a única forma de emprego formal dele para saldar com seus compromissos financeiros. Dessa forma, a ré não tinha motivos jurídicos para efetuar consulta às pendências financeiras de candidatos, o que acarreta evidente ofensa à intimidade e privacidade desses.⁽²⁹⁾

Se a finalidade dos serviços de proteção ao crédito é justamente esta, a sua utilização para outros fins, fora de seus limites, mesmo que não expressamente vedadas, configura abuso de direito e, portanto, ato ilícito⁽³⁰⁾.

De fato, como deixa clara a decisão do TST ora analisada, não há vedação legal que proíba a empresa de consultar os bancos de dados de proteção ao crédito, nem de utilizar os registros para decidir acerca da contratação de uma determinada pessoa. Contudo, a vedação advém de norma principiológica constitucional, centrada na dignidade da pessoa humana, no direito ao trabalho, em seus direitos de personalidade. Portanto, a vedação é de nível superior.

Laert Mantovani Junior explica que o direito à intimidade e privacidade foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal

(29) Trecho do acórdão 0041200-97.2009.5.04.0401 RO.

(30) Art. 187 do Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

de 1988, além de incluído expressamente no Código Civil de 2002, sendo manifestação da própria dignidade humana e não “podem ser relegados a uma mera expectativa de direito; pelo contrário, devem ser preservados de tal forma que somente poderiam sofrer intromissões em casos excepcionais”⁽³¹⁾.

Não parece ser o caso. O direito ao trabalho é considerado como um direito fundamental da pessoa humana, não havendo justificativa, com base na excepcionalidade, de se permitir as consultas aos bancos de dados de proteção ao crédito de forma a limitar o acesso da pessoa ao trabalho.

O direito ao trabalho é um dos direitos fundamentais basilares do nosso Estado social. É através do trabalho que a pessoa humana obtém os recursos financeiros necessários para a manutenção própria e de sua família. Além de ser fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), o trabalho humano é base da ordem social (art. 193). Ademais, o art. 6º da CRFB/88, ao elencar os direitos sociais (notadamente direitos fundamentais de segunda dimensão), incluiu no rol o direito ao trabalho⁽³²⁾.

Portanto, o trabalho é o meio primário pelo qual a pessoa alcança as condições de ter uma vida com dignidade. A ausência de trabalho retira da pessoa as condições elementares de adquirir os bens da vida necessários ao mínimo existencial. Certamente, a negação ao acesso ao trabalho por critérios diversos daqueles relacionados ao desempenho da função compromete a capacidade da pessoa, e de sua família, em ter uma vida com dignidade.

O direito ao trabalho daqueles que não têm emprego, do ponto de vista prático, é uma pretensão “dos cidadãos que precisam trabalhar para sobreviver”⁽³³⁾. A fragilidade social da pessoa em situação de desemprego é evidente, inclusive comprometendo a sua autonomia da vontade para contratar.

Neste sentido, quando se permitem condutas atentatórias ao acesso ao trabalho, dissociadas dos requisitos técnicos e profissionais necessários ao desempenho da função, atinge-se diretamente um direito fundamental garantido na Constituição, bem como o valor da dignidade da pessoa humana.

(31) MANTOVANI JUNIOR, Laert. *O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2010. p. 31.

(32) Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

(33) CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Lisboa: Almedina, 1985. p. 112.

Nessa decisão, o TST tentou retirar a força normativa do princípio (ou valor) da dignidade da pessoa humana ao afirmar que a matéria seria estranha à controvérsia dos autos, além do referido preceito ter caráter eminentemente genérico, sendo inaplicável à hipótese. Além disso, não reconheceu a alegada violação direta e literal ao art. 3º, IV, da CRFB/1988, que, segundo o julgado também estabeleceria, de forma genérica, “os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, dentre os quais ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’⁽³⁴⁾.

Como dito anteriormente, o direito não se exaure nas regras aplicáveis pela técnica da subsunção: se ocorre a hipótese “A” estabelecida no antecedente normativo, então se configura, no plano fenomênico, a consequência “B” prevista no consequente normativo, pela incidência. O direito evoluiu para reconhecer normatividade aos princípios constitucionais. Esta mudança de perspectiva do ordenamento jurídico foi importante para o processo de redemocratização europeia após a Segunda Guerra Mundial, onde a norma jurídica foi o lastro de diversas violações aos direitos humanos.

Nas lições de Alexandre de Moraes, recentemente nomeado ao cargo de Ministro do STF, ao analisar a dignidade da pessoa humana, somente, excepcionalmente, podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. (...) O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.⁽³⁵⁾

(34) Trecho do voto prolatado no RR-38100-27.2003.5.20.0005.

(35) MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46. Com base nesta assertiva feita por Alexandre de Moraes, apenas a título de instigação argumentativa, é de se questionar se a empresa, que não contrata o trabalhador por estar inadimplente, encontra-se absolutamente regular com suas obrigações tributárias perante o Estado.

Desta forma, a decisão turmária do TST viola frontalmente princípios constitucionais expressamente positivados na Constituição vigente. Viola, portanto, norma pura em sua essência. Esqueceu-se que o Estado democrático de direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é antropocêntrico.

A ponderação de interesses em conflito, neste julgado, não privilegiou a pessoa humana e sim a liberdade da empresa de investigar a vida privada das pessoas segundo elementos dissociados aos requisitos técnicos profissionais necessários para a função ofertada.

Para justificar a legalidade da conduta da empresa na investigação da vida privada do candidato ao emprego, o acórdão trouxe à discussão os processos seletivos empreendidos pela Administração Pública na contratação de seus servidores públicos.

O Ministro Relator afirmou que, se a Administração Pública, em seus processos seletivos, exige dos candidatos, além do conhecimento técnico, inúmeros comprovantes de boa conduta e reputação, não poderia ser negado ao empregador o acesso a cadastros públicos como mais um mecanismo de melhor selecionar candidatos às suas vagas de emprego.

Em primeiro lugar, a empresa, entidade privada que é, não pode ser equiparada em direitos e obrigações ao Estado. Ao Estado se reconhece uma série de prerrogativas de império necessárias para atender ao interesse público, já que a Administração Pública deve atuar no plano fenomênico na tutela dos interesses da sociedade. O regime jurídico administrativo reconhece dois princípios magnos, como bem explicado por Celso Antonio Bandeira de Mello: supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público pela Administração⁽³⁶⁾.

No caso da seleção para cargo público, o candidato estará concorrendo a uma vaga na Administração Pública, ao qual será atribuída uma série de direitos e deveres, inclusive estando submetido a uma ética própria de quem ocupa cargo ou emprego público no Estado. O princípio da moralidade administrativa exige, realmente, que aqueles que desempenharão uma função pública, sejam submetidos a um processo seletivo mais rigoroso do que o trabalhador que irá exercer uma função em uma empresa privada. Além disso, o rigor da "sindicância" a ser realizada pela Administração Pública variará conforme o cargo a que o candidato almeja, segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

(36) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 47-66.

Além disso, é a própria Constituição da República que remete ao legislador infraconstitucional o estabelecimento dos requisitos para acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, inciso I, da CRFB/88) e, em alguns casos, prescreve ser necessária a aferição da reputação ilibada do pretendente ao cargo⁽³⁷⁾.

O acesso aos cargos públicos revela-se como uma faculdade da pessoa que, ciente do conteúdo do edital elaborado pelo Poder Público, voluntariamente se vincula às regras dispostas unilateralmente pelo Estado.

No raciocínio do Ministro Relator, se é perfeitamente possível que a empresa, valendo-se de uma suposta igualdade com o Poder Público, investir sobre a vida privada do candidato a emprego, vedando-lhe o acesso ao trabalho por um suposto desregramento em suas relações privadas, como seria o caso de dívidas assumidas pelo mesmo, então o cidadão não teria acesso nem ao serviço público nem ao emprego na iniciativa privada.

Perguntar-se-ia: como esta pessoa conseguiria pagar as suas dívidas, manter a sua família, adquirir bens essenciais para o sustento, ou seja, sobreviver, se as portas do serviço público e do emprego estariam fechadas sob o fundamento da liberdade que o Estado e a empresa teriam de investigar a sua vida privada? Seria possível imaginar que esta pessoa, sem acesso ao crédito e ao trabalho formal, público ou privado, teria condições de exercer uma atividade laboral que lhe garante a manutenção própria e de sua família?

Após utilizar as exigências de ingresso no serviço público, inclusive fazendo referência ao processo seletivo do próprio Ministério Público do Trabalho⁽³⁸⁾, como argumento para franquear a empresa de sindicar a vida pregressa do candidato ao emprego, o Ministro Relator diz que do trabalhador comum não há de se exigir notável qualificação técnica ou reputação ilibada, mas, não se poderia retirar do empresário o direito de “separar e escolher para o seu serviço, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que

(37) É o caso do art. 94 da CF/88: “um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes”.

(38) A referência ao processo seletivo do Ministério Público do Trabalho é descabida. Em que pese todas as funções, públicas ou privadas, possuem a mesma relevância no Estado Democrática de Direito, as prerrogativas de Poder atribuídas aos Membros do Ministério Público da União impõem um rigor no processo de seleção de seus integrantes, sobretudo para o resguardo dos direitos fundamentais de toda a sociedade, inclusive dos próprios investigados pelo Órgão.

são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade”⁽³⁹⁾.

A primeira questão que se pode levantar é se o fato de alguém apresentar o seu nome constando nestes bancos de dados de proteção ao crédito poderia ser considerada como uma conduta pessoal desviada da normalidade. Certamente que não. A dinâmica da sociedade de consumo pode conduzir as pessoas ao endividamento sem que este fato possa ser considerado como desvio de caráter ou de conduta.

O próprio Estado tem incentivado o acesso ao crédito para as camadas mais pobres da população como um mecanismo de recuperação do crescimento da economia. Um dos grandes exemplos desta assertiva seria a redução de IPI dos carros e da chamada linha branca de eletrodomésticos.

(39) Trecho do voto prolatado no RR-38100-27.2003.5.20.0005. No acórdão ainda foram feitas as seguintes considerações: “a inadimplência onera os preços dos produtos, sendo certo que em toda compra parcelada (crediário) ou mesmo nos empréstimos bancários, acrescenta-se ao valor real, além dos juros e taxas, também um percentual variável a título de risco de inadimplência. Conclui-se, portanto, que toda a coletividade termina onerada pelo inadimplente, sendo certo que, sob esse aspecto, não se lhe há de dar tratamento igualitário. Quem assume dívidas além de sua capacidade de pagamento e, por isso mesmo, descumpre o contrato e tem o seu nome inscrito no rol dos maus pagadores pelos serviços de proteção ao crédito SPC ou SERASA (esta controlada pelo próprio Banco Central) não pode sentir-se ultrajado ou invadido em sua intimidade nem pretender indenização por dano moral (diga-se moral da qual não cuidou devidamente), quando tal fato é levado em consideração em um processo seletivo”. Parece uma análise do risco do crédito simplória. Presume-se que as pessoas que ficam inadimplentes e têm os seus nomes inscritos nos serviços de proteção ao crédito são irresponsáveis porque não analisaram a capacidade de honrarem com os empréstimos tomados ou com as prestações dos bens adquiridos (no dizer do Ministro, maus pagadores). Pois bem, em um ordenamento jurídico em que a proteção ao emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, da CRFB/88) é norma constitucional de eficácia limitada, pelo menos na visão do Poder Judiciário, a relação de emprego não se encontra protegida contra o suposto direito potestativo do empregador em despedir o trabalhador sem motivação. Nesta situação, evidente que o trabalhador, agora desempregado, perde a capacidade de honrar, tempestivamente, as suas obrigações assumidas quando se encontrava desempregado; por isso ele é considerado um “mau pagador” e pode se ver diante de uma condição de desemprego por longo período porque, ao empregador, é franqueada a consulta aos bancos de dados de proteção ao crédito e a liberdade de não contratar os “negativados”. O ciclo é vicioso na medida em que a pessoa não consegue a recolocação no mercado de trabalho e, por isso, não tem condições de saldar as suas dívidas. Sem falar nas contingências da vida que podem levar o trabalhador a se deparar com gastos excepcionais que desequilibrem as suas finanças pessoais como, por exemplo, a doença grave de um familiar. A generalização, como constante do acórdão, lança milhares de pessoas em dificuldade financeira, alheias às suas vontades, na incômoda estigmatização dos maus pagadores. Ademais, precisa se entender o que é o dano moral coletivo, para não se achar que este se configura em uma indenização em favor do trabalhador que teria sido discriminado.

A redução dos juros bancários incentiva a população a obter crédito junto às entidades financeiras, muitos deles com as parcelas descontadas diretamente na folha de pagamento. A capacidade de endividamento da população, por certo, é limitada, mas a ampla publicidade atrativa gera uma sensação de conforto na obtenção do crédito.

As empresas, em decorrência da função social que possuem, teriam um dever conexo de orientação aos seus empregados sobre as questões que envolvem o crédito pessoal, ou seja, um dever de educação financeira de seus empregados. O próprio Ministério Público do Trabalho propiciou esse debate internamente.

Isto parece lógico na medida em que o cidadão trabalhador é, simultaneamente, cidadão consumidor, e com o acesso ao crédito mais facilitado toda a sociedade é beneficiada.

Luciano Augusto de Toledo Coelho afirma que “o candidato a emprego que não consegue trabalhar por algum fator discriminatório precisa encontrar a tutela jurídica que incide na fase pré-contratual”⁽⁴⁰⁾, sobretudo porque a fase anterior ao contrato é campo aberto para o ilícito, ante a ultrafragilidade do trabalhador nessa fase.

Na fase de seleção é evidente que o candidato se encontra em desvantagens perante a empresa na medida em que necessita do trabalho para a sua manutenção pessoal e de sua família.

Cabe ressaltar, ainda, que o desemprego é um risco social que deve ser protegido pelo Estado Social (art. 201, inciso III, da CRFB/88⁽⁴¹⁾). Embora esta proteção deva se dar, primariamente, por intermédio de políticas públicas que viabilizem a criação de novas vagas no mercado de trabalho, ou pela concessão de benefício da seguridade social para enfrentar a situação de desemprego voluntário (no caso brasileiro, o seguro-desemprego, de caráter temporário), os Poderes Legislativo e Judiciário não devem contribuir, no exercício de suas atividades finalísticas, com a situação de desemprego. Até porque a situação de desemprego pode levar o indivíduo e a sua família a privações que atentam contra a dignidade da pessoa humana (fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito — art. 1º, inciso III, da CRFB/88).

(40) COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 45.

(41) Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) III — proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário.

Como risco social, o desemprego leva a pessoa ao estado de necessidade. Esta situação se torna mais preocupante na medida em que o desemprego, por longo período, pode acarretar a perda da qualidade de segurado do trabalhador perante o Regime Geral de Previdência Social e, por via de consequência, a sua desfiliação da Previdência Social⁽⁴²⁾. O art. 102 da Lei n. 8.213/91⁽⁴³⁾ prescreve que a perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

Assim, a pessoa que se encontra em situação de desemprego tem, na manutenção desta condição, o transcurso do tempo como inimigo aos seus direitos previdenciários e, conseqüentemente, à desproteção social, própria e de sua família.

Outro ponto enfrentado no julgamento foi a referência à Lei n. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. O autor da ação civil pública fundamentou seu pedido também no art. 1º desta Lei, segundo o qual 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 de 1988.

No julgamento ficou consignado que este dispositivo não se prestaria para sustentar a pretensão do MPT porque, na visão dos julgadores, a discriminação vedada por lei seria aquela decorrente da condição da pessoa e não da conduta da pessoa⁽⁴⁴⁾, “enumerando taxativamente as condições

(42) A Previdência Social reconhece a existência de situações temporárias que podem retirar do segurado a sua capacidade de recolher as contribuições previdenciárias para o custeio do RGPS. O desemprego é uma destas situações. Assim, a legislação previdenciária estabelece algumas hipóteses em que a pessoa, mesmo sem recolher as contribuições previdenciárias, mantém a sua qualidade de segurado perante a Previdência Social. Este instituto é denominado de período de graça e está disciplinado no art. 15 da Lei n. 8.213/91.

(43) A Lei n. 8.213/91 dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

(44) O julgador fala que o parâmetro a ser considerado na discriminação é a condição da pessoa e não a sua conduta. Na visão revelada neste julgamento, a empresa poderia discriminar, por exemplo, uma pessoa egressa do sistema prisional brasileiro, que busca um emprego sob o argumento que a conduta desta pessoa, desviada da normalidade em algum momento de sua vida, permitiria a não contratação dela porque o empregador tem a liberdade de selecionar e contratar quem ele bem entender. Assim, esta pessoa teria uma marca indelével que serviria como uma barreira quase que intransponível ao trabalho, que é um direito básico do ser humano. Lembramos o projeto do Conselho Nacional de Justiça denominado “Começar de Novo” que visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional

personais que não podem servir de base discriminatória, isto é, os motivos que não podem ser levados em consideração como diferenciadores em um processo seletivo”⁽⁴⁵⁾.

Contudo, ainda nos parece que esta não seria a melhor interpretação na medida em que restringe ao texto literal, as condutas que, em tese, configurariam discriminação. Certamente a dinâmica das relações interpessoais revelam outras formas de discriminação que não aquelas expressamente referidas na norma positivada. Volta-se ao Texto Constitucional, mais precisamente ao art. 3º, inciso IV, que diz que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**. Grifamos a parte final do dispositivo constitucional para revelar a força da norma: qualquer outra forma de discriminação.

Sobre esta questão, o julgador do acórdão ora analisado se apegou a regras gramaticais do vernáculo para dizer que a palavra “qualquer” estaria ligada às formas, meios e métodos por meio dos quais viriam a se consumir as discriminações envolvendo as razões enumerativas (*numerus clausus*). Contra esta interpretação literal, vejamos os ensinamentos de Sandra Lia Simón:

Ainda que pouco abrangente, por considerar apenas algumas hipóteses de discriminação, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que dá providências sobre a admissão no trabalho, estipula no seu art. 1º que fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Ainda que, repita-se, pouco abrangente, fica claro que a discriminação no momento da contratação de pessoal é prática rechaçada também no âmbito da legislação infraconstitucional.⁽⁴⁶⁾

Maria Hemília Fonseca é mais incisiva ao identificar os bancos de dados de proteção ao crédito como sendo exemplos de “listas negras”⁽⁴⁷⁾,

para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo deste programa é promover a cidadania e conseqüentemente reduzir a reincidência de crimes. Permitir a livre consulta aos antecedentes criminais dos candidatos a emprego, por parte da empresa, vai contra os objetivos maiores buscados pelo projeto do CNJ.

(45) Trecho do voto prolatado no RR-38100-27.2003.5.20.0005.

(46) SIMÓN, Sandra Lia. *Op. cit.*, p. 130.

(47) Pode-se entender que os bancos de dados de proteção ao crédito e seus similares constituem “listas negras” quando utilizados para finalidades diversas àquelas para as quais

destacando que, nesta hipótese, ainda que a Constituição, em seu art. 7, inciso XXX⁽⁴⁸⁾, e a legislação infraconstitucional:

[...] não tenham inserido como um dos motivos de discriminação na admissão do emprego, o “econômico-financeiro”, é forçoso considerar que a não contratação de empregados que tenham o nome nos serviços vinculados à proteção de crédito é utilizada corriqueiramente e que se trata de um ato discriminatório e limitativo para efeito de ingresso na relação de emprego.⁽⁴⁹⁾

Firmino Alves Lima, examinando a proibição da discriminação na Constituição Federal de 1988 sob o aspecto da ausência de normas infraconstitucionais adequadas, afirma que a Lei n. 9.029/95 pretende ser geral, contudo adota uma relação de motivos para discriminação,

[...] sendo que seria melhor que adotasse a fórmula dos arts. 3º, IV e 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, ainda que o princípio da proibição exemplificativa e contra qualquer ato discriminatório deva nortear a sua interpretação⁽⁵⁰⁾.

O Constituinte não deixou dúvidas que qualquer forma de discriminação, e não apenas em relação a condição do autor, deve ser banida das relações jurídicas. Evidente que a conduta da pessoa pode levar a uma determinada condição, que no caso é a sua situação econômica. Pergunta-se: poderia a empresa discriminar a pessoa em decorrência de sua condição econômica? Parece que a Constituição Federal de 1988 veda esta conduta da empresa na medida em que proíbe qualquer forma de discriminação.

A discriminação se manifesta, no plano dos fatos, em função de variados fatores, que não poderiam ser todos previstos em norma pelo legislador, por mais imaginativo que este o seja. Paulo Mota Pinto, Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal e professor assistente da Faculdade de Direito

foram constituídos, como é o caso do uso das informações constantes em seus registros como elemento determinante para a contratação de um trabalhador.

(48) Art. 7º, inciso XXX — proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

(49) FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho*: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. p. 189.

(50) LIMA, Firmino Alves. A proibição da discriminação na Constituição Federal de 1988 e a ausência de normas infraconstitucionais adequadas para regulação deste importante princípio. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio e STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (coords.). *Direitos sociais na Constituição de 1988*. uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008. p. 124.

de Coimbra, ensina que a discriminação pode verificar-se em função de variados fatores, destacando-se, por exemplo,

[...] o sexo e a orientação sexual, a ascendência, a “raça” (seja o que for que se entenda sob este conceito, cujo sentido é mais do que problemático) ou a origem étnica, o território de origem e a língua, a religião e as convicções políticas e ideológicas, a instrução, a situação económica e a condição social, a deficiência, etc.⁽⁵¹⁾

O princípio da legalidade, em sua acepção liberal, não serve ao Estado de Seguridade Social (remodelado a partir da Constituição Federal de 1988) quando interpretado dissociado da relação jurídica base, pois permite atentados aos direitos fundamentais sob o manto do respeito a liberdades individuais (incluindo a dos empregadores). Ou seja, o intérprete deve levar em consideração eventual colisão entre direitos legitimamente protegidos, de forma a dar preponderância àquele que deve prevalecer no caso concreto. No caso, a fórmula poderia ser: liberdade de contratar do empregador x direito fundamental ao acesso ao trabalho da pessoa humana.

Deve-se lembrar de que a nossa Constituição da República é do tipo compromissária, o que impõem a compatibilização da livre-iniciativa e o direito de propriedade com a função social da empresa e os valores sociais do trabalho humano.

Portanto, no julgamento objeto de análise, o que os julgadores fizeram foi interpretar a Constituição Federal a partir da legislação infraconstitucional: ou seja, considerou que o rol listado no art. 1º da Lei n. 9.029/95, taxativo quando a Lei Maior veda quaisquer outras formas de discriminação. É a lei infraconstitucional que deve passar pela filtragem constitucional, e não o contrário.

A decisão da Segunda Turma do TST não passou despercebida de alguns integrantes do Congresso Nacional ligados aos direitos sociais, como é o caso do Senador Paulo Paim:

O senador Paulo Paim (PT-RS) manifestou indignação, em discurso nesta segunda-feira (27), com a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) de permitir a empresas consultar

(51) PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 313.

o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e a Centralização dos Serviços dos Bancos (Serasa) quando forem contratar novos empregados. Na opinião do parlamentar, a decisão fere o direito do cidadão de ter seus dados protegidos, e afeta sua garantia de procurar e obter emprego justamente no momento em que mais precisa. A decisão do TST acaba por dar caráter oficial a uma prática que já ocorria extraoficialmente, lamentou. — Fiquei abismado com a decisão do Tribunal. Discordo radicalmente dos ministros que, por unanimidade, decidiram que os cadastros de pesquisas analisados pelas redes de lojas e bancos são de uso irrestrito e que acessá-los não é violação — disse. Para o senador, esse tipo de consulta é discriminatória e deveria ser considerada crime hediondo, pois viola a dignidade humana e é contra o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC). O texto legal, em seu art. 42, diz que o consumidor inadimplente, na cobrança de débitos, não será exposto a ridículo ou qualquer tipo de constrangimento e ameaça, no caso à perda do emprego, explicou o senador. Paim citou projeto de sua autoria (PLS n. 465/09)⁽⁵²⁾ que inclui entre as práticas discriminatórias e limitativas para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, aquelas motivadas por consulta a cadastro de inadimplentes. A matéria já foi aprovada no Senado e aguarda análise da Câmara dos Deputados. — Lamento que o TST tenha andado na contramão da história e da democracia do nosso país — disse.⁽⁵³⁾

Cabe, ainda, lembrar recente alteração na CLT, feita pela Lei n. 12.347/2010, que revogou o art. 508 celetista que possuía a seguinte redação: “considera-se justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis”. Ressalte-se que o projeto que deu origem a esta

(52) O Projeto de Lei n. 7.809, de 2010 (que tem origem no PLS n. 465/2009), se encontra na CCJC da Câmara dos Deputados aguardando parecer, propõe a alteração da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, para incluir entre as práticas discriminatórias e limitativas para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, aquelas motivadas por consulta a cadastro de inadimplentes. Segundo o texto, fica proibida “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, consulta a cadastro de inadimplentes, situação familiar ou de idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

(53) BRASIL. Agência Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/02/27/paim-critica-decisao-do-tst-que-permite-a-empresas-consultar-spc-e-serasa-para-contratacoes>>. Acesso em: 15.6.2016.

alteração no Texto Consolidado dispunha, em sua exposição de motivos, que a alteração tinha como objetivo coibir a discriminação no trabalho autorizada pelo art. 508, da CLT, considerando-a incompatível com os direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal.

Parece que o legislador infraconstitucional, tanto no PL n. 7.809/2010 quanto na Lei n. 12.347/2010, entende como incompatível as consultas a bancos de dados de proteção a crédito, quanto a própria situação do trabalhador como devedor contumaz (e aqui já configurada no plano fenomênico) como incompatíveis aos direitos fundamentais.

O argumento que leva em consideração a função pretendida pela pessoa (como, por exemplo, caixa de supermercado) que justificaria a consulta aos bancos de dados de proteção ao crédito sob o fundamento que no exercício da atividade na empresa teria contato com dinheiro, fica enfraquecida pela forte manifestação do legislador ao revogar o art. 508 da CLT. A mensagem para a sociedade é a seguinte: não é porque a pessoa possui dívidas que ela irá, necessariamente, subtrair dinheiro de seu empregador!

lura novit curia, pero no mucho.

Entende-se que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, ora em análise, configura evidente retrocesso social, justamente do Poder que tem a função de assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ao contrário, o Ministério Público do Trabalho tem se posicionado contra qualquer tipo de consulta semelhante para acesso ao trabalho, como se verifica da Orientação n. 8 da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade).

ORIENTAÇÃO n. 8. Exigência de certidão de antecedentes criminais.

“É discriminatória a exigência de certidão de antecedentes criminais, salvo previsão legal, e certidão negativa em órgão de consulta creditória, como SERASA, SPC ou qualquer outra entidade similar, bem como a exigência de carta de fiança, para admissão, promoção ou permanência no emprego”.⁽⁵⁴⁾

André Ramos Tavares, autor que tem se dedicado ao estudo dos direitos fundamentais com profundidade, ressalta a posição do Poder Judiciário

(54) Essa orientação foi aprovada na III Reunião Nacional da Coordigualdade, realizada nos dias 26 e 27 de abril de 2004 e alterada na XXIV Reunião Nacional da Coordigualdade, realizada nos dias 15 e 16 de junho de 2016.

como garantidor dos direitos fundamentais, embora deixe a entender que o mesmo deve passar por um processo de reconstrução.

A construção da cidadania brasileira, portanto, passa pela reconstrução do próprio Poder Judiciário e de toda a cultura jurídica que se forma em seu entorno e em seu interior, já que se trata do organismo legitimado constitucionalmente para proceder à tutela, sempre que necessário for, dos direitos humanos fundamentais.⁽⁵⁵⁾

Neste sentido, e diante de decisões recentes dissociadas do ideário de tutela dos direitos fundamentais do trabalhador, parece que a Justiça do Trabalho também deve passar por este processo de reconstrução e se colocar no lugar de Poder de efetiva transformação social, centrada no valor da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico de maior envergadura em nosso ordenamento constitucional.

Essa reconstrução da Justiça do Trabalho é fundamental e necessária diante do desmoronamento da base axiológica do Direito do Trabalho perpetrada pela reforma trabalhista de 2017.

Se a Justiça do Trabalho pretende sobreviver como órgão especializado do Poder Judiciário brasileiro deve se afirmar como tal, e restabelecer a ordem constitucional laboral por uma interpretação centrada nos pilares do Direito do Trabalho, albergados pela Constituição da República.

Assim, caberia ao Judiciário Trabalhista corrigir procedimentos potencialmente discriminatórios na fase pré-contratual de algumas empresas, conferindo efetividade ao mandamento constitucional da proteção do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, tanto no plano individual quanto no coletivo.

Importantes são as palavras de Valdete Souto Severo:

O Judiciário, por suas decisões, é instrumento de poder, que pode tanto se prestar à ideologia da neutralidade como servir à transformação social imposta pela ordem de valores estabelecidos no texto constitucional de 1988.⁽⁵⁶⁾

(55) TAVARES, André Ramos. *Judiciário e cidadania. Carta Forense, Satanich & Maia Estratégia e Informação Dirigida*, São Paulo, p. A 8, fev. 2013.

(56) SEVERO, Valdete Souto. O dever de motivar o ato de denúncia do contrato de trabalho: condição de possibilidade da verdadeira negociação coletiva. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). *Direito coletivo do trabalho. Curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 220.

Para encerrar esse breve estudo, a fronteira que não pode ser transporta por qualquer alteração normativa no plano do direito do trabalho, inclusive por intermédio de instrumentos coletivos de trabalho, se encontra no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Assim, qualquer alteração somente seria constitucional se viesse a melhorar a condição social dos trabalhadores urbanos e rurais. Certamente essa reforma trabalhista não atende esse requisito constitucional.

CONCLUSÃO

A Constituição da República veicula as normas de maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, sendo que, ao lado das regras, os princípios são espécies do gênero norma jurídica.

O reconhecimento da normatividade dos princípios, a partir do pós-positivismo, permite fundamentar as ações coletivas que buscam a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores nestas espécies normativas.

O Ministério Público do Trabalho, instituição que assumiu novo contorno com a promulgação da Constituição vigente, tem atuado, no plano fenomênico, com vocação para assegurar o respeito aos direitos fundamentais do ser humano trabalhador em face da atuação de diversos atores sociais desconectada com as normas principiológicas que asseguram a dignidade da pessoa humana.

Uma das formas de desrespeito aos direitos dos trabalhadores é a própria limitação de acesso ao trabalho. Defendeu-se, no presente estudo, que o processo seletivo de novos trabalhadores deve centrar-se nas qualificações necessárias para o desempenho da atividade laboral requerida pela empresa, evitando-se investigações desconexas com os atributos técnico-profissionais inerentes ao exercício da função.

Mesmo não constando expressamente do rol das causas discriminatórias da Lei n. 9.029/95, a consulta a banco de dados de proteção ao crédito deve ser considerado como uma das formas de discriminação possíveis na fase pré-contratual, na medida em que as pesquisas nestes bancos de dados revelam intromissão indevida na esfera da vida privada da pessoa humana, sobretudo pela destinação a que se prestam tais cadastros.

Assim, a decisão recente prolatada pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que entendeu legítima a consulta do empregador em consultar bancos de dados de proteção ao crédito com a consequente

não contratação dos trabalhadores “negativados”, deve ser considerada como atentatória ao direito fundamental de acesso ao trabalho, em primeira aproximação, e ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, por restringir o acesso ao trabalho digno por motivos desconexos com as qualificações profissionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 76, p. 295-296, mar. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Agência Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/02/27/paim-critica-decisao-do-tst-que-permite-a-empresas-consultar-spc-e-serasa-para-contratacoes>>. Acesso em: 15.2.2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio da. *Reflexos da reforma do CPC no processo do trabalho. Leitura constitucional do princípio da subsidiariedade*. São Paulo: Método, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

LIMA, Firmino Alves. A proibição da discriminação na Constituição Federal de 1988 e a ausência de normas infraconstitucionais adequadas para regulação deste importante princípio. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (coords.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. *O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PÉLISSIER, Jean; AUZERO, Gilles; DOCKÈS, Emmanuel. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2013.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional — construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

SEVERO, Valdete Souto. O dever de motivar o ato de denúncia do contrato de trabalho: condição de possibilidade da verdadeira negociação coletiva. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). *Direito coletivo do trabalho. Curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, André Ramos. Judiciário e cidadania. *Carta Forense, Satanich & Maia Estratégia e Informação Dirigida*, São Paulo, fev. 2013.

VILLELA, Fábio Goulart. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho. In: GOMES, Fábio Rodrigues (coord.). *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

CAROLINA MARZOLA HIRATA ZEDES⁽¹⁾

INTRODUÇÃO

A seara trabalhista constitui campo fértil para os litígios coletivos, eis que uma única determinação empresarial espraia efeitos uniformes para todos os empregados da empresa. Ademais, em virtude da concorrência entre as empresas no mercado de consumo, os diferentes tomadores tendem a nivelar os custos de produção para que possam atuar em condições de igualdade, razão pela qual, não raro, uma determinada conduta trabalhista, ainda que ilícita, acomete todo um segmento econômico. Manoel Jorge e Silva Neto (*op. cit.*, p. 153) conclui que:

“... se a determinação empresarial é dirigida a todos os empregados, será correto reconhecer a dimensão coletiva da ofensa, a postura de transgressão a interesse transindividual

(1) Procuradora do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região — Campinas. Ex-Procuradora do Estado de Goiás. Especialista em Direito Constitucional pela Unisul e em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Mestranda em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Unimep. Autora do livro “Processo do Trabalho Comentado”. Co-autora dos livros “Carreiras Específicas — MPT”, “Carreiras Específicas — Analista e Técnico do MPU” e “Carreiras Específicas — Técnico do TRT”.

trabalhista, e, assim, pleiteada indenização por dano moral coletivo, é indeclinável a emissão de provimento jurisdicional com tal fim, inclusive para refrear os ânimos do empregador quanto a novas investidas”.

As técnicas de tutela coletiva, estruturadas na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), entre outros diplomas específicos, são habitualmente utilizadas como forma de contenção de tais transgressões. A ação civil pública e a ação civil coletiva mostram-se de suma importância para a justa pacificação dos conflitos sociais, através da solução molecularizada e igualitária. Não se pode olvidar igualmente uma outra função, não menos importante, que é o alívio da carga de trabalho do Poder Judiciário. Como aponta de forma precisa Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. Revista do MPT*, n. 12 – Brasília, p. 47 a 77, set. 1996):

“(...) a ação civil pública no direito brasileiro deve ser vista no contexto evolutivo dos três grandes pilares da ciência processual: a ação, o processo e a jurisdição. A primeira deixa de ter enfoque exclusivamente individual e passa também a se oferecer como “meio idôneo para a expressão de relevantes interesses metaindividuais, nos vastos espaços do universo coletivo”. O segundo, se desprende da ótica tradicional, sustentada na ideia da relação jurídica entre o Estado e o jurisdicionado e passa a servir “como instrumento idôneo à consecução de uma ordem jurídica mais justa e efetiva”. A terceira não mais se restringe ao trinômio “Poder-órgão-função” com o simples objetivo de distribuir o serviço judiciário e passa também a operar “como instância estatal mais próxima do jurisdicionado, sensível aos seus anseios e comprometida com a necessidade de uma resposta judiciária mais célere e de melhor qualidade.”

A ação civil pública vem à baila na segunda onda de reformas do processo civil para garantir a efetividade processual, a qual, entre suas vertentes, impõe que os procedimentos sejam compatíveis com a natureza do bem jurídico tutelado. Já é lição consolidada que o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CR) impõe que os procedimentos previstos em lei sejam adequados não somente aos direitos por ela tutelados, mas também aos sujeitos que dela vão se valer e aos fins colimados. A respeito da efetividade processual e adequação do procedimento ao direito material, elucidativas as reflexões de Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188-189):

“Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando sua capacidade de atender de maneira idônea ao direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica entre direito, o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.”

Mas fato é que, em que pese os avanços produzidos, após mais de 30 (trinta) anos de vigência da LACP, a existência de diversos limitadores, sejam de ordem legal, cultural ou fática, impediram um desenvolvimento completo do processo coletivo e, por conseguinte, o atingimento de seus desideratos, especialmente o de produzir justiça para as coletividades, de modo otimizado e igualitário.

O Novo Código de Processo Civil, sem disciplinar o processo coletivo, regulamenta, nos arts. 976 a 978, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituto de inspiração no Direito Germânico, precisamente no procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*), este de âmbito mais restrito, direcionado exclusivamente para a tutela dos investidores em mercado de capitais.

Entre nós, o IRDR possui o objetivo imediato de fixação de uma tese jurídica geral — um precedente — aplicável às atuais e futuras demandas repetitivas, de padronagem isomórfica. Bruno Dantas (*op. cit.*, p. 2179), conceitua o instituto como “o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos”.

Neste ensaio, o IRDR será focado como um mecanismo próximo à tutela coletiva, colocado à disposição do Ministério Público do Trabalho,

para a pacificação de demandas de massa, mediante a distribuição da justiça igualitária na coletividade, estreitando ainda o tempo de tramitação dos processos, como instrumento com a virtualidade de aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, a chamada taxa de congestionamento ou estocagem de processos.

1. A LITIGIOSIDADE EM MASSA E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Conforme lições de Sérgio Menchini, o processo precisa se estruturar para lidar com diversos tipos de litigiosidade (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC — fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 283-284):

“a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática forma tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direitos isolados; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, *v. g.*, procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, associações representativas etc.) mediante *Class actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage*, etc.; e c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas ou fáticas) comuns para a resolução da causa.”

Tradicionalmente, o Processo Civil (em sentido amplo) foi concebido para lidar com a litigiosidade individual, como era próprio do momento histórico vivenciado. Em uma segunda onda de reformas, passou a regular a litigiosidade coletiva, estruturando as ações coletivas com base em esquemas representativos concebidos aprioristicamente em lei.

No contexto da tutela coletiva, a tutela dos direitos individuais homogêneos foi estruturada para manejar as demandas de massa, por meio da pacificação molecularizada e igualitária dos conflitos seriais, de origem comum, com o objetivo não menos importante de aliviar a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, mediante a emissão de um provimento de mérito genérico, que seria especificado na fase de liquidação ou acertamento.

Após decênios de vigência e aplicação da legislação que regulamenta a tutela coletiva, observa-se que as demandas repetitivas continuam a chegar ao Poder Judiciário, sem que o microsistema de tutela coletiva tenha logrado pacificar essa espécie de conflito, transformando a litigiosidade em massa em um problema que precisa ser enfrentado, como necessidade de eficiência do serviço público prestado ao cidadão e inexorável aspecto de distribuição da justiça. É o que ensina Luiz Fux (*O novo processo civil brasileiro* — direito em expectativa. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011. p. 8):

“O excesso de demandas é fruto de cultura exorbitante do fenômeno processual e encartável no aspecto filosófico e cultural que marca a tendência à beligerância judicial do povo brasileiro. Acresce a esses fatores o direito inafastável de acesso à justiça, garantido pelo princípio constitucional de que nenhum direito ou ameaça a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário. Esses possíveis entraves não impediram à Comissão [elaboradora do novo CPC] observar, por meio de dados empíricos, que o volume das demandas estava intimamente vinculado ao contencioso de massa, isto é, milhares de ações em trâmite no território nacional versavam a mesma questão jurídica. Revelavam-se ações homogêneas, mas que não poderiam ser tratadas como a litigiosidade de varejo nos dizeres de Sérgio Mencini, ao doutrinarem sobre as pretensões isomórficas no cognominado Encontro de Pisa em 2007.”

Em que pese os inegáveis avanços produzidos, o sistema de tutela coletiva passou a mostrar ao longo dos anos diversas deficiências, seja em razão do esquema representativo apriorístico estabelecido em lei, em que os legitimados não possuem estímulos racionais para o aforamento das ações coletivas, seja porque seu distanciamento com a classe que será atingida pelos efeitos da decisão faz com que as soluções propostas não sejam exatamente aquelas pretendidas pelos titulares, que acabam ingressando com ações individuais (sem que a legislação vede a concomitância de ações individuais na pendência de uma coletiva), seja ainda em razão da limitação dos efeitos da coisa julgada ao âmbito territorial do órgão prolator da decisão ou da vedação de ações coletivas com o propósito de conter determinados ilícitos (relativos à FGTS ou tributos). Rodolfo de Camargo Mancuso elenca algumas dificuldades do sistema coletivo (*op. cit.*, p. 36):

“Sem embargo, esse sistema processual diferenciado, advindo há um quarto de século, aos poucos foi exibindo deficiências, ora por incompreensões conceituais, ora pelo vezo do trâmite

concomitante de ações coletivas com um mesmo objetivo, propostas por diferentes colegitimados, ora, enfim, porque — dada a garantia constitucional de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) — o sistema consente que, na pendência da ação coletiva, é possível o ajuizamento da demanda individual concernente ao mesmo *thema decidendum* (Lei n. 8.070/90, § 2º do art. 103; art. 104), sem prejuízo do transporte *in utilibus, secundum eventum probationis*, da coisa julgada coletiva favorável, em prol dos indivíduos que optaram por não ajuizar suas ações ou que as sobrestaram.”

A esses fatores limitadores, acrescentam-se os índole pan-processual, como os culturais, a falta de estrutura de pessoal dos órgãos e entidades legitimadas e os entraves gerados pela jurisprudência. Como explica Edilson Vitorelli, citando Sérgio Cruz Arenhart (*op. cit.*, p. 161) “sob a ótica pan-processualista, o serviço público justiça deve ser compreendido e avaliado tanto da perspectiva processual, quanto sob a ótica legislativa, estrutural e cultural”.

Diante desse quadrante, como imperativo do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CR), o qual, dentre as suas vertentes, demanda que o processo seja estruturado de acordo com os interesses que busca tutelar, o Novo Código de Processo Civil passa a prever mecanismos de processo e julgamento que trabalham com a litigiosidade de massa ou de alta intensidade, própria de uma sociedade de consumo, em que as múltiplas relações individuais são moldadas de modo semelhante em virtude de serem travadas com um único agente econômico e sua política empresarial instituída. E como já asseverado, ainda que haja multiplicidade de agentes econômicos, estes tendem a nivelar os custos de produção, entre eles as condições de trabalho, para concorrerem no mercado em igualdade de condições. Como explica Gustavo Milaré Almeida (*op. cit.*, p. 401):

“O novo Código de Processo Civil (NCPC) claramente procura tratar da litigiosidade individual ou “de varejo” e da litigiosidade em massa ou de alta intensidade. Esta mediante o delineamento de verdadeiro microssistema de litigiosidade repetitiva, que amplamente prestigia os precedentes jurisprudenciais.”

Dentro desse microssistema de litigiosidade repetitiva, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cujo julgamento de um processo padrão fixará uma tese jurídica geral obrigatória aplicável aos casos repetidos, atuais e futuros.

Inegavelmente, as demandas repetitivas ou seriais poderiam ser tratadas por meio do aforamento de ações civis coletivas, na tutela de

direitos individuais homogêneos. Todavia, a existência dos diversos óbices e limitadores citados, ainda que perfunctoriamente acima, acaba por redundar na propositura individual das ações, as quais têm em comum uma mesma questão jurídica subjacente. Por conseguinte, essas demandas, uma vez distribuídas entre os diversos órgãos jurisdicionais, como é próprio do regime de repartição de competência, possivelmente terão soluções diversas, a depender da convicção pessoal do julgador, gerando desigualdade e insegurança jurídica.

Naturalmente, o IRDR, justamente por lidar com a mesma espécie de litigiosidade combatida pelas ações civis coletivas, possui semelhanças com a tutela coletiva, como o objetivo de evitar decisões conflitantes e gerir a litigiosidade em massa. Simultaneamente, por ser um instrumento gestado para funcionar internamente, na fase judicial, possui também diferenças: enquanto nas ações coletivas haverá origem comum, necessariamente, uma questão fática, no IRDR, o ponto de ligação entre as demandas é uma questão jurídica; nas ações coletivas somente serão beneficiadas pelo julgamento as pessoas ligadas pela mesma origem fática, ao passo que no IRDR serão atingidas (para serem beneficiadas ou prejudicadas — *pro et contra*) todas as pessoas que debatam processualmente idêntica questão jurídica, independentemente de uma origem factual diversa.

Assim, para atender aos reclamos de demandas massificadas, de conformação isomórfica, em razão de uma mesma questão jurídica subjacente, o devido processo legal impôs o desenvolvimento de novas técnicas processuais, que se somam à tutela coletiva, para garantir que o acesso à justiça venha a ser implementado, no sentido de uma ordem jurídica justa, igualitária e eficiente, direito fundamental do cidadão (art. 5º, inciso XXXV, da CR). Um dos instrumentos gestados com esse desiderato foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

E o novo Código de Processo Civil, passando ao largo da regulamentação do espinhoso processo coletivo, e, ao mesmo tempo, precisando lidar com o problema da eficiência e distribuição da justiça, o qual passa, necessariamente, pela existência de demandas de massa e pelo questionamento da eficácia dos mecanismos até então existentes para pacificação dessas controvérsias, adotou o sistema de precedentes obrigatórios (art. 927 do NCPC) e mecanismos de gestão de casos repetitivos (art. 928 do NCPC).

Assim, atendo-se ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que, ao lado dos recursos repetitivos, compõe o sistema de julgamento de casos repetitivos, tem-se que o IRDR constitui uma terceira via, aposta entre a tutela coletiva e individual, cuidando de casos plurindividuais

(estando abarcado no conceito de pluindividuais, os direitos individuais homogêneos).

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme já anunciado, os arts. 976 a 987 do CPC/15 regulam o incidente de resolução de demandas repetitivas, como mais um instrumento de gestão dos casos repetitivos, de modo a assegurar, de um lado, a igualdade e segurança jurídica na aplicação da lei e, de outro, a contenção das demandas em curso e futuras, por meio da fixação de um precedente que será de observância obrigatória para o Tribunal e juízos a ele vinculados.

Como também já foi dito, a seara trabalhista constitui campo fértil para as ações de massa, pois uma única diretiva empresarial, adotada seja em uma empresa, seja em todo um segmento econômico, atinge simultaneamente vários trabalhadores. Essas demandas de massa acabam por desaguar no Poder Judiciário por meio de múltiplas ações individuais ou mesmo coletivas, caso em que, submetidas à apreciação de cada um dos milhares de juízes do país, podem e possivelmente receberão uma solução diversa, a depender do entendimento pessoal do magistrado, da postura da parte em recorrer, da forma como as ações foram conduzidas, da maneira como a pretensão foi declinada, das provas produzidas, enfim, das condutas processuais das partes do processo.

Por conseguinte, pessoas em uma mesma situação jurídica podem receber tratamento diferente por parte do Poder Judiciário, causando perplexidade, desigualdade e insegurança jurídica, estimulando, ainda aventuras jurídicas por parte de empregados e, principalmente, a manutenção de um comportamento ilegal por parte do empregador, apostando que, nas vezes que for acionado, poderá conseguir, pela diversidade de fatores citada acima, algumas ou várias vitórias judiciais. É o que explica Marinoni (*op. cit.*, p. 576):

“Ora, a multiplicação de questões idênticas pode gerar a consequência de que o Direito seja aplicado de forma diferente aos interessados, fazendo com que alguns sujeitos devam comportar-se de certo modo, enquanto outros estarão obrigados a conduta diversa diante da mesma situação. Isso é certamente indesejável no sistema e estimula, sobretudo, a multiplicação de demandas,

até porque, até a decisão da questão singular, em relação a cada um dos sujeitos, nenhum deles poderá de antemão afirmar com certeza como deve ser tratada a sua situação.”

Estão presentes, portanto, as premissas fáticas que aconselham a admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Processo do Trabalho: não somente a mesma realidade de múltiplas demandas idênticas ou assemelhadas, como a possibilidade real de decisões conflitantes, somadas aos objetivos desejáveis de tratamento igualitário das causas, previsibilidade das decisões futuras, abreviamento do tempo de tramitação do processo e fixação de um padrão desejável de conduta por parte dos atores sociais.

De outra banda, de larga data se admitem as demandas coletivas no Processo do Trabalho. Na verdade, o dissídio coletivo (econômico, jurídico ou de greve) e a ação de cumprimento, ações tipicamente trabalhistas, são os antecedentes remotos dos modernos instrumentos de tutela coletiva utilizados na Justiça do Trabalho, como a ação civil pública, a ação civil coletiva, o mandado de segurança coletivo, etc.

Mais recentemente, a Lei n. 13.015/2014 inseriu o recurso de revista repetitivo na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 896-B e 896-C), instituto de objetivo assemelhado ao IRDR, tanto assim que, ao lado deste, compõe aquilo que o Novo Código de Processo Civil passou a chamar de julgamento de casos repetitivos (art. 928).

Outrossim, o Processo do Trabalho tem como um de seus nortes o princípio da subsidiariedade, com sede no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil, preceitua em seu art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

O direito processual comum sempre foi fonte normativa subsidiária para o processo do trabalho, quando verificada a incompletude da disciplina específica e sua compatibilidade principiológica.

Passando ao largo da discussão quanto à compatibilidade entre si desses preceitos (art. 796 da Consolidação das Leis do Trabalho e art. 15 do Novo Código de Processo Civil), perfilhamos o entendimento de que, ante a especificidade da norma trabalhista, os pressupostos da heterointegração previstos na CLT devem prevalecer, sendo o caso de aplicação subsidiária

do IRDR ao processo do trabalho⁽²⁾. Nesse sentido, foi o entendimento do TST, ao editar a IN n. 39/2016, cujo art. 1º expressamente preceitua:

“Art. 1º Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei n. 13.105, de 17.3.2015.”

Além da omissão da legislação trabalhista, o mecanismo é inteiramente compatível com a celeridade, economia e efetividade processuais, princípios que norteiam este ramo de conhecimento, pelo que o instituto se aplica nesta Especializada. Consagrando essa linha de entendimento, o art. 8º da IN n. 39/2016 do TST:

“Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

§ 1º Admitido o incidente, o relator suspenderá o julgamento dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região, no tocante ao tema objeto de IRDR, sem prejuízo da instrução integral das causas e do julgamento dos eventuais pedidos distintos e cumulativos igualmente deduzidos em tais processos, inclusive, se for o caso, do julgamento antecipado parcial do mérito.

§ 2º Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, dotado de efeito meramente devolutivo, nos termos dos arts. 896 e 899 da CLT.

§ 3º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho será aplicada no território nacional a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito.”

(2) Embora o art. 15 do CPC/15 não tenha revogado o art. 769 da CLT, em razão dessa última norma ser especial, o art. 15 do CPC/15 traz como repercussão imediata a autorização normativa genérica para aplicação supletiva do Processo Civil ao Processo do Trabalho, nos casos em que a CLT, apesar de disciplinar algum instituto, não seja completa, por exemplo, causas de impedimento e suspeição do juiz, produção de provas, etc.

A respeito da diferença entre aplicação supletiva e subsidiária, invocam-se os ensinamentos de Mauro Schiavi (*op. cit.*, 84): “a) supletivamente: significa aplicar o CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa (...); b) subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinado instituto processual”.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE. PROCEDIMENTO. EFEITOS. REVISÃO

Consoante o art. 976, *caput*, do CPC/15, “é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I — efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II — risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Ademais, o § 4º, do mesmo preceito disciplina ser “incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

Interpretando esses requisitos — que o próprio Código nomina de pressupostos de admissibilidade do incidente de resolução demandas repetitivas — tem-se que são dois de cunho positivo, listados no *caput* do art. 976, e um de teor negativo, previsto no § 4º do mesmo artigo.

O primeiro deles, exige haja efetiva multiplicidade de processos sobre uma mesma questão de direito, valendo ressaltar que, no IRDR, os fatos devem ser incontroversos, remanescendo discussão unicamente sobre a questão de direito, que pode envolver tema de direito processual ou material (art. 928, parágrafo único, do CPC/15). Relativamente à multiplicidade de processos, são aqueles que trazem consigo verdadeiras demandas de massa, sendo que essa efetiva repetição de processos deve ser verificável no momento de instauração do incidente, o qual não pode ser iniciado como medida preventiva da multiplicação futura de processos. Como adverte Marinoni (*op. cit.*, p. 579):

“Note-se que não basta o potencial risco de multiplicação. Ou seja, não basta que a questão de direito tenda a repetir-se em outras causas futuras. É necessário que a reprodução dessa questão em outros processos seja concreta, efetiva, existente já no momento em que é instaurado o incidente.”

Dessarte, vislumbrando-se a possibilidade futura de multiplicação de processos, poderá ser o caso de instauração de outro incidente, o de assunção de competência, desde que presentes os demais requisitos

de admissibilidade — relevante questão de direito e recurso, reexame necessário ou processo de competência originária do Tribunal.

O segundo pressuposto de admissibilidade do IRDR é o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Conforme dito, pessoas em uma mesma situação jurídica devem receber tratamento uniforme do Poder Judiciário, por aplicação do princípio da igualdade. Quando isso não ocorre, além da desigualdade, existe outro efeito, que é quebra da segurança jurídica. Conforme explica Marinoni (*op. cit.*, p. 579):

“Normalmente, esse risco se traduz pelo perigo de que, diante da mesma controvérsia a respeito de questão de direito, pessoas recebam tratamento jurisdicional distinto, tratamento esse que compromete a segurança jurídica. Assim, o simples tratamento diverso da mesma questão de direito por órgãos diferentes não basta, até porque esse em determinado momento é normal, sendo que para solucionar esse problema preveem-se outras técnicas processuais (consistentes na observância dos precedentes ou em outros institutos assemelhados). Para o incidente, é necessário que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação fática será tratada pela Justiça Civil.”

Interessante ressaltar que não é qualquer divergência de entendimento dentro do Judiciário que levará à instauração deste incidente, mas somente quando a disparidade for forte o bastante para começar a abalar a confiança de que determinada orientação predominante no Tribunal esteja mudando de rumo, quando teremos presente o risco à segurança jurídica. Nos demais casos, em que um juiz de primeiro grau, por exemplo, venha a adotar de modo isolado um entendimento discrepante da posição majoritária do Tribunal, a solução deve vir pelas vias normais recursais ou mesmo mediante reclamação, quando cabível.

O último pressuposto de admissibilidade do IRDR, dito negativo, refere-se à inexistência de afetação de recurso, por um dos Tribunais superiores, para a definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. O marco temporal é a efetiva afetação do recurso. Em se tratando do recurso de revista, é a afetação do processo piloto pelo Presidente da

Turma ou da Seção Especializada. A vedação é expressão do princípio da economia processual, impedindo seja instaurado o incidente quando procedimento que também surtirá os mesmos efeitos práticos, já foi iniciado por uma Corte Superior, sendo oportuno ressaltar que este último alcançará uma amplitude territorial consideravelmente maior.

A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado, não havendo que se falar em preclusão ou coisa julgada (art. 976, § 3º, CPC/15).

Conforme previsto no art. 978, *caput*, do CPC/15, o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do Tribunal. Portanto, cuida-se de incidente que se processa em Tribunal.

Embora a lei tenha transferido a matéria para o regimento interno de cada Tribunal, impôs como condicionante seja escolhido o órgão responsável pela uniformização de jurisprudência. Esse mesmo órgão, que apreciará o IRDR, ficará responsável pelo julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente (art. 978, parágrafo único, CPC/15).

Cumpra observar que, no caso do IRDR, há um fracionamento no julgamento: primeiro será analisado o incidente, e, posteriormente, o mérito do recurso. Entretanto, no caso do processo-piloto, ambos os julgamentos, deverão ocorrer pelo mesmo órgão regimentalmente definido, dentre aqueles com atribuição para a uniformização da jurisprudência do Tribunal.

Quanto à legitimidade para requerer a instauração do incidente, de acordo com o art. 977 do CPC/15, o pedido de instauração do IRDR, dirigido ao presidente de Tribunal, terá como legitimados ativos: “I — o juiz ou relator, por ofício; II — as partes, por petição; III — o Ministério Público ou a Defensoria Pública, por petição”. Assim, o juiz da causa ou o relator, bem como qualquer das partes do processo são legitimados ativos para o IRDR. Quanto à legitimidade da Defensoria Pública, deve-se vislumbrar no caso interesse de necessitados (art. 134, CR), vez que é essa sua missão institucional.

O IRDR não se sujeita a prazo para instauração e tampouco a custas (art. 976, § 5º, CPC/15). Interessante perceber que, a despeito da redação do art. 978, parágrafo único, do CPC/15, o qual fixa a competência do órgão que julgou o IRDR para julgar o recurso, o reexame necessário ou o processo de competência originária do Tribunal, deixar transparecer que o IRDR somente seria cabível quando o processo estivesse no Tribunal — à

semelhança do que ocorre no incidente de assunção de competência — o IRDR poderá ser instaurado ainda que o processo piloto esteja em primeiro grau, na Vara do Trabalho, caso em que, quando em grau recursal, haverá prevenção do órgão do Tribunal que julgou o incidente para apreciar também o recurso.

Assim, embora o IRDR não se submeta a prazo para instauração, o processo piloto deverá estar tramitando no Tribunal ou em juízo de primeiro grau a ele vinculado, não se admitindo o incidente quando o processo estiver em Tribunal Superior, ante a existência de outras técnicas processuais para a resolução de demandas repetitivas (recurso de revista repetitivo, assunção de competência, etc).

A provocação do incidente deverá ser feita por petição ou ofício, a depender do legitimado. Ofício, quando for legitimado ativo o juiz ou relator e, petição, nos demais casos. A lei exige ainda seja o pedido instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente: multiplicidade de demandas sobre a mesma questão de direito, risco à isonomia e à segurança jurídica e, por fim, a ausência de julgamento de recurso repetitivo por Tribunal Superior.

A admissão do IRDR compete ao órgão colegiado responsável por seu julgamento, vedando-se qualquer apreciação monocrática do relator quanto ao preenchimento de seus pressupostos de admissibilidade (art. 981, CPC/15). Como esclarece Bruno Dantas (*op. cit.*, p. 2188): “A decisão proferida no juízo de admissibilidade do IRDR é irrecorrível, seja ela positiva ou negativa. Essa irrecorribilidade, evidentemente, não se estende à oposição dos embargos declaratórios, que visam a aperfeiçoar a decisão, tornando-a mais clara e inteligível”.

O art. 979 do CPC/15, preceitua que “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Na mesma linha, “os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro” (§ 1º).

Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (§ 2º). A respeito do tema, interessantes as observações de Bruno Dantas (*op. cit.*, p. 2186):

“Nota-se, ainda, que a ampla e específica divulgação e publicidade concretizam o princípio da isonomia em vários aspectos, na medida em que: (i) possibilita a identificação e afetação dos processos idênticos existentes; (ii) autoriza que o entendimento estabelecido no incidente seja aplicado aos demais processos afetados no incidente, assim como aplicado a outros processos que também enfrentem aquela questão de direito; (iii) apresenta uma pauta de conduta a ser observada, tanto nas relações externas ao âmbito do Poder Judiciário (minimizando o potencial de massificação de demandas), como no processo (possibilitando a obediência a um entendimento estável e evitando a utilização exacerbada de meios de impugnação às decisões judiciais consequentes da instabilidade jurisprudencial).”

Uma vez admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; poderá requisitar informações aos juízos nos quais tramitam processos em que se discute a mesma questão de direito, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, sendo ato vinculado do relator, que não poderá deixar determinar a suspensão, assim que admitido o incidente pelo órgão colegiado. Por se tratar de ato vinculado, também é irrecorrível. A suspensão ordenada pelo relator fica restrita os processos de primeiro e segundo grau vinculados ao respectivo Tribunal.

Nesse passo, o art. 8º, § 1º, da IN n. 39/2016, do TST, regulamenta o efeito suspensivo do IRDR, determinando que a paralisação dos processos se dará somente quanto ao tema objeto do IRDR. Quanto aos demais pedidos, o feito prossegue normalmente. É ver:

“§ 1º Admitido o incidente, o relator suspenderá o julgamento dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região, no tocante ao tema objeto de IRDR, sem prejuízo da instrução integral das causas e do julgamento dos eventuais pedidos distintos e cumulativos igualmente deduzidos em tais processos, inclusive, se for o caso, do julgamento antecipado parcial do mérito.”

Embora a suspensão seja determinada pelo relator do IRDR, a identificação dos casos e o cumprimento da ordem será operacionalizada pelos diversos juízes e relatores nos respectivos processos que estejam sob seu encargo. Calha asseverar que no IRDR não há previsão para intimação

da parte da decisão de suspensão e tampouco do modo de sua insurgência quanto à suspensão de seu processo (por entender, por exemplo, que há distinção entre a questão de direito discutida do incidente e em seu processo — *distinguishing*). Por isso, aplica-se analogicamente, a dinâmica prevista para os recursos de revista e extraordinário repetitivos. Nesse sentido, de acordo com o art. 1.037, § 8º, do CPC/15, aplicável ao processo do trabalho, “as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do *caput*”.

Ao ser intimada da decisão de suspensão de seu processo, a parte poderá requerer o prosseguimento, demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no IRDR (art. 1.037, § 9º, do CPC/15). A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 1.037, § 11, do CPC/15).

Reconhecida a distinção no caso, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo e comunicará a decisão ao relator do IRDR, que houver determinado o sobrestamento (art. 1.037, § 12, do CPC/15). Da decisão que resolver esse requerimento caberá agravo interno, se a decisão for do relator. No processo do trabalho, ante a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias na primeira instância, deverá o interessado impetrar mandado de segurança.

Ademais, embora o IRDR se processe no âmbito de Tribunal Regional do Trabalho, e, por conseguinte, a suspensão dos processos ordenada pelo relator fique no âmbito do Tribunal e Juízos a ele vinculados, qualquer legitimado ativo (juiz ou relator, partes, Ministério Público e Defensoria Pública) poderá requerer ao Tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou de revista, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional, que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. Também a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a ampliação do efeito suspensivo para todo o território nacional, isso independentemente de seu processo tramitar na área de competência territorial de Tribunal diverso daquele perante o qual tramita o IRDR.

Entretanto, caso determinada a suspensão de processos em todo o território nacional, esta cessa se não for interposto o recurso de revista ou o recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente. Mesmo durante a suspensão, poderá ser deferido pedido de tutela de urgência, o qual deverá ser requerido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Embora, conforme já explanado, o IRDR não tenha prazo para instauração, necessitando somente de um processo em curso perante o

Tribunal ou juízo singular a ele vinculado, o incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 980, *caput*, CPC/15). Esse prazo tem como termo inicial a decisão colegiada de admissibilidade do IRDR.

Superado esse prazo, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, que poderá prorrogar o período de suspensão dos processos. A inobservância desse prazo de 1 (ano) para o julgamento do IRDR, evidentemente não impede seu julgamento fora do prazo, tendo como única consequência imediata a cessação do efeito suspensivo sobre os processos em curso.

Transcorrido o prazo de 1 (um) ano, desnecessária seja prolatada outra decisão ordenando o prosseguimento dos processos, cujos cursos haviam sido paralisados pela suspensão ordenada pelo relator do IRDR. Caberá a cada juízo ou relator dos processos até então paralisados promover-lhes os andamentos subsequentes de ofício e/ou às partes interessadas requererem o que de direito, comprovando o decurso do prazo da suspensão.

De acordo com os §§ 1º e 2º do art. 976 do CPC/15, respectivamente, “a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”, sendo que, “se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”.

Superada a fase de informações preliminares — colhidas junto ao “Parquet” e aos juízos perante os quais tramitam os múltiplos processos sobre a mesma questão de direito — chega-se ao momento de ampliação do debate, com oitiva das partes e dos demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, as quais, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (art. 983, CPC/15).

Quaisquer partes em processos suspensos possuem interesse jurídico para intervir no IRDR na condição de assistentes simples. Admite-se também a figura do “*amicus curiae*”, como terceiro desinteressado, que trará informações relevantes para o deslinde da questão, podendo, inclusive, recorrer da decisão do IRDR.

Após as manifestações das partes, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo de 15 (quinze) dias.

Ademais, para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983, § 1º, CPC/15).

Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente (art. 983, § 2º, CPC/15). Conforme já mencionado, nessa oportunidade, sem prejuízo da posterior análise do mérito do processo em si, será realizado somente o julgamento do incidente, com a fixação de tese jurídica geral.

No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I — o relator fará a exposição do objeto do incidente; II — poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. Considerando o número de inscritos, o prazo para os demais interessados sustentarem oralmente suas razões poderá ser ampliado (art. 984, *caput* e § 1º, do CPC/15).

O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (art. 984, § 2º, CPC/15). A exigência de uma fundamentação completa da questão de direito decidida, justifica-se para a definição de seu alcance e de sua futura revisão — pois ficará expresso o contexto histórico e fático em que a decisão foi tomada, bem como os argumentos que foram apreciados.

O IRDR, como o próprio nome indica, é um incidente processual, de modo que a decisão nele prolatada constitui típica interlocutória, a qual, em regra, seria irrecorrível de imediato no processo do trabalho. Entretanto, tendo em vista os efeitos esperados com o julgamento do IRDR, especialmente a segurança jurídica, não se mostra racional aguardar a decisão definitiva do processo piloto, para, somente então, quando já esgotado o período de suspensão dos processos coletivos e individuais, ser viável a apresentação de recurso. De outro lado, também não se mostra adequada a prorrogação do prazo de suspensão dos processos, somente para se aguardar o trâmite do processo piloto.

A primeira solução seria um sacrifício desmedido à segurança jurídica; e a segunda, à celeridade processual, em prol da pura e simples preservação da irrecorribilidade imediata das interlocutórias, cuja aplicação, nesse caso, estaria descolada dos valores que a sustentam (como a efetividade e celeridade processuais).

Por isso, esse é mais um caso de exceção à irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias na Justiça do Trabalho, sendo o caso de se aplicar a disciplina prevista no art. 987 do CPC/15, aceitando-se, do julgamento do mérito do incidente, a interposição de recurso de revista (art. 987, § 1º, CPC/15). Trilhando esse mesmo entendimento, o art. 8º,

§ 2º, da IN n. 39/2016, do TST: “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, dotado de efeito meramente devolutivo, nos termos dos arts. 896 e 899 da CLT”.

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho será aplicada no território nacional a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987, § 2º, CPC/15 c/c art. 8º, § 3º, da IN n. 39/2016, do TST).

Uma vez julgado o incidente, a tese jurídica nele firmada será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo Tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do Tribunal, salvo revisão de tese (art. 985, *caput*, CPC/15).

Ademais, se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art. 985, § 2º, CPC/15).

Com o julgamento do IRDR, autoriza-se o julgamento de improcedência liminar (art. 332, do CPC/15), a concessão da tutela de evidência (art. 311 do CPC/15), a dispensa do reexame necessário (art. 496 do CPC/15), a dispensa da prestação de caução no cumprimento provisório (art. 521 do CPC/15) e o julgamento monocrático pelo relator das ações individuais e coletivas, presentes e futuras (art. 932 do CPC/15). Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação (art. 985, § 1º, CPC/15).

Admite-se a revisão da tese jurídica decidida no incidente pelo mesmo Tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos mesmos legitimados (juiz ou relator, partes, Ministério Público e Defensoria Pública), não havendo prazo para a revisão, a qual poderá ocorrer a qualquer tempo.

À semelhança do que ocorre nos recursos repetitivos, caberá a revisão da tese jurídica quando houver alteração na situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que tenha alterado a orientação até então consagrada (*overruling*) (*overriding*).

Alterações relevantes na situação econômica, social ou jurídica, as quais possuem influência na matéria julgada e aconselhem sua superação, podem fazer com que o mesmo Tribunal substitua o precedente por outro

(*overruled*) ou limite sua incidência (*overriding*). Cláudio Brandão explica o conceito de *overruled* e *overriding* (*op. cit.*, p. 180-181):

“(...) caracteriza-se quando o próprio que firmou o precedente decide pela perda de sua força vinculante, por haver sido substituída (*overruled*) por outro. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra e pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*), quando resolve, expressamente, adotar uma nova orientação e abandonar a anterior, ou tácita (*implied overruling*), quando essa nova orientação é adotada em confronto com a anterior, embora sem que o faça de modo expresso. Em ambos os casos, exige-se uma carga de motivação maior, que contenha argumentos até então não suscitados e justificação complementar capaz de incentivar o Tribunal a modificar a tese jurídica — *ratio decidendi*, ou razão de decidir — o que, convenha-se, não deve ocorrer com frequência, em virtude da necessidade de preservação da segurança jurídica”. Já *overriding* “é a técnica de superação que se diferencia da anterior por ser de menor alcance. Neste caso, o Tribunal apenas limita o âmbito de incidência do precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Não há superação total, mas parcial do precedente, semelhante ao que ocorre com a revisão das súmulas vinculantes.”

4. A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS POR MEIO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Os direitos individuais homogêneos encontram-se definidos no art. 81, inciso III, do CDC, sendo entendidos como os decorrentes de origem comum. No caso dos direitos individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis e, por conseguinte, o objeto da pretensão é divisível. A respeito da origem comum, explica Kazuo Watanabe (CAVALCANTI, 2016, p. 186):

“A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos

de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles.”

Justamente em razão de serem direitos individuais, a tutela processual pode ser operacionalizada de modo individual (atomizado) ou coletivo (molecularizado). Para fins de cabimento da ação civil coletiva para a tutela desse tipo de direito, a amplitude do conceito legal foi paulatinamente limitada pela doutrina e pela jurisprudência, a qual passou a considerar que a mera origem comum não seria suficiente para caracterizar os direitos individuais como homogêneos, passando-se a adotar outros dois requisitos: a prevalência das questões comuns sobre as individuais e a superioridade, no caso concreto, da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficiência.

Ocorre que, para fins de admissibilidade do IRDR, a mera existência de questão comum de direito repetitiva já autoriza o cabimento do incidente, pouco importando os demais contornos das lides postas à apreciação do Poder Judiciário. Basta-se pensar em um IRDR que tenha como objeto uma questão processual, por exemplo, a aplicação do prazo em dobro para o Ministério Público do Trabalho manifestar-se em todos os atos processuais (aplicação subsidiária do art. 180 do CPC). Nesse caso, pouco importam as demais questões de mérito envolvidas nas demandas repetitivas, que podem tratar de diversos temas, desde que, nas várias demandas seriais, essa questão venha sendo objeto de controvérsia, com o risco de decisões contraditórias prolatadas perante os diversos juízos. Como explica Marcos de Araújo Cavalcanti (CAVALCANTI, 2016, p. 198-199):

“Importante lembrar que os direitos individuais homogêneos podem estar dispersos e submetidos ao exame do Poder Judiciário por meio de uma pulverização de demandas repetitivas. É possível, portanto, que sejam defendidos ou examinados de forma molecular, por meio das ações coletivas ou do IRDR, ou de maneira atomizada, por meio da pulverização de demandas individuais. São essas últimas demandas que, normalmente (mas não exclusivamente) dão origem ao fenômeno dos processos repetitivos. Isso porque as causas de pedir e os pedidos são extremamente similares, fazendo com que, quase sempre, as dúvidas e pontos controvertidos (questões) sejam praticamente idênticos. Esses processos versam, portanto, em larga escala, sobre questões de direito e/ou fáticas de origem comum e homogêneas.”

Em outras palavras, a origem comum, para fins de delineamento da homogeneidade necessária para a admissão do IRDR, não se relaciona,

necessariamente, com os elementos da demanda (partes, pedido ou causa de pedir). A identidade (homogeneidade) das questões pode surgir em ações completamente diferentes entre si, mas cuja discussão no processo tenha feito emergir um elemento comum.

Assentada a premissa de que o IRDR se presta a resolver questões homogêneas de direito, solucionando de modo coletivo as questões que se encontram pulverizadas nas diversas ações individuais, deve incidir, no que houver omissão, o microsistema processual coletivo utilizado para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: a Lei n. 7.347/85, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, dentre outros diplomas que, em conjunto, formam a disciplina normativa do processo coletivo no Brasil. É o que sustenta Marcos de Araújo Cavalcanti (CAVALCANTI, 2016, p. 206):

“Acontece que o microsistema processual coletivo também abrange o modelo processual de solução de casos repetitivos. Esse modelo nada mais é do que o conjunto sistemático de leis que regulamenta a forma de resolução coletiva de questões homogêneas pulverizadas em demandas repetitivas. Os dispositivos do NCPC que tratam do IRDR e dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam o núcleo do modelo processual de solução de casos repetitivos que, embora tenham natureza especial, integram o microsistema processual coletivo, aqui entendido como o ordenamento processual geral que regulamenta a tutela jurisdicional coletiva. Entretanto, os dispositivos relativos ao IRDR e aos recursos extraordinários e especiais repetitivos previstos no NCPC terão natureza de legislação especial em relação às demais disposições do microsistema processual coletivo.”

Em que pese ambos os instrumentos se refiram a direitos individuais homogêneos, imperioso destacar uma marcante diferença entre os efeitos do julgamento do IRDR e das ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos. Enquanto nas ações civis coletivas o julgamento somente poderá beneficiar os substituídos (art. 103, inciso III, CDC), no caso do julgamento do IRDR, dispõe o diploma processual civil que a tese jurídica geral será obrigatoriamente observada em todos os processos atuais e futuros (demandas que ainda venham a ser propostas), independentemente do resultado do julgamento, ou seja, os efeitos da decisão são *pro et contra*, não se limitando somente a beneficiar os substituídos. É o que dispõe o art. 985, CPC, *in verbis*:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I — a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II — aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

E se houver recurso de revista ou extraordinário da decisão que aprecia o IRDR, a tese jurídica adotada em grau recursal pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito, isto é, o âmbito de abrangência do julgamento se alargará e projetará efeitos para os processos do país inteiro, independentemente do resultado do julgamento, se favorável ou contrário.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO COMO ÓRGÃO AGENTE NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

O Ministério Público e, por conseguinte, o Ministério Público do Trabalho, quando o IRDR versar sobre matéria de competência da Justiça do Trabalho, possui legitimidade ativa para requerer a instauração do incidente (art. 977, inciso III, CPC). Ademais, assumirá sua titularidade em caso de desistência ou abandono do processo pelo autor originário (quando passará de órgão interveniente para agente) (art. 977, § 2º, CPC) e poderá requerer ao Tribunal a revisão da tese jurídica firmada no incidente (art. 986, CPC).

Como autor do incidente processual, competirá ao *Parquet* demonstrar na petição inicial o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, além de demonstrar que não há recurso repetitivo afetado, sobre a mesma matéria (recurso de revista ou extraordinário repetitivo).

Para fundamentar o pedido, pode ser utilizados os instrumentos extrajudiciais de formação de convencimento do membro do Ministério Público, como meios preparatórios para a provocação do incidente. Assim,

poderão ser instaurados procedimento preparatório de inquérito civil e inquérito civil público para que sejam colhidos os elementos necessários para o ajuizamento do incidente, quando o *Parquet* poderá requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85). O art. 1º, da Resolução n. 23/2007, do CNMP, define o inquérito civil:

O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Portanto, no curso do procedimento administrativo, competirá levantar o número e as respectivas identificações das ações em curso (ações repetitivas), delimitar a questão de direito idêntica, bem como colacionar as diversas decisões conflitantes já prolatadas sobre a mesma questão, a revelar o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Cumprido asseverar que a instauração do inquérito civil poderá ocorrer de ofício (art. 2º, inciso I, da Resolução n. 23/2007 do CNMP), mormente quando o membro do Ministério Público do Trabalho identificar que uma mesma questão de direito, a qual se repete em diversos processos, vem sendo decidida de modo diverso entre os diversos órgãos do Tribunal, em temas que constituem prioridades de atuação institucional, por exemplo, trabalho infantil, trabalho escravo, fraudes à relação de trabalho (como terceirização e cooperativas irregulares), meio ambiente do trabalho, entre outros assuntos.

Com isso não se pretende limitar a provocação do IRDR por parte do *Parquet* somente aos casos em que a questão de direito repetitiva tenha pertinência com as metas institucionais. Ao contrário, o incidente coletivo, por seu próprio desiderato de assegurar a igualdade e a segurança jurídica, princípios constitucionais de maior quilate, já autoriza que o Ministério Público do Trabalho, desde que identifique a multiplicidade de processos sobre uma mesma questão de direito e decisões conflitantes, a abalar a isonomia e a segurança jurídica, a provocar incidente coletivo, valendo-se, previamente e se necessário, dos mecanismos extrajudiciais de apuração.

O interesse público, revelado pela natureza da demanda, decorre também de todos os consectários do julgamento do IRDR. De acordo com o Código de Processo Civil, com o julgamento do IRDR, autoriza-se o julgamento de improcedência liminar (art. 332 do CPC/15), a concessão da tutela de evidência (art. 311 do CPC/15), a dispensa do reexame necessário

(art. 496 do CPC/15), a dispensa da prestação de caução no cumprimento provisório (art. 521 do CPC/15) e o julgamento monocrático pelo relator das ações individuais e coletivas, presentes e futuras (art. 932 do CPC/15), quanto à questão decidida. Ademais, não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação (art. 985, § 1º, CPC/15).

Em síntese, pode-se afirmar que, além da obrigatoriedade da tese jurídica geral fixada no incidente, o julgamento do IRDR provocará uma abreviação do curso processual das demais demandas, o que reforçará ainda mais o caráter obrigatório do precedente fixado, tendo sido estruturado todo um sistema de gestão de casos repetitivos, na esteira de administrar a estocagem de processos, objetivo esse que também se coaduna com o perfil do Ministério Público do Trabalho como órgão essencial à Justiça, que busca uma solução molecularizada para as questões de massa, aliviando-se a sobrecarga de trabalho do Judiciário.

De outra banda, se a legitimidade do *Parquet* não se limita às metas institucionais, não se pode descurar a importância de que essa atuação no incidente coletivo esteja em harmonia com os fins da Instituição e seus projetos de atuação. Isso porque, a partir do momento em que uma questão homogênea de direito (que requeira a atuação do Ministério Público do Trabalho, e mais, que seja meta ou projeto do órgão) for apreciada sob o regime do IRDR, a tese jurídica geral deverá ser necessariamente observada em todos os processos individuais e coletivos, atuais e futuros.

Assim, o advento do IRDR abre diante do Ministério Público do Trabalho uma nova frente de atuação, ao menos no que tange às questões prioritárias, por meio do acompanhamento constante das decisões dos Tribunais e dos juízos de primeiro grau, permanecendo a Instituição atenta aos rumos da jurisprudência para que um projeto ou uma meta de atuação não venha a ser prematuramente frustrada pela pacificação de uma tese jurídica geral contrária ao posicionamento institucional e jurídico do *Parquet* sobre o assunto.

Interessante perceber que, embora qualquer pessoa ou autoridade possa apresentar requerimento ou representação para a instauração de inquérito civil (art. 2º, inciso III, da Resolução n. 23/2007, CNMP), as partes do processo repetitivo, o juiz ou o relator não detêm interesse em provocar o Ministério Público do Trabalho para que este inicie o IRDR, quando possuem legitimidade ativa para tanto.

O Ministério Público do Trabalho ainda possui legitimidade concorrente para provocar a revisão da tese jurídica geral firmada no IRDR, em verdadeiro paralelismo de iniciativa com o incidente originário.

Inicialmente, importante mencionar que a lei não outorgou às partes dos processos repetitivos a legitimidade para requerer a revisão da tese jurídica geral fixada⁽³⁾, sendo que, nesse caso, não há impeditivo para que estas formulem representação ao *Parquet* para a revisão de tese. Novamente, permite-se que o membro do Ministério Público do Trabalho instaure, sob sua presidência, inquérito civil, a fim de coligar elementos para o pedido de revisão (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85). Outrossim, não há prazo para a revisão, a qual poderá ocorrer a qualquer tempo.

À semelhança do que ocorre nos recursos repetitivos, caberá a revisão da tese jurídica quando houver alteração na situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que tenha alterado a orientação até então consagrada (*overruling*) (*overriding*).

Na petição inicial do que se pode chamar de “IRDR de revisão”, deverá o *Parquet* demonstrar a necessidade de revisão da tese fixada, colacionando, desde logo, os elementos de prova documental de que dispuser. Como ensina Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2016, p. 109-110):

“Ora, um precedente não pode ser questionado apenas por se supor que não guarda a melhor solução jurídica. Deve ser revogado quando não mais corresponde aos padrões de congruência social e/ou consistência sistêmica, quando há alteração da concepção geral sobre o direito — revelada em artigos, livros e decisões — bem como quando tem em sua base um claro equívoco. Mas a revogação do precedente, além de depender destas razões, deve ao mesmo tempo considerar os valores que sustentam a estabilidade, especialmente o da confiança justificada. A consideração deste valor importa para que os efeitos temporais da decisão não apanhem o jurisdicionado de forma injusta. O ônus de analisar os valores da estabilidade, na verdade, constitui um meio de prevenir a ‘surpresa injusta’.”

Cabe asseverar que, conforme o disposto no art. 984, § 2º, do CPC, “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”. Assim, poderá o IRDR de revisão ser utilizado para provocar

(3) Não obstante, o Enunciado n. 473 do Fórum Permanente de Processualistas Civis apregoa: “A possibilidade de o tribunal revisar de ofício a tese jurídica do incidente de resolução de demandas autoriza as partes a requerê-la”.

nova discussão a respeito de fundamento não trazido no julgamento anterior e que, portanto, não foi apreciado, desde que este, por si só, demonstre uma alteração substancial na concepção jurídica dominante.

A revisão poderá ser provocada não somente pelo legitimado que originariamente promoveu o IRDR no qual foi fixada a tese jurídica geral, mas por qualquer legitimado concorrente. O IRDR de revisão deve seguir os mesmos atos procedimentais do IRDR originário, inclusive com a realização de audiências públicas e participação de “*amicus curiae*” (art. 927, § 2º, CPC).

A revisão da tese, requer não somente que a parte decline e comprove fundamentos substanciosos, como um *decisium* com fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, ou seja, exige-se uma carga de fundamentação ainda maior que aquela que originariamente foi utilizada para fixar a tese, revisitando-se os argumentos originários e apreciando-se se as modificações, sejam de cunho social, político, cultural, econômico ou jurídico, infirmaram cada um dos fundamentos imprescindíveis para a decisão (*ratio decidendi*).

A tese jurídica geral, fixada na revisão, de todo modo, somente incidirá sobre processos ainda não findos (que ainda não transitaram em julgado), podendo haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e da segurança jurídica.

Por fim, quando o legitimado ativo abandona ou desiste de participar do IRDR, dispõe o art. 976, § 2º, do CPC que o Ministério Público deve assumir sua titularidade ativa. Para Marcos de Araújo Cavalcanti (CAVALCANTI, 2016, p. 300-301):

“(...) a desistência do IRDR não será admitida em qualquer hipótese, cabendo sempre ao Ministério Público assumir a titularidade ativa do incidente processual coletivo, enquanto que os demais colegitimados terão apenas a faculdade de assumi-la. A assunção obrigatória do IRDR pelo Ministério Público decorre da boa-fé objetiva, visto que a instauração do incidente gera a expectativa de que as questões comuns serão apreciadas de forma coletivizada.”

Em que pese a textualidade do preceito legal apontar no sentido de se estar defronte a um dever, o Ministério Público não pode ser compelido a atuar em qualquer caso, mesmo quando sua convicção jurídica imponha o contrário. Isso porque a Instituição possui independência funcional (art. 127, § 2º, CR), a qual se projeta também sobre o membro. Obrigar o *Parquet* a

assumir a titularidade de um incidente coletivo quando verifique que, no caso concreto, a desistência é justificada, porque, por exemplo, não se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, além de atentar contra a autonomia jurídica da Instituição, ainda é medida de todo contraproducente diante da instrumentalidade do processo e seus incidentes (inclusive os de feição coletiva).

Assim, em que pese a especialidade da norma, para preservar sua constitucionalidade, o art. 976, § 2º, do CPC, deve ser interpretado em conjunto com o art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, impondo-se ao Ministério Público do Trabalho a assunção do incidente coletivo somente caso a desistência seja infundada.

6. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Além da legitimidade ativa para sua instauração, o Ministério Público do Trabalho oficiará como fiscal da ordem jurídica, sempre que o incidente tenha sido provocado por outro legitimado.

Na função de “*custos iuris*”, o Ministério Público manifesta-se, ao menos, em três momentos: logo após a admissão do incidente (art. 982, inciso III, CPC/15); após a oitiva das partes e interessados (art. 983, *caput*, CPC/15) e, em sustentação oral (art. 984, inciso II, alínea “a”, CPC/15). Sem prejuízo desses momentos, o Ministério Público possui a prerrogativa processual de ser intimado pessoalmente de todos os atos do IRDR, requerer diligências e provas, recorrer e manifestar-se em qualquer fase do processo, isto é, promovendo ativamente a propulsão do feito e zelando para que o processo transcorra com a observância das garantias processuais das partes.

A norma foi pródiga e ao mesmo tempo minudente ao regular a atuação do Ministério Público no IRDR, deixando transparecer que o legislador de antemão considerou presente relevante interesse público a impor a atuação da Instituição ao menos como fiscal da ordem jurídica.

Cumpra analisar, de toda forma, se o interesse público de fato se encontra presente no IRDR, a impor, em todos os casos a intervenção do Ministério Público do Trabalho no incidente, coadunando-se com o perfil constitucional de atuação.

Deve-se recordar, primeiramente, que o IRDR cuida de questões jurídicas homogêneas de grande permeação social. Portanto, partindo-se

da premissa já assentada de que o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos, não há dúvidas de que a natureza da demanda impõe a intervenção.

Some-se a isso os efeitos do julgamento do incidente sobre as atuais e futuras demandas: o resultado do julgamento deverá ser obrigatoriamente observado em todos os processos atuais e futuros (demandas que ainda venham a ser propostas), independentemente do resultado do julgamento, ainda que o resultado seja desfavorável aos direitos individuais homogêneos, ou seja, os efeitos da decisão são *pro et contra*, não se limitando somente a beneficiar os substituídos, fator que igualmente aconselha uma atenção especial ao incidente por parte do *Parquet*.

Assim, a ausência de intimação do Ministério Público do Trabalho, em quaisquer dos momentos dispostos em lei para sua manifestação, gera nulidade, quando o *Parquet* demonstrar o prejuízo processual, com a consequente repetição dos atos processuais praticados. A nulidade somente ocorre na ausência de intimação, pois, caso intimado, o Ministério Público do Trabalho não se manifeste, não ocorrerão consequências endoprocessuais, podendo gerar repercussões disciplinares.

No primeiro momento de manifestação, cumpre ao Ministério Público verificar se estão presentes os pressupostos de admissibilidade do IRDR e se o autor possui legitimidade ativa para provocar a instauração do incidente. Nessa mesma oportunidade, verificando que falta o preenchimento de algum requisito, poderá requerer que o autor o complemente ou solicitar diligências e a produção de provas para instruir o feito.

Na manifestação após a oitiva das partes e interessados (art. 983, *caput*, CPC/15), o *Parquet* analisará o mérito do incidente, quando deverá manifestar-se sobre cada um dos argumentos declinados pelas partes para a questão de direito e tecer seus próprios argumentos, os quais serão, em conjunto com as alegações das partes, examinados na decisão que solucionar o incidente. Isso porque exige-se que cada argumento seja analisado e votado na decisão do IRDR (art. 984, § 2º, CPC), sendo a omissão passível de ensejar a interposição de embargos de declaração.

Caso o *Parquet* tenha constatado alguma nulidade e a ocorrência de prejuízo, competirá igualmente sua arguição e requerer as providências cabíveis para sua correção.

Na sustentação oral, que precede o julgamento do mérito do incidente coletivo, poderá o Ministério Público do Trabalho declinar verbalmente suas razões e argumentos, chamando a atenção dos julgadores para os pontos mais importantes da discussão. Permite-se também sejam alegadas

nulidades relativas porventura surgidas entre o momento de manifestação anterior e a sessão de julgamento e mesmo a suscitação de nulidades absolutas, que podem ser levantadas a qualquer tempo na instância ordinária.

Durante a sessão de julgamento e após a proclamação do resultado será preciso verificar primeiramente se todos os argumentos discutidos no incidente foram enfrentados na decisão, sendo que, em caso negativo, abre-se a via dos embargos de declaração para suprir a omissão. Tendo o acórdão analisado cada um dos argumentos das partes, poderá o Ministério Público do Trabalho ainda recorrer da decisão — que, a despeito de ser uma interlocutória, é recorrível de imediato — interpondo recurso de revista, com efeito meramente devolutivo (art. 8º, § 2º, da IN n. 39/2016, TST), caso tenha sido sucumbente ou se vício surgir na própria decisão.

Cumpra destacar que a doutrina acomete ao *Parquet* um papel de fundamental importância no IRDR quando atua como fiscal da ordem jurídica. Mais do que velar pela correição da prestação jurisdicional, deverá o Ministério Público do Trabalho encarregar-se da representação dos litigantes ausentes.

Conforme visto, os efeitos do julgamento do IRDR projetam-se para todas as demandas atuais e futuras que versem sobre a mesma questão de direito, independentemente do resultado do incidente. Significa que litigantes que ainda nem ajuizaram suas ações já estarão vinculados de antemão ao quanto decidido no IRDR e que, mesmo aqueles que já possuíam ações tramitando à época, mas em Tribunal diverso daquele no qual originariamente se processou o IRDR, poderão vir a ser atingidas pelo julgamento, caso venha a ser interposto recurso de revista ou recurso extraordinário da decisão, hipótese na qual a tese jurídica firmada em grau recursal será aplicável em todo território nacional.

Cuida-se, portanto, de coisa julgada *pro et contra*, como explica Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2016, p. 20):

“No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida à decisão do órgão julgador incumbido do incidente. Significa que se está diante de coisa julgada que afeta terceiros. Para que isso seja legítimo, na medida em que uma decisão não pode prejudicar a quem não pode participar, é indispensável viabilizar a participação do representante adequado dos litigantes excluídos.”

Ocorre que para que alguém seja prejudicado por uma decisão, deve ter tido a oportunidade de influenciar a decisão prolatada, o que constitui

colatório do direito constitucional de ação (art. 5º, inciso XXXV, CR) e do devido processo legal, de acordo com o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em mais de uma oportunidade, afirmou que a parte se encontra vinculada a uma questão de direito decidida anteriormente, quando participou da discussão, sendo que, *a contrario sensu*, não pode ficar impedida de relitigar uma questão se não participou em contraditório do processo anterior, ao menos por meio de um representante adequado. Em *Montana v. U.S.*, o governo dos Estados Unidos foi vencido em decisão da Suprema Corte do Estado de Montana, voltando a questionar em um segundo processo a mesma questão de direito (constitucionalidade da imposição fiscal). A Corte Distrital do Estado decidiu que a rediscussão era possível, mas o Estado de Montana recorreu e a questão chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos que, então, considerou que o governo estaria vinculado à decisão da Suprema Corte de Montana, não podendo rediscutir uma questão de direito⁽⁴⁾.

Em *Richards v. Jefferson County*, um grupo de contribuintes alegou a inconstitucionalidade de uma taxa de ocupação instituída pelo condado, tendo sido reconhecida a constitucionalidade da taxa pela Corte Estadual. Outro grupo de contribuintes ajuizou uma *class action* sobre a mesma taxa, tendo a Suprema Corte Estadual decidido que eles estariam impedidos de rediscutir a questão em virtude do quanto decidido no primeiro processo. Em grau de recurso, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que eles poderiam debater a questão, em razão de não terem sido adequadamente representados no primeiro processo, sendo essa representação imprescindível para compatibilizar a ação coletiva com a garantia constitucional de participação no processo⁽⁵⁾.

Contudo, percebe-se que no IRDR não há a previsão normativa para a representação dos litigantes ausentes, os quais, no momento de tramitação do incidente, sequer se encontram identificados (basta-se pensar que a decisão terá efeitos sobre demandas que serão ajuizadas no futuro). Poder-se-ia argumentar que tal representação adequada também não ocorre nas ações coletivas, o que constitui uma realidade que também necessita ser aprimorada. No entanto, quando se está diante do IRDR, a situação se agrava em virtude de seus efeitos *pro et contra*, que podem, inclusive, prejudicar os litigantes ausentes. É o que destaca Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2016, p. 41):

(4) *Montana v. U.S.*, 440, U.S 147 (1979).

(5) *Richards v. Jefferson County*, 517, U.S 793 (1996).

“No direito brasileiro, quando em jogo direitos individuais homogêneos, é impossível pensar em excluir o representante adequado, sob pena de violação do devido processo legal. Portanto, o incidente de resolução de demandas deveria ter previsto, nos moldes da tradição do direito brasileiro, a participação dos legitimados adequados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos. Contudo, o incidente nada previu em termos de representação adequada. Como já dito, o legislador partiu da premissa de que o incidente não estaria a resolver questão da titularidade dos litigantes das demandas repetitivas, mas simplesmente a abrir a oportunidade à elaboração de precedente obrigatório (art. 927, III, do CPC) sobre questão de direito — curiosamente do interesse dos litigantes excluídos.”

Portanto, como parte do dever funcional de que o incidente coletivo se processe em consonância com a garantia constitucional das partes, competirá ao Ministério Público velar pelo interesse dos litigantes excluídos, até mesmo porque possui legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

E mais: no IRDR os demais entes com legitimação para a defesa dos interesses individuais homogêneos, enumerados no art. 5º da Lei n. 7.347/85, podem desempenhar o papel de representantes adequados dos ausentes, figurando como partes no incidente. É como explica Luiz Guilherme Marinoni (*op. cit.*, p. 50):

“A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associação ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no art. 979 do CPC, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim, o incidente estará retirando não só do Ministério Público, mas também da Defensoria Pública e dos demais legitimados a tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los.”

A partir do registro eletrônico da instauração do IRDR no Conselho Nacional de Justiça, viabilizando uma ampla publicidade, poderão os colegitimados ingressarem no feito como representantes dos litigantes excluídos.

CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil trouxe novos instrumentos processuais para conter a litigiosidade em massa e repetitiva, sendo

que, dentre eles, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Tratando-se de um incidente coletivo, que versa sobre direitos individuais homogêneos e cujo processamento é admitido no âmbito trabalhista (art. 8º, da IN n. 39/2016, TST), compete ao Ministério Público do Trabalho atuar como órgão agente ou interveniente no IRDR.

O Ministério Público do Trabalho, quando o IRDR versar sobre matéria de competência da Justiça do Trabalho, possui legitimidade ativa para requerer a instauração do incidente (art. 977, inciso III, CPC). Ademais, assumirá sua titularidade em caso de desistência ou abandono do processo pelo autor originário (quando passará de órgão interveniente para agente) (art. 977, § 2º, CPC) e poderá requerer ao Tribunal a revisão da tese jurídica firmada no incidente (art. 986, CPC).

No mister de órgão agente, o IRDR abre diante do Ministério Público do Trabalho uma nova frente de atuação, ao menos no que tange às questões prioritárias, devendo ser promovido o acompanhamento constante das decisões dos Tribunais e dos juízos de primeiro grau, permanecendo a Instituição atenta aos rumos da jurisprudência para que um projeto ou uma meta de atuação não venha a ser prematuramente frustrada pela pacificação de uma tese jurídica geral contrária ao posicionamento institucional e jurídico do *Parquet* sobre o assunto.

Na função de *custos iuris*, o Ministério Público manifesta-se, ao menos, em três momentos: logo após a admissão do incidente (art. 982, inciso III, CPC/15); após a oitiva das partes e interessados (art. 983, *caput*, CPC/15) e, em sustentação oral (art. 984, inciso II, alínea “a”, CPC/15).

A doutrina acomete ao *Parquet* um papel de fundamental importância no IRDR quando atua como fiscal da ordem jurídica. Mais do que velar pela correção da prestação jurisdicional, deverá o Ministério Público do Trabalho encarregar-se da representação dos litigantes ausentes.

Isso porque para que alguém seja prejudicado por uma decisão, deve ter tido a oportunidade de influenciar a decisão prolatada, o que constitui corolário do direito constitucional de ação (art. 5º, inciso XXXV, CR) e do devido processo legal.

Portanto, como no IRDR há a formação de coisa julgada *pro et contra*, podendo inclusive prejudicar os litigantes ausentes quanto à questão de direito decidida, é essencial que a participação desses litigantes no incidente seja viabilizada por meio de um representante adequado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, 147.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Bruno. *Tutela recursal plurindividual no Brasil*. Tese de doutorado. PUC-São Paulo, 2013, conclusão n. 30.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002;

GARCIA MEDINA, José Miguel. *Código de processo civil comentado*. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Magno Federici; DRUMOND, Letícia. *A efetividade e as recentes alterações legislativas no código de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: PUC Virtual, 2011.

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro — direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

MACHADO JR., César P. S. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas. A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do MPT*, n. 12. Brasília, set. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas. Decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: RT, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao ministério público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MITIDIERO, Daneil. *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Volume Único.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas — difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC — fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMIANTO: O DEVER DE GESTÃO EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO E A INSUBSISTÊNCIA DO CONCEITO DE LIMITES DE TOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE ELISÃO DE RESPONSABILIDADES

DANIEL GEMIGNAN⁽¹⁾

Resumo: O presente estudo busca discutir duas questões relacionadas ao tema amianto, sob uma perspectiva interdisciplinar e constitucional, quais sejam, a aplicação do regramento restritivo ao uso de produtos contendo fibras de referido mineral em toda cadeia produtiva, inclusive ao comércio, bem como a utilização do controverso conceito de limites de tolerância. Sustenta-se a existência de um dever de gestão em saúde e segurança do trabalho por todo aquele que se utiliza de produtos contendo fibras de amianto, inclusive o comércio (com a internalização dos custos daí decorrentes), como também a insubsistência do conceito de limites de tolerância como meio de elidir o dever de controle sobre o meio ambiente laboral. A interpretação sustentada neste trabalho, ademais, busca fixar pressupostos para que outros temas relacionados à saúde e segurança do trabalho sejam tratados sob perspectiva similar, com atenção aos princípios da prevenção, da precaução e da melhoria contínua.

(1) Procurador do Trabalho, Ministério Público do Trabalho (MPT). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), especialista em Auditoria Fiscal em Saúde e Segurança no Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e ex-Auditor-Fiscal do Trabalho (AFT).

Palavras-chave: amianto; meio ambiente do trabalho; gestão; responsabilidade.

Sumário: *Introdução; 2. O dever patronal de gestão do meio ambiente laboral — Aplicação ampla, inclusive às empresas que comercializam produtos contendo fibras de amianto; 3. A subsistência do dever de controle do meio ambiente do trabalho independentemente da existência de limites de tolerância — Evolução no sentido da inexistência de limites seguros de exposição ao amianto; Conclusão; Referências bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho vem, nos últimos tempos, alargando suas fronteiras, seja para albergar temas diversos dos tradicionais, seja para analisar as questões postas a seu juízo de forma interdisciplinar, considerando as evoluções alcançadas em outras áreas do conhecimento e sob perspectiva inovadora, a partir de sua *constitucionalização*. A interdisciplinaridade e a *constitucionalização*, assim, são traços marcantes desse novo direito do trabalho, ainda em construção, mas que se mostra apto não só a proporcionar respostas a novos problemas, como novas abordagens a questões antigas. As possibilidades abertas com essas novas perspectivas trazem interessante instrumental que, além disso, pode ser manejado para além do direito do trabalho.

Asaúde e segurança no trabalho (SST) é exemplo dessa expansão⁽²⁾. Se, por um lado, permite empreender aproximação diversa da tradicionalmente realizada no direito do trabalho, substituindo, pois, uma perspectiva *monetizante* e *reparatória* da atuação do Estado por uma *preventiva* e *inibitória* do ilícito, por outra banda, permite que, por meio de suas análises, o conhecimento produzido em outras searas científicas⁽³⁾ seja utilizado como

(2) GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, p. 258-280, 2012.

(3) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 47: "Por outro lado, a velocidade das transformações sociais repercute instantaneamente na vida do trabalhador e, por consequência, reflete-se no Direito do Trabalho. Isso exige do intérprete uma visão progressiva e prospectiva, que não deve, entretanto, desprezar os sustentáculos básicos já sedimentados na ciência jurídica.". No mesmo sentido, SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado* [livro eletrônico]: saúde e segurança do trabalho. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 8.

elemento informador da interpretação *justralhista*. A SST é, portanto, campo no qual se comunicam diversas áreas do conhecimento, as quais se informam e se condicionam na busca por soluções adequadas e conformes com o norte constitucional, isto é, com a promoção dos direitos humanos e, por consequência, de condições de trabalho decentes.

Referida tendência expansiva, decorrente, dentre diversas razões, da percepção da miríade de implicações do trabalho nas relações sociais, traz para a prática trabalhista, e para as instituições que lidam com a matéria, novos desafios, a ensejar, por isso, constante reavaliação na atuação dos atores envolvidos no cotidiano trabalhista e abertura a abordagens inéditas.

O presente trabalho tem por tema a questão do amianto, em especial o dever de gestão em saúde e segurança do trabalho que advém pelo simples fato de se utilizar produtos contendo as fibras de referido mineral — com a conseqüente *internalização* dos cursos daí decorrentes. A previsão legal supostamente permissiva ao uso do amianto é objeto, há tempos, de grande discussão na seara trabalhista e constitucional⁽⁴⁾, vez que envolve questões as mais diversas, que perpassam desde as técnicas aplicáveis à interpretação das normas que regulam o tema, até as controvérsias relacionadas à subsistência do conceito de limites de tolerância e as condicionantes envolvendo o uso de produtos que contenham fibras de amianto ante o reconhecimento atual de que essas fibras são carcinogênicas.

Assim, longe de se tratar de tema estritamente jurídico, suscita o amianto discussão plural, vez que se imbrica com questões relacionadas à saúde e à segurança do trabalho, sendo, em razão disso, paradigmática para a fixação de pressupostos que regerão a interpretação de diversos outros temas controvertidos em matéria *laborambiental*, vez que fixa como norte hermenêutico, essencialmente, os princípios da prevenção, da precaução e da melhoria continua.

Nessa senda, e a despeito da miríade de questões envolvendo a cadeia produtiva do amianto, busca o presente trabalho sustentar a existência de um dever de gestão em saúde e segurança do trabalho por todo aquele que se utiliza de produtos contendo fibras de amianto, inclusive o comércio, bem como a inexistência de limites de tolerância a elidir o dever de controle sobre o meio ambiente laboral.

Com efeito, ainda se verificam discussões envolvendo a necessidade de realização de perícias para se perquirir a submissão de empregadores

(4) A respeito das discussões constitucionais envolvendo a questão do amianto, têm-se as diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal, discutindo a validade de leis estaduais mais restritivas frente à legislação federal, que é mais permissiva, no que se refere à regulação da questão.

que lidam com fibras de amianto ao regramento protetivo — com infundáveis discussões acerca da efetiva *exposição* dos trabalhadores —, bem como cizânia referente à submissão de empresas do comércio aos padrões mínimos de controle estabelecidos pela legislação.

Tais discussões, no entanto, mostram-se impertinentes, seja por se encontrarem superadas pelo desenvolvimento social, científico e tecnológico — desenvolvimento esse tido pela própria legislação de regência como fator a ser considerado —, seja por não possuírem qualquer respaldo legal, vez que a mera presença do risco é razão suficiente para desencadear a adoção de medidas de controle⁽⁵⁾.

Contudo, e como expressão das discussões que ainda existem, não se pode deixar de registrar a existência da Ação Ordinária n. 0084962-82.2014.4.01.3400, em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proposta pelo Instituto Brasileiro do Crisotila, em face da União Federal, a qual busca, por razões que serão analisadas no próximo capítulo, a exclusão das empresas que comercializam produtos contendo amianto de qualquer regramento protetivo. Referida ação foi julgada procedente em primeiro grau⁽⁶⁾, encontrando-se, atualmente, em grau de recurso.

As discussões refletiram-se, ainda, no Ministério do Trabalho que, em um primeiro momento, editou Nota Técnica no sentido de ser aplicável às empresas que comercializam produtos contendo fibras de amianto o Anexo 12 da NR-15 (Nota Técnica n. 141/2014), para depois cancelá-la.

Com efeito, a exposição, qualquer que seja o limite a que se referir, sujeita o trabalhador a riscos inadmissíveis, os quais, conquanto não fossem conhecidos e assentes à época da elaboração da Lei n. 9.055/1995 e do Anexo 12 da NR-15 do Ministério do Trabalho são, atualmente, plenamente aceitos, devendo-se, pois, compreender a sistemática delineada por referidos instrumentos legais em uma perspectiva dinâmica, atenta ao desenvolvimento social, científico e tecnológico. A interpretação, portanto, deve ser contemporânea e contextualizada.

(5) *Densificando* os princípios da prevenção, da precaução e da melhoria contínua, e de forma estrita, pode-se citar o item 9.3.5.1, alínea “a” da Norma Regulamentadora n. 9 do Ministério do Trabalho, que assim prescreve: “9.3.5.1. Deverão ser adotadas as medidas necessárias suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos ambientais sempre que forem verificadas uma ou mais das seguintes situações: a) identificação, na fase de antecipação, de risco potencial à saúde;”.

(6) “Ante o exposto, julgo PROCEDENTES os pedidos do instituto autor para, nos termos do art. 269, I, do CPC: 1) declarar a inaplicabilidade às empresas que comercializam produtos industrializados contendo amianto das exigências previstas no Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego; 2) condenar a União à obrigação de se abster de impor, diretamente ou por meio de requisição a outros órgãos, de medidas iguais ou assemelhadas às constantes do Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego que visem a vedar a utilização ou a comercialização de produtos industrializados que contenham o amianto crisotila ou asbesto branco em sua composição.”

Desta feita, busca-se com o presente trabalho demonstrar a insubsistência de interpretações que, de alguma forma, tentam excluir o comércio da responsabilidade de bem gerir seu meio ambiente de trabalho, em especial quando comercializa produtos contendo amianto, bem como da impertinência de discussões envolvendo o controverso conceito de limites de tolerância — do que decorre a realização de perícias e medições as mais diversas — como instrumento elisivo do dever de gestão do meio ambiente laboral. Sustenta-se, portanto, que o simples fato de se utilizar o amianto, em qualquer fase da cadeia produtiva, é razão suficiente para que se adote medidas de proteção ao trabalhador.

Nesse contexto, vale mencionar a atuação do Ministério Público do Trabalho que, por meio de diversas Ações Civis Públicas, vem buscando combater o uso indevido da referida fibra, bem como, em muitos casos, vem alcançando, inclusive, o banimento no uso e na fabricação de produtos contendo a fibra de amianto.

Cita-se como exemplos, neste momento, a ACP n. 00027-2011-055-12-00-6⁽⁷⁾ e a ACP n. 0011104-96.2014.5.01.0049⁽⁸⁾, as quais, dentre inúmeras outras, alcançaram grande avanço na matéria.

(7) **Autor:** Ministério Público do Trabalho; **Réu:** IMBRALIT; **Situação atual:** Celebrado acordo judicial. “Além de determinar prazos para a substituição do amianto por outras fibras no processo produtivo, prevê a obrigação da empresa na apresentação de planilha com os dados cadastrais dos empregados e ex-empregados que laboraram na planta industrial nos últimos 30 anos. Com posse deste documento, o MPT encaminhará a planilha ao Sistema Único de Saúde e ao sindicato profissional. A partir daí a IMBRALIT tem a obrigação de custear despesas de deslocamento e hospedagem a todos os ex-empregados que residem em domicílio a mais de 100 km de distância dos serviços médicos de realização periódica de exames de “controle de agravos à saúde, passíveis de associação à exposição ocupacional do amianto”. A empresa pode optar por indicar e custear os exames de monitoramento nos casos de ex-empregados que moram longe. Uma listagem atualizada de trabalhadores monitorados deve ser enviada anualmente pela empresa ao SUS. Dentre as cláusulas de obrigações relativas à saúde e segurança do trabalho inclui-se a ampliação do rol de exames médicos para identificação de neoplasias, a realização de exames clínicos com especialistas e incorporação de protocolos de diagnóstico precoce de doenças asbesto-relacionadas no PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) Além disso, deverá manter disponível a realização periódica de exames médicos de controle de todos os empregados que estiverem laborando na planta industrial até 31.12.2015 pelo prazo de 30 anos, conforme previsão na Norma Regulamentadora n. 15. Os empregados admitidos a partir de 1º.1.2016 serão considerados não expostos ao amianto crisotila. Por fim, a IMBRALIT se comprometeu a emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) na suspeita ou comprovação de doenças relacionadas à exposição ao amianto crisotila. O descumprimento das obrigações acarretará em multa que varia de R\$ 2.500,00 a R\$100 mil por infração.” (informações obtidas no *site*. Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.mp.br/procuradorias/ptm-criciuma/425-imbralit-fecha-acordo-de-r-1-milhao-com-mpt-e-se-compromete-no-acompanhamento-a-saude-dos-empregados-expostos-ao-amianto-por-30-anos>>. Acesso em: 10.2.2017)

(8) **Autor:** Ministério Público do Trabalho; **Réu:** Eternit S.A.; **Situação atual:** Ação Civil Pública em grau recursal. Sentença proferida: “**III — DISPOSITIVO. PELO EXPOSTO**, na

Assim, tem-se tema complexo e controverso, que envolve uma miríade de questões, das quais quer-se sublinhar não só a necessidade de que se passe a considerar os riscos envolvendo o uso da fibra desse mineral, como a importância das razões que regerão a interpretação do tema para diversas outras questões relacionadas à saúde e segurança do trabalho.

2. O DEVER PATRONAL DE GESTÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL — APLICAÇÃO AMPLA, INCLUSIVE ÀS EMPRESAS QUE COMERCIALIZAM PRODUTOS CONTENDO FIBRAS DE AMIANTO

A estrutura normativa da qual fazem parte as Convenções ns. 139, 155 e 162 da OIT, os arts. 7º, *caput* e inciso XXII, 170, 200, inciso VIII e 225 da

Ação Civil Pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — Procuradoria Regional do Trabalho/1ª Região**, em face de **ETERNIT S.A**, **decido**, na exata forma dos fundamentos que integram este dispositivo para todos os fins: — rejeitar todas as preliminares; — condenar a Ré a: a) proceder à substituição da matéria-prima amianto, qualquer que seja a sua variedade, por matérias-primas alternativas sem amianto na fabricação de artefatos de fibrocimento, no prazo de 18 meses a contar da sua ciência da presente decisão, sob pena de multa cominatória de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de atraso; b) desde a ciência dessa decisão e até a implementação da obrigação supra estabelecida, observar o limite máximo estabelecido no Acordo Nacional combinado com o art. 3º da Lei n. 9.055/95, isto é, de 0,1 f/cm³ de amianto em todos os locais de trabalho, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a cada constatação de irregularidade, sem prejuízo das demais cominações impostas no Acordo Nacional e na própria Lei n. 9.055/95, ficando alterada parcialmente, nestes termos, com efeito *ex nunc*, a tutela de urgência anteriormente vigente; c) desde a ciência dessa decisão, ampliar o rol de exames médicos de controle de todos os atuais e ex- empregados da fábrica no Rio de Janeiro para a inclusão dos exames de diagnóstico de neoplasia maligna do estômago (C16), neoplasia maligna da laringe (C32), mesotelioma de peritônio (C45.1) e mesotelioma de pericárdio (C45.2), sob pena de multa cominatória de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por descumprimento em relação a cada trabalhador; d) custear, a contar da sua ciência dessa decisão, as despesas de deslocamento e as despesas de hospedagem para todos os ex-empregados da fábrica no Rio de Janeiro, que comprovadamente residirem em domicílio distante a mais de 100 km do local dos serviços médicos de realização periódica de exames médicos de controle de agravos à saúde passíveis de associação à exposição ocupacional ao amianto, sob pena de multa cominatória de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por cada descumprimento em relação a cada ex-empregado, ficando mantida a decisão de tutela anteriormente vigente; e) pagar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a título de indenização por danos morais coletivos. Determino, ainda, a cassação, com efeitos *ex tunc*, da tutela de urgência anteriormente vigente quanto ao pedido liminar 5.2 da inicial, haja vista a improcedência do correlato pleito definitivo que lhe embasava. **A presente decisão já considerou todos os argumentos relevantes capazes de infirmar a conclusão adotada em cada item e questão**, de modo que a apresentação de embargos de declaração protelatórios, assim considerados aqueles que não se enquadrem nas específicas e restritas hipóteses de seu cabimento, mas que visem apenas rediscutir a decisão em si e os fatos e provas em busca de um provimento jurisdicional diverso daquele ora exarado, dará ensejo à imediata aplicação das penalidades processuais cabíveis. Custas, pela Ré, no importe de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), calculadas sobre o valor de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) ora arbitrado à condenação.” (grifos do original).

Constituição Federal, o art. 157, inciso I da CLT, o art. 927, parágrafo único do Código Civil e o art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente e, por fim, as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, estruturam a base do sistema normativo de proteção e promoção de um meio ambiente do trabalho digno, atribuindo, ainda, responsabilidade objetiva ao empregador.

Tratam as normas de saúde e segurança do trabalho de típico direito social trabalhista, de alcance coletivo e geral, de cunho fundamental.

Em âmbito internacional, tem-se amplo estuário convencional a sustentar a aplicação transversal das normas de saúde e segurança do trabalho. Com efeito, têm-se as Convenções ns. 139, 155 e 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tratam, respectivamente, da “prevenção e controle dos riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos”, da “segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho” e da “utilização do amianto com segurança”. Todas foram internalizadas em nosso ordenamento jurídico, sendo a Convenção n. 139 por meio do Decreto Legislativo n. 3, de 7.5.1990, promulgada pelo Decreto n. 157, de 2.6.1991; a Convenção n. 155/OIT por meio do Decreto Legislativo n. 2, de 17.3.1992, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.1994, e a Convenção n. 162/OIT, por meio do Decreto Legislativo n. 51, de 25.8.1989 e promulgada pelo Decreto n. 126, de 22.5.1991.

Frise-se, aqui, que **referidas Convenções internacionais, que tratam sobre direitos humanos, possuem hierarquia normativa supralegal**, vez que foram ratificadas antes da promulgação do § 3º do art. 5º, inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Referida posição encontra respaldo no paradigmático Acórdão proferido pelo E. STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343⁽⁹⁾.

(9) Referida posição vem sendo reafirmada pelo E. STF, conforme se nota da seguinte decisão: **“Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira — porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal — foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante n. 25, segundo a qual ‘é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito’.** Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com *status* supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. **Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.** (ADI n. 5.240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento

De forma objetiva, pode-se extrair de referidas Convenções internacionais as seguintes diretrizes.

A Convenção n. 139/OIT traz, em seu art. 2º, item 1, determinação no sentido da substituição das substâncias e agentes cancerígenos a que possam estar expostos os trabalhadores durante seu trabalho por substâncias ou agentes não cancerígenos ou menos nocivos; art. 4º, o dever de informação sobre os riscos e sobre as medidas de segurança para ex-expostos, em exposição atual e passíveis de exposição futura; e, art. 5º, o dever de assegurar o acompanhamento médico extensível ao momento pós-contratual.

Já a Convenção n. 155/OIT traz, em seu art. 4º, o dever de que seja formulada, posta em prática e reexaminada periodicamente, uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho; art. 5º, determina que a política à qual se faz referência no art. 4º deverá levar em consideração a substituição de substâncias e agentes químicos (alínea “a”).

Por fim, tem-se a Convenção n. 162/OIT, a qual traz, como um de seus pontos mais importantes, determinação para a substituição progressiva de produtos contendo amianto por substitutos menos gravosos à saúde humana.

Cumpra observar, ademais, que o termo “amianto”, segundo a Convenção n. 162/OIT, se refere não apenas ao mineral, mas também a todo o composto que o contenha.

A expressão “pó de amianto” refere-se às partículas de amianto em suspensão no ar ou às partículas de amianto em repouso, suscetíveis de ficarem em suspensão no ar nos locais de trabalho.

A expressão “exposição de amianto” refere-se ao fato de ser exposto, durante o trabalho, às fibras respiráveis de amianto ou ao pó de amianto em suspensão no ar, independentemente de essas fibras ou esse pó originarem-se do amianto ou de minérios, materiais ou produtos que contenham amianto.

Em âmbito constitucional, tem-se a sistemática criada pelo art. 7º, *caput* e inciso XXII, a indicar que a proteção, em saúde e segurança do trabalho, estende-se a todos os trabalhadores, nos seguintes termos:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

em 20.8.2015, DJe de 1º.2.2016)” (grifos nossos), Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 12.2.2017.

XXII — redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.” (grifos nossos)

Nessa mesma toada seguem os arts. 170, 200, inciso VIII e 225 da Constituição Federal, ao condicionarem a livre-iniciativa à valorização do trabalho humano, bem como a indicar a promoção de um meio ambiente de trabalho digno como direito humano fundamental.

Já o art. 157, inciso I da CLT, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil e o art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, fixam não só o dever, ativo, de promoção de um meio ambiente de trabalho digno, como fixam a responsabilidade objetiva do empregador por eventuais danos causados aos trabalhadores em razão de falhas nesse dever.

No que se refere à cizânia envolvendo a submissão das empresas que comercializam produtos contendo fibras de amianto à sistemática protetiva, cumpre o registro de Ação Judicial⁽¹⁰⁾ proposta pelo Instituto Brasileiro do Crisotila, em face da União Federal, a qual foi julgada procedente em primeiro grau, encontrando-se, atualmente, em grau recursal.

Da Sentença, extrai-se os seguintes argumentos, principalmente:

“A uma, porque assiste razão ao instituto autor quando sustenta que **a Nota Técnica n. 141/2014, ao submeter as empresas que comercializam produtos de fibrocimento contendo o amianto/asbesto ao regime do Anexo 12 da NR-15, MTE, não demonstrou os riscos dos trabalhadores desse setor. (...)**

Não se ignora que a nota técnica apresenta caráter interpretativo, não definindo em seu texto qualquer restrição às empresas acima mencionadas, mas apenas remetendo ao

(10) Ação Ordinária n. **0084962-82.2014.4.01.3400**; **Autor:** Instituto Brasileiro do Crisotila; **Réu:** União Federal; **Situação atual:** Aguardando julgamento da Apelação; **Acórdão:** (TRF de Brasília. **Suspensão do Anexo 12 da NR-15). Em Apelação. Sentença de procedência. Apelação — Efeito suspensivo! Artigo 520 do CPC anterior (época da interposição da Apelação).** Referida ação tem por pedidos, conforme extraído da Sentença: “(a) a declaração de inaplicabilidade às empresas que comercializam produtos industrializados contendo amianto das exigências previstas no Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego; (b) a condenação da União à obrigação de se abster de impor, diretamente ou por meio de requisição a outros órgãos, de medidas iguais ou assemelhadas às constantes do Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15/MTE que visem a vedar a utilização ou a comercialização de produtos industrializados que contenham o amianto crisotila ou asbesto branco em sua composição”.

conteúdo do Anexo 12 da NR-15-MTE. **Com efeito, as restrições estão inseridas nesse anexo, e não na nota técnica.** E como já dito, o item 1 desse anexo determina a sua aplicação a ‘todas e quaisquer atividades nas quais os trabalhadores estão expostos ao asbesto no exercício do trabalho’ (grifou-se), previsão que não se mostra ofensiva à Lei n. 9.055/1955. (...).

Contudo, é condição *sine qua non* — para não violar o princípio da legalidade — a demonstração, pelo Ministério do Trabalho e Emprego ao editar referida nota técnica, da efetiva exposição ao asbesto/amianto da variedade crisotila para fins de controle, que possa justificar/fundamentar a aplicabilidade do Anexo 12 — ‘limites de tolerância para poeiras minerais’ — da Norma Regulamentadora n. 15 (atividades e operações insalubres) também às empresas que comercializam produtos de fibrocimento que contenham referido mineral, dentre elas, a avaliação ambiental semestral imposta pela nota técnica ora questionada, prevista no item n. 11 daquele anexo (...).” (grifos nossos)

Contudo, em que pese lastrear a invalidade do ato infralegal na falta de motivação, reconhece a Sentença que a submissão do comércio advém, na realidade, da Lei n. 9.055/1995 e do Anexo 12 da NR-15 do MT⁽¹¹⁾. Tal reconhecimento, contudo, não altera a conclusão alcançada.

“A adequada motivação é fundamental até porque, no caso *sub examine*, as provas juntadas aos autos indicam a ausência de risco para os empregados das empresas que comercializam produtos de fibrocimento que contenham o amianto crisotila já industrializado/beneficiado, (...)

A duas, porque, a partir da constatação acima, no sentido de que o administrador não tomou a devida cautela em distinguir os riscos oriundos do pó de amianto (*in natura*), daqueles oriundos da fibra do amianto

(11) “Tanto é que, embora a Lei n. 9.055/1995 não seja expressa ao tratar de produtos industrializados que contenham o amianto em questão, a norma faz referência à operação de comercialização (art. 2º), do que se extrai não destinar a disciplina, exclusivamente, aos agentes que participam das etapas precedentes (extração e industrialização) na cadeia produtiva. Nessa perspectiva, o Poder Executivo está autorizado, na forma do §2º do art. 3º, da lei supra, a editar normas infralegais que disponham sobre a segurança e saúde dos trabalhadores que laboram na etapa de comercialização dos produtos que contenham o amianto/asbesto, podendo ainda fiscalizar o cumprimento desses regramentos. (...).”

depois de entrelaçada com o cimento no processo de industrialização, o que culminou na equivocada conclusão administrativa no sentido da exposição dos empregados das empresas que comercializam produtos de fibrocimento que contenham o amianto crisotila, chega-se a uma segunda constatação, qual seja, **a da violação ao princípio da igualdade material**. Explica-se. A Nota Técnica n. 141/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego, a partir das constatações acima expostas, viola, por reverberação, o princípio constitucional da igualdade material/substancial — (...). *In casu*, a violação ao princípio da igualdade material decorre do elemento tomado como fator para obrigar as empresas que comercializam produtos de fibrocimento que contém amianto/asbesto à submissão às normas-regras estabelecidas no Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15 do MTE. **Isso porque, a rigor, a nota técnica ora vergastada equivocadamente igualou as referidas empresas comercializadoras de amianto crisotila com aquelas fabricantes/indústrias desse mineral/distribuidoras da matéria-prima *in natura*, o que acaba por violar a igualdade material, na medida em que a referida nota técnica deveria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.** Ainda dentro da igualdade material, tem-se a denominada Teoria do Impacto Desproporcional (*disparate impact doctrine*). Referida teoria procura demonstrar que uma norma geral, aparentemente neutra, mesmo que não tenha a intenção de fazê-lo, pode terminar impactando de forma desproporcional/negativamente certos grupos minoritários que estão numa situação concreta de desigualdade em relação ao grupo majoritário, causando danos excessivos a este grupo e causando, assim, a violação ao princípio da igualdade (...).

Corroborar essa constatação o fato de, curiosamente, as empresas/empreiteiras do ramo da construção civil, cujos empregados utilizam produtos de fibrocimento que contém amianto crisotila como matéria-prima, não foram submetidos às normas-regras estabelecidas no Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15, o que faz surgir a indagação porque referido fator de *discrimen* não alcançou os empregados dessas construtoras, os quais, sabidamente, estariam mais expostos aos alegados efeitos nocivos do amianto crisotila, já que efetivamente manuseiam referidos produtos para transformá-lo em cimento.

(...)

Em outra quadra, **também não prospera o segundo fundamento da ré** (*vide* relatório), no sentido de que o art. 10 da Convenção n. 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) determina a **substituição do amianto por tecnologias alternativas, inofensivas ou menos perigosas, quanto técnica e economicamente viável.**

A referida convenção, promulgada por meio do Decreto n. 126/91, traz um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto, traduzindo-se, portanto, numa norma protetiva de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio-ambiente equilibrado. **Contudo, como já exposto acima, não restou demonstrado pela Nota Técnica n. 141/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego a efetiva exposição dos empregados das empresas que comercializam produtos de fibrocimento que contenham o amianto crisotila já industrializado/beneficiado — o qual é o requisito disposto no *caput* do art. 7º da Lei n. 9.055/95 (...).**” (grifos nossos)

Os argumentos utilizados para sustentar a tese autora, contudo, não encontram respaldo no sistema normativo protetivo, posto que não há, mais, frente ao desenvolvimento social, científico e tecnológico, como se defender a existência de limites de tolerância que possam elidir a responsabilidade pela adoção de medidas de proteção, sob o argumento de que não há exposição.

Ademais, nota-se, da Sentença prolatada, argumentação que parece sugerir que o dever de as empresas que comercializam produtos contendo fibras de amianto decorre de Nota Técnica, e não da Lei n. 9.055/1995, a qual, inclusive, busca disciplinar “(...) a extração, industrialização, utilização, **comercialização** e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências”. Interpreta-se, portanto, a legislação protetiva a partir de ato infralegal, e não o inverso, sendo que o dever de as empresas que comercializam decorre não de mera Nota Técnica, mas da Constituição, de Convenções internacionais e da Lei n. 9.055/1995.

Também não subsiste a razão de decidir de infração ao princípio da igualdade material, na medida em que não há, no sistema protetivo acima delineado, qualquer indicação de exclusão de quem quer que seja. Análise da legislação denota, pois, que todos aqueles que de alguma forma insiram-se na cadeia produtiva do amianto, e por isso exponham outros as fibras desse mineral, devem adotar medidas de proteção. Entender de forma diversa, criando setores *imunes* à regulação protetiva, parece não contribuir com os dispositivos constitucionais, as Convenções Internacionais aplicáveis e, tampouco, com o singelo texto da Lei n. 9.055/1995.

Por derradeiro, também não se mostra adequado a razão de decidir lastreada em suposta prova da inexistência de risco, uma vez que, conforme se exporá no capítulo seguinte, é o amianto reconhecido largamente como carcinogênico, não subsistindo estudos baseados em medições ou outras

técnicas *quantitativas*, cuja função, reconhecidamente, volta-se mais para a elisão de responsabilidades — e a procrastinação na adoção de medidas de controle — que para a promoção de medidas voltadas à gestão do meio ambiente laboral.

Assim, resta claro a **premissa legal no sentido de que o comércio de produtos contendo amianto deve se dar, apenas, quando atendidos requisitos de segurança e saúde laboral**. Ou seja, **trata-se de liberdade regrada**, a qual não pode ser exercida enquanto não adotadas medidas de controle aptas a garantir, o máximo possível, a segurança no manejo dos produtos contendo amianto. A *internalização* dos custos relacionados ao uso do amianto, portanto, se mostra necessária, posto que os riscos relacionados aos produtos são inúmeros.

A permissão de comercialização sem qualquer condicionamento vulnera o direito a um meio ambiente do trabalho adequado, atentando-se, assim, contra a promoção de um **trabalho decente**.

3. A SUBSISTÊNCIA DO DEVER DE CONTROLE DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE LIMITES DE TOLERÂNCIA

— Evolução no sentido da inexistência de limites seguros de exposição ao amianto

A análise do limite de tolerância⁽¹²⁾ indicado pela Lei n. 9.055/1995 e fixado pelo Anexo 12 da NR-15 deve se dar no contexto normativo acima apresentado, isto é, sob a perspectiva dos princípios da prevenção, da precaução e da melhoria contínua (*densificado* pelo progressivo banimento do amianto com vistas à redução dos riscos inerentes ao trabalho).

Com efeito, o limite de tolerância fixado pelo item 12 do Anexo 12 da NR-15, e ratificado pela Lei n. 9.055/1995, não representou, à época, nem permissivo perpétuo à cadeia produtiva do amianto, tampouco

(12) LLORY, Michel. MONTMAYEUL, René. *O acidente e a organização*. Tradução de Marlene Machado Zica Vianna. Belo Horizonte: Fabre Factum, 2014. p. 124: "(...). Há, enfim, o *conhecimento das problemáticas organizacionais clássicas* nas indústrias de risco: (...); as tendências de gestão que desenvolvem a vontade de tudo controlar, a propensão que consiste em representar o que é *quantificável* e a ignorar os sinais não formais ou os dados puramente qualitativos. (...)”.

autorização para sua distribuição de forma desregrada, sendo, na realidade, determinação para que, na excepcional hipótese de se admitir a produção e comercialização de produtos contendo amianto, estas deveriam se dar em atendimento às regras de proteção, e enquanto materiais substitutos não estivessem disponíveis.

Referido limite de tolerância, ademais, não se mostra estático, mas sim, dinâmico, posto que vinculado a possibilidade de substituição do amianto por materiais alternativos e ao desenvolvimento tecnológico. Essa é a tônica do art. 7º da Lei n. 9.055/1995 (ladeado pelas disposições da Convenção n. 162 da OIT):

“Art. 7º Em todos os locais de trabalho onde os trabalhadores estejam expostos ao asbesto/amianto da variedade crisotila ou das fibras naturais ou artificiais referidas no art. 2º desta Lei deverão ser observados os limites de tolerância fixados na legislação pertinente e, na sua ausência, serão fixados com base nos critérios de controle de exposição recomendados por organismos nacionais ou internacionais, reconhecidos cientificamente.

§ 1º Outros critérios de controle da exposição dos trabalhadores que não aqueles definidos pela legislação de Segurança e Medicina do Trabalho deverão ser adotados nos acordos assinados entre os sindicatos dos trabalhadores e os empregadores, previstos no art. 3º desta Lei.

§ 2º Os limites fixados deverão ser revisados anualmente, procurando-se reduzir a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exequível.” (grifos nossos)

Normativamente, tem-se limite de tolerância fixado em 1991 pelo Anexo 12 da NR-15⁽¹³⁾, em seu item 12:

“12. O limite de tolerância para fibras respiráveis de asbesto crisotila é de 2,0 f/cm³.”

(13) Referido anexo foi recepcionado pelo art. 3º da Lei n. 9.055/1995, que assim dispõe: “Art. 3º Ficam mantidas as atuais normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos de trabalhadores e os seus empregadores, atualizadas sempre que necessário”.

Na esteira do art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.055/1995, foi fixado, por meio do Acordo Nacional para Extração, Beneficiamento e Utilização Segura e Responsável do Amianto Crisotila, o limite de tolerância de 0,1 fibra/cm³. Referido limite, contudo, segundo o próprio Acordo mencionado, não se presta a elidir a responsabilidade patronal pelo controle do meio ambiente laboral, conforme se nota de suas Cláusulas 8 e 62:

“Cláusula 8 — Deverão ser adotados dispositivos de proteção técnica e práticas de trabalho apropriadas para prevenir a emissão de poeira do amianto no ar do local de trabalho, **mesmo quando os limites de tolerância são respeitados**. Deverá a empresa se preocupar em manter um aspecto visual positivo em toda sua planta industrial.

(...)

Cláusula 62 — Deverão ser adotados dispositivos de proteção técnica e práticas de trabalho apropriadas para prevenir a emissão de poeira do amianto no ar do local de trabalho, **mesmo quando os limites de tolerância são respeitados**.” (grifos nossos)

Assim, tem-se que referido limite de tolerância, para além de desatualizado, não representa qualquer permissivo ao descontrole ambiental, não só nas mineradoras e industriais de fibrocimento, como também, e com muito maior razão, no comércio — e nas demais outras fases da cadeia produtiva do amianto.

Nessa mesma senda, registra-se que o limite acordado coletivamente jamais foi objeto de revisão, olvidando-se o que dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.055/1995. Tal conduta, que de forma deliberada buscou contornar o dever de progressivamente banir o uso do amianto (item 10 da Convenção n. 162 da OIT), é objeto de Ação Civil Pública por parte do Ministério Público do Trabalho.

Trata-se da ACP n. 0011751-32.2015.5.15.0093, em trâmite perante a 6ª Vara do Trabalho de Campinas, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Em referida Ação Civil Pública obteve-se a antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se às rés a abstenção de replicação das cláusulas do Acordo Nacional para Extração, Beneficiamento e Utilização Segura e Responsável do Amianto Crisotila impugnadas pelo Ministério Público do Trabalho; o aperfeiçoamento do exercício da autonomia coletiva balizando os limites do poder normativo; a afirmação das competências estatais, das normas de segurança do trabalho e da não intervenção de

entidades de promoção de interesses empresariais nas organizações de trabalhadores.

Tem-se, portanto, nessa perspectiva evolutiva e dinâmica, a insubsistência dos limites de tolerância fixados pela Lei n. 9.055/1995 e pelo item 12 do Anexo 12 da NR-15, haja vista que, passados mais de 20 anos, e a despeito da inércia legislativa, muito se evoluiu científica e socialmente, e a propalada *progressiva vedação ao uso do amianto*, enfim, há que se efetivar.

Tanto assim é que diversos atos legais internacionais e nacionais, que reconhecem a *carcinogenicidade* do amianto independentemente de qualquer limite de tolerância, foram editados. São eles:

- **O Critério de Saúde Ambiental n. 203**, de 1998, da **Organização Mundial da Saúde — OMS**, sobre amianto crisotila, que afirma entre outros que “a exposição ao amianto crisotila aumenta os riscos de asbestose, câncer de pulmão e mesotelioma de maneira dependente em função da dose e **que nenhum limite de tolerância foi identificado para os riscos de câncer**” (grifos nossos);

- **A Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH)**, editada pela Portaria Interministerial MTE/MS/MPS n. 9, de 07 de outubro de 2014⁽¹⁴⁾, que traz, em seu art. 2º, inciso I, o “Grupo 1 — carcinogênicos para humano”, dentro do qual se insere:

ANEXO LISTA NACIONAL DE AGENTES CANCERÍGENOS PARA HUMANOS — LINACH 1

Grupo 1 — Agentes confirmados como carcinogênicos para humanos 2

(14) Dentre os *considerandos* da LINACH, tem-se: “Considerando o Decreto n. 7.602, de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST); Considerando o Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PLANSAT), disponível no sítio eletrônico <<http://portal.mte.gov.br/geral/plano-nacional-de-seguranca-e-saude-no-trabalho-plansat.htm>>, em particular a ação definida como de curto prazo sob número 4.4.1, referente a estratégia 4.4 do Objetivo 4; e

Considerando a elevada incidência de câncer no Brasil; e

Considerando os estudos científicos existentes e a lista de agentes cancerígenos da Agência Internacional para a Investigação do Câncer (IARC), da Organização Mundial da Saúde (OMS), resolvem: (...)” (grifos nossos)

Agente	Registro no <i>Chemical Abstracts Service</i> — CAS
<p>Asbestos ou amianto — todas as formas, inclusive actinolita, amosita, antofilita, crisotila, crocidolita, tremolita</p> <p>(nota: Substâncias minerais, a exemplo do talco ou vermiculita, que contenham amianto também devem ser considerados como cancerígeno para os seres humanos)</p>	001332-21-4
	013768-00-8
	012172-73-5
	017068-78-9
	012001-29-5
	012001-28-4
	014567-73-8

• A **Resolução CONAMA n. 307, de 5 de julho de 2002**⁽¹⁵⁾, do **Ministério do Meio Ambiente**, que em seu art. 3º, item IV, fixa que “(...) **são resíduos perigosos** oriundos do processo de construção, tais como tintas, solventes, óleos e outros ou aqueles contaminados ou prejudiciais à saúde oriundos de demolições, reformas e reparos de clínicas radiológicas, instalações industriais e outros, bem **como telhas e demais objetos e materiais que contenham amianto** ou outros produtos nocivos à saúde.” (grifos nossos); e,

• O **Ministério da Saúde**, em seu sítio eletrônico⁽¹⁶⁾, assim aduz, após extensa análise dos prejuízos causados pelo amianto, inclusive com exposição de dados epidemiológicos:

“AÇÕES

O **Ministério da Saúde tem se posicionado quanto à necessidade de eliminação do amianto no Brasil**, devido aos riscos associados ao seu uso, constatados não só nacionalmente, mas também em dezenas de países que já baniram o uso de todos os tipos de asbestos. Elencam-se, a seguir, os destaques de ações desenvolvidas pelo Ministério da Saúde:

(15) Publicada no DOU n. 136, de 17.7.2002, p. 95-96, a qual “Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil.”

(16) Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/1117-secretaria-svs/vigilancia-de-a-a-z/contaminantes-quimicos/contaminantes-quimicos-linha1/16187-amianto>>. Acesso em: 20.2.2017.

- Publicação da **Portaria n. 1.339/GM/MS, de 18 de novembro de 1999**, que incluiu o **amianto na Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho**, classificando-o como agente etiológico de risco ocupacional para neoplasia maligna do estômago, neoplasia maligna da laringe, neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão, mesotelioma da pleura, mesotelioma do peritônio, mesotelioma do pericárdio, placas epicárdicas ou pericárdicas, asbestose, derrame pleural e placas pleurais. Essa medida foi um marco importante para o avanço da atenção à saúde do trabalhador.

- Participação nas discussões sobre a **revisão da Resolução CONAMA n. 307/2002**, que dispõe sobre a gestão de resíduos da construção civil. O Ministério da Saúde **defendeu a manutenção da classificação dos resíduos do amianto como perigosos**, tendo sua posição acatada pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente.

- Publicação da **Portaria n. 1.851/GM/MS de 9 de agosto de 2006**, que aprovou **procedimentos e critérios para envio de listagem de trabalhadores expostos e ex-expostos ao asbesto/amianto nas atividades** de extração, industrialização, utilização, manipulação, **comercialização**, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos e equipamentos que o contenham. Essa portaria atendeu ao art. 5º da Lei n. 9.055, de 1º de junho de 1995, que determinou o registro e o acompanhamento de todos os trabalhadores expostos ao amianto pelos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigando as empresas a enviar, anualmente, a listagem dos seus empregados, com indicação de setor, função, cargo, data de nascimento, de admissão e de avaliação médica periódica, acompanhada do diagnóstico resultante.

- Publicação da **Portaria n. 1.644/GM/MS, de 20 de julho de 2009**, que proibiu a utilização e a aquisição de produtos e subprodutos que contenham amianto em sua composição no Ministério da Saúde e em seus órgãos vinculados. **Essa medida foi pensada como forma de desestimular o mercado de amianto**, além reiterar a posição da Saúde em relação à matéria.

- Publicação da **Portaria n. 2.669, de 3 de setembro de 2010**, a fim de regulamentar a Portaria n. 1.644, de 20 de julho de 2009,

que veda ao Ministério da Saúde e aos seus órgãos vinculados a utilização e aquisição de quaisquer produtos e subprodutos que contenham qualquer tipo de asbestos/amianto ou suas fibras em sua composição.” (grifos nossos)

Eventuais medições já realizadas por aqueles que se utilizam de produtos contendo fibras de amianto, ainda que no comércio, em nada mudam as conclusões expostas, haja vista que os limites de tolerância, se não inservíveis atualmente, em nada elidem o dever daquele que lida com referida fibra de promover o controle de seu meio ambiente de trabalho.

Nesse sentido, não há como se sustentar, nem mesmo retoricamente, eventual exclusão das empresas que comercializam o amianto das regras do Anexo 12 da NR-15 com base na inexistência de exposição (mormente em se considerando o vetusto *conceito* de exposição, fixado em 1994, pelo item 12.1., do Anexo 12 da NR-15, que se choca com as medidas protetivas preceituadas, inclusive, pelo Acordo Nacional para Extração, Beneficiamento e Utilização Segura e Responsável do Amianto Crisotila, em suas Cláusulas 9.1, 12, 13 e seus subitens, 23, 39, 39.1., 60, 60.2., 60.3., 60.4. e 63 e suas alíneas⁽¹⁷⁾).

O próprio Instituto Nacional do Câncer (INCA)⁽¹⁸⁾, em seu sitio eletrônico, indica como formas de exposição:

“Formas de exposição ao ambiente

Exposição ocupacional:

- **A exposição ocupacional é a principal forma de exposição e contaminação;**
- **Ocorre, principalmente, através da inalação das fibras de amianto, que podem causar lesões nos pulmões e em outros órgãos;**

(17) Referidas cláusulas tratam da necessidade de *enclausuramento* e controle permanente das diversas hipóteses em que a exposição pode ocorrer, as quais, claramente, também se repetem na comercialização — e são expostas neste caso em específico, como a fragmentação de telhas, seu descarte irregular e o uso de fragmentos de telhas como calçamento de vias.

(18) Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto>>. Acesso em: 12.2.2017.

- A via digestiva também deve ser considerada como fonte de contaminação.

Exposição ambiental:

- **Contato dos familiares com roupas e objetos dos trabalhadores contaminados pela fibra;**
- Residir nas proximidades de fábricas, minerações ou em áreas contaminadas (solo e ar) por amianto;
- **Frequentar ambientes onde haja produtos de amianto degradados;**
- Presença do amianto livre na natureza ou em **pontos de depósito ou descarte de produtos com amianto** (grifos nossos)

Com efeito, o mero fato de alguém comercializar o amianto é razão suficiente para que seja imposto o dever de controle do meio ambiente laboral, nos termos categóricos do art. 2º da Lei n. 9.055/1995 (a qual, conquanto tenha ratificado o Anexo 12 da NR-15, certamente condicionou seus termos, posto que hierarquicamente superior):

“Art. 2º **O asbesto/amianto da variedade crisotila** (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, **serão** extraídas, industrializadas, utilizadas e **comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.**” (grifos nossos)

Tanto a medição se mostra desnecessária que o art. 5º da Lei n. 9.055/1995 dispõe ser obrigação “[d] **as empresas que manipularem ou utilizarem materiais contendo asbesto/amianto** da variedade crisotila ou as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei enviarão, anualmente, ao Sistema Único de Saúde e aos sindicatos representativos dos trabalhadores uma listagem dos seus empregados, com indicação de setor, função, cargo, data de nascimento, de admissão e de avaliação médica periódica, acompanhada do diagnóstico resultante”. E seu parágrafo único continua “**Todos os trabalhadores das empresas que lidam com o asbesto/amianto da variedade crisotila e com as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei** serão registrados e acompanhados por serviços do Sistema Único de Saúde, devidamente qualificados para

esse fim, sem prejuízo das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde interna, **de responsabilidade das empresas.**”.

As medidas de controle se pautam pela prevenção, não devendo se esperar o desenvolvimento da doença para agir. Como acima exposto, o mero fato de se lidar com amianto, independentemente dos limites de tolerância, é fato jurídico hábil a justificar a imposição do regramento legal.

Eventuais discussões envolvendo limites de tolerância (bem como das demais vicissitudes técnicas e metodológicas decorrentes da realização de medições e perícias específicas), com base singela e isoladamente no item 12 do Anexo 12 da NR-15, sem considerar o contexto normativo, apenas desviarão o foco, como uma *cortina de fumaça*, daquilo que se pretende, isto é, a proteção da saúde dos trabalhadores (art. 765 da CLT e arts. 77, inciso III e 370, parágrafo único e 464, § 1º, incisos I e II do CPC).

Exemplo de toda essa nova complexidade pode ser encontrado em outras demandas já ajuizadas e que envolvem a *cadeia produtiva do amianto*, sendo a atuação do Ministério Público do Trabalho voltada à implementação da *progressiva substituição do amianto por materiais alternativos*, efetivando-se, assim, os princípios da prevenção, da precaução e da melhoria contínua.

Essa questão já foi objeto de análise por Tribunais Trabalhistas brasileiros. Com efeito, tem-se:

1) ACP n. 0000318-38.2014.5.12.0032

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réu: Guarezi Materiais de Construção LTDA.

Acórdão: A NR-15, Anexo 12, se aplica ao comércio.

“Em 1998, com substrato em centenas de estudos científicos, foi a Organização Mundial da Saúde, através da Agência Internacional para a Investigação do Câncer, declarou que todas as formas de amianto são carcinógenas, concluindo em seu prestigiado Critério de Saúde Ambiental n. 203 que “não há níveis seguros para a exposição” às fibras do amianto, razão pela qual a segurança relativamente ao surgimento de câncer causado pelo amianto, não apenas dos trabalhadores, mas da população como um todo, somente seria alcançada com cessação total de qualquer uso dessa substância.

Em nosso país, o abalizado Instituto Nacional do Câncer — INCA, em seu *web site*, corrobora que “A exposição ao amianto está relacionada

à ocorrência de diversas patologias, malignas e não malignas. Ele é classificado pela Agência Internacional de Pesquisa (Iarc) no grupo 1 — os dos reconhecidamente cancerígenos para os seres humanos. Não foram identificados níveis seguros para a exposição às suas fibras”, assegurando que “Todas as formas e tipos de amianto são cancerígenas”, pois causam especialmente mesotelioma (tumor maligno), asbestose (o chamado “pulmão de pedra”), câncer de pulmão e outros cânceres, como da laringe, trato digestivo e ovário.

Diante disso, a regulamentação constante da Lei n. 9.055/95 e do Anexo 12 da NR-15, que limita a extração e utilização do amianto branco, apenas serve de paliativo à sua patogenicidade, por sinal reconhecida em diversos outros normativos, tais como a Resolução n. 19 do Conselho Nacional do Meio Ambiente — CONAMA, de 1996 que, no que interessa, dispõe:

Art. 1º Quando não for possível imprimir sobre as peças que contém amianto (asbestos) todos os dizeres de advertência que constam do art. 1º da Resolução CONAMA n. 7/87, os mesmos poderão ser substituídos pelos seguintes:

“CONTÉM AMIANTO. AO CORTAR OU FURAR NÃO RESPIRE A POEIRA GERADA POIS PODE PREJUDICAR GRAVEMENTE A SAÚDE.”

(...)

Por todo o exposto, inclusive em observância aos princípios e diretrizes da Constituição Federal concernentes à dignidade da pessoa humana, à preservação da saúde e à defesa do meio ambiente, espera-se que o Brasil evolua nesse particular, e venha a se alinhar às legislações mais avançadas em termos de saúde ambiental e ocupacional, e passe a integrar a crescente lista de países — que já passa de 60 — que aboliram em definitivo o uso de amianto em todas as suas formas, entre eles todos os da União Europeia e, na América do Sul, Uruguai, Argentina e Chile.

Por conseguinte, enquanto comercializou telhas e outros materiais contendo amianto, a reclamada efetivamente estava adstrita ao cumprimento da legislação nacional sobre a matéria, o que impõe o julgamento de procedência dos pedidos iniciais no cabível quanto a esse período, já que a reclamada atualmente não comercializa telhas com amianto.

Em decorrência, considerando que a perícia no estabelecimento reclamado foi realizada em 30.10.2014, e que na ocasião foi constatada a existência, ainda, de 180 telhas com amianto prontas para comercialização,

bem assim que a empresa contava com 14 motoristas e 10 ajudantes que trabalhavam na expedição, dou provimento parcial ao recurso para determinar que, com relação a esses 24 empregados e a todos os demais admitidos antes de 30.10.2014, a reclamada disponibilize, por até 30 anos após a ruptura do contrato de trabalho e às suas expensas, os exames médicos previstos no Anexo 12 da NR-15 do MTE, na exata forma constante nos itens 18.1, 18.2, 19, 19.1 e 19.2.

Não obstante, caso constatado de alguma forma que a empresa volte a comercializar materiais contendo amianto, deverá ela, então, cumprir também os itens 11, 13, 14, 15, 16, 17 e 20 do mesmo Anexo 12, e respectivos subitens, como também as NRs 7 e 9 do MTE, fazendo constar, respectivamente, os riscos do contato com amianto no seu PPRA, bem como exames e demais medidas de controle e proteção contra esses mesmos riscos, em seu PCMSO.“ (Excerto extraído do Acórdão proferido pelo C. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, sob relatoria da Desembargadora Sônia Maria Ferreira Roberts, Doc. 07).

2) ACP n. 0000173-79.2014.5.12.0032

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réu: Calegari Materiais Construções LTDA.

Acórdão: A NR-15, Anexo 12, se aplica ao comércio.

“EXPOSIÇÃO AO AMIANTO. OBRIGAÇÕES DE FAZER

O MPT ingressou com Ação Civil Pública pretendendo a condenação da recorrida ao cumprimento do disposto no art. 5º, da Lei n. 9.055/95 e, em razão do disposto no art. 3º da mesma lei, de itens do anexo 12, da NR-15, além de obrigações contidas na NR-7.

Relata o recorrente que, de acordo com a Nota Descritiva n. 343 da Organização Mundial da Saúde — OMS, todas as formas de asbesto são cancerígenas para o ser humano, e que a exposição ao amianto, incluindo o crisotila, provoca câncer de pulmão, laringe e ovário, além de mesotelioma (câncer de pleura e forro peritoneal), além de outras doenças, como a asbestose (fibrose do pulmão). Afirma que as substâncias cancerígenas não possuem limite de tolerância descrito na literatura científica, justamente porque não há limite seguro para a exposição humana.

Sustenta a invalidade da perícia, aduzindo que se é a própria lei que considera nocivo o produto contendo amianto, revela-se desnecessário produzir prova nesse sentido. Afirma constar na inicial prova de que a ré comercializava produtos com amianto, que eram manuseados por seus empregados, e quanto à ausência de controvérsia da geração de resíduos desses produtos, que são classificados como perigosos pela legislação brasileira.

(...)

Ressalta, também, que as medidas de proteção ora postuladas independem do nível de concentração das fibras de asbesto no ambiente de trabalho, estipulado há mais 20 anos no desatualizado coeficiente de 2,0 f/cm³, e que, de acordo com a OMS, “qualquer exposição ao amianto crisotila corresponde a um excesso de risco de adoecimento relacionado à substância mineral nociva”.

Afirma que o item 18 do anexo 12, da NR-15, sujeita todos os expostos ao amianto à realização dos exames, e que a única condição para a exigibilidade dos exames é o desempenho de funções ligadas à exposição ocupacional. Afirma que o mesmo ocorre com relação à realização dos exames pós-demissionais (item 19 do anexo 12, da NR-15), e ainda, que do mesmo modo, o art. 5º da Lei n. 9.055/95 também não possui condicionante.

Assevera, pois, que a Lei n. 9.055/95 é aplicável a toda a cadeia do amianto, inclusive ao comércio do produto, e que o cumprimento do art. 5º da Lei n. 9.055/95, independe da concentração de fibras existente no ambiente do trabalho, tendo se equivocado a decisão recorrida ao rejeitar todos os pedidos da peça vestibular simplesmente por entender não enquadrada a atividade da ré no Anexo 12, da NR-15.

(...)

Portanto, não há dúvidas de que a legislação em comento nos presentes autos, inclusive os preceitos contidos no Anexo 12 da NR-15, aplica-se às atividades envolvendo o comércio de produtos que contenham em sua composição o amianto.

Assim sendo, ainda que a empresa requerida não mais comercialize tais produtos (telhas de fibrocimento com amianto), fato é que já os comercializou, conforme comprovado nos autos, tendo, portanto, submetido seus empregados ao contato com esses produtos, fato que enseja o

cumprimento das obrigações legais contidas na Lei n. 9.055/95 e anexo 12 da NR-15.

Com relação ao limite de tolerância para fibras respiráveis de asbesto crisotila ser de 2,0 f/cm³, conforme item 12, do anexo 12 da NR-15, compartilho dos fundamentos apresentados pelo *Parquet*. Tratando-se o amianto de substância com alto potencial cancerígeno, não se pode falar em níveis seguros de tolerância, ainda que seja inferior ao tolerável pela NR 15. A exposição do trabalhador não deve comportar nenhum grau de tolerância, ou seja, para inexistir risco à saúde a exposição deve ser zero.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso para condenar a requerida ao cumprimento das determinações constantes no Anexo 12 da NR-15 e no art. 5º da Lei n. 9.055/95, por meio das obrigações de fazer constantes nos itens 4.1.1 a 4.1.7 da inicial.” (Excerto extraído do Acórdão proferido pelo C. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, sob relatoria do Desembargador Gilmar Cavalieri, Doc. 8).

3) ACP n.-RR-190041-20.2004.5.08.0006

Autor: Ministério Público do Trabalho

Réu: Brasilit Indústria e Comércio LTDA. (SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUCAO LTDA.)

Situação atual: Autos remetidos ao TRT 8ª Região. Inadmitido Recurso Extraordinário.

Acórdão: Reconhecimento da autoaplicabilidade do dispositivo legal. Condenação da empresa no envio das listagens e em no montante de R\$ 200.000,00. Trânsito em julgado no STF, em 11.6.2016 (ARE 957042). Posição do STJ.

“(…) o comando legal foi claro quanto ao envio anual da listagem de empregados para fins de controle da autoridade de saúde pública, estabelecendo como destinatárias as empresas que manipularem ou utilizarem o amianto, especificando, inclusive, os dados necessários a serem informados ao SUS e ao sindicato representativo dos trabalhadores. A regulamentação legislativa não pode se perfazer em prejuízo da clareza do dispositivo legal. Trata-se de política pública de saúde. Se o material manuseado é cancerígeno, o controle da saúde dos trabalhadores é questão prioritária, vale afirmar, nas palavras de Claudia Lima Marques, o grupo a ser protegido, neste caso, é mais do que

hipossuficiente, é hipervulnerável e merece proteção maior pelo aplicador do direito. Não pode o empregador se recusar à obrigação legal quanto à prestação de informações anuais de seus empregados sob a única justificativa de ausência de obrigatoriedade por conta de interpretação de um decreto regulamentador, quando, desde a Constituição Federal de 1988, o ser humano, bem como sua dignidade física e psíquica, foram colocados no centro do ordenamento jurídico, de forma a garantir um mínimo social para a preservação do indivíduo. É o que Mauricio Godinho Delgado denomina “patamar civilizatório mínimo”, ou seja há um núcleo básico social mínimo a ser preservado e garantido ao trabalhador, sem o qual o princípio da dignidade da pessoa humana seria frontalmente atingido.

(...)

A gravidade da lesão é indubitosa, tendo em vista inúmeros estudos científicos sobre os malefícios provocados pelo amianto. O nexo de causalidade é patente, na medida em que o empregador, ao não enviar a listagem dos trabalhadores envolvidos no processo produtivo ligado ao manuseio do amianto, impossibilitou o acompanhamento, pelo Poder Público, quanto ao estado de saúde desses trabalhadores.” (Excerto extraído do Acórdão proferido pelo C. Tribunal Superior do Trabalho, sob relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, Doc. 9)

Nessa mesma toada, e para além das eventuais discussões que envolvem metodologias, critérios e, por consequência, vicissitudes da realização de perícia, defende-se a inexistência de limites seguros de exposição ao amianto, haja vista que, qualitativamente, a mera exposição é passível de desencadear diversas doenças relacionadas ao amianto, conforme Decreto n. 3.048/1999, que “Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências”, Anexo II, Lista A — Agente etiológico ou fator de risco de natureza ocupacional:

LISTA A

AGENTES OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL
RELACIONADOS COM A ETIOLOGIA DE DOENÇAS PROFISSIONAIS
E DE OUTRAS DOENÇAS RELACIONADAS COM O TRABALHO

AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL	DOENÇAS CAUSALMENTE RELACIONADAS COM OS RESPECTIVOS AGENTES OU FATORES DE RISCO (DENOMINADAS E CODIFICADAS SEGUNDO A CID-10)
II — Asbesto ou Amianto	<ol style="list-style-type: none"> 1. Neoplasia maligna do estômago (C16.-) 2. Neoplasia maligna da laringe (C32.-) 3. Neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão (C34.-) 4. Mesotelioma da pleura (C45.0) 5. Mesotelioma do peritônio (C45.1) 6. Mesotelioma do pericárdio (C45.2) 7. Placas epicárdicas ou pericárdicas (I34.8) 8. Asbestose (J60.-) 9. Derrame Pleural (J90.-) 10. Placas Pleurais (J92.-)

O próprio Instituto Nacional do Câncer (INCA) registra, em seu sítio eletrônico, que:

“Doenças relacionadas à exposição ao amianto

A exposição ao amianto está relacionada à ocorrência de diversas patologias, malignas e não malignas. Ele é classificado pela Agência Internacional de Pesquisa (Iarc) no grupo 1 — os dos reconhecidamente cancerígenos para os seres humanos. Não foram identificados níveis seguros para a exposição às suas fibras. O intenso uso, no Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século XX, exige que a recuperação do histórico de contato deva prever todas as situações de trabalho, tanto as diretamente em contato com o minério, em atividades industriais típicas, em geral com exposição de longa duração, ou mesmo as indiretas, através de serviços de apoio, manutenção, limpeza, que são em geral de baixa duração, mas sujeitas a altas concentrações de poeira, bem como exposições não ocupacionais — indiretas ou ambientais e as paraocupacionais.

Entre as principais doenças relacionadas ao amianto, temos:

Asbestose

A doença é causada pela deposição de fibras de asbesto nos alvéolos pulmonares, provocando uma reação inflamatória, seguida de fibrose e, por conseguinte, sua rigidez, reduzindo a capacidade de realizar a troca gasosa, promovendo a perda da elasticidade pulmonar e da capacidade respiratória com sérias limitações ao fluxo aéreo e incapacidade para o trabalho. Nas fases mais avançadas da doença esta incapacidade pode se estender até para a realização de tarefas mais simples e vitais para a sobrevivência humana.

Câncer de pulmão

O câncer de pulmão pode estar associado com outras manifestações mórbidas como asbestose, placas pleurais ou não. O seu risco pode aumentar em 90 vezes caso o trabalhador exposto ao amianto também seja fumante, pois o fumo potencializa o efeito sinérgico entre os dois agentes reconhecidos como promotores de câncer de pulmão. Estima-se que 50% dos indivíduos que tenham asbestose venham a desenvolver câncer de pulmão. O adenocarcinoma é o tipo histológico mais frequente entre os cânceres de pulmão desenvolvidos por trabalhadores e ex-empregados expostos ao amianto e o risco aumenta proporcionalmente à concentração de fibras que se depositam nos alvéolos pulmonares.

Câncer de laringe, do trato digestivo e de ovário

Também estão relacionados à exposição ao amianto.

Mesotelioma

O mesotelioma é uma forma rara de tumor maligno, mais comumente atingindo a pleura, membrana serosa que reveste o pulmão, mas também incidindo sobre o peritônio, pericárdio e a túnica vaginal e bolsa escrotal. Está se tornando mais comum em nosso país, já que atingimos o período de latência de mais de 30 anos da curva de crescimento da utilização em escala industrial no Brasil, que deu-se durante o período conhecido como

o “milagre econômico”, na década de 1970. Não se estabeleceu nenhuma relação do mesotelioma com o tabagismo, nem com doses de exposição. O Mesotelioma maligno pode produzir metástases por via linfática em aproximadamente 25% dos casos.

Além das doenças descritas, o amianto pode causar espessamento na pleura e diafragma, derrames pleurais, placas pleurais e severos distúrbios respiratórios.

Todas as formas e tipos de amianto são cancerígenas.⁽¹⁹⁾
(grifos do original)

O que se sustenta, portanto, e sob a perspectiva da prevenção, da precaução e da melhoria contínua, é que todos aqueles que lidam com fibras de amianto, em qualquer fase da cadeia produtiva, inclusive o comércio, e que em razão disso expõe trabalhadores ao risco, passem a adotar todas as medidas de proteção em saúde e segurança do trabalho relacionadas ao amianto, independentemente de limites de tolerância ou qualquer outra justificativa que vise, apenas, elidir as responsabilidades inerentes ao uso desta fibra.

CONCLUSÕES

O tema amianto, como exposto inicialmente, encerra diversas perspectivas, bem como, por sua complexidade e importância, é objeto de grandes discussões. Exige, assim, para sua análise aproximação diversa da tradicional, vez que compreende não só uma miríade de questões, a indicar, portanto, sua *interdisciplinaridade*, como pressupõe a adoção de interpretação norteada por valores fixados pela Constituição, como os princípios da prevenção, da precaução e da melhoria contínua, de forma a se promover condições decentes de trabalho.

Nessa senda, é de se notar que, para além de uma perspectiva tradicional, estática, exige toda essa controvérsia a utilização de instrumental adequado, próprio de uma hermenêutica atenta à interdisciplinaridade dos temas de saúde e segurança do trabalho e baseada no norte traçado pela

(19) Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto>>. Acesso em: 12.2.2017.

Constituição Federal e, *in casu*, pelas Convenções da Organização do Trabalho, as quais assumem natureza de normas *supralegais*.

Assim, tem-se trabalho que sustenta a existência de um dever de gestão em saúde e segurança do trabalho por toda a cadeia produtiva do amianto, inclusive o comércio, bem como a insubsistência do conceito de limites de tolerância como instrumento apto a elidir o dever de controle sobre o meio ambiente laboral. O imperativo, pois, é o da proteção do trabalhador, em especial quando se ativa exposto a fibra reconhecidamente carcinogênica.

Portanto, forte nos princípios da prevenção, da precaução e da melhoria contínua, tem-se posição que, para além de se aplicar à questão do amianto, pode se irradiar para outras searas, onde discussões envolvendo o controle e a substituição de produtos e métodos dos produtivos se mostra premente frente à evolução tecnológica, científica e social alcançada, em especial quando se tem ciência de que referido produto ou método produtivo se mostram não só ineficientes, como geradores de adoecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, 2012.

LLORY, Michel; MONTMAYEUL, René. *O acidente e a organização*. Tradução de Marlene Machado Zica Vianna. Belo Horizonte: Fabre Factum, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

Sítios eletrônicos

Supremo Tribunal Federal

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Instituto Nacional do Câncer (INCA): <http://www2.inca.gov.br/>

Ministério do Trabalho

Ministério do Meio Ambiente

Ministério da Saúde: <http://portalsaude.saude.gov.br/>

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Procurador-Geral do Trabalho: Ronaldo Curado Fleury
Vice-Procurador-Geral do Trabalho: Luiz Eduardo Guimarães Bojart
Presidente da ANPT: Ângelo Fabiano Farias da Costa

A relação completa dos membros e sua atual lotação pode ser acessada no *link*:
<portal.mpt.mp.br>.

REGRAS PARA ENVIO, SELEÇÃO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS JURÍDICOS

REGRAS GERAIS

A Revista do Ministério Público do Trabalho, com periodicidade semestral, compõe-se de trabalhos jurídicos, de autoria individual ou coletiva, consistentes em artigos, peças processuais ou peças produzidas em procedimentos decorrentes da atuação institucional.

A Revista terá número máximo de 500 páginas, ressalvada a publicação de edição especial, com limite superior, previamente estabelecido pela Comissão Editorial.

Os trabalhos jurídicos podem ser apresentados pelos membros do MPT, incluídos os aposentados, por servidores da Instituição e por colaboradores externos, nacionais e internacionais.

Os trabalhos jurídicos devem ser preferencialmente inéditos.

O envio ou publicação dos trabalhos jurídicos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à Editora ou à ANPT.

Não é permitida a apresentação de mais de um trabalho jurídico por autor(es), com idêntica natureza (artigo, peça processual ou peça produzida em procedimento), para uma mesma edição da Revista.

Os trabalhos jurídicos selecionados poderão, se necessário, ser adequados às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT.

É obrigatória a publicação dos trabalhos jurídicos agraciados com o prêmio Evaristo de Moraes Filho, nas categorias de “*melhor arrazoado*” e de “*melhor trabalho doutrinário*”, de acordo com o previsto no Regulamento do mencionado prêmio. Estes trabalhos jurídicos não se sujeitam às regras de apresentação previstas no item 2, salvo quanto à limitação de páginas (itens 2.2 e 2.3).

REGRAS PARA APRESENTAÇÃO

Os trabalhos jurídicos devem ser redigidos em português ou, excepcionalmente, em outra língua, quando se tratar de autor(es) estrangeiro(s).

Os artigos jurídicos devem obedecer ao máximo de 35 páginas.

As peças processuais e as peças produzidas em procedimentos decorrentes da atuação institucional devem ter o máximo de 50 páginas, assegurando ao(s) seu(s) autor(es) a possibilidade de redução do conteúdo da peça para o limite estabelecido.

As peças processuais poderão vir acompanhadas de decisão judicial a elas correspondentes.

Os trabalhos jurídicos devem ser precedidos de folha onde constarão os seguintes dados: (a) natureza da peça (artigo; ação civil pública; mandado de segurança; recurso; termo de ajuste de conduta; recomendação etc.); (b) nome do(s) autor(es); (c) endereço, telefone, *e-mail*, cargo ou atividade exercida e titulação principal; (d) declaração de que o trabalho é inédito ou indicação da outra fonte em que foi publicado.

Os trabalhos jurídicos devem ser enviados no formato .doc (word) pelo(s) autor(es) para o endereço eletrônico revista@anpt.org.br.

Os artigos jurídicos devem atender ao seguinte padrão:

1. fonte arial, corpo 12;
2. parágrafos com entrelinhas 1,5;
3. margem superior e esquerda de 3 cm e margem inferior e direita de 2 cm;
4. no alto da primeira página: título do artigo e nome do(s) autor(es); (em nota de rodapé): qualificação do(s) autor(es) (titulação principal; cargo ou atividade exercida);
5. depois do título do artigo e nome do(s) autor(es): resumo de 10 a 15 linhas, com a indicação, em seguida, de palavras-chave (máximo de 5);
6. sumário, com o elenco dos itens do artigo (se houver);
7. referências, ao final do artigo, e indicação das citações respectivas em notas de rodapé, de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT (NBR 6023);
8. a introdução, a conclusão e a bibliografia não devem ter numeração.

REGRAS PARA SELEÇÃO

A seleção dos trabalhos jurídicos (artigos, peças processuais ou peças produzidas em procedimentos decorrentes da atuação institucional) será feita pelos membros da Comissão Editorial da Revista, mediante a observação do atendimento pelo(s) autor(es) das regras estabelecidas neste regulamento e da análise do seu conteúdo, atualidade, ineditismo e relevância para a divulgação de temas e da atuação de interesse do Ministério Público do Trabalho.

Os membros do MPT terão prioridade no processo de seleção dos trabalhos jurídicos enviados para publicação.

O(s) autor(es) que tiver(em) trabalho jurídico já publicado na edição da Revista imediatamente anterior não terão prioridade para publicação na nova edição.

Os trabalhos jurídicos não publicados poderão ser reenviados para nova seleção na edição seguinte.

Eventuais dúvidas ou situações não previstas neste regulamento serão decididas pela Comissão Editorial da Revista.

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: Peter Fritz Strotbek – The Best Page
Projeto de Capa: Fabio Giglio
Impressão: Pimenta & Cia. Ltda.

